

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

ANA LUIZA HAJDU HUNGRIA

**CONSTITUCIONALISMO DE TRANSFORMAÇÃO:
DIREITOS SOCIAIS E IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL NA EXPERIÊNCIA
SUL AFRICANA**

Rio de Janeiro

2014

ANA LUIZA HAJDU HUNGRIA

**CONSTITUCIONALISMO DE TRANSFORMAÇÃO:
DIREITOS SOCIAIS E IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL NA EXPERIÊNCIA
SUL AFRICANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Público e Evolução, da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dra Vanice Regina Lírio do Valle

Rio de Janeiro

2014



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**CONSTITUCIONALISMO DE TRANSFORMAÇÃO: DIREITOS SOCIAIS E
IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL NA EXPERIÊNCIA SUL AFRICANA**

elaborada por

ANA LUIZA HAJDU HUNGRIA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Vanice Regina Lirio do Valle – Presidente
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Fábio Correa Souza de Oliveira
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Cecília Caballero Lóis
Universidade Federal do Rio de Janeiro

DEDICATÓRIA

Para minha família, que muito me apoiou no difícil caminho da redação deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Prof. Dra Vanice Lírio do Valle, por sua dedicação, pela orientação competente e sincera amizade.

Ao corpo docente e administrativo do Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá, pela disponibilidade e iniciativas valiosas para facilitar minha trajetória durante o curso.

Às minhas queridas filhas, que generosamente compreenderam a ausência materna, nos muitos momentos dedicados à pesquisa.

Aos colegas do mestrado, em especial ao amigo Eugeniusz da Costa Cruz, pelo apoio e parceria.

À Natalina de Carvalho, minha secretária, por sua permanente cooperação.

A Deus, que sempre me deu forças e condições para superar os desafios da vida.

RESUMO

A presente dissertação toma como objeto o desafio que representa um período de transição política como ocorreu na sociedade sul-africana pós *apartheid*, no sentido de promover-se uma nova leitura do constitucionalismo, definido como estratégia para concretizar a transformação social e efetividade dos direitos fundamentais, no contexto do Estado Democrático de Direito. O ponto nodal do estudo situa-se na cláusula de implementação gradual, sob o pressuposto de que representa mecanismo mais coerente com as condições concretas presentes no cenário sócio-político e econômico. As fontes de consulta abrangem a doutrina e a jurisprudência da corte constitucional sul-africana, no campo dos direitos socioeconômicos, através da análise de *landmark cases*, qualificados como tal pela própria Corte Constitucional Sul Africana. Na construção do marco teórico, desenvolve-se breve digressão acerca do constitucionalismo nos séculos XX e XXI, com destaque aos desafios enfrentados pelos países cuja transição ocorreu de forma não revolucionária na efetivação dos direitos essenciais. No intuito de contextualização do tema pesquisado, descreve-se o processo de redemocratização da África do Sul, identificado com um projeto de mudança social, guiado por um texto fundante que, reconhecendo a impossibilidade de que a travessia ocorra de forma instantânea, condiciona a efetividade dos direitos socioeconômicos à cláusula de realização progressiva, inspirada em tratado internacional. A análise da jurisprudência deste país, indica que tal condicionante se apresenta como uma alternativa válida na construção judicial de parâmetros de controle de efetividade dos direitos socioeconômicos, uma vez que a possibilidade de sua realização gradativa e contínua, com a modulação das fronteiras de seu núcleo essencial condicionada às peculiaridades do caso concreto, permite um aproveitamento mais racional dos recursos disponíveis, sob uma perspectiva marcadamente de igualdade – na medida em que tem em conta seus efeitos sobre uma coletividade – direcionando a formatação das políticas públicas vindouras e norteando a atuação da administração pública.

Palavras-chave: Constitucionalismo de transformação; direitos socioeconômicos; transformação social gradativa; cláusula de implementação gradual.

ABSTRACT

The present work takes as its object a new role to the constitutional law, defined as a strategy for achieving social transformation and effectiveness of fundamental rights in the context of the rule of law in countries that experienced a transition, as occurred in South African society post apartheid. The nodal point of the study lies in the progressive realization clause, under the assumption that this mechanism is more consistent with the conditions present in the socio-political and economic scenario. The sources consulted include the doctrine and jurisprudence of the South African Constitutional Court, in the field of socio-economic rights through the analysis of landmark cases, primarily selected according to the criteria established by the court itself. In constructing the theoretical framework, I developed a brief digression about constitutionalism in the twentieth and twenty-first centuries, highlighting the challenges faced by countries whose transition occurred in a non-revolutionary way and its ways in the realization of basic rights. In order to contextualize the research topic, I describe the process of redemocratization of South Africa, identified with a project of social change, driven by a constitutional law, that, recognizing the impossibility that the transformation occurs all at the same time, determines the effectiveness of the socioeconomic rights by the progressive realization clause, inspired in a international treaty rights. The analysis of the case law of this country indicates that this condition presents itself as a viable alternative in the judicial construction control parameters of the effectiveness of socioeconomic rights. After all, it provides the possibility of your gradual realization, with the modulation of the boundaries of its minimum core conditioned by the peculiarities of each case allows a more efficient use of the available resources, guiding the ways of the public policies to be done and the actions of the public administration.

Key words: Transitional constitutionalism; socioeconomic rights; South Africa, progressive realization; minimum core; progressive realization clause;

LISTA DE ABREVIATURAS

ANC - Congresso Nacional Africano

CESCR - Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais

CODESA - Convention for a Democratic South Africa

ICESCR – International Covenant of Social, Economic and Social Rights

IDEA - International Institute for Democracy and Electoral Assistance

NBRA - National Building Regulations and Building Standards Act

ONU – Organização das Nações Unidas

PAC - Pan Africanist Congress

PAJA - Promotion of Administrative Justice Act 3

PIE - Prevention of Illegal Evictions from and Unlawful Occupation of Land Act

SACC – South Africa Constitutional Court

SER – Socioeconomic Rights

TAC - Treatment Action Campaign

TRC - Truth and Reconciliation Committee

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1. CENÁRIO DE MUDANÇAS DO CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XXI: O CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO	8
1.1 CONSTITUCIONALISMO NO SÉCULO XX E XXI: DA ARQUITETURA DO PODER À RECONCILIAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA	9
1.2 CONSTITUCIONALISMO E TRANSIÇÃO POLÍTICA: DESAFIOS À TEORIA TRADICIONAL	12
1.2.1 PRIMEIRO DESAFIO: JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A CONTINUIDADE DO ESTADO DE DIREITO NOS MOMENTOS DE MUDANÇAS POLÍTICAS	15
1.2.2 AMPLIAÇÃO DO SENTIDO DE JUSTIÇA NA TRANSIÇÃO POLÍTICA PARA ALÉM DO CAMPO PENAL.....	19
1.3 CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	22
1.3.1 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS: ARRANJOS CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIOS, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO-CONVENCIONAL	24
1.3.2 ELEMENTOS FUNCIONAIS: MANEJO DE REFORMAS SOCIAIS COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA:	28
2. TRANSITAR PARA ONDE? O CONSTITUCIONALISMO DE TRANSFORMAÇÃO DA ÁFRICA DO SUL	32
2.1 <i>APARTHEID</i> COMO POLÍTICA FORMAL E EXCLUSÃO: DESAFIOS POSTOS AO RESGATE DA IGUALDADE	32
2.2 RECONSTITUCIONALIZANDO A AFRICA DO SUL	35
2.2.1 UM NOVO CONTRATO SOCIAL COMO A PREMISSA DA TRANSIÇÃO: TRANSITAR PARA A TRANSFORMAÇÃO	38
2.2.2 INDIVIDUALISMO VERSUS COLETIVISMO: UBUNTU COMO UM CONCEITO MORAL A BALIZAR A TRANSFORMAÇÃO	42
2.2.3 IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL COMO CONCEITO-CHAVE NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS.....	49
3. CONSTITUCIONALISMO COMO PILAR DA TRANSFORMAÇÃO: A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DE PARÂMETROS DE CONTROLE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS	57
3.1 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS E DEFERÊNCIA PARA COM OS CRITÉRIOS FIXADOS NOS PROGRAMAS DE AÇÃO ESTATAL	59
3.2 VEDAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO PELA POLÍTICA EM CURSO, DE PARCELA RELEVANTE DA SOCIEDADE; E NECESSÁRIA PRIORIZAÇÃO AOS VULNERÁVEIS	61
3.3 AUSÊNCIA DE SUPORTE TÉCNICO RACIONAL À POLÍTICA RESTRITIVA DA GARANTIA DE DIREITO SOCIOECONÔMICO	64

3.4 APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS AOS NÃO CIDADÃOS – CARÁTER NÃO DISCRIMINATÓRIO DA IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL	66
3.5 EXIGIBILIDADE DE TENTATIVA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL ANTES DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CORRETIVA ...	68
3.6 AFIRMAÇÃO DO VALOR DEMOCRÁTICO DO LITÍGIO EM TORNO DE DIREITOS SOCIOECONÔMICOS.....	71
3.7 PRESERVAÇÃO DE DIREITOS SOCIOECONÔMICOS ALBERGANDO O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO.....	73
3.8 PRESERVAÇÃO DA IGUALDADE FORMAL PERANTE A LEI E A CLÁUSULA DE IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL.....	75
3.9 EXIGIBILIDADE DE TENTATIVA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL SUJEITA À JURISDIÇÃO SUPERVISORA.....	77
3.10 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA ANALISADA	79
4. IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL, EFETIVIDADE E LEGITIMIDADE	81
4.1 A POLÊMICA QUESTÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL.....	81
4.2 A DISPONIBILIDADE DOS RECURSOS COMO FATOR LIMITADOR DA SUA EFETIVIDADE	90
4.3 O CARÁTER INDUTOR DA PRONÚNCIA JUDICIAL NA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS	91
4.4 A VEZ E A VOZ DOS EXCLUÍDOS SOB A ÉGIDE DA IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL.....	96
4.5 IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL: UMA OBRA EM ANDAMENTO, COMO A TRANSFORMAÇÃO QUE ELA PROMOVE.....	98
5. CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99
ANEXO	113

INTRODUÇÃO

A pluralidade dos cenários jurídico-político dominantes nas sociedades modernas, particularmente daquelas cujo tecido é marcado pela fragmentação e por múltiplas necessidades e ideais, traz à pauta a possibilidade de construção de um modelo constitucional compatível com o compromisso de promover a efetiva transformação social.

Em países onde a transição política ocorreu mediante negociação, a consolidação da Carta Constitucional nos moldes tradicionais, onde se espera que a mudança desejada decorra de evento único, vislumbrado como momento criador da nova ordem, marcador da fronteira entre a sociedade regulada sob a égide do regime pretérito e aquela que se pretende inaugurar, encontra sérios desafios, eis que essa ruptura entre passado e futuro se revela artificial, incompatível com a dinâmica da vida das coletividades.

Nessa linha de cogitação, como se demonstrará ao longo do estudo, o constitucionalismo de transição constitui categoria teórica coerente com uma travessia pactuada, à medida que torna viável um câmbio gradativo e sem traumas na direção definida socialmente.

Como ilustrações das novéis experiências de redemocratização, merecem destaque aquelas havidas já ao final do século XX no Leste Europeu, na América Latina e na África, que envolvem países onde, em paralelo à reconfiguração do regime político, pactuou-se como prioritário o enfrentamento dos *deficits* sociais que, de longa data, afligem o cotidiano dessas coletividades.

A reversão da crônica problemática que caracteriza a trajetória dessas sociedades requer um constitucionalismo dinâmico, apto a tornar efetivo o projeto com o qual se compromete a coletividade no momento de redifinição política. O dilema está em criar condições de possibilidade para compatibilizar a impermanência necessária à transformação, sem abrir mão do horizonte de perenidade, para onde se encaminham os valores e compromissos da Lei Maior.

A abordagem mais tradicional opera a partir da lógica de que os comandos da Carta Constitucional, como elementos fundantes, revelem-se suficientes para conduzir a sociedade reorganizada no rumo que ela mesma escolheu. A experiência tem suscitado todavia a compreensão de que se a letra do Texto Maior revele-se

como condição necessária, e mesmo suficiente para garantir as liberdades civis e políticas; o mesmo possivelmente não se pode dizer em relação aos direitos fundamentais de segunda dimensão, apontados como alavanca de Arquimedes na transformação socioeconômica.

A associação entre resiliência constitucional e uma pauta política de resgata da injustiça social conduziu à formatação, no caso especial da África do Sul, de um modelo em que se identificam preceitos assecuratórios de direitos sociais, subordinados todavia (alguns deles) à cláusula de implementação gradual. A lógica é de que essa modulação permita a adequação entre as possibilidades do sistema econômicos e político, e a configuração de deveres de agir assinalados ao Estado no que toca à promoção da justiça social.

O modelo é substancialmente distinto do cunhado pela Carta de Outubro que, acolhendo inspiração teórica que associa mesmo os direitos sociais à condição humana, proclama sua máxima efetividade e eficácia imediata, resultando numa leitura do sistema constitucional que assinala ao Estado um largo espectro de obrigações no campo da promoção da igualdade social. Nesse sentido, relevante o contraste da experiência brasileira com o desenho sul-africano, reforçando um permanente exercício reflexivo sobre a Constituição-Cidadã e suas potencialidades.

Justifica-se ainda a presente dissertação pelo prestígio que se vem conferindo ao direito constitucional comparado, numa perspectiva em que os Textos Fundantes dos diversos Estados-Nação em alguma medida se integram nas práticas internacionais, e mesmo na análise empreendida pelos órgãos supranacionais de adequação do ordenamento nacional com a proteção inerente à pessoa humana.

Em harmonia com a linha de pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”, do Mestrado em Direito Público e Evolução Social, a presente investigação toma como objeto o constitucionalismo de transição, no propósito de investigar as possibilidades reais desse modelo à efetividade dos direitos fundamentais, no contexto do Estado Democrático de Direito e, especificamente, da separação e articulação dos poderes republicanos, os quais devem atuar em sinergia, no sentido da concretização dos comandos constitucionais, resultantes de negociação entre os diferentes segmentos da sociedade.

Do ponto de vista metodológico, para alcançar os objetivos da dissertação, desenvolveu-se pesquisa de duplo viés, onde se conjugam os métodos crítico-dialético e empírico. O primeiro deles se tem presente na exploração dos

fundamentos e características postos ao constitucionalismo de transformação – em contraposição à teoria clássica da engenharia constitucional. Nessa dimensão do estudo, fonte privilegiada é a produção doutrinária sul-africana e ainda de outros autores observadores da mesma experiência na delimitação do modelo, seus limites e possibilidades.

O aspecto empírico se tem presente no trabalho, na exploração – como mecanismo de teste das hipóteses suscitadas no modelo constitucional em abstrato estudado – da casuística enfrentada pela Corte Constitucional Sul Africana na análise da cláusula de implementação gradual dos direitos socioeconômicos; mecanismo tido como fundamental à harmonização entre a pretensão de câmbio social e os limites fáticos postos pela realidade sócio-econômica daquele país. A amostra empírica adotada como objeto de avaliação compreende os casos designados pela própria Corte como seminais – a classificação utilizada no sítio daquele órgão jurisdicional é *landmark cases*. Complementa a amostra, casos citados nas fontes doutrinárias locais, e que constituem desdobramento daqueles qualificados como seminais pela Corte Constitucional Sul Africana¹.

Conclusões parciais da pesquisa resultantes da análise empírica acima indicada ensejaram a publicação do artigo intitulado “Implementação gradual de direitos socioeconômicos: Um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na corte constitucional sul Africana”, publicado em 2012 pela Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito².

A Dissertação está organizada em quatro capítulos, cujo conteúdo se resume a seguir.

O primeiro capítulo, tem como elemento principal a introdução da categoria denominada constitucionalismo de transição. Para tanto, inicialmente desenvolve-se breve digressão histórica acerca da afirmação da importância de um pacto Fundamental para a organização dos Estados, contemplando igualmente os

¹São eles *City of Johannesburg Metropolitan Municipality v Blue Moonlight Properties 39 Itda and Another* de 2011 e *Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another* de 2012, descritos, respectivamente, nos itens 3.8 e 3.9 deste trabalho.

² HUNGRIA, Ana Luiza Hajdu Hungria, VALLE, Vanice Regina Lírio do. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: Um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na corte constitucional sul Africana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. 226/238. Rio de Janeiro. 2012. p. 5. Disponível em <http://unisinis.br/revistas/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2012.42.11/1244>, último acesso em 12/01/13.

encontros e desencontros entre direito e política nos séculos XX e XXI e os desafios enfrentados pela redemocratização, em países cuja transição ocorreu de forma não revolucionária. A seguir, em item dedicado a apresentação do constitucionalismo de transformação, aponta-se seus elementos identificadores, bem como seus desafios, com destaque entre eles para o papel da transformação social.

No capítulo subsequente, com o propósito de contextualizar o cenário da pesquisa, confere-se relevo ao processo de redemocratização da África do Sul, identificado com a matriz da transformação mediante negociação social. Com tal intuito, abordam-se os antecedentes históricos do *apartheid*, regime que assumiu claramente a institucionalização da segregação racial, até a gradual transição para o Estado Democrático de Direito, consolidado pela promulgação da Carta Política de 1997, na esteira de fundamentos filosóficos do *ubuntu* e da cláusula de implementação gradativa, condicionante da efetividade dos direitos socioeconômicos elencados no Texto constitucional daquele país.

No terceiro capítulo, examina-se a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional sul-africana no campo social e econômico, através da análise dos *landmark cases* selecionados em consonância com os critérios expostos. A subordinação da constitucionalidade das políticas públicas relativas à concretização dos direitos sociais à lógica da implementação gradual configura-se como ponto de partida ao delineamento das fronteiras de cada direito social previsto na Carta, que se modificam na medida permitida pela evolução daquela sociedade. O primeiro elemento relevante a ser observado, identifica-se na opção de política judiciária que opera a partir da lógica da construção por agregação dos critérios de justiciabilidade dos direitos socioeconômicos – de forma a evitar o voluntarismo ou a microjustiça, em detrimento do projeto constitucional de promoção da inclusão social. A cada precedente, agregam-se vetores ao teste de constitucionalidade empreendido pela SACC; e estes critérios são apontados a partir dos respectivos *leading cases*.

No quarto capítulo, são analisados a partir, especialmente, da doutrina daqueles mesmo país, prós e contras do condicionamento da efetividade dos direitos supramencionados ao critério de *progressive realisation*, considerando o impacto desse modelo na transformação social e na legitimação permanente do compromisso constitucional. É importante destacar que a solução apresentada pela carta sul-africana não é unânime, mesmo entre seus nacionais, sendo alvo igualmente de críticas e elogios pela comunidade acadêmica internacional, que

atenta a seus efeitos supostamente menos radiciais e imediatos no que toca à transformação social pretendida pela Carta Política daquele país, reclama por medidas mais intervencionista da corte constitucional.

Ao final, apresentam-se conclusões as quais apontam para a utilidade da cláusula de implementação gradual na construção judicial de parâmetros de controle de efetividade dos direitos socioeconômicos, pontuando a possibilidade que a mesma possa ser aproveitada por outros países que possuam condições sociais e econômicas simiares de forma positiva.

1. CENÁRIO DE MUDANÇAS DO CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XXI: O CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO

A difícil relação entre constitucionalismo e respectiva concretização política instiga à busca de soluções originais para antigo questionamento, o qual pode ser assim resumido: como equilibrar essas duas importantes vertentes na vivência republicana, de forma a evitar que a excessiva juridicização da vida social torne inviável a democracia, ao mesmo tempo em que se impede que os desmandos do universo político obstruam as transformações necessárias à realização do inteiro potencial dos direitos conferidos constitucionalmente a cada indivíduo e à coletividade.

Ainda que compatíveis com o contexto jurídico-político dos séculos XIX e XX, os tradicionais modelos constitucionais revelam-se insuficientes ao enfrentamento da pluralidade característica das sociedades contemporâneas, fragmentadas sob o ângulo sócio-político e por um abrangente caleidoscópio de necessidades e demandas em termos de direitos fundamentais³.

Cumprе sublinhar que os obstáculos à formação de consensos definitivos acerca de problemas socialmente relevantes são mais evidentes nos países em que a redemocratização, ocorre em paralelo à busca de transição socioeconômica, o que traz à evidência adicionalmente o risco de frustração de expectativas ante proposição constitucional fundacionalista.

Como alternativa ajustada a essa original problemática, desponta o constitucionalismo de transição. Esse modelo de integração entre Constituição e Política, observada na Carta adotada pela África do Sul, busca viabilizar a transformação social, apostando na integração entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, em que a jurisdição deixa de ser monopólio de qualquer dos poderes, para ser partilhada entre todos⁴.

³VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalismo e Transição: sobre a arte de reconciliar o aparentemente inconciliável. **Justiça e Constitucionalismo em tempos de Transição**. VALLE, Regina Lírio do. (Org.). Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, p. 02.

⁴Ray, Brian. Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights. **Stanford Journal of International Law**. Vol. 45. Cleveland, 2009. p. 58. Disponível em <http://works.bepress.com/brian_ray/1>, acesso em 23/06/12.

1.1 Constitucionalismo no século XX e XXI: Da arquitetura do poder à reconciliação entre direito e política

No século XX, predominou um modelo constitucional fundado na doutrina do estado mínimo, baseada em premissas como: igualdade formal dos cidadãos; democracia representativa; separação dos poderes estatais; direito de propriedade e livre iniciativa⁵.

Nesse contexto, a Carta Constitucional limitava-se a delinear a arquitetura das instituições estatais e a impedir a ingerência na esfera de liberdade individual, conferindo relevo aos direitos fundamentais de cunho negativo, também chamados de liberdades públicas⁶. O liberalismo exaltava o individualismo, considerando prioritária a criação de condições ao desenvolvimento dos interesses particulares, que se harmonizariam e teriam como resultante natural o bem-estar da coletividade. A livre iniciativa e a consequente não intervenção na economia formavam as bases do Estado liberal clássico⁷.

Sob a premissa da suficiência da auto-regulamentação do mercado, ao ordenamento jurídico cabia a preservação do *status quo*, a garantia do cumprimento dos contratos e defesa da propriedade privada. Conceptualmente, o direito abarcava um conjunto de regras cujo fundamento de validade repousava na positivação de procedimento legislativo pré-determinado, independente de critérios alinhados à efetividade da justiça, tal como se concebe atualmente⁸.

O agravamento das condições de vida de amplos setores sociais, ao lado da luta dos movimentos operários pela regulação das relações de produção foram decisivos no sentido de impulsionar a passagem do Estado mínimo, não interventor para o Estado de Bem estar Social⁹. Nesse cenário, ampliou-se a abrangência do texto constitucional, que, face aos desafios decorrentes do pós-guerra, incorporou

⁵BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 12.

⁶GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio Lopes Pina. Tradução de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trota, 2006, p. 45/61.

⁷BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis.; STRECK, Lênio L. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 55/56.

⁸BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo. Ícone, 2006. p. 33/45.

⁹STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55/56.

uma série de direitos sociais na Constituição mexicana de 1917¹⁰ e pouco depois, em 1919, na Carta de Weimar¹¹. A inclusão de uma ordem econômica e social na Constituição alemã revolucionou a concepção de Estado vigente até então, conferindo destaque às funções de provedor e agente regulador, tendo em vista a correção de desigualdades sociais.

A mudança se explica: sob a égide do positivismo formalista, perpetraram-se as mais graves violações aos direitos humanos¹². Com o fim da Segunda Guerra Mundial, emergiu novo paradigma, sob o signo de neopositivismo, que busca devolver ao direito um caráter valorativo, reintroduzindo no ordenamento as ideias de justiça e legitimidade e a aproximação entre moral e Direito.

Buscando a integração entre os valores de inspiração liberal com o Estado comprometido com a justiça social¹³, o diploma fundante assume a incumbência de legitimador do poder, suscitando o debate constitucional para a dicotomia entre formalistas e substancialistas.

Os primeiros entendem que a Constituição é norma jurídica superior que se autolegitima, sem atentar ao consenso substancial, o qual será formado através do processo deliberativo, cujas regras se encontram definidas pela Carta Política. Por sua vez, os defensores da teoria material interpretam que ao legislativo incumbe regular o cumprimento das normas elencadas na Carta Política, que deve alcançar efetividade no contexto a que se destina¹⁴.

Para neutralizar ingerência política na aplicação do direito, a Constituição prevê mecanismos e garantias externas ao processo decisório, estabelecendo

¹⁰ A Constituição mexicana de 1971 trouxe para o texto constitucional normas trabalhista e de proteção social consideradas radicais para a época, como jornada de trabalho de oito horas, direito de associação em sindicatos, direito à greve, salário mínimo e limitações ao trabalho feminino e infantil.

¹¹ A Constituição de Weimar, de forma revolucionária para época, trazia positivados em seu corpo inéditos direitos individuais e socioeconômicos como igualdade, intimidade, liberdade (inclusive liberdade de credo e de expressão), direito à identidade cultural, direitos da criança e do trabalhador, direito ao bem estar social, entre outros. Disponível em <<http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>> acesso em 15/12/12.

¹² TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. nºNº 09, junho/ agosto 2007. p. 345. Disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre_Ramos_Tavares.pdf, acesso em 16/12/12.

¹³ PESSOA, José Joaquim Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº 10, Salvador, janeiro/ junho 2007. p. 6. Disponível em <http://www.direitodoEstado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-CALMON%20DE%20PASSOS.pdf> , acesso em 16/12/12.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 77-83 e 115-119.

princípios como: independência do juiz, irretroabilidade da lei, garantias processuais, entre tantos outros, além da independência dos poderes, por meio da qual, por exemplo, o legislador é impedido de imiscuir-se nas decisões tomadas no caso concreto.

Contudo, tais previsões não garantem que a aplicação das normas legais pelo poder judiciário seja apolítica. Como a hermenêutica depende do intérprete, são inevitáveis influências subjetivas. O delicado equilíbrio torna-se ainda mais relevante quando se trata de jurisdição constitucional, que “atua na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política”¹⁵.

Com o desprestígio das constituições altamente impregnadas pela dimensão substancialista, os debates se reencaminham para a legitimidade constitucional predominantemente processual, que considera a Lei Maior como instrumento de direito, definidora de competências e reguladora de procedimentos, na esteira das cartas datadas do século XIX¹⁶.

Todavia, esse modelo, ainda que fecundo em alguns países europeus e nos Estados Unidos, pode não se mostrar adequado às nações ainda em desenvolvimento, como o Brasil. Por um lado, favorece a manutenção das desigualdades e, por outro, deixa de considerar os requisitos de cidadania, pois enquanto a Constituição não for minimamente realizada, sequer pode ser considerada eficaz e efetiva¹⁷.

Em ambos os casos se tem por prejudicada a fluidez necessária a um texto que precisa cooperar com uma **nação em desenvolvimento**: se altamente substancializada, pode acabar por engessar a interpretação constitucional, que impedida de oxigenar-se com o momento histórico presente, acaba por se tornar obsoleta e dissociada da realidade; se precipuamente material, inevitavelmente deixará unicamente aos desmandos do processo político a proteção de cidadãos que não possuem as ferramentas necessárias para se tornarem aptos a influir nas decisões políticas através do processo político convencional.

Diante de tão significativo problema, torna-se premente a operacionalidade de um constitucionalismo apto a promover a conexão entre um Texto Fundamental,

¹⁵ GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 16.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz, apresentando OLIVEIRA, Fabio Correa de Souza. **Morte e vida da Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xvii.

¹⁷ NEVES, Marcelo. Entre Subintegração E Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. **Revista de Ciências Sociais**. vol. 37, nº 2, 1994. p. 253-276.

necessariamente material e, como tal, normativo. Assim concebido, espera-se que instaure o pertinente espaço à política e à democracia, de maneira a propiciar que a interpretação da Carta Política supere a tendência de monopólio do judiciário, ao mesmo tempo em que integra política e direito¹⁸.

1.2 Constitucionalismo e transição política: desafios à teoria tradicional

Na segunda metade do século XX, observou-se predomínio doutrinário quanto à supremacia da Constituição¹⁹, creditada à suposta aura de legitimidade que empresta ao Estado, submetendo-o a valores como democracia e respeito aos direitos humanos. A afirmação da imutabilidade da carta política é um dos instrumentos destinados a garantir que o texto possa de fato desempenhar a função de representar o marco fundacional de uma nova ordem, com o conseqüente rompimento com o *status quo* anterior. Uma vez que se pretende que a mesma seja a base do pacto social, importante lhe revestir de sistema de blindagem, destinado a protegê-la da influência de forças políticas divergentes. Essa concepção está na raiz da adoção desse modelo em diferentes países, em busca de reconhecimento internacional²⁰.

O modelo tradicional acima referido, opera a partir de uma lógica de contrastes binário – velha ordem e nova ordem – que vai se descaracterizando como possibilidade já ao final do século XX. A ideia da criação em si e do nada, de um novo Estado Nacional – como se deu na onda de emancipação de ex-colônias, e em momentos ainda de descobrimento mesmo de novas fronteiras – não se apresenta adequada para o equacionamento de realidades sócio-políticas em que não se cuidasse propriamente do rompimento com o *Ancien Regime* para a implementação

¹⁸ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogs: Interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 231-276¹⁹ SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A preliminar discussion. **The American Political Science Review**. Vol. 56, nº 4, 1962. p. 860. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1952788?uid=3737664&uid=373149287&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=3&uid=60&sid=21101655514733>, acesso em 14/02/13.

¹⁹ SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A preliminar discussion. **The American Political Science Review**. Vol. 56, nº 4, 1962. p. 860. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1952788?uid=3737664&uid=373149287&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=3&uid=60&sid=21101655514733>, acesso em 14/02/13.

²⁰ VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalismo e Transição: sobre a arte de reconciliar o aparentemente inconciliável. **Justiça e Constitucionalismo em tempos de Transição**. VALLE, Regina Lírio do. (Org.). Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. p. 91.

de uma ordem oposta, mas da conciliação de sensíveis variáveis sociais que se conjugavam num cenário de baixa estabilidade política. Esse cenário, identificado com mais clareza em países da América Latina, Leste Europeu e África compartilha algumas características, tais como: 1) existência prévia de um sistema ditatorial ou autocrático; 2) história recente de conflito violento; 3) processo de redemocratização negociado, sem que se configurem inequivocamente vencedores e vencidos; 4) tecido social esgarçado por desigualdades sociais e econômicas; 5) diversidade étnico-cultural²¹.

Levando em consideração o aludido conjunto de circunstâncias sócio-políticas, não se sustenta a pretensão de rigidez e estabilidade associadas ao direito constitucional, impondo a construção de sistema capaz de favorecer o equilíbrio entre continuidade e mudança²². O êxito da transição depende, pois, do eficiente manejo dos vários desafios que se apresentam, tendo em vista os propósitos do projeto a ser levado a efeito²³.

Embora não se identifique um formato único na condução do processo de redemocratização feito pelas nações cuja transição política se identifique com o constitucionalismo de transição; há dois aspectos inafastáveis na legitimação do texto constitucional: a reestruturação política deve encontrar respaldo através da representação paritária de todos os segmentos sociais no processo constituinte; a definição prévia e consensual dos valores e objetivos que nortearão a sociedade que se vislumbra.

Na África do Sul²⁴, por exemplo, em razão da exclusão de parcela significativa da população do processo deliberativo, se fez necessária a bipartição do processo constituinte: inicialmente, com a redação de uma Constituição interina, que regulamentou a inclusão de representantes das majorias étnico-raciais, há muito

²¹ Werneck Vianna identifica esse contexto diferenciado com o cenário político nacional existente à época da redação do texto constitucional de 1988, uma vez que este teve sua origem em um processo de transição negociada do regime militar para o da democracia política, não podendo ser compreendido sob a ótica daqueles que sucedem movimentos revolucionários vitoriosos. Ver WERNECK VIANNA, Luiz. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação”, In: Ruben G. Oliven, Marcelo Ridenti, Gildo Marçal Brandão (orgs), **A Constituição de 1988 na Vida Brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 2008. p. 22.

²² GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudo preliminar de Antônio Lopes Pina. Tradução de Antônio Lopes Pina, Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 201.

²³ SAMUELS, Kirst. Post-conflict peace-building and constitution-making. **Chi. J. Int'l L.**, vol 6. 2005. Disponível em <http://www.odi.org.uk/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/events-documents/1216.pdf>, acesso em 17/01/12. p. 664.

²⁴ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The history of Constitution**. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm> acesso em 17/01/13.

afastadas do processo deliberativo formal, prevendo seu envolvimento na elaboração do documento definitivo; estabeleceu previamente princípios básicos que deveriam orientar a nova Constituição.

Situação semelhante ocorreu no Nepal²⁶, onde se promulgou a Constituição interina em 2007. Na Colômbia, após tentativa frustrada de *referendum* realizado no intuito de legitimar acordo de paz com os rebeldes, o movimento estudantil denominado “A Sétima Cédula” iniciou campanha incitando os cidadãos a trazer ao pleito eleitoral, uma cédula extra, com registro de seu posicionamento acerca da proposta de convocação de assembleia constituinte. Com maciça votação favorável²⁷, editou-se o decreto legislativo de 927 de 1990, que autorizou a contagem dos votos apostos na cédula extra. Em prosseguimento, por meio do Decreto 1926 de 1990²⁸, definiram-se as regras do processo constituinte.

Ainda que imprescindível em cenários de crise como os acima noticiados; a reestruturação política é apenas o primeiro passo. Por óbvio, a superação de passado marcado pela cisão social e desrespeito aos direitos humanos agrega aos desafios enfrentados o resgate da noção de equidade e o desenvolvimento de estratégias orientadas, tanto à punição dos agressores e reparação das vítimas pelas violências cometidas no sistema anterior; como à eficácia e efetividade de projeto de inclusão socioeconômica, que favoreça mudança social em larga escala²⁹.

Neste contexto, a normatização e principiologia da Carta Política alcança a sociedade presente, no intuito de empreender avanços que tragam ao plano concreto o ideal que se pretende construir. Em outras palavras, muito mais do que subsidiar a arquitetura do Estado e garantir direitos individuais, atribui-se ao texto constitucional a fisionomia de signo legitimador do novo regime, onde Estado e

²⁶ REPÚBLICA DEMOCRÁTICA FEDERATIVA DO NEPAL. **Constituição Interina do Nepal**. 2007. Disponível em <http://www.ccd.org.np/resources/interim.pdf>, acesso em 21/01/13.

²⁷ Cerca de 88% do eleitorado votou favoravelmente, através da cédula extra anexada ao voto. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: a Comparative Perspective**. (April 17, 2013). p. 5/6. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2252991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2252991>, último acesso em 01/11/13.

²⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: a Comparative Perspective**. (April 17, 2013). p. 6. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2252991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2252991>, último acesso em 01/11/13

²⁹ KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 **South African Journal on Human Rights**. 1998. p. 150. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/soafjhr14§ion=17, acesso em 29/01/13.

sociedade se despem de antigos valores, para caminham na direção de outros, notadamente superiores,³⁰ embora ainda carentes de enraizamento histórico.³¹

Está-se falando portanto de uma arquitetura jurídica, que permita a um só tempo, conduzir segundo um padrão de ordem, à transição política – mas que tenha igualmente em conta o momento posterior a esse câmbio.

A volatilidade social – que já é própria à pós-modernidade, mas que se tem ainda por aprofundada em momentos de radical mudança na ordem política – exige um documento dinâmico, para evitar o previsível risco de incoerência entre realidade fática e constitucional. É preciso mudar sem que prevaleça a instabilidade absoluta; é preciso ordenar o processo de reestruturação política – mas tudo a partir de um projeto de organização social que seja apto a promover as mudanças que o movimento político pretenda. A transição é o momento inicial do que se desdobra em transformação mais ampla, num projeto de longo prazo³²,

1.2.1 Primejro desafio: justiça de transição e a continuidade do Estado de Direito nos momentos de mudanças políticas

A reflexão sobre metamorfoses políticas na história mundial demonstra que a trajetória em direção a uma sociedade democrática convive com o que se convencionou chamar de “justiça de transição”. Definida por Teitel³³ como concepção universal de justiça, associada a períodos de significativa mudança política, fundamenta-se nos ideais de reconstrução nacional, legitimidade, reconciliação e paz.

De forma resumida, pode-se definir justiça de transição, como o conjunto de estratégias e táticas de que se utilizará o novo regime para lidar e superar injustiças cometidas no passado. No campo direito penal, compete-lhe determinar o

³⁰ Trata-se aqui de valores como democracia, justiça social e respeito aos direitos humanos.

³¹ KHATIWADA, Apurba. Constitutionalism of transition. **Kathmandu Law Review**, vol. 1, nº 1, 2008. p. 44. Disponível em <http://www.asianlii.org/np/journals/KathSLRS/2008/3.pdf>, acesso em 12/01/13.

³² HART, Viviam. Constitution-making and the transformation of conflict. **Peace & Change**, Vol. 26, nº 02, Abril 2001. p. 166. Disponível em [http://www.constitutionnet.org/files/Hart Constitution Making and the Transformation of Conflict.pdf](http://www.constitutionnet.org/files/Hart%20Constitution%20Making%20and%20the%20Transformation%20of%20Conflict.pdf), acesso em 17/01/13.

³³ TEITEL, Ruti. The Law and Politics of Contemporary transitional Justice. **Cornell International Law Journal**, Vol. 38, 2005; NYLS Legal Studies Research Paper No. 06/07-10. p. 842. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=943069>, acesso em 12/02/13.

posicionamento da nova sociedade em relação aos eventos, quase sempre brutais e arbitrários, cometidos sob o manto da legalidade.

Nos períodos de transição, a continuidade legal identifica-se com o Estado de Direito, situação jurídica em que a sociedade, (desde o indivíduo, ao Estado) se encontra submetida à norma, sendo que os efeitos de eventuais mudanças só se aplicam a atos e situação posteriores³⁴. Nesse processo evolutivo, cumpre enfrentar atos arbitrários executados pelo regime pretérito, dotados de suporte legal anterior, embora contrários à nova visão de justiça e democracia. Ao mesmo tempo em que se admite a importância de reconhecê-los como graves afrontas aos direitos humanos, não se pode esquecer o manto de legalidade permeou sua prática, sob o risco de recair na exata arbitrariedade que se pretende expurgar³⁵.

É nesse campo que se situa a justiça de transição, compreendida em seu sentido mais estrito, relacionado diretamente à prática delituosa tipificada como crime. Uma análise apressada do tema pode sugerir que o dilema repouse tão somente na definição acerca do conteúdo atribuído ao conceito de Estado de Direito no cenário do novo regime, que poderia filiar-se a vertente do pensamento positivista³⁶ ou naturalista³⁷ e decidir de que forma serão punidos (ou não) os atos praticados no passado. No entanto, a questão envolve outras ponderações inevitáveis, no intento de evitar o risco de desviar do cerne da controvérsia, que repousa na seguinte indagação: em que medida deverá subordinar-se o *rule of law* à

³⁴ RADIN, Margaret Jane. Reconsidering the rule of law. **Boston University Law Review**, volume 69, nº 04, julho 1989. p. 784. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/bulr69&div=36&id=&page=>, acesso em 07/02/13.

³⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; CRUZ, Eugeniusz. Justiça de Transição: reflexões sobre a imprescindibilidade da persecução penal no caso brasileiro. *in*: VALLE, Vanice Lírio (Org.). **Justiça e Constitucionalismo em tempos de transição**. Rio de Janeiro: Fórum, 2013, p. 2/3.

³⁶ Aqui se trata do positivismo legalista, que defende a necessidade da continuidade da aplicação das leis, ainda que presentes novos ideais de justiça, pelo menos no que diz respeito aos atos praticados sob sua égide, até que substituídas por lei nova, com valência prospectiva, tendo como justificativa a necessidade do fomento à credibilidade nas normas e ao regular procedimento judiciário, como forma de combate à arbitrariedade do regime anterior, que jamais fez cumprir a lei de forma igualitária. HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, volume 71, nº 04, fevereiro 1958. Disponível em <http://www.hamishpat.com/Courses/99386/103-%20article1-hart-torthamishpat.doc.pdf>, acesso em 05/02/13. p. 625-629.

³⁷ Define-se como naturalista a corrente filosófica que defende que todas as normas que afrontem de forma severa preceitos morais, devem ser desconsideradas, com a conseqüente viabilização da punição dos seus protagonistas. A justificativa repousa no próprio conceito de validade da norma, sustentando que uma lei que afronte de forma direta e incontestável valores como justiça e moral, não pode ser considerada como legal. FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: A reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, 1957. Disponível em http://www-polisci.tamu.edu/upload_images/4/Fuller%20Reply%20To%20Hart.pdf, acesso em 05/02/13. p. 669/672.

continuidade jurídica³⁸? Será menos legítimo o Estado que está por vir, se este ignorar princípios e valores ordinariamente tidos como bastiões da democracia, remodelando os valores de justiça e igualdade que pretende para o futuro?

A resposta aos questionamentos expostos envolve diversos fatores, tais como o momento histórico da transição, as características do regime predecessor e, em especial, os ideais de justiça desposados pela nova sociedade.

Para ilustrar a premissa acima exposta, são esclarecedoras as normas editadas logo após a queda do regime comunista³⁹, respectivamente na Hungria e na Alemanha unificada, que disciplinavam tratamento a atos de violência cometidos na vigência do regime pretérito, os quais tiveram sua constitucionalidade questionada. Em paralelo, vale refletir sobre o tratamento conferido pela Constituição interina da África do Sul a atos arbitrários praticados durante o *apartheid*⁴⁰.

O primeiro caso, ambientado na Hungria, teve início em 1991, quando o parlamento húngaro promulgou norma que definiu como imprescritíveis atos praticados durante a revolução de 1956, permitindo a persecução penal por crimes cometidos mais de 30 anos antes. Contestada a norma junto à corte constitucional⁴¹, deliberou-se pela inconstitucionalidade da lei, com base na necessidade de segurança jurídica, garantida quando se pode ter certeza de que os efeitos das normas legais serão sempre prospectivos, com respeito aos prazos prescricionais existentes no momento da prática do ato.

Outro exemplo característico do tema em análise ocorreu na Alemanha, quando se levou a julgamento os guardas incumbidos de policiar o Muro de Berlim. Com ordem de atirar em qualquer pessoa que tentasse fugir para a então Alemanha Ocidental, muitos civis foram mortos, sob a alegação de que os disparos tiveram o

³⁸ TEITEL, Ruti. Transitional jurisprudence: The role of law in political transformation. **Yale Law Journal**, v. 106, 2009, 1996. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/ylr106§ion=64, acesso em 06/02/13. p. 2.014.

³⁹ TEITEL, Ruti. Transitional jurisprudence: The role of law in political transformation. **Yale Law Journal**, v. 106, 1996. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/ylr106§ion=64, acesso em 06/02/13. p. 2.014/ 2.019.

⁴⁰ As disposições transitórias da Constituição interina determina que a concessão de anistia para os atos cometidos durante o conflito de forma ser disciplinada. REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. **Constituição Interina da República da África do Sul**. Capítulo 5. 1993. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 01/02/13.

⁴¹ WILKE, C. Politics of Transitional Justice: German, Hungarian, and Czech decisions on ex post facto punishment. In: **The countours of legitomacy in central europeu: New Approachs in graduate studies**, 2002, St Antonie College in Oxford. Disponível em http://users.ox.ac.uk/~oces/conference/papers/Christiane_Wilke.pdf, acesso em 14/02/13.

intuito de frustrar “um crime em andamento”, posto que o ato de sair ilegalmente do país era considerado ilícito penal pela legislação da época. O Tribunal de Berlim⁴² condenou os acusados, considerando como putativas as normas que autorizam a prática de atos notoriamente amorais e injustos, no fundamento da prevalência da justiça substantiva à segurança jurídica.

Já na África do Sul, foi criado o *Truth and Reconciliation Comitê* (TRC) para julgar abusos cometidos antes da transição política, envolvendo a possibilidade de anistia pelos atos praticados, condicionada à confissão pública acerca dos fatos que envolveram os crimes cometidos.

É interessante sublinhar que ainda que a temática seja a mesma – o tratamento dado aos crimes praticados sob a égide do regime pretérito – cada país optou por desfecho diverso, na punição dos opressores.

A Hungria decidiu pela manutenção dos prazos prescricionais criminais pretéritos, independentemente da ofensa cometida, inviabilizando a persecução penal e a punição dos responsáveis, enquanto a Alemanha optou pela descontinuidade com o regime antecedente, em razão da ausência de conteúdo de justiça e moral na norma analisada, considerando esta como legislação “ilegal”. A decisão do judiciário húngaro, ao sobrepor a proteção aos direitos individuais pela aplicação do devido processo legal pode ser atribuída à necessidade, no universo pós-comunista, de criação de cultura de respeito às normas jurídicas e de aplicação igualitária da lei pelo poder judiciário, expurgando-se do imaginário popular, a presença ainda recente de julgamentos arbitrários, no intuito de manutenção da tirania imposta.

Por sua vez, a alternativa sul-africana que, através do TRC, privilegiou o apuramento e a difusão da verdade, favoreceu o reconhecimento da dignidade das vítimas e o perdão aos perpetradores, como estratégia de reconstrução do tecido social⁴³, esgarçado por décadas de discriminação racial, sob o regime do *apartheid*.

Em contrapartida, o desfecho do caso alemão, sofreu a influência não só dos precedentes estabelecidos pelos julgamentos de Nuremberg, mas principalmente de uma cultura já consolidada de respeito aos direitos humanos existente na Alemanha

⁴² QUINT, Peter E. Judging the past: The prosecution of East German border guards and the GDR chain of command. **The Review of Politics**, Vol. 61, nº 2, 1999. p. 341. Disponível em <http://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2005/397G/Readings%20Legal%20397%20G/2%20Peter%20Quint.pdf>, acesso em 14/02/13.

⁴³ PINTO, Simone Martins Rodrigues. **Contexto Internacional**. 2007, vol.29, nº 2. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cint/v29n2/v29n2a05.pdf>, acesso em 20/02/13. p. 401.

Ocidental, permitindo opção mais compatível com tendência de descontinuidade legal, em prol dos valores de justiça perseguidos pela unificação.

Como demonstrado, a justiça de transição e sua relação com o *rule of law*, deve ser analisada sob a ótica das características específicas do momento político, econômico e social de cada processo de redemocratização, em cotejo com os dogmas que se quer se repelir precipuamente no que se relaciona com as características do sistema arbitrário precedente.

A esse respeito, cumpre ter em mente que o tratamento às ofensas cometidas no passado tem como objetivo não apenas o enfrentamento dos legados do regime anterior, mas, principalmente a construção da democracia que se deseja. Sob essa premissa, similarmente ao instituto do constitucionalismo de transição, a justiça de transição representa importante inovação em termos de direito constitucional e transformação política, eis que inclui mecanismos que incentivam a construção da unidade política e jurídica, garantindo solidez e estabilidade futuras e, por óbvio, mantém relações dialéticas; isto é, de mútua influência com os ideais que se busca imprimir na nova sociedade.

Ainda assim, é pertinente a distinção entre esses dois institutos, uma vez que, inobstante o viés prospectivo comum, a justiça de transição se vincula mais diretamente à forma pela qual a comunidade lidará com o passado, sob o entendimento de que, através do constitucionalismo de transformação, se delineará a sociedade que se pretende construir.

1.2.2 Ampliação do sentido de justiça na transição política para além do campo penal

A África do Sul registra, em paralelo às sérias violências físicas cometidas durante o regime antecedente, outras ações, tão ou mais graves no campo social, que acabam por representar uma crueldade ainda maior do que os atos criminosos propriamente ditos cometidos durante o *apartheid*. A exclusão institucionalizada de significativa parcela da população, que por décadas ficou impossibilitada de participar da vida da comunidade e obrigada a viver em condições de vida sub-humana representa um crime ainda mais intenso, uma vez que se protraí no tempo, condenando gerações de sul-africanos a viver a léguas da linha da dignidade da pessoa humana.

Mesmo na superação da violência física, a justiça penal tradicional não foi suficiente para sozinha promover a superação das consequências das graves violações contra os direitos humanos perpetradas e resgate da justiça. Tal assertiva é demonstrada pela própria criação do *TRC – Truth and Reconciliation Committee* que tinha por objetivo precípuo a revelação da verdade histórica com intuito de possibilitar que às famílias das vítimas fizessem um fechamento relativo a perda do seu ente querido, contribuindo com a reconstrução desejada do tecido social⁴⁴.

Essa mesma lógica foi determinante para a ampliação do olhar para o campo social. Segundo perspectiva mais ampla, define-se justiça de transição como aquela que, transcendendo a prática criminosa em si, objetiva a reparação, através de medidas alternativas e/ou concomitantes à persecução penal, inserindo o tema no campo da justiça social, uma vez que os crimes cometidos, na grande maioria das vezes se configuraram como instrumentos da manutenção de regime de exceção, destinado a perpetuar desigualdades econômicas e sociais, fomentadas pelo antigo regime⁴⁵. Amplia-se portanto o conceito de justiça, para compreender outras formas de agressão ou exclusão, que não aquelas tipificadas pela lei penal ou mesmo pelo ordenamento internacional como violadora de direitos humanos.

Na atualidade, é crescente a tendência à abordagem holística, quando se trata de justiça de transição, com decisões proferidas que se utilizaram de intervenções mais amplas, como a determinação de desmobilização e integração de ex-combatentes e o recurso à lei tribal indígena (ou similar), na punição dos atos criminosos⁴⁶.

O perigo da ampliação do campo de abrangência dos mecanismos de várias ordens que materializam um conceito mais amplo de justiça na transição, é a perda da significância como ferramenta de transformação. Nas palavras de Gready, justiça de transição é a arte de soluções imperfeitas e escolhas difíceis, em um contexto onde várias prioridades competem por recursos escassos⁴⁷.

⁴⁴ DU PISANI, Jacobus A.; KIM, Kwang-Su. Establishing the truth about the apartheid past: historians and the South African Truth and Reconciliation Commission. **African Studies Quarterly**. Volume 8, nº 1, 2004, p. 78/80. Disponível em <http://www.africa.ufl.edu/asq/v8/v8i1a5.pdf>, acesso em 04/01/13.

⁴⁵ GREASY, Paul. **The era of transitional justice: the aftermath of true and reconciliation commission in South Africa and beyond**. New York: A GlassHouse Books, 2010. p. 1/4.

⁴⁶ HAYNER, Priscila. **Negotiating Justice: Guidance for Mediators**. Geneva: Centre for Humanitarian Dialogue, Fevereiro de 2009. p. 12. Disponível em http://www.peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/NegotiatingJustice_Hayner2009.pdf, acesso em 07/11/13.

⁴⁷ Tradução livre de “ (...) transitional justice is the art of imperfect solutions and difficult choices in the context of competition for finite resources.” GREASY, Paul. **The era of transitional justice: the**

Diante do exposto, e tendo em vista os limites do presente estudo, é pertinente a distinção entre o conteúdo abrangido pela justiça de transição e pelo constitucionalismo de transformação. Ainda que ambos compartilhem ambiência similar – sociedades que passaram por processo de transição política negociada – e afinidade de propósitos – promover a transição entre um passado que não mais se quer e um futuro ainda em construção, é possível identificar conteúdos diversos, embora, por vezes, coincidentes e complementares.

A justiça de transição é uma expressão que encontra seu ambiente em um momento político mais recortado, aquele imediatamente posterior à mudança do regime. É nesta ocasião que se deve deitar o olhar para as violações aos direitos humanos praticadas em um passado recente, de forma a evitar a impunidade daqueles ligados de alguma forma à prática destes atos, que, ainda que não fossem considerados criminosos sob a égide da situação política pretérita não podem ser ignorados posto que materialmente identificados com práticas consideradas criminosas pela legislaçãoo alienígena e internacional.

Em países como a África do Sul, que trazem como legado da violência a exclusão racial institucionalizada, a vivência demonstrou que a transição só se completa com a transformação da sociedade. É neste sentido que a atuação da justiça de transição se alonga no processo de redemocratização. A mera reconfiguração política, ainda que significativa, não tem condão de realizar o projeto constitucional de respeito aos direitos humanos em uma sociedade que por décadas foi vitimada pelo conflito e pela injustiça. Para tanto, deverá o Estado, em conjunto com a comunidade combater as desigualdades socioeconômicas, promovendo a reestruturação do tecido social. E é neste aspecto que o constitucionalismo de transição/ transformaçãoo atuará na realização da mudança planejada, fazendo do direito constitucional guia e guardião da implementação dos direitos socioeconômicos, até que a sociedade esteja fortalecida a ponto de poder delegar a realização destes tão somente ao processo democrático.

1.3 Constitucionalismo de transição e transformação social

Quando se procura promover a associação entre constitucionalismo e transição, a primeira impressão é de que se trata de conceitos incompatíveis⁴⁸. Tradicionalmente, atribui-se ao texto fundante a perspectiva de normatizar o processo político, definido como arena adequada à formação do consenso material sobre as questões nacionais, deliberando acerca dos compromissos valorativos e das normas regentes da ordem social.

Nas democracias emergentes de transições negociadas, o papel atribuído à Carta Política, antes restrito à contenção da intervenção do ente estatal na definição e defesa dos direitos individuais, se amplia para atuar como catalisador da realidade social, que a transformação política pretende concretizar.

Definido por Yeh e Chang⁴⁹ como dinâmica constitucional em formação, a expressão “constitucionalismo de transição”, foi cunhada para abarcar os arranjos constitucionais destinados a superar a instabilidade política e institucional existente nos momentos de mudança⁵⁰. Posteriormente, teve suas fronteiras alargadas, para abranger a reestruturação socioeconômica subsequente, até que a nova sociedade alcance grau mínimo de igualdade material⁵¹, funcionando como ferramenta viabilizadora da transformação social que se almeja.

Por certo, uma época de profundas mudanças requer gestão diversa e compatível com o contexto social. Porém, como assinalado, algumas características se identificam com o constitucionalismo de transição. Talvez com apoio nessa linha de argumentação, alguns pensadores⁵² que tratam do tema, empregam

⁴⁸ KHATIWADA, Apurba. Constitutionalism of transition. **Kathmandu Law Review**, vol. 1, nº 1, 2008. p. 43. Disponível em <http://www.asianlii.org/np/journals/KathSLRS/2008/3.pdf>, acesso em 12/01/13.

⁴⁹ YEH, Jiunn-Rong; HANG Wen-Chen, The changing landscape of modern constitutionalism: Transitional perspective (March 31, 2009). **National Taiwan University Law Review**, Vol. 4, No 1, 2009, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1482863>> acesso em 24/04/12. p.148

⁵⁰ VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalismo e Transição: sobre a arte de reconciliar o aparentemente inconciliável. **Justiça e Constitucionalismo em tempos de Transição**. VALLE, Regina Lírio do. (Org.). Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, p. 8/9.

⁵¹ LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 24/34.

⁵² Kathiada, ainda que fale de valores e ideais transformativos, denomina o fenômeno como “constitucionalismo de transição”. Já Langa, embora disserte sobre o momento transicional e a transformação social que se segue, lhe dá o nome de “constitucionalismo de transformação”; Valle, seguindo o tratamento dado ao tema por Langa dissecou as duas facetas do constitucionalismo de transição/ transformação, para chamá-lo de “constitucionalismo de transição”. Para Kathiwada ver KHATIWADA, Apurba. Constitutionalism of transition. **Kathmandu Law Review**, vol. 1, nº 1, p. 2/16.

indiscriminadamente as expressões “constitucionalismo de transição” e “constitucionalismo de transformação” para descrever um mesmo fenômeno.

Entretanto, o termo “transição”⁵³ inicialmente se identifica com as experiências de reformulação política experimentadas por países que deram início ao processo constituinte em momento imediatamente posterior a uma transição de poder negociada⁵⁴, como é o caso referido exemplarmente de algumas nações do Leste Europeu⁵⁵, da América Latina⁵⁶ e da África⁵⁷. Tal aproximação ocorre porque se pretende distinguir um momento histórico que não é bem representado pela concepção tradicional de constitucionalismo⁵⁸, face à precariedade dos acordos firmados, os quais, celebrados sob a vigorosa pressão de interesses de grupos políticos diversos, carecem de amadurecimento para levar ao plano concreto um consenso permanente.

Em paralelo à transição política, o processo de redemocratização ainda terá que enfrentar as questões econômicas e sociais herdadas do regime pretérito, o que reclama transformação social e econômica, guiada pela Constituição.

Sob essa vertente interpretativa, o termo transformação também se ajusta perfeitamente à proposta constitucional, uma vez que muito mais do que promover

2008. Disponível em < <http://www.asianlii.org/np/journals/KathSLRS/2008/3.pdf>>, acesso em 12/01/13; para Langa ver LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, October, pp. 5. 2006, Disponível em <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, acesso em 17/01/13; para Valle ver VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalismo e Transição: sobre a arte de reconciliar o aparentemente inconciliável. **Justiça e Constitucionalismo em tempos de Transição**. VALLE, Regina Lírio do. (Org.). Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, p. 2/7.

⁵³ Ver KHATIWADA, Apurba. Constitutionalism of transition. **Kathmandu Law Review**, vol. 1, nº 1, p. 4. 2008. Disponível em < <http://www.asianlii.org/np/journals/KathSLRS/2008/3.pdf>>, acesso em 12/01/13.

⁵⁴ YEH JIUNN-RONG; CHANG WEN-CHEN. The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective (March 31, 2009). **National Taiwan University Law Review**, Vol. 4, No. 1, pp. 145-149, 2009, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1482863>> , último acesso em 05/11/13.

⁵⁵ No leste europeu podemos enquadrar nesta classificação Hungria, Polônia, Bulgária, Albânia, Romênia e Iugoslávia. Maiores detalhes ver: ELSTER, Jon. Constitutionalism in Eastern Europe: an introduction. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 58, nº 02, pp. 447/449, Abril de 1991. Disponível em <http://www.constitutionnet.org/files/Elster%20Eastern%20Europe.pdf>, último acesso em 05/11/13.

⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: a Comparative Perspective**. (April 17, 2013). p. 4. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2252991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2252991>, último acesso em 01/11/13

⁵⁷ LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, October, pp. 1/12, 2006, Disponível em <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, acesso em 17/01/13.

⁵⁸ Que no mais das vezes se distingue como um momento fundante, em que a nova ordem é definitivamente construída.

reforma político-institucional, reserva-se à lei fundamental a função de guia em rumo a uma sociedade materialmente mais justa⁵⁹.

Seguindo a doutrina internacional, os termos transição e transformação são utilizados neste trabalho como sinônimos, na esteira do novo modelo constitucional aqui descrito.

1.3.1 Elementos característicos: arranjos constitucionais transitórios, jurisdição constitucional não-convencional

Na redemocratização experimentada ao longo das décadas de 1980 e seguintes, nem sempre a proposição de nova ordem jurídico-constitucional se fez acompanhar da redação imediata de outra Constituição⁶⁰. Essa solução, ainda que mais afinada com os fundamentos do constitucionalismo tradicional, não se demonstrou adequada a todos os casos, fazendo com que se multiplicassem as formatações constitucionais que abarcavam, desde a ampliação do poder de emenda⁶¹ e a redação de constituições interinas, elaboradas no intuito de preparar a cena sociopolítica à promulgação de um novo texto constitucional⁶², até a criação de normas legais impostas por forças externas, que ao deparar-se com situações de conflito, optaram pela estratégia de assentar os primeiros compromissos políticos através de acordos de paz⁶³. Independentemente da sua expressão formal, o traço

⁵⁹ LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, October, pp. 2, 2006, Disponível em <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, acesso em 17/01/13.

⁶⁰ Alguns países como República Tcheca e a Mongólia, apesar de terem promulgado uma nova Constituição imediatamente após a transição, realizaram diversas reformas já previstas nos texto original. Para mais detalhes ver: LUDWIKOWSKI, Rett. **Constitution making in former sovietic dominance**. Durham: Duke University Press, 1997. p. 155.

⁶¹ Hungria, Coréia do Sul, Taiwan e Indonésia são exemplos de países que mantiveram seus próprios textos constitucionais originais, imprimindo-lhe as mudanças necessárias através de emenda cosntitucional. Mais detalhes em YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective. **National Taiwan University Law Review**, Vol. 4, Nº 1, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1482863>> , acesso em 26/01/13, p. 150.

⁶² Países como a África do Sul e a Polônia redigiram textos constitucionais interinos, especialmente desenhados para acompanhar os primeiros passos da nova democracia Para África do Sul ver REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **The Constitution / History of the Constitution**. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm>>, acesso em 24/01/13; para Polônia ver BRZEZINSKI, Mark F. Constitutionalism and Post-Communist Polish Politics, 20 **Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.** 1998. Disponível em <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol20/iss3/2>, acesso em 25/01/12. p. 433.

⁶³ Esse é o caso da Palestina e do Iraque. Acerca da Constituição interina do Iraque, Arato levanta a questão da sua legitimidade, uma vez que imposta por uma nação estrangeira. Maiores detalhes em ARATO, Andrew. Interin Imposition. **Ethics & International Affairs** 18, nº 3, 2004. Disponível em:

comum entre essas manifestações constitucionais é viabilizar a continuidade do processo democrático e a transposição da expressão definitiva do poder constituinte material para o futuro, na expectativa do amadurecimento necessário à formação de consenso material, base para acordos constitucionais⁶⁴.

Como exposto, essa opção propicia a inclusão de grupos anteriormente marginalizados da tomada de decisões. Na África do Sul, por exemplo, até o fim do *apartheid*, a cena política orbitava em torno do partido da minoria branca; a redemocratização teve início com a abertura do parlamento, a reabilitação do Congresso Nacional Africano e do Partido Comunista sul-africano, entre outras organizações *anti-apartheid*, até então, aliadas das relações formais de poder⁶⁵.

No mesmo sentido, o processo de constitucionalização colombiano contou com a incorporação de setores outrora excluídos da arena política, os quais desempenharam papel significativo na redação da nova Constituição⁶⁶. Como resultado, mais de 40% dos delegados escolhidos para atuar na assembleia constituinte não pertenciam aos partidos (Liberal e Conservador), até então dominantes na cena política⁶⁷.

As discussões precedentes e simultâneas à assembleia constituinte trazem a lume excelente oportunidade à formação de consensos e definição de estratégias para contornar inevitáveis arestas, decorrentes do convívio de grupos com

<https://www.carnegiecouncil.org/publications/journal/18_3/articles/5053.html/_res/id=sa_File1/5053_eia18-3_arato.pdf>, acesso em 26/01/13. p. 25/50.

⁶⁴ YEH, Jiunn-Rong; HANG Wen-Chen, The changing landscape of modern constitutionalism: Transitional perspective (March 31, 2009). **National Taiwan University Law Review**, Vol. 4, No 1, 2009, disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1482863>> acesso em 24/04/12. p. 152.

⁶⁵ O processo de abertura política da África do Sul será tratado de forma mais detalhada no item 2.2 deste trabalho.

⁶⁶ A assembleia constituinte daquele país foi composta ao todo por setenta delegados, dos quais dezenove representavam a Aliança Democrática AD-M19, partido político oriundo do ex-grupo guerrilheiro M-19, dois vieram da União Patriótica, partido político de esquerda, antes alvo de violência paramilitar, dois representantes dos estudantes e das crianças, outros dois originários de comunidades indígenas, e ainda dois representando as igrejas cristãs não católicas. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court.** Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=housing%20rights%20colombia%20constitutional%20court&source=web&cd=9&ved=0CF8QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.dejusticia.org%2Fadmin%2Ffile.php%3Ftable%3Ddocumentos_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D67&ei=wRoeUZSfLoaY9QTu8ID4Ag&usq=AFQjCNHlpwsZ6gvQRI-38EUzpx_HvGLXlg&bvm=bv.42553238,d.eWU, acesso em 03/11/13.

⁶⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court.** Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=housing%20rights%20colombia%20constitutional%20court&source=web&cd=9&ved=0CF8QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.dejusticia.org%2Fadmin%2Ffile.php%3Ftable%3Ddocumentos_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D67&ei=wRoeUZSfLoaY9QTu8ID4Ag&usq=AFQjCNHlpwsZ6gvQRI-38EUzpx_HvGLXlg&bvm=bv.42553238,d.eWU, acesso em 03/11/13.

interesses notoriamente distintos, não raro antagônicos, que se reúnem num esforço de evitar o conflito e minimizar as divergências⁶⁸.

Estudo realizado entre 2004 e 2005 pelo *International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)* ilustra a influência do processo constituinte na transição democrática⁶⁹. Entre as conclusões, destaca-se o relevo dos debates acerca do conteúdo da Carta a ser promulgada, como alavanca de uma transição substancialmente operante, em contraponto a uma constituinte dominada apenas pelos interesses da elite, com graves lacunas na representação dos anseios sociais⁷⁰.

Embora o constitucionalismo de transição seja marcado pelo traço da não formalização de compromissos definitivos, os arranjos transitórios referidos propiciam a maleabilidade necessária à elaboração de projeto constitucional propulsor da transformação social e, portanto, sujeito a aperfeiçoamento contínuo, mediante interação equilibrada de direito e política, na mudança gradativa das estruturas da sociedade⁷¹.

Outra característica do constitucionalismo de transição é a criação de cortes constitucionais dotadas de poder de realizar interpretações não-convencionais das normas fundantes, transferindo para o judiciário a resolução dos conflitos institucionais inevitáveis numa democracia recente. A aposta no protagonismo do judiciário, em especial quando se leva em conta a falta de tradição legislativa e

⁶⁸ HART, Viviam. Constitution-making and the transformation of conflict. **Peace & Change**, v. n. p., 2001. p. 153/154. Disponível em [http://www.constitutionnet.org/files/Hart Constitution Making and the Transformation of Conflict.pdf](http://www.constitutionnet.org/files/Hart%20Constitution%20Making%20and%20the%20Transformation%20of%20Conflict.pdf), acesso em 17/01/13. p. 153/176.

⁶⁹ Os países estudados foram o Afeganistão, Ruanda, Indonésia, Bahrain, Timor-Leste, Hungria, Guatemala, Chile, Colômbia, Fiji, Quênia e Nigéria. Para maiores esclarecimentos consultar INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTENCE (IDEA). **Constitution building processes and democratization: a discussion of twelve case studies** [http://www.idea.int/cbp/upload/IDEA%20CBP%20Comparative%20paper%20by%20Kirsti%20Samuel s-2.pdf](http://www.idea.int/cbp/upload/IDEA%20CBP%20Comparative%20paper%20by%20Kirsti%20Samuel%20s-2.pdf), acesso em 17/01/13.

⁷⁰ Uma maior participação popular, resultou em constituições livres de disposições antidemocráticas; proporcionou um espaço para a deliberação de questões polêmicas; impulsionadoras do conflito existente pré-transição; promoveu a reconciliação, com inclusão no texto constitucional de normas protetivas aos grupos discriminados. Uma outra faceta da inclusão foram a oportunidade, para o cidadão comum, antes tutelado, de exercício da cidadania e vivência democrática. No entanto, ao se sentirem ameaçadas, as estruturas de poder estabelecidas, reagiram criando óbices para a efetivação constitucional. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTENCE (IDEA). **Constitution building processes and democratization: a discussion of twelve case studies**. Disponível em [http://www.idea.int/cbp/upload/IDEA%20CBP%20Comparative%20paper%20by%20Kirsti%20Samuel s-2.pdf](http://www.idea.int/cbp/upload/IDEA%20CBP%20Comparative%20paper%20by%20Kirsti%20Samuel%20s-2.pdf), acesso em 17/01/13.

⁷¹ VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalismo e Transição: sobre a arte de reconciliar o aparentemente inconciliável. **Justiça e Constitucionalismo em tempos de Transição**. VALLE, Regina Lírio do. (Org.). Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, p. 11

executiva dos países recém-saídos de um sistema ditatorial ou autocrático é compreensível e desejada⁷². Todavia, cumpre atenção ao risco de atribuir a uma instância historicamente contra-majoritária⁷³ a responsabilidade pela formatação de decisões políticas sensíveis⁷⁴.

Accountability e déficit democrático são temas suscitados quando se atribui ao judiciário, não eleito democraticamente, o poder de revisar escolhas políticas do parlamento, legítimo representante popular. E, no caso, não se trata apenas da análise de dispositivos infraconstitucionais, mas também de normas com *status* constitucional, instituídas através de emenda.

Na Índia, por exemplo, embora o artigo 368 da Constituição⁷⁵ permita a alteração do texto fundamental sem impor ao parlamento qualquer limitação substancial, mas somente formal, a corte constitucional considerou inválidas as emendas que modificarem a estrutura básica da Constituição⁷⁶.

Dessa forma, a revisão das normas constitucionais, ao invés de ser submetida unicamente ao escrutínio do parlamento, não raro, sujeito a *quórum* qualificado, é também atribuição do poder judiciário. Com tal opção, transpõem-se as fronteiras entre o processo formal de emenda e o informal, desenvolvido pela hermenêutica de cortes supremas.

⁷² YEH, Jiunn-Rong; HANG Wen-Chen, The changing landscape of modern constitutionalism: Transitional perspective (March 31, 2009). **National Taiwan University Law Review**, Vol. 4, No 1, pp. 153/155, 2009, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1482863>> acesso em 24/04/12.

⁷³ A corte constitucional colombiana, por exemplo, na análise de demandas envolvendo o direito à habitação, afirma a dificuldade do judiciário em conciliar os muitos elementos envolvidos na provisão habitacional, uma vez que a criterização do conteúdo dos direitos socioeconômicos se depara necessariamente com escolhas que serão melhor analisadas pelas esferas democráticas do poder. VALLE, Vanice Regina Lírio. The Judicialization of Pure Politics in Brazil. **Int'l J. Const. L. Blog**, 2013. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2013/05/the-judicialization-of-pure-politics-in-brazil/> p. 24/26.

⁷⁴ GUNATILEKE, Gehan D. Judicial Activism Revisited: Reflecting on the Role of Judges in enforcing Economic, Social and Cultural Rights. **Junior Bar Law Review** 1, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/gehan_gunatileke/3/, acesso em 01/03/13. p. 25.

⁷⁵ REPÚBLICA DA INDIA. **The constitution of India**. artigo 368. Disponível em <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>, último acesso em 04/11/13.

⁷⁶ BROOKE, Sam. **Constitution-Making and Immutable Principles**. Master of Arts in Law and Diplomacy Thesis. Fletcher School, TUFTS University, 2005. p. 66. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdl.tufts.edu%2Ffile_assets%2Ftufts%3AUA015.012.DO.00074&ei=_5MeUcWqE5Dy9gSy1IGgBw&usq=AFQjCNFH_PgPBp8lu92zTchl3i6ixoMS8Q&sig2=OLmM9RuhVfBdnXAjGJe1IA&bvm=bv.42553238,d.eWU último acesso em 14/02/13.

Por sua vez, o exemplo da África do Sul traz à tona um *empowerment* ainda mais significativo do poder judiciário quando a Constituição interina⁷⁷ delega à corte constitucional recém criada a tarefa de validar a versão final da Carta Política, com a possibilidade inclusive de não aprovação de texto, em desacordo com os parâmetros pré-estabelecidos⁷⁸.

Fato similar aconteceu na Colômbia, quando a corte constitucional declarou inconstitucionais as limitações previstas para redação do texto fundamental estabelecidas no Decreto Legislativo nº 1926⁷⁹ de 1990, que regulamentava o procedimento de deliberação constituinte⁸⁰, sob o argumento de que as mesmas eram incompatíveis com o conceito de poder originário.

O documento constitucional, tradicionalmente fruto da soberania popular, encontra em seu nascedouro a intervenção e direção do poder judiciário, com o aval de fidelidade aos compromissos políticos firmados por órgão eminentemente técnico. É pertinente sublinhar que, mesmo limitado quanto às reformas materiais pelas disposições inscritas no texto provisório, exerceu papel preponderante no processo de reconstitucionalização daquele país.

1.3.2 Elementos funcionais: manejo de reformas sociais como instrumento da democracia:

Na travessia em direção a um futuro a ser revelado, o constitucionalismo de transição não se restringe à função instrumental de conferir viabilidade à transição política. Embora o remodelamento das instituições e o estabelecimento das regras de compartilhamento do poder sejam medidas imprescindíveis à construção de nova sociedade, quando o texto constitucional almeja funcionar como vetor de

⁷⁷ REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. **Constituição Interina da República da África do Sul**. Artigo 71. 1993. Disponível em <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>>, acesso em 01/02/13.

⁷⁸ O processo de reconstitucionalização da África do Sul será objeto de análise mais aprofundada nos capítulos 2 e 3 desta dissertação.

⁷⁹ De acordo com o Decreto Legislativo nº 1926/90 apenas as matérias específicas poderiam ser tratadas pelo processo constituinte. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: a Comparative Perspective**. (April 17, 2013). p. 6. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2252991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2252991>, último acesso em 01/11/13

⁸⁰ REPÚBLICA DA COLÔMBIA. Superior Court of Justice. **Sentencia 138, Outubro/1990. Sala Plena, Expediente no. 2214 (351-E)**. Disponível em ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s138_0910_1990.html, access in 04/11/2013.

transformação social, ele deve ser tratado como obra em construção⁸¹. A ductibilidade⁸² constitucional busca evitar confrontos desnecessários, ao mesmo tempo em que propicia a adaptação gradual dos diversos segmentos sociais ao novo sistema institucional, assegurando a paz e viabilizando a construção progressiva de uma sociedade mais equânime. A premissa é de que a estabilidade não resulta de apego a um texto constitucional estanque, eis que se fundamenta na persistente construção das mudanças à luz dos valores políticos e socioeconômicos e do horizonte de justiça, característicos dos momentos de transição⁸³.

Klare define o constitucionalismo de transição como:

“um projeto constitucional de longo prazo que tem por objetivo a transformar as relações de poder e as instituições políticas e sociais no sentido de uma democracia participativa e igualitária. O constitucionalismo de transformação pretende promover uma mudança social em larga escala através de uma transição política não-violenta.”⁸⁴

Nascidas em meio à travessia política, as constituições que se identificam com esse projeto representam o embasamento legal imprescindível à correção das mazelas do passado e, simultaneamente, promovem a emergência de uma sociedade mais justa⁸⁵. Essas dimensões coexistem como duas faces da mesma moeda. Se, por um lado, é urgente enfrentar as consequências práticas do desvio do poder, no mais das vezes sob a égide da legalidade ultrapassada; por outro ângulo, a promoção da igualdade requer medidas coerentes com a integração da sociedade, reduzindo as diferenças socioeconômicas.

É notadamente nesse aspecto que o constitucionalismo de transição exerce

⁸¹ LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, October 2006, Disponível em <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, acesso em 17/01/13.

⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Tradução Marina Gascón, Madrid: Editorial Trotta, 5ª ed., 2033, p. 14/15. Traduzido de Il Diritto mitte. Legge, diritti, giustizia.

⁸³ VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalismo e Transição: sobre a arte de reconciliar o aparentemente inconciliável. **Justiça e Constitucionalismo em tempos de Transição**. VALLE, Regina Lírio do. (Org.). Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, p. 8/13.

⁸⁴ “(...) a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law.” KLARE, Karl I. Legal culture and transformative constitutionalism. **South Africa Journal in Human Rights**, v. 14, 1998. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/soafjhr14§ion=17, acesso em 12/01/13. p 150.

⁸⁵ LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 25.

sua função mais inovadora, eis que, por meio de tratamento dinâmico, viabiliza-se a formulação da agenda de mudanças, legitimando as escolhas públicas, conformadas pelas normas e princípios apostos na Carta Política e pelo diálogo institucional, mediado pela hermenêutica jurídica. Tal entendimento assenta-se no pressuposto de que a Carta Política não está aparelhada para empreender, por si, a transformação social e de que não é razoável delegar sua implementação aos desmandos do mercado e à decisão das maiorias.

Em síntese, esse modelo de constitucionalismo constitui resposta coerente com o paradigma da transição, admitindo que, quando se pretende que a norma funcione como vetor de reformas sociais, é necessário ter em mente os limites peculiares do direito e, por isso, é inócuo tentar normatizar de maneira estrita o inatingível⁸⁶, considerando que a transformação é processo contínuo e complexo, que encontra na Constituição a bússola norteadora das mudanças pretendidas⁸⁷.

Embora o modelo do constitucionalismo de transição (ampliado depois para aquecer e apto a promover a transformação) tenha se verificado, como já referido antes neste capítulo, em países no Leste da Europa, da África, e possa mesmo merecer aplicação em relação a países da América Latina⁸⁸; o exemplo mais conhecido e já parcialmente testado no que toca às suas duas dimensões de justiça (penal e social) é o da África do Sul. Afinal, seu texto constitucional com já 16 anos de vigência tem sido constantemente escrutinado pela respectiva Corte Constitucional, especialmente no que toca ao seu principal elemento de promoção da transformação social, a saber, suas cláusulas de asseguarção de direitos sócio-econômicos. Revela-se portanto a experiência sul-africana um rico paradigma de análise desse novo modelo, no que toca especialmente à sua aptidão para promover a reclamada transformação social.

Para melhor entendimento da realidade que aquele Texto Fundamental pretendia cambiar – e portanto dos desafios que se punham a essa nova engenharia

⁸⁶ LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 37.

⁸⁷ LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, 2006. Disponível em <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, acesso em 17/01/13.

⁸⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo latinoamericano: sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Volume 10, nº 11. p. 19/20 2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/artigo/Detail.asp?seq_revista=596, acesso em 04/01/13.

constitucional – indispensável conhecer a trajetória da construção da segregação (traduzida integralmente em normas jurídicas), de molde a se perceber as sutilezas do desafio que também o direito se propôs enfrentar.

2. TRANSITAR PARA ONDE? O CONSTITUCIONALISMO DE TRANSFORMAÇÃO DA ÁFRICA DO SUL

Após décadas de cisão, sob influência do *apartheid*, mecanismo de exclusão institucionalizada, a Constituição da África do Sul apresenta ambicioso projeto de reconstrução social, baseado em proposta inclusiva e de efetivação de direitos socioeconômicos, orientados à construção de uma sociedade mais justa.

Admitindo a inviabilidade de se delegar exclusivamente à Carta Política a tarefa de assegurar a imediata efetividade de toda a gama de direitos sociais, a estratégia adotada foi subordinar a constitucionalidade das políticas públicas à cláusula de realização gradual, dotando a corte constitucional do poder/dever de realizar o controle judicial das mesmas, no intuito de assegurar a efetividade dos direitos sociais.

Neste capítulo, após breve digressão sobre a trajetória do racismo e seus desdobramentos na história daquele país, aborda-se a reconstitucionalização e transição política, com realce à cláusula de implementação gradual e à filosofia moral do *ubuntu*, conceitos basilares para a hermenêutica do contrato social firmado na sociedade sul-africana.

2.1 *Apartheid* como política formal e exclusão: desafios postos ao resgate da igualdade

Ainda que a relação entre brancos e negros na África do Sul tenha sido marcada pela discriminação racial desde o século XVII, a raiz do *apartheid* remonta ao início do século XX, com a implantação de medidas legislativas e costumeiras, promovidas pelas quatro repúblicas que deram origem à União sul-africana em 1910.

Entre as diversas normas jurídicas que alicerçaram a institucionalização da segregação no país, merece destaque o *Natives Land Act*, aprovado em 1913⁸⁹, cujas consequências se fazem sentir ainda hoje. Por meio desse ato legislativo,

⁸⁹ UNIÃO SUL AFRICANA. **Natives Land Act Nº 27**. 1913. Disponível em <http://www.polity.org.za/polity/govdocs/legislation/misc/nla1913.html>, acesso em 30/05/12.

definiram-se áreas geográficas específicas, onde brancos e negros podiam possuir terras, morar e trabalhar. É oportuno ressaltar que, apesar de a população negra corresponder a 2/3 do povo sul-africano, só lhe foi permitido acesso a 13% das terras⁹⁰.

Com a vitória do Partido Reunido Nacional, baseada na promessa de aprofundamento da segregação racial e a instituição oficial do regime do *apartheid*, em 1950, promulgou-se a Lei de Registro Populacional (*The Population Registration Act, Act No 30 of 1950*)⁹¹, primeira manifestação significativa do “Grande Apartheid”⁹². Segundo o mencionado diploma legal, todas as pessoas maiores de 18 anos deveriam portar um cartão de identidade, onde eram classificadas de acordo com o grupo racial a que pertenciam.

Para garantir efetividade da aludida norma, foram criados “conselhos”, a quem competia determinar a raça de indivíduos cuja etnia não era claramente identificada. Como resultado, muitas vezes, membros da mesma família eram classificados em grupos diversos.

No transcurso dos 40 anos subsequentes, foram promulgadas dezenas de normas legais cujo conteúdo restringia a presença e o papel da população negra na África do Sul, de que decorreu evidente cisão na sociedade.

O Ato de Áreas de Agrupamento, que aprofundou as medidas legislativas de exclusão, complementou o *Natives Land Act*⁹³, atribuindo a cada etnia uma área específica onde poderia possuir terras, viver e trabalhar. Essa norma serviu de base para remoções forçadas, complementada pela Lei de Prevenção da Posse Ilegal (*Prevention of Illegal Squatting Act, Act No 52 of 1951*)⁹⁴, que permitia ao governo

⁹⁰ PINTO, Simone Martins Rodrigues. Justiça Transicional na África do Sul: Restaurando o Passado, Construindo o Futuro. **CONTEXTO INTERNACIONAL Rio de Janeiro, vol. 29, no 2, julho/dezembro 2007**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cint/v29n2/v29n2a05.pdf>, acesso em 02/05/12. p. 397.

⁹¹ UNIÃO SUL AFRICANA. **The Population Registration Act. Nº 30**. 1950. Disponível em <http://www.disa.ukzn.ac.za/webpages/DC/leg19500707.028.020.030/leg19500707.028.020.030.pdf>, acesso em 30 de maio de 2012.

⁹² Embora as políticas segregacionistas do pequeno *apartheid* fizessem parte do cotidiano sul-africano; com a subida ao poder do primeiro-ministro Hendrik Frensch Verwoerd, este implementou a ideologia do “desenvolvimento separado”, que radicalizou o projeto de uma África do Sul totalmente branca, que consistia em conceder autogoverno e posterior independência aos batustões, dando início ao chamado “grande apartheid”.

⁹³ UNIÃO SUL AFRICANA. **Natives Land Act. Nº 27**. 1913. Disponível em http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812654_10_cap_03.pdf, acesso em 12/05/12. pp. 51.

⁹⁴ UNIÃO SUL AFRICANA. **Prevention of Illegal Squatting Act Nº 52**. 1951. Disponível em <http://www.sahistory.org.za/politics-and-society/apartheid-legislation-1850s-1970s>, acesso em 12/05/12.

demolir favelas habitadas por negros, expulsando-os dos assentamentos, ainda que não dispusessem de outro espaço para viver⁹⁵.

O principal objetivo dessa legislação era conter o êxodo rural da população não-branca, estimulada pela economia em expansão e melhor oferta de emprego nos centros urbanos. A mencionada lei também reduziu o alcance dos direitos de propriedade, expulsando milhares de negros, mestiços e índios de suas terras, o que gerou forte ressentimento. No mesmo passo, a comunidade indiana foi muito afetada, sendo expulsa de áreas urbanas onde operavam seus negócios.

Na esteira das medidas aludidas, e no propósito de evitar sua migração para a África do Sul "branca", reforçaram-se as leis de passe⁹⁶, por meio das quais os negros sul-africanos eram obrigados a portar documentos de identificação. Para viver em uma das áreas destinadas àquela etnia, exigia-se do negro uma autorização especial de trabalho, somente concedida por seu empregador. Essa medida provocava cisão nas famílias, pois nem sempre o assentimento patronal se estendia a esposas e filhos.

Já o *Bantu Education Act*⁹⁷ estabeleceu um sistema educacional especificamente dirigido aos estudantes negros, projetado para manter os jovens em profissões subalternas. Em 1959, com a criação de universidades destinadas exclusivamente aos negros, mestiços e indianos, as instituições de ensino superior já instaladas foram proibidas de matricular novos alunos não brancos.

Como compreensível, o *Bantu Education Act* aprofundou as disparidades quanto às oportunidades educacionais aos grupos socialmente excluídos, o que se agravou pela adoção de elementos da filosofia nacional-socialista, como o conceito de pureza da raça, preservando os negros em posição social inferior. Na mesma direção, incrementou-se o controle do apoio das escolas religiosas aos não-brancos, mediante redução da ajuda financeira do governo a essas instituições.

⁹⁵ CASTELO BRANCO, Luis B. Nunes. **A política externa sul-africana: Do Apartheid à Mandela, Lisboa.** 226 f. Tese de Doutorado apresentada junto ao Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2003. Disponível em <http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/542/1/Doutoramento%20Luis%20CB.pdf>, acesso em 05/05/12.

⁹⁶ A circulação de pessoas negras dentro da África do Sul já era controlada desde o século XIX, quando os britânicos criaram a "Lei do Passe", regulamentando a circulação de pessoas negras das regiões tribais para as áreas ocupadas por pessoas brancas e mestiças, governada pelos britânicos. BYRNES, Rita M. **South Africa: A Country Study. Washington: GPO for the Library of Congress.** Federal Research Division, 1996. Disponível em <http://countrystudies.us/south-africa/15.htm>, acesso em 04/05/12, [s/p].

⁹⁷ BYRNES, Rita M. **South Africa: A Country Study. Washington: GPO for the Library of Congress.** Federal Research Division, 1996. Disponível em <http://countrystudies.us/south-africa/15.htm>, acesso em 04/05/12, [s/p].

Uma das mais duras medidas do regime do *apartheid* foi o Ato de Proibição de Casamentos Mistos⁹⁸ que entrou em vigor em 1949 e proibiu a união entre brancos e outros não-brancos. Em 1968, a norma foi emendada, tornando nulos os casamentos inter-raciais entre africanos celebrados fora do país. No mesmo sentido, orientou-se a Lei da Imoralidade, que, apesar de ter entrado em vigor em período anterior à institucionalização do regime do *apartheid* (1927), tornando crime as relações sexuais entre europeus e nativos fora do casamento, foi alterada em 1950, estendendo a criminalização da conduta às relações entre brancos e mestiços, ou indianos, aumentando as penas previstas.

Além das normas citadas, diversas outras tinham como foco a repressão da resistência ao *apartheid*, especialmente a armada. Em 1950, a Lei de Supressão ao Comunismo banuiu o Partido Comunista Sul Africano e qualquer outra organização política que viesse a ser identificada com a mesma linha política. Da mesma forma, qualquer pessoa que se manifestasse contra o regime, poderia ser associada àquela ideologia, ficando sujeita a graves penas.

A exclusão sistemática promovida pelo *apartheid* deixou pesada herança econômica e social, com cerca de 11 milhões de sul-africanos vivendo abaixo do limiar da pobreza. No início da década de 1990, o déficit habitacional no país era de 1,3 milhões; 12 milhões de pessoas não tinham acesso à água potável e 21 milhões sequer contavam com saneamento básico⁹⁹.

Foi nesse cenário que teve início o processo de democratização da África do Sul.

2.2 Reconstitucionalizando a África do Sul

O fim do *apartheid* marca o renascimento da República da África do Sul, que, como a fênix, ressurgiu das cinzas, passando a trilhar novo caminho na direção de uma sociedade materialmente justa e igualitária, tendo como norte um inovador

⁹⁸ UNIÃO DA AFRICA DO SUL. **Prohibition of Mixed Marriages Act**. 1949. Disponível em http://www.disa.ukzn.ac.za/index.php?option=com_displaydc&recordID=leg19490708.028.020.055, acesso em 12/05/12.

⁹⁹ CASTELO BRANCO, Luis B. Nunes. **A política externa sul-africana: do Apartheid à Mandela, Lisboa**. 2003, 226 f. Tese apresentada junto ao Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa. 2003. Disponível em: <http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/542/1/Doutoramento%20Luis%20CB.pdf> acesso em 05/05/12.

sistema constitucional. Finalmente chegavam ao fim três séculos de soberania da minoria branca.

O processo democrático tem como marco zero a abertura do parlamento em fevereiro de 1990 e a reabilitação do Congresso Nacional Africano (ANC) e do Partido Comunista sul-africano, entre outras organizações *anti-apartheid*. Em 11 de fevereiro de 1990, Nelson Mandela foi libertado da prisão, num contexto em que se aboliam as leis remanescentes que sustentavam a prática segregacionista. Logo em seguida, em setembro, é assinado o *National Peace Accord*¹⁰⁰, primeiro pacto pluripartidário do país.

Na oportunidade, criou-se uma comissão responsável pelas negociações e análise da possibilidade de estabelecimento de governo interino, encarregado de conduzir as demais providências de institucionalidade redemocratizada.

Nos últimos dias de novembro de 1991, realizou-se reunião preparatória multipartidária, com o propósito de estabelecer as bases para a *Convention for a Democratic South Africa (Codesa)*.

Como se pode imaginar, o processo de negociação política não foi simples; divergências entre os participantes, associadas ao boicote do *Pan Africanist Congress (PAC)* e nova onda de violência levaram as negociações a impasse e interrupção dos trabalhos. Nessa primeira assembleia formal, os presentes assinaram uma Declaração de Intenções¹⁰¹ em que se defendia instauração de uma sociedade igualitária, baseada na democracia multirracial. Ao final, decidiu-se realizar novo encontro, em maio de 1992, conhecido por CODESA II.

Face às resistências da população branca ao avanço das negociações, convocou-se um referendo, no intuito de obter suporte popular à redemocratização. Legitimada a iniciativa, com 69% dos votos a favor da continuidade, organizaram-se cinco grupos de trabalho encarregados de estabelecer as bases das negociações a serem empreendidas na CODESA II¹⁰².

¹⁰⁰ As conclusões alcançadas, à época, destinadas a dar conteúdo a um propósito comum de por fim à violência política na África do Sul e a fixar códigos de conduta, procedimentos e mecanismos para alcançar esse objetivo podem ser conhecidas em **NATIONAL PEACE ACCORD**, 14 de setembro de 1991, disponível em <<http://www.incore.ulst.ac.uk/services/cds/agreements/pdf/sa4.pdf>> acesso em 02/05/12.

¹⁰¹ **CONVENTION FOR A DEMOCRATIC SOUTH AFRICA**. Declaration of Intents. 20 de dezembro de 1991. Disponível em: <<http://www.anc.org.za/show.php?id=3968&t=Transition>> acesso em 07/05/12.

¹⁰² São eles: 1) Responsável pela criação de condições que permitissem a liberdade de associação e expressão; 2) Destinado à estabelecer os princípios constitucionais; 3) Responsável pela agenda do

A dificuldade na definição dos princípios norteadores do acordo a ser estabelecido resultou no fracasso do evento (CODESA II), deixando o país, mais uma vez, na incerteza quanto ao futuro.

Em março de 1993, retomaram-se as negociações no *Multiparty Negotiating Forum*, definindo-se a data das primeiras eleições multirraciais, ao mesmo tempo em que se aprovou o *Transitional Executive Council Act*,¹⁰³ que deliberou sobre a criação de órgão responsável por monitorar as ações governamentais até à realização das eleições, garantindo imparcialidade das autoridades constituídas no que toca àquele processo. Na prática, até o sufrágio, funcionou como governo provisório.

Em janeiro de 1994, entrou em vigor a Constituição Interina, que teve por objetivo precípuo estabelecer arcabouço político-institucional à promoção da unidade nacional, reestruturação e continuidade governamental, durante o futuro processo constituinte.

O texto provisório definiu o sistema de governo (parlamentarismo bicameral) e a forma de Estado (federalismo) e consagrou 34 princípios constitucionais, representativos do consenso alcançado pelos partidos, nas negociações relativas aos parâmetros políticos que deveriam orientar a Carta Fundamental da nova África do Sul.

Também no Texto Interino atribuiu-se à Corte Constitucional, entre outras funções, a inusitada tarefa de validar o texto final da Carta Política sul-africana em formação; tudo de acordo com parâmetros estabelecidos no primeiro documento provisório, que representava síntese do pacto político tão duramente construído. Esse processo de “certificação” funcionaria como requisito material, vinculante da validação do texto constitucional definitivo.

Em maio de 1996, a primeira versão do Texto Fundamental foi apresentada para certificação, sem lograr aprovação pela Corte Constitucional¹⁰⁴, que a devolveu para ser emendada pela Assembleia Constituinte. Novo documento foi submetido à aferição, sendo ratificado em dezembro do mesmo ano¹⁰⁵.

processo de transição; 4) Responsável por tratar do futuro dos Bantustões independentes; 5) responsável pela implementação das decisões dos grupos de trabalho.

¹⁰³ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. **Transitional Executive Council Act**. Nº 151. 1993. Disponível em <http://www.saflii.org/za/legis/num_act/teca1993336/> acesso em 08/05/12.

¹⁰⁴ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The history of Constitution**. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm>> acesso em 24/04/12.

¹⁰⁵ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The certification process**. Disponível em:

2.2.1 Um novo contrato social como a premissa da transição: transitar para a transformação

A superação de passado recente de profunda divisão social, tarefa típica de um constitucionalismo que pretende promover a transformação, requer o resgate da equidade, garantindo o reconhecimento de todos como iguais. Trata-se, portanto, de tratá-los como sujeitos constitucionais¹⁰⁶, a partir da substituição de política de governo segregacionista por um conjunto de estratégias compatíveis com a construção do convívio coletivo e igualitário.

Nesse contexto, valeu-se a Carta Constitucional da redemocratizada África do Sul, da inclusão de expressivo elenco de direitos fundamentais de natureza socioeconômica, que, na esteira do constitucionalismo transformador, destinavam-se a induzir mudança social de larga escala, através de processos políticos não violentos e fundados na *rule of law*¹⁰⁷.

A incorporação de direitos sociais em textos constitucionais não é fenômeno recente. Os chamados direitos de segunda dimensão vêm sendo positivados nas Cartas da Europa Ocidental pós-guerra, nos países orientais, posteriormente à queda do Muro de Berlim e em diversas outras nações que superaram regimes ditatoriais¹⁰⁸. Essa inserção, não raro, associada a caráter programático, despido de eficácia imediata, tem gerado pouco ou nenhum efeito prático¹⁰⁹ na transformação da realidade socioeconômica¹¹⁰.

<<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/thecertificationprocess.htm>> acesso em 24/04/12.

¹⁰⁶ Preciosa no tema a lição de Rosenfeld, assinalando que a articulação do constitucionalismo com o pluralism conduzirá inevitavelmente a levar-se o outro em conta “o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites da sua própria subjetividade” em ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Malheiros Editora, 2003, p. 36.

¹⁰⁷ KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 **South African Journal on Human Rights**. 1998, p. 146 e ss.

¹⁰⁸ CHRISTIANSEN, Eric C. Using consitucional adjudcation to remedy socio-economic injustice: Comparative lessons from South Africa. **UCLA Journal of Internacional Law and Foreign Affairs**, Vol. 13, Nº 369, 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1477478>, acesso em 04/05/12. p. 373.

¹⁰⁹ Tenha-se em conta que constitui minoria, a opção de países como o Brasil e a Colômbia que dotaram os direitos sociais constitucionais de eficácia imediata, através de dispositivos expressos em suas constituições. Para o Brasil ver REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. ARTIGO 5º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 12/07/13; para a Colômbia ver REPÚBLICA DA COLÔMBIA. **Constituição Política da Colômbia**. 1991. Artigo 85. Disponível em <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.swf>, acesso em 04/07/13.

¹¹⁰ CHRISTIANSEN, Eric C. Using consitucional adjudcation to remedy socio-economic injustice: Comparative lessons from South Africa. **UCLA Journal of Internacional Law and Foreign**

A doutrina internacional vê com reservas a introdução de dinâmica constitucional que transforme os direitos sociais em direitos subjetivos públicos¹¹¹, cuja provisão poderia ser exigida prontamente do Estado, com interferência direta na realização das políticas públicas estatais. A opção de traçar através da Constituição, um caminho de redução das diferenças sociais e da criação de uma sociedade em que o essencial é garantido a todos, é tarefa que demanda criatividade constante, fazendo com que as nações em geral enfrentem o dilema da constitucionalização dos direitos sociais através de uma das seguintes fórmulas: 1) sua exclusão dos textos constitucionais¹¹²; 2) sua inclusão, mas como normas "meramente" programáticas, figurando como princípios norteadores das políticas públicas; 3) sua inserção no texto constitucional, como direitos dotados de eficácia imediata.

Adotando posição intermediária, o sistema constitucional da África do Sul inaugurou novo olhar sobre o tema, mediante incorporação de elenco de direitos socioeconômicos, cuja justiciabilidade vem sendo reconhecida pela Corte Constitucional, qualificada todavia pelo signo da implementação gradual. Essa cláusula encontra inspiração no texto do ICESCR - Tratado Internacional de Direitos Socioeconômicos e Culturais - adotado pela ONU em 1966. O referido documento, no seu artigo 2.1, condiciona os direitos sociais ali positivados a uma reserva de *progressive realization*, impondo aos signatários "a obrigação tomar medidas (...) até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no presente pacto por todos os meios apropriados."¹¹³

A condicionante imposta reforça o caráter transformador e transitivo da Carta Política, rejeitando a ficção de que a criação da sociedade desejada se esgotaria no momento fundante, confirmando que as desigualdades previamente existentes só

Affairs, Vol. 13, Nº 369, 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1477478>, acesso em 20/07/13. p. 373.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª edição. Portugal: Wolters Kluwer - Coimbra Editora, 2010, p. 181/183.

¹¹² SUNSTEIN, Cass R.. Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees? **University of Chicago, Public Law Working Paper** nº 36. 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=375622>, acesso em 07/06/13.

¹¹³ Organização das Nações Unidas. **Tratado Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>, acesso em 23/07/13.

podem ser contornadas por intermédio da prática reiterada da proposta constitucional¹¹⁴.

Os propósitos subjacentes à produção de Texto capaz de subsidiar medidas antagônicas à opressão socioeconômica institucionalizada durante o *apartheid* compeliu a Assembleia Constituinte a privilegiar dinâmica de poder segundo a qual um povo só pode ser verdadeiramente livre, quando dotado de condições essenciais para uma vida digna¹¹⁵. Ainda assim, a proposta de inserção do amplo rol de direitos sociais na Constituição sul-africana de início, deparou-se com severa oposição dos membros da minoria branca do Partido Nacional, resultando numa limitada gama daqueles preceitos efetivamente contemplados na Constituição Interina.

Contudo, com a conquista de maioria parlamentar pela ANC, após as eleições livres de 1994, propiciou substancial aumento desse elenco de direitos na minuta apresentada para certificação. Todavia, a inclusão dos chamados direitos “de bem-estar” foi contestada pela oposição, sob o fundamento de que se estaria incorporando cláusulas não reconhecidas internacionalmente e de que sua judicialização representaria afronta à separação dos poderes¹¹⁶.

Esses argumentos foram refutados na certificação do texto constitucional¹¹⁷ e, por consequência, os principais direitos sociais (habitação, saúde, alimentação, água, seguridade social e educação) foram incluídos na Constituição sul-africana.

A pretensão de que o direito seja o vetor da transformação social planejada exige que o ordenamento jurídico seja interpretado em coerência com o *ethos* de transição que alicerça a Carta Magna¹¹⁸. O judiciário sul-africano – incluindo os magistrados e demais atores que contribuem na formação do sentido da

¹¹⁴ KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 **South African Journal on Human Rights** 146. 1998. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/soafjhr14§ion=17, acesso em 29/07/13. p. 155.

¹¹⁵ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **The Constitution/ History of the Constitution**, Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm>, acesso em 24/04/13.

¹¹⁶ CHRISTIANSEN, Eric C. Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: Comparative lessons from South Africa. (September 23, 2009). **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, Vol. 13, Nº 369. 2009. Disponível em SSRN:<<http://ssrn.com/abstract=1477478>>acesso em 23/04/12. p. 380.

¹¹⁷ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Certification of the Constitution of the Republic of South Africa**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1996/26.html&query=%20certification%20of%20south%20african%20constitution>, acesso em 25/07/13. p. 50/52.

¹¹⁸ KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 **South African Journal on Human Rights** 146. 1998. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/soafjhr14§ion=17, acesso em 29/07/13. p. 156.

Constituição – que, tradicionalmente, desenvolvia leitura formalista da norma, assume a missão de revelar o caráter ideológico contido no *Bill of Rights*, superando interpretação legalista, ao mesmo tempo em que se compromete com a nova postura autorizada e exigida pelo texto fundante.

São vários os obstáculos a serem contornados. Inicialmente, cumpre enfrentar a problemática da legitimidade dos juízes, como atores na formatação de normas e políticas públicas¹¹⁹. Ainda que a previsão de corte constitucional com poderes de revisão resolva o aspecto formal, resta a incapacidade institucional do judiciário para analisar escolhas políticas, levando em conta dificuldades práticas inerentes à atividade administrativa, de maneira a identificar soluções legítimas aos paradoxos emergentes¹²⁰. Além disso, sempre que se trata de julgar caso concreto que implique distribuição de recursos públicos, é compreensível a tensão entre a igualdade - posto que a repartição de bens escassos resulta em inelutável privilégio de um grupo em detrimento de outro - e a necessidade de proteção aos grupos marginalizados.

Para que se efetive transformação social consagrada na Carta Política, o judiciário deverá prestigiar as instituições que caracterizam o Estado Democrático de Direito, apenas interferindo nas políticas públicas quando se distanciarem dos objetivos traçados consensualmente pela sociedade.

Ao refletir sobre tema tão espinhoso, não se pode ignorar que o indivíduo e a conquista de seus direitos estão inseparavelmente vinculados ao contexto e ao seu padrão de desenvolvimento. Por si, a garantia do exercício das liberdades civis e políticas, embora condição necessária, não é suficiente à consolidação da democracia, se houver lacunas quanto à concretização da solidariedade social¹²¹.

Por outro lado, não obstante a visão utilitarista da disposição de recursos públicos constitua bom ponto de partida ao planejamento da agenda de reformas, este deve ser impregnado de visão dignitária e flexível, tornando viáveis os necessários ajustes. Esses fundamentos traduzem visão constitucional

¹¹⁹ KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 **South African Journal on Human Rights** 146. 1998. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/soafjhr14§ion=17, acesso em 29/07/13. p. 157.

¹²⁰ SACHS, Gustavo. **The Strange Alchemy of life and law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 170.

¹²¹ ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. **La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso 'vacantes'**. Disponível online em: <http://campus.usal.es/~acpa/sites/default/files/caso%20vacantes%20completo.pdf>, acesso em 01/08/13. p. 12/13.

intermediária entre a igualdade e o comunitarismo, em que a dignidade humana dê o tom da desejada e difícil transformação social.

2.2.2 Individualismo versus coletivismo: ubuntu como um conceito moral a balizar a transformação

A aurora da reconstitucionalização encontrou a maioria da população sul-africana marginalizada socialmente e ávida pela punição dos antigos opressores. Tendo em vista as arbitrariedades que poderiam ocorrer no período de transição e o propósito de alcançar a transformação social, desde logo, buscou-se integração do fragmentado tecido social daquele país¹²². Nesse intento, conferiu-se ao novo texto constitucional (desde sua elaboração) o potencial agregador dos desejos e de superação de conflitos entre as diversas etnias conviventes, repudiando a vitimização e a retaliação, ao mesmo tempo em que se conferia ênfase à prática da reparação¹²³.

Nesse momento de renascimento e incerteza, incluiu-se expressamente no Preâmbulo da Carta Política interina da África do Sul a ancestral filosofia do *ubuntu*¹²⁴, representativa de uma concepção ética peculiar acerca da noção humanidade do povo daquela nação, como se pode depreender da leitura do excerto transcrito a seguir:

“A adoção desta Constituição viabilizará que o povo da África do Sul consiga ultrapassar os conflitos passados, marcados por graves violações aos direitos humanos e geradores de um legado de ódio, medo, culpa e vingança. É preciso compreender que nos novos tempos, a necessidade é de compreensão e não de vingança, de reparação, e não de retaliação, de *ubuntu* e não de vitimização.”¹²⁵

¹²² REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Constituição Interina**. Preâmbulo. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/interim/preamble.html>, acesso em 12/06/13.

¹²³ REPÚBLICA FEDERATIVA DA ÁFRICA DO SUL. **Constituição Interina**. 1993. Disponível em https://peaceaccords.nd.edu/site_media/media/accords/Constitution_of_South_Africa_Act_200_of_1993.pdf, acesso em 26/06/13. p. 147.

¹²⁴ MOKGORO, Yvone. Ubuntu and the Law in South Africa. **Buffalo Human Rights Law Review**, vol. 4. New York. 1998. Disponível em <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=4+Buff.+Hum.+Rts.+L.+Rev.+15&srctype=smi&srcid=3B15&key=50ffce37bde6c2beb27f4a97cc90abfc>, acesso em 22/06/13. p. 1.

¹²⁵“The adoption of this Constitution lays the secure foundation for the people of South Africa to transcend the divisions and strife of the past, which generated gross violations of human rights, the transgression of humanitarian principles in violent conflicts and a legacy of hatred, fear, guilt and revenge. These can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for

Sem sombra de dúvidas, a integração de uma comunidade em torno do ente estatal requer um conjunto de valores que legitimem o contrato social, até mesmo para justificar eventuais restrições individuais, em prol de um sistema político-jurídico que se propõe a beneficiar a coletividade. Na sociedade sul-africana, o *ubuntu* é concebido como filosofia comunitarista que precede e prescinde do Estado, à medida que concebe a realização individual como pedra de toque para a vida em sociedade. Nessa perspectiva, desde o nascimento, cada ser humano está interligado aos seus pares, sendo a sociedade um conjunto harmônico, integrado pelos vínculos sócio-culturais.

Determinar o significado de *ubuntu* é tarefa espinhosa, por se tratar de percepção de mundo pouco comum às sociedades ocidentais, onde o individualismo dá o tom nas relações sociais. Em síntese, ousa-se mencionar que o *ubuntu* constitui filosofia de vida, que fundamentalmente representa a personalidade, a humanidade e a moralidade de um grupo social, cuja sobrevivência depende da solidariedade. Essa inferência apoia-se na máxima de que “ (...) uma pessoa só pode ser uma pessoa através das outras pessoas”¹²⁶. Em outras palavras, a existência do indivíduo só se justifica, se orientada no sentido da plena realização da comunidade, que, em contrapartida, é requisito para sua felicidade.

Kunene¹²⁷ define *ubuntu* como o potencial que distingue os humanos dos outros animais, sob a premissa de que, através de sofisticada estrutura social, a humanidade de cada indivíduo é constantemente desafiada, para que o mesmo, em articulação com a comunidade, alcance a auto-realização de um conjunto de ideais coletivos. Nesse contexto, a essência da vida em sociedade é cimentada por valores como: solidariedade, compaixão, respeito ao outro, dignidade humana, humanismo e a unidade.

vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimisation.” REPÚBLICA FEDERATIVA DA ÁFRICA DO SUL. **Constituição Interina**. 1993. Disponível em https://peaceaccords.nd.edu/site_media/media/accords/Constitution_of_South_Africa_Act_200_of_1993.pdf, acesso em 26/06/13. p. 147.

¹²⁶ CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence**. New York: Fordham University Press, 2012. p. 4.

¹²⁷ CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence**. New York: Fordham University Press, 2012. p. 12/16.

Popularizado durante a década de 1920 pelo movimento cultural Zulu, *Inkatha*¹²⁸, o conceito de *ubuntu* foi inserido na cena legal sul-africana no controverso *case Makwanyane and M Mchunu*¹²⁹, julgado em 1995, ainda sob a égide da Constituição interina, onde a pena de morte foi julgada inconstitucional em face da novel ordem político-jurídica vigente. Na argumentação, defendeu-se que o direito à vida e à dignidade presente em todas as pessoas não é compatível com a pena de morte: independente da gravidade do crime cometido, não se perde a humanidade.

Com o advento do texto constitucional definitivo, o *ubuntu* perdeu o status de norma positivada, sendo utilizado de forma contida pelo poder judiciário¹³⁰, ainda que alguns estudiosos¹³¹ defendam sua reinserção expressa na Carta Política, para revigorar sua condição de princípio fundamental na interpretação constitucional.

A riqueza ética e filosófica do conceito é indiscutível, restando a dúvida acerca da possibilidade de sua operacionalização enquanto princípio justiciável. O cerne do problema é justamente a abstração inerente, uma vez que o *ubuntu* pode ser moldado e compreendido através de um caleidoscópio de significados. Para Murungi¹³², definindo-se o *ubuntu* como adaptação local de um conceito universal de dignidade e comunitarismo, este perderia seu caráter particular, tornando desnecessária sua articulação independente.

Para facilitar a compreensão da trajetória jurisprudencial que norteia a aplicação legal da filosofia *ubuntu* como valor constitucional fundamental, apresentam-se a seguir cinco casos cíveis, julgados após a promulgação da Carta Política definitiva. São eles: *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*; *Bhe v.*

¹²⁸ BENNETT, Tom. Ubuntu: An African Equity. **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad.** v. 14, nº 4, 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1915062>, acesso em 18/07/13. p. 32.

¹²⁹ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **The State v. T Makwanyane and M Mchunu** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1995/3.html&query=%20makwanyane>, acesso em 03/07/13.

¹³⁰ Para se aprofundar no assunto o livro de Cornweel e Drucilla traz a compilação de cerca de cinquenta casos, em diversas áreas do direito, onde o *ubuntu* foi utilizado na fundamentação do judiciário. CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence.** New York: Fordham University Press, 2012. p. 14.

¹³¹ CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence.** New York: Fordham University Press, 2012. p. 14.

¹³² MURUNGI, John. The question of African Jurisprudence: Some hermeneutical reflexions, em **A companion to african philosophy.** Oxford: Blackwell Publishing Ltda, 2007. p. 519/ 525.

*Magistrate, Khayelitsha; Shibi v. Sithole; South African Human Rights Commission v. President of the Republic of South Africa; Dikoko v. Mokhatla*¹³³.

Em *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*¹³⁴, a municipalidade solicitou o despejo de 68 pessoas que viviam ilegalmente em propriedade privada, em barracos construídos irregularmente, por períodos que variavam entre dois e oito anos. Depois de a ordem de despejo proferida pela *High Court* ter sido reformada pela Suprema Corte, sob o fundamento de que os moradores não poderiam ser desalojados até que lhes fosse oferecida moradia alternativa, o caso chegou à corte constitucional.

No acórdão proferido pela SACC, a única menção feita ao *ubuntu* foi expressa no voto divergente, proferido por Sachs, e, ainda assim, apenas para reforçar o conceito de interdependência, sem explicitar qualquer justificativa à seu valor como princípio constitucional:

O espírito de *ubuntu*, parte da profunda herança cultural da maioria da população, permeia toda a ordem constitucional conjugando os direitos individuais com uma filosofia comunitária. Traduz a essência do *Bill of Rights*, e nada mais é se não uma declaração estruturada, institucionalizada e operacional de nossa evolução enquanto sociedade em que se reconhece a necessidade de interdependência humana, respeito e preocupação com o próximo.¹³⁵

A mesma inferência se aplica às decisões proferidas nos julgamentos de *Bhe v. Magistrate, Khayelitsha; Shibi v. Sithole; South African Human Rights Commission v. President of the Republic of South Africa*. Nesses casos, o ponto

¹³³ Essa trajetória, representativa de diferentes campos do direito, é sugerida por Thino Bekker em BEKKER, Thino. The reemergence of ubuntu: A critical analysis. **South African Public Law**, vol. 21, nº 2, 2006. Disponível em http://reference.sabinet.co.za/webx/access/electronic_journals/sapr/sapr_v21_n2_a7.pdf, acesso em 02/07/13. p. 339.

¹³⁴ Íntegra da decisão disponível em REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers**. 2004. Em <http://dx.doi.org/10.1002/9780470997154.ch44>, acesso em 05/07/13.

¹³⁵ Tradução livre: "The spirit of ubuntu, part of the deep cultural heritage of the majority of the population, suffuses the whole constitutional order. It combines individual rights with a communitarian philosophy. It is a unifying motif of the Bill of Rights, which is nothing if not a structured, institutionalised and operational declaration in our evolving new society of the need for human interdependence, respect and concern." Corte Constitucional. **Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers**. 2004. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2004/7.html&query=%20port%20elizabeth>, acesso em 05/09/13. p. 25.

central dizia respeito à inconstitucionalidade do princípio tribal da primogenitura, que excluía o direito de herança de mulheres e dos filhos nascidos fora do casamento.

Ao proferir seu voto, Langa mencionou brevemente o *ubuntu*, ao declarar que “o direito consuetudinário fornece um ambiente estimulante para a fomentação de tradições comunitárias, como o *ubuntu*”¹³⁶.

Apenas no julgamento *Dikoko v. Mokhatla*¹³⁷, a jurisprudência da África do Sul avançou no reconhecimento jurídico à filosofia *ubuntu*. O caso chegou à SACC através de recurso interposto de decisão proferida pela *Pretoria High Court*, em que se Dikoko fora condenado ao pagamento de 110.000 *rands* a título de danos morais, por certas declarações consideradas difamatórias.

Mokgoro¹³⁸, analisando o impacto da retratação do ofensor na fixação do *quantum* indenizatório¹³⁹ fez referência ao vínculo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o *ubuntu*. Em seu entendimento, esse seria o fio condutor de uma hermenêutica constitucional norteada pela justiça restaurativa, cujo foco seria o reestabelecimento da harmonia entre as partes.

Para o *Justice*, dois pontos devem ser levados em conta: que a reparação pretendida é da dignidade e da honra e não a financeira; que ao judiciário compete funcionar como arena da recomposição de relacionamento digno e respeitável entre as partes.

Sachs¹⁴⁰, acompanhando o voto de Mokgoro, defendeu releitura da lei de difamação, propondo que a justiça restaurativa se sobreponha a condenações de cunho material, sob o argumento de que tal interpretação é mais consistente com o novo *ethos* constitucional. Na fundamentação, reconhece o valor constitucional do conceito de *ubuntu*:

¹³⁶ Tradução livre de “ (...) as well as the nurturing of healthy communitarian traditions such as *ubuntu*”. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Bhe v. Magistrate, Khayelitsha; Shibi v. Sithole**. 2004. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/18.pdf>, acesso em 05/07/13.

¹³⁷ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Dikoko v. Mokhatla**. 2006. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/10.pdf>, acesso em 05/07/13.

¹³⁸ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Dikoko v. Mokhatla**. 2006. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/10.pdf>, acesso em 05/07/13. p. 31/40.

¹³⁹ Um dos argumentos de defesa apresentados pelo réu era a possibilidade de que a retratação pública teria o condão de mitigar o *quantum* indenizatório a ser fixado. O sistema legal sul-africano se utilizava do instituto do *amende honorable*, originário do direito romano-alemão.

¹⁴⁰ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Dikoko v. Mokhatla**. 2006. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/10.pdf>, acesso em 09/09/13. p. 57.

“O *ubuntu botho* é muito mais do que um termo de efeito a ser utilizado para abrilhantar uma conclusão legal previamente estabelecida, mas uma filosofia intrínseca à cultura constitucional sul-africana. Historicamente, o *ubuntu* foi fundamental na construção do espírito de reconciliação que permitiu que a nossa tão traumatizada sociedade superasse e transcendesse o passado. Hoje, deve ser visto como um princípio constitucional permanente, representativo do elemento de solidariedade humana que, junto à liberdade e igualdade criam uma tríade afirmativa e servem como base para os demais valores constitucionais e os direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição.¹⁴¹”

As concepções de restauração e reconciliação inerentes à filosofia *ubuntu* preponderaram de tal forma no sistema legal tribal, que a infração a direito subjetivo afetava a harmonia de todo o grupo, exigindo-se, portanto que a justiça restaure o *status quo* da coletividade e não só do indivíduo atingido diretamente.

É nesse sentido que os valores preconizados pelo *ubuntu* encontram paralelo nos elementos centrais da justiça restaurativa¹⁴² da forma com concebida pela doutrina internacional, em que, similarmente à lei tribal africana, defende-se um sistema jurídico que, na medida do possível, substitui a punição pela restauração. No caso, as partes são protagonistas no restabelecimento da relação maculada pelo dano, eis que participam diretamente na definição de medidas de reinserção social do agressor.

É importante frisar que os votos acima descritos foram minoritários e não representam o posicionamento da corte na resolução do caso concreto. Ainda assim, são significativos no intuito de demonstrar uma primeira tentativa concreta de expressão de conteúdo constitucional para a filosofia *ubuntu* pela jurisprudência sul-africana, após a promulgação do texto constitucional definitivo.

¹⁴¹ Traduzido de forma livre: “Ubuntu - botho is more than a phrase to be invoked from time to time to add a gracious and affirmative gloss to a legal finding already arrived at. It is intrinsic to and constitutive of our constitutional culture. Historically it was foundational to the spirit of reconciliation and bridge-building that enabled our deeply traumatised society to overcome and transcend the divisions of the past. In present day terms it has an enduring and creative character, representing the element of human solidarity that binds together liberty and equality to create an affirmative and mutually supportive triad of central constitutional values. It feeds pervasively into and enriches the fundamental rights enshrined in the Constitution.” CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence**. New York: Fordham University Press, 2012. p. 184.

¹⁴² São considerados como elementos da justiça restaurativa: o encontro (viabilizando que o dano causado seja discutido e elaborado pelas partes, facilitando a conciliação e a regeneração da relação entre estas), a participação (apostando nas partes como sujeitos ativos na solução do litígio), a reparação (onde o foco se redireciona da punição para a reparação) e a reintegração à comunidade (uma vez que se elabora o problema, as partes podem retomar o convívio social). CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence**. New York: Fordham University Press, 2012. p. 384.

Em aproximação alternativa do tema, Benett¹⁴³ sugere que a análise da utilização legal do *ubuntu* leve em conta o contexto e o modo como se aplica no caso concreto, mais do que a preocupação com desvendar definição ou significados pré-determinados.

É dessa forma que o conceito vem sendo aplicado no campo dos direitos socioeconômicos, especialmente na solução de demandas que envolvam despejos de cidadãos que habitam ilegalmente propriedades privadas. No propósito de alcançar solução justa e equitativa, a corte constitucional tem reiteradamente interpretado a PIE - *Prevention of Illegal Evictions from and Unlawful Occupation of Land Act*¹⁴⁴, sob a ótica do *ubuntu*, condicionando o desalojamento não só à legalidade da ocupação, mas às suas circunstâncias e consequências. Ao mesmo tempo, estabelece a obrigatoriedade de que as partes se engajem substancialmente na tentativa de encontrar solução equitativa.

Note-se que, nessas práticas, a letra fria da lei é temperada com noção de moral peculiar, que condiciona a solução jurídica à análise integrada e abrangente do caso concreto, devendo-se examinar as diferentes variáveis na busca de desfecho satisfatório.

De forma similar, o *Child Justice Act 75*¹⁴⁵ elenca entre seus objetivos a vivência do espírito do *ubuntu*, através da promoção da dignidade humana e respeito aos direitos humanos entre as crianças, tendo em vista sua reconciliação e reintegração à sociedade, com a participação das famílias, das vítimas e da sociedade em geral. Nesses casos, não se pretende obter definição ou contextualização legal, mas restaurar a humanidade e a dignidade das vítimas e dos infratores.

Talvez este seja o caminho mais adequado para a inserção do *ubuntu* no sistema constitucional sul-africano. Ao invés de se buscar definição objetiva na

¹⁴³ BENNETT, Tom. Ubuntu: An African Equity. **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**. v. 14, nº 4, 31/61, 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1915062>, acesso em 18/07/13. pp. 31.

¹⁴⁴ REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Prevention of Illegal Evictions from and Unlawful Occupation of Land Act**. Disponível em <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=71849>, acesso em 20/07/13.

¹⁴⁵ Norma promulgada em 2010 e que estabelece o tratamento a ser dado às crianças e adolescentes em conflito com a lei. REPÚBLICA FEDERATIVA DA ÁFRICA DO SUL. **Child Justice Act 75**. 2008. Disponível em: http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2008-075_childjustice.pdf, acesso em 18/07/13. p. 147

seara doutrinária e dos tribunais, a vivência sócio-cultural e axiológica pode trazer a lume elementos filosóficos condicionadores do projeto político-jurídico pretendido.

Muito mais do que forma regional de tratamento de temas como a dignidade humana, o *ubuntu* resume um conjunto de valores éticos e morais representativos de um povo, cujas bases históricas são ímpares e muito diversas daquelas encontradas na América do Norte ou nos países da Europa. Talvez essa peculiaridade favoreça a integração e interpretação das normas, na direção da proposta de transformação, cujas raízes se assentam em valores ancestrais tribais.

2.2.3 Implementação gradual como conceito-chave no campo dos direitos socioeconômicos

O reconhecimento dos direitos socioeconômicos como direitos humanos¹⁴⁶ e sua normatização no âmbito transnacional é crucial no combate à pobreza e melhoria das condições de vida da população. Esse avanço implica ao Estado o dever jurídico de formulação de políticas públicas de inclusão, com reflexos na reformulação das relações de poder envolvendo as pessoas em situação de pobreza, ao mesmo tempo em que promove maior integração de diversos grupos sociais, em prol do desenvolvimento e bem-estar coletivo¹⁴⁷.

No entanto, para que a distribuição de bens possa contribuir ao ideal de vida digna para todos, é premente algum grau de coerção. No contexto sul-africano, em que a filosofia do *ubuntu botho* funciona como legitimadora do novo contrato social, a transformação pretendida se identifica com um planejamento administrativo dotado de políticas que buscam universalizar os direitos garantidos pela Carta Política. Na realização de tão complexa missão constitucional, a cláusula de implementação gradual torna viável a ampliação progressiva do poder/dever estatal de garantir os direitos socioeconômicos, permitindo, se necessário, que a atuação do judiciário no

¹⁴⁶PIECHOWIA, Mariék. What are Human Rights? The Concept of Human Rights and their Extra-legal Justification. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. Turku: Abo Akademi University Institute for Human Rights. 1999. p. 3-14.

¹⁴⁷UNITED NATIONS. **Human Rights and Poverty: A Conceptual Framework**. Geneva, 2004. p. 13. Disponível em < <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyReductionen.pdf>>, acesso em 23/09/12.

controle de constitucionalidade das escolhas políticas funcione como ferramenta de transposição da fronteira dos mencionados direitos¹⁴⁸.

Para melhor compreensão do exposto, é importante analisar sua utilização no âmbito internacional. O comissário das Nações Unidas para os direitos humanos estabeleceu o desenvolvimento do tema no contexto do direito supranacional, definindo que os “SER” (*socio economic rights*) estão

(...) movendo-se de um compromisso jurídico, isto é, a aceitação de uma obrigação internacional de direitos humanos, no sentido de sua concreta realização, pela adoção de medidas adequadas e, finalmente, o gozo de todos os direitos consagrados no âmbito das obrigações relacionadas¹⁴⁹.

Para tanto, é necessário o compromisso estatal com o desenvolvimento de normas legais de efetividade desses direitos e das correspondentes políticas públicas; com a ratificação e a internalização das normas internacionais; e com o reconhecimento dos direitos socioeconômicos como justiciáveis, de maneira a garantir a adjudicação de eventuais violações.

Na atualidade, dispõe-se de vasta legislação sobre o tema, tanto no âmbito internacional, como doméstico, a qual reconhece que, na maioria das vezes, não é razoável esperar o acesso universal a esses bens e serviços.

Dentre essas normas, merece destaque o ICESCR (*International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights*), pacto multilateral adotado pela ONU em 1966¹⁵⁰, talvez uma das mais importantes normativas internacionais atinentes ao tema, trazendo a previsão de vasta gama de direitos socioeconômicos¹⁵¹. O Pacto,

¹⁴⁸ Ray, Brian. *Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights*. **Stanford Journal of International Law**. Vol. 45. Cleveland, 2009. Disponível em http://works.bepress.com/brian_ray/1>, acesso em 23/06/12. p. 58/59.

¹⁴⁹ Tradução livre de: “(...) moving from a legal commitment, that is, acceptance of an international human rights obligation, to realization by the adoption of appropriate measures and ultimately the enjoyment by all of the rights enshrined under the related obligations (...)”. UNITED NATIONS, **Report of the High Commissioner for Human Rights on Implementation of Economic, Social and Cultural Rights**, UN doc. E/2009/90, 8 June 2009, Item 3. Disponível em < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/362/90/PDF/N0936290.pdf?OpenElement>>, acesso em 23/09/12.

¹⁵⁰ Em setembro de 2012, o ICESCR havia sido ratificado por 160 países. A África do Sul, embora tenha se inspirado largamente nas previsões do tratado quando da redação do texto constitucional, através da inclusão de rol expressivo de direitos socioeconômicos, e principalmente do condicionamento destes à cláusula de *progressive realisation*, até setembro de 2012 não havia ratificado ao tratado, ainda que tenha aderido a este em 03/10/94. Disponível em http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, acesso em 22/09/12.

¹⁵¹ Dentre eles: condições dignas de trabalho, livre associação profissional e sindical, previdência e seguridade social; vida familiar, nesta incluída licença parental remunerada e a proteção à criança; o direito a um padrão de vida adequado, assim definido como aquele em que o cidadão deve ter

reconhecendo a impossibilidade do discurso totalizante, posto que a escassez das condições necessárias ao exercício desses direitos torna impossível sua efetivação imediata, universal e integral, no artigo 2.1¹⁵², condiciona as normas ali previstas a uma reserva de *progressive realisation*, impondo aos signatários a obrigação de tomar medidas até “o máximo de seus recursos disponíveis”, com vistas a alcançar gradativamente a plena realização dos direitos reconhecidos, por todos os meios apropriados.¹⁵³

Devido ao conteúdo propositalmente aberto dessa enunciação e à importância de sua interpretação, em 1990, o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, publicou o *General Comment, nº 3*¹⁵⁴, explicitando o conteúdo da cláusula de implementação gradual, nos seguintes termos:

O conceito de realização progressiva constitui o reconhecimento da impossibilidade da completa efetivação de todos os direitos econômicos, sociais e culturais em um curto espaço de tempo. Neste sentido, a obrigação imposta difere significativamente daquela contida no artigo 2 do Tratado Internacional de Direitos Políticos e Civis, que incorpora um imediata obrigação de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes. Ainda assim, a possibilidade de que a realização se protraia no tempo, ou, em outras palavras, progressivamente não pode ser interpretada como se esta estivesse despida de qualquer conteúdo significativo. Se por um lado representa a necessária flexibilidade, refletindo as realidades do mundo real e as dificuldades inerentes a qualquer nação quando está envolvida a realização integral de direitos desta natureza, por outro lado, a norma deve ser lida sob a ótica do objetivo maior do tratado, que é de estabelecer obrigações claras para cada Estado, acerca da realização integral dos direitos em questão. Desta forma, estabelece que cada Estado deve se direcionar da forma mais rápida e eficaz possível no sentido de atingir este objetivo. Além disso, qualquer medida que deliberadamente importe em

acesso à alimentação, vestimenta, habitação e à melhoria contínua na suas condições de vida; o direito à saúde, neste compreendido o acesso às melhores condições possíveis de saúde física e mental; o acesso à educação, que deve ser direcionada ao pleno desenvolvimento da dignidade e das capacidades de cada indivíduo, promovendo a participação efetiva de todas as pessoas na sociedade, com acesso gratuito ao ensino primário e igualitário ao ensino secundário e superior, bem como a participação na vida cultural da comunidade ONU. **Tratado Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais.** Artigos 6-15. 1966. Disponível em: <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>, acesso em 22/09/12.

¹⁵² ONU. **Tratado Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais.** Artigo 2.1. 1966. Disponível em: <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>, acesso em 22/09/12.

¹⁵³ HUNGRIA, Ana Luiza Hajdu Hungria, VALLE, Vanice Regina Lírio do. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: Um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na corte constitucional sul Africana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** 226/238. Rio de Janeiro. 2012. p. 5. Disponível em <http://unisinios.br/revistas/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2012.42.11/1244>, acesso em 12/01/13.

¹⁵⁴ CESCR, General Comment nº 3, **The Nature of States Parties Obligations**, Item 9. UN doc. E/1991/23, 1990. Disponível: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)>, acesso em 22/09/12.

retrocesso necessitará de ser plenamente justificável tendo como referência a totalidade dos direitos providos pelo tratado, e avaliada sob o contexto do uso integral dos recursos disponíveis.¹⁵⁵

Como se pode depreender do exposto, a *progressive realisation* viabiliza alguma flexibilidade em relação às obrigações impostas, desde que sejam tomadas providências na execução, em curto espaço de tempo e que a realização dos direitos previstos no Pacto seja contínua e direcionada a fins específicos, pré-determinados. Ademais, o texto veda medidas que importem em retrocesso quanto a direitos conquistados, salvo se cabalmente justificáveis, tomando por base o contexto e a proteção aos direitos.

Além das orientações já citadas, o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (CESCR), órgão independente que monitora a implementação dos direitos socioeconômicos contidos no ICESCR, acrescentou diversos parâmetros à interpretação do sentido da implementação progressiva, através de *General Comments*, que tomam como foco o seu alcance, no que tange a determinados direitos específicos, como a educação¹⁵⁶ e análise das políticas públicas voltadas à inclusão dos portadores de necessidades especiais¹⁵⁷.

¹⁵⁵Tradução livre de: "The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d'être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources." CESCR, General Comment n° 3 Item 4, **The Nature of States Parties Obligations**, UN doc. E/1991/23, 1990. Disponível: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)>, acesso em 22/09/12.

¹⁵⁶Este determina que ainda que os Estado devam priorizar a educação fundamental, estes não estão desonerados de paralelamente promoverem de forma contínua o acesso ao ensino secundário e superior, excluindo de sujeição à implementação gradual, a garantia de que o direito "será exercido sem qualquer tipo de discriminação. Ver CESCR, General Comment n° 13, Item 44, **The Right of Education**, UN doc. E/1999/21, 1999. Disponível: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/16/PDF/G9946216.pdf?OpenElement>, acesso em 22/09/12.

¹⁵⁷No caso dos portadores de necessidades especiais, o CESCR formata ainda mais especificamente o conceito de *progressive realisation*, quando acrescenta que a obrigação dos Estados não se limita a uma atuação negativa, sendo imprescindível que seja dada atenção específica às necessidades dos grupos mais vulneráveis. Ver CESCR, General Comment n° 5, Item 9, **Persons with Disabilities**, UN doc. E/1995/22, 1994. Disponível:

Por sua vez, o *Limburg Principles*¹⁵⁸, documento produzido pela Comissão Permanente de Direitos Humanos, igualmente direcionado à interpretação do ICESCR não deixa dúvidas acerca do caráter normativo e positivo da implementação gradual, vedando expressamente sua interpretação como possibilidade de deferimento indefinido de esforços no sentido da efetivação integral de direitos.

Em paralelo ao dever de continuidade, a *progressive realisation clause* também deve ser analisada sob o prisma dos recursos, uma vez que o ritmo possível da inclusão social depende diretamente de sua disponibilidade e da forma como serão alocados. É oportuno ressaltar que o ICESCR, ao fazer referência a *available resources*, utiliza a concepção mais ampla da expressão, levando em conta não apenas os bens materiais, ou humanos, eis que inclui a informação e tecnologia, como meios essenciais à efetivação de grande parte dos direitos socioeconômicos¹⁵⁹.

Nesse cenário, devem ser incluídos os bens disponíveis no âmbito doméstico e aqueles oriundos da assistência e cooperação entre as nações¹⁶⁰. Uma vez que receba auxílio internacional, o Estado-membro fica obrigado a alocar as verbas em iniciativas voltadas à realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, devendo sempre priorizar perspectiva global, que, por certo, contempla os grupos mais vulneráveis.

Outra observação importante é que ainda que não se disponha de ampliação dos recursos existentes, não fica afastada a obrigação de implementação

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument), acesso em 22/09/12.

¹⁵⁸UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. ("**Limburg Principles**"). Note verbale dated 86/12/05 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights Item 21. E/CN.4/1987/17, publication date 8 January 1987. Disponível: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html>, acesso em 22/09/12.

¹⁵⁹ROBERTSON, Robert E. Measuring state compliance with the obligation to devote the maximum available resources to the realizing economic, social, and cultural rights. **Human Rights Quarterly**, v. 16. 1994. p. 693-714,. Disponível em: <
<http://www.jstor.org/discover/10.2307/762565?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101072118853>>, acesso em 24/09/12. pp. 695-697.

¹⁶⁰CESCR, General Comment n° 3, **The Nature of States Parties Obligations**, Item 13. UN doc. E/1991/23, 1990. Disponível: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument), acesso em 23/09/12

gradativa,¹⁶¹ devendo o Estado promover a participação da sociedade, no intento de distribuir os bens disponíveis de forma igualitária.

O requisito da implementação gradual configura instrumento viabilizador da atuação dos Estados-membros, uma vez que a flexibilização dos limites impostos à atuação estatal permite que cada nação evolua em direção à integral realização dos direitos socioeconômicos, guardando coerência com as especificidades dos diversos contextos nacionais.

O tema *minimum core* em direitos socioeconômicos foi tratado com ineditismo¹⁶² pelo *General Comment* nº 3¹⁶³. Ao tecer considerações acerca da interpretação do artigo 2.1 do ICESCR, em 1990, ao mesmo tempo em que torna mais denso o conteúdo da cláusula de implementação gradual¹⁶⁴, define os contornos das obrigações mínimas impostas a cada Estado-membro, nos seguintes termos:

Tomando como a experiência adquirida (...), durante o período de mais de uma década de exame dos relatórios enviados pelos Estados-Membros, esta Comissão é da opinião de que compete a cada Estado a obrigação de garantir pelo menos a satisfação de níveis mínimos essenciais, de cada um dos direitos socioeconômicos. Assim, por exemplo, se em determinado Estado-membro, um número significativo de indivíduos é privado de alimentação suficiente, de cuidados essenciais de saúde, de abrigo básico e habitação, ou das formas mais básicas de educação este, *prima facie*, estará deixando de cumprir com as obrigações decorrentes do tratado. Uma interpretação que se furtasse a definir este núcleo mínimo de obrigações, estaria privando a norma de sua própria razão de ser. Da mesma forma, deve-se notar que qualquer avaliação a respeito do cumprimento da obrigação mínima essencial imposta, sempre deve também ter em conta as limitações de recursos específicas do país em causa. O artigo 2.1 determina como obrigação de cada Estado a tomada de medidas tendo como teto "o máximo de seus recursos disponíveis". Assim, para que se possa atribuir o fracasso no cumprimento desta obrigação mínima essencial à falta de

¹⁶¹ UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Note verbale dated 86/12/05 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights ("Limburg Principles")**. Item 23. E/CN.4/1987/17. 1987. Disponível: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html>, acesso em 22/09/12.

¹⁶² O CDESCR foi a primeira entidade internacional a articular esse conceito. Para mais detalhes ver: YOUNG, Katherine G. The minimum core of economic and social rights: A concept in search of content. **Yale Journal of International Law**. v. 33, n. 1, 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1136547>, acesso em 16/10/12. p. 115.

¹⁶³ CDESCR, *General Comment* nº 3, **The Nature of States Parties Obligations**, Item 9/10. UN doc. E/1991/23, 1990. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)>. Acesso em 22 nov. 2012.

¹⁶⁴ No que tange a cláusula de implementação gradual, o item 9 do **General Comment** nº. 3 viabiliza alguma flexibilidade em relação as obrigações impostas, desde que providências na execução destas sejam tomadas em um curto espaço de tempo e que a realização dos direitos previstos no pacto seja contínua e direcionada a fins específicos e pré-determinados. O texto também veda medidas que importem em retrocesso nos direitos já conquistados, salvo se estas forem cabalmente justificáveis, tomando por base o contexto e a proteção aos direitos como um todo.

recursos disponíveis, deve o Estado demonstrar que todos os recursos disponíveis foram utilizados para satisfazer, de forma prioritária, o núcleo essencial de cada direito.¹⁶⁵

Desde então, o Comitê recorre a esse conceito para definir o conteúdo essencial de cada direito. O *General Comment* nº 4¹⁶⁶, que trata do “direito a uma moradia adequada”, determina que a mesma deverá ser “culturalmente adequada”, frisando que devem ser tomadas medidas imediatas para sua realização. Já o direito a uma alimentação adequada, disciplinado pelo *General Comment* nº 12¹⁶⁷, delibera que cada Estado-membro deve garantir a todos uma dieta composta de alimentos em quantidade suficiente e nutricionalmente adequados, impondo ao Estado o ônus da prova em caso de violação. No contexto do direito à educação, o CESCR, se reporta expressamente ao *General Comment* nº 3, lembrando o dever estatal de prover educação básica, assim definida como a educação primária. Ainda no âmbito do direito a educação, o *General Comment* nº 13¹⁶⁸, reafirma a interrelação entre as diversas obrigações originadas dos direitos socioeconômicos, quando, ao definir as obrigações mínimas, elenca extenso rol de deveres, muitos deles se reportando àqueles relacionados a outros direitos sociais¹⁶⁹. O mesmo se observa no *General*

¹⁶⁵Tradução livre de: “On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps "to the maximum of its available resources". In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.

¹⁶⁶CESCR, *General Comment* nº. 4, **The Right to Adequate Housing**. UN doc. E/1991/23, 1990. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument)>. Acesso em 15 nov. 2012.

¹⁶⁷CESCR, *General Comment* nº. 12, **The Right of Adequate Food**. UN doc. E/C.12/1999/5, 1999. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/420/12/PDF/G9942012.pdf?OpenElement>>. Acesso em 17 nov. 2012.

¹⁶⁸CESCR, *General Comment* nº 13, **The Right of Education**. UN doc. E/C.12/1999/10, 1999. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/16/PDF/G9946216.pdf?OpenElement>> . Acesso em 16 nov. 2012.

¹⁶⁹O comitê elenca como obrigações fundamentais ligadas ao direito à saúde, entre outras, o acesso a alimentação adequada e em quantidade o suficiente, à habitação, neste compreendido o acesso à água potável e saneamento básico.

Coment nº 15, quando, ao tratar do direito à água¹⁷⁰, além de indicar que em nenhuma circunstância poderá o indivíduo ser privado do nível mínimo essencial daquele recurso, vincula esse direito a conceitos como liberdade e igualdade, com especial atenção aos grupos mais vulneráveis¹⁷¹.

Por sua vez, o *Limburg Principles*¹⁷² não deixa dúvidas acerca do caráter normativo do conceito¹⁷³, determinando como obrigação dos Estados-membros, o respeito a padrões mínimos de sobrevivência para todos, considerando como violação ao pacto, a não promoção deliberada do *standard* de realização dos direitos sociais, com base no paradigma internacional.

Em que pese a ampla normatização do tema, a jurisprudência internacional apresenta resistência quanto a utilizar as regras transnacionais na judicialização dos direitos socioeconômicos, preferindo, no mais das vezes, reportar-se diretamente a provisões internas, constitucionais ou ordinárias. Ainda assim, as decisões proferidas quase sempre esbarram, expressa ou implicitamente, nos conceitos de *minimum core* e *progressive realisation*, oscilando quanto à exigência do cumprimento simultâneo de ambas as faces das obrigações impostas pelo *General Comment nº 3*, ou de uma delas, conferindo prioridade à garantia imediata desses direitos ou sua realização no médio/longo prazo.

Não resta dúvida da complexidade do desafio de diminuir as desigualdades e de que cada nação deve buscar modelo de implementação adequado às suas peculiaridades. Todavia, um ponto é pacífico: em lugar algum, por mais desenvolvida que seja determinada sociedade, esta poderá imputar unicamente ao Estado a missão de garantir a todos os direitos socioeconômicos, sob pena de que a meta seja infinitamente postergada, em nome dos mesmos valores que lhe dão fundamento.

¹⁷⁰CESCR, General Comment nº 15, **The right to water**. UN doc. E/C.12/2002/11, 2003. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/402/29/PDF/G0340229.pdf?OpenElement>>. Acesso em 17 nov. 2012.

¹⁷¹Aqui também o comitê relaciona o acesso à água ao direito à saúde, quando define que o *minimum core* em termos de água é aquele que for suficiente para prevenir a doença e determina a necessidade de que o Estado tome medidas para prevenção, tratamento e controle de doenças relacionadas à água; ao direito à igualdade, determinando que o acesso à água deve ser igualitário e não-discriminatório, com especial atenção voltada para os grupos menos favorecidos ou marginalizados através da adoção de programas de distribuição de água a baixo custo.

¹⁷²UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Limburg Principles**. Note verbale dated 86/12/05 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights Item 21. E/CN.4/1987/17, publication date 8 January 1987. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html>>. Acesso em 22 set. 2012.

¹⁷³Ver itens 25 e 72 em <<http://www.escri-net.org/docs/i/425445>>. Acesso em 16 out. 2012.

No caso específico da África do Sul, com o fim do *apartheid* e o início de um regime democrático constitucional, tendo em vista o sucesso da proposta de reconstrução de Estado – como a materializada pela Constituição da África do Sul – era indispensável a superação da cisão social. Por outro lado, a viabilidade do ambicioso projeto traçado pelo Texto Fundamental recomendava cautela, para evitar sua desmoralização decorrente da impossibilidade de realização do *Bill of Rights* ali contido. Nesse contexto, a cláusula da realização progressiva representou alternativa estratégica relevante¹⁷⁴.

3. CONSTITUCIONALISMO COMO PILAR DA TRANSFORMAÇÃO: A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DE PARÂMETROS DE CONTROLE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

A evolução da jurisprudência da Corte Constitucional sul-africana constitui uma das mais fecundas experiências no campo da cunhagem do conteúdo dos direitos sociais e econômicos no âmbito internacional¹⁷⁵. Guiada pela proposta de transformação social em que a Carta Magna é definida como alavanca, a mencionada atuação jurisdicional orienta-se na direção da construção paulatina e coerente de uma sociedade mais justa e fraterna, tendo na garantia de direitos sociais associada à sua sindicabilidade jurisdicional um relevantes instrumento jurídica

O grande teste, portanto, relacionado às potencialidades de sucesso da fórmula urdida na África do Sul envolvia os termos em que o controle judicial incidiria na matéria da efetividade dos direitos socioeconômicos. A afirmação da sua insindicabilidade poderia pôr a perder todo o projeto de superação da desigualdade material expresso na Constituição recém-aprovada; de outro lado uma intervenção

¹⁷⁴É interessante observar, que embora a cláusula de implementação gradual tenha sido elevada ao *status* de norma constitucional, tendo confirmado, através de reiterada jurisprudência, o seu papel como viabilizadora da efetivação dos direitos socioeconômicos naquele país, até a presente data a África do Sul não ratificou o *International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights*. Ver NEWMAN. Dwight G. Institutional monitoring of social and economic rights: a South Africa case study and a new research agenda. **South Africa Journal of Human Rights**, nº 19, Issue 01, 2003. pp. 189/195 Disponível em http://www.escri-net.org/usr_doc/Newman_Institutional_Monitoring.pdf, acesso em 05/11/13.

¹⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portugal: Wolters Kluwer - Coimbra Editora, 2010. pp. 210.

excessivamente contundente no sentido da afirmação de deveres estatais no campo do provimento destes direitos poderia recair sobre o vazio, desautorizando a Corte e o arranjo institucional recém criado.

Outro elemento relevante no cenário, que auxilia na compreensão da opção de política judiciária adotada pela Corte, diz respeito aos efeitos da filosofia *ubuntu*, examinada no item 2.2.2 acima. Isso porque uma concepção moral segundo a qual “uma pessoa só pode ser uma pessoa através das outras pessoas”¹⁷⁶; onde a existência do indivíduo só se justifica, se orientada no sentido da plena realização da comunidade, não se harmoniza com uma estratégia de *enforcement* de direitos sociais que tenha em conta predominantemente ou exclusivamente às necessidades individuais. Uma política judiciária no tema de direito socioeconômicos só se revelará eficaz se ela tiver em conta as necessidades da coletividade, na medida em que ela em si é instrumento da realização plena de cada indivíduo que a integra.

Esse é um elemento de diferenciação extremamente relevante para que se compreenda as sutilezas do *judicial review* na África do Sul, numa comparação com realidades que nos são mais próximas – como a brasileira mesmo – em que o predomínio do individual não se tem por incompatível com a ideia-força da centralidade da pessoa.

O cenário de desafios acima transcrito permite compreender a opção estratégica da Corte Constitucional da África do Sul – originalmente constituída inclusive com participantes do movimento *anti apartheid*¹⁷⁷ – que opera a partir da lógica de construção por agregação, dos critérios de justiciabilidade dos direitos socioeconômicos. A experimentação em cada caso, e a análise nas demandas subsequentes da adequada aplicação dos parâmetros anteriormente traçados foi tido como mecanismo propício a evitar o voluntarismo ou a prevalência da microjustiça, em detrimento do projeto constitucional de promoção da inclusão social. O exercício hermenêutico tem por objeto, portanto, não um preceito constitucional em si, mas o sistema constitucional em sua totalidade. A par disso, os vários “testes” de adequação dos programas de ação do poder público se somam, construindo uma matriz de análise que vai ganhando em complexidade à medida

¹⁷⁶ CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence**. New York: Fordham University Press, 2012. p. 4.

¹⁷⁷ Dos 12 juizes que fizeram parte da composição da corte constitucional da África do Sul, sete tinham história como militantes pelo direito das minorias. Ver REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Judges**. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicejohndidcott/index1.html>, acesso em 04/01/13.

que os julgamentos se sucedem. Com tais alicerces, as sucessivas decisões judiciais ampliam e favorecem aprofundamento da reflexão a respeito dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional.

A subordinação de um juízo de constitucionalidade das políticas públicas à lógica da realização progressiva configura-se como ponto de partida ao delineamento dos contornos possíveis de cada direito social previsto na Carta, sendo certo que suas fronteiras são fluidas, modificando-se na medida permitida pela evolução daquela sociedade.

Interessante consignar que esse potencial verdadeiramente paradigmático de determinadas decisões no tema de efetivação de direitos socioeconômicos é destacado pela própria Corte, que em seu sítio, aponta aqueles que considera como *landmark cases*; onde a configuração dos testes de constitucionalidade se tem por mais detidamente lançada. Esse é o universo dos casos ora analisados, evidenciando-se, em cada qual deles, o novo critério urdido pela Corte no controle de constitucionalidade.

3.1 Exigibilidade dos direitos socioeconômicos e deferência para com os critérios fixados nos programas de ação estatal

*Soobramoney v Minister of Health*¹⁷⁸ foi o primeiro caso alusivo a direitos sociais, julgado pela Corte Constitucional, em 1997. O cerne da questão constitucional envolvia a compatibilidade entre a política de utilização de máquinas de diálise implementada pelo sistema de saúde da província de Durban – que priorizava o atendimento a portadores de falência renal aguda, e, paralelamente, de paciente renais crônicos, desde que fossem elegíveis a transplante renal. Da referida política resultava a inelegibilidade do Recorrente à diálise e, portanto, o risco à vida.

A pretensão de ver afastada a política formal do hospital público e assegurado o direito à diálise foi rejeitada pela Durban and Coast Local Division of the *High Court*. O Tribunal Constitucional manteve decisão recorrida, em posição deferente às decisões tomadas pelo órgão administrativo que foi reputado fundado em política

¹⁷⁸Íntegra da decisão disponível em REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Soobramoney v Minister of Health**. 1997 <<http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1997/17.html&query=soobramoney>> acesso em 12/05/12.

pública racional, posto que, em condições de escassez, conferia prioridade àqueles pacientes com chances de cura, o que não era o caso do Recorrente.

O caráter paradigmático do caso repousa primeiro, na afirmação – pelo exame de mérito – da possibilidade em si da postulação judicial dos direitos sociais positivos, ainda que submetidos à implementação gradual. Dessa (aparentemente) singela afirmação decorre a viabilidade imediata de controle judicial sobre as condutas do poder relacionadas a quaisquer direitos socioeconômicos, o que traz implícita a afirmação do dever de desenvolver o Estado, de imediato, medidas no sentido de sua efetivação. Têm-se aqui a absoluta rejeição do caráter meramente programático dessas normas, afastando-se o primeiro dos temores dos críticos da fórmula da implementação gradual.

O segundo parâmetro jurisprudencial fixado no referido precedente – confirmado posteriormente por outros julgados – é de deferência da Corte para com os critérios estabelecidos pelo órgão competente, ainda que os mesmos expressem algum tipo de seletividade.

No voto proferido, *Justice Chaskalson* analisou a demanda, afirmando a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos e concluiu pela constitucionalidade da política pública questionada e conseqüente indeferimento do recurso interposto:

O Estado tem o dever constitucional de cumprir com as obrigações que lhe são impostas pelo artigo 27 da Constituição. Entretanto, não restou demonstrado no presente caso, que a sua impossibilidade em oferecer hemodiálise para todas as pessoas que sofrem de insuficiência renal crônica constitua uma violação ao direito à saúde nos termos da Carta Política¹⁷⁹.

A decisão transcrita demonstra uma disposição da corte para considerar inconstitucional apenas as políticas públicas formatadas que violem de forma inequívoca os direitos garantidos pela Carta Política. Conforme se observa, a reverência à escolha pública formatada não é absoluta – é uma presunção relativa,

¹⁷⁹ Tradução livre de: “The state has a constitutional duty to comply with the obligations imposed on it by section 27 of the Constitution. It has not been shown in the present case, however, that the state’s failure to provide renal dialysis facilities for all persons suffering from chronic renal failure constitutes a breach of those obligations. In the circumstances the appellant is not entitled to the relief that he seeks in these proceedings and his appeal against the decision of Combrinck J must fail. This is not an appropriate case for an order for costs to be made and the respondent correctly does not seek such an order.” REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Soobramoney v Minister of Health**. 1997. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1997/17.html&query=soobramoney>, acesso em 10/09/13.

cujo afastamento estaria a depender da evidência da ausência de razoabilidade do critério adotado, ainda que este implique em alguma fórmula de seleção.

A legitimidade da diferenciação – e toda seletividade importa inclusões e exclusões – é que estaria em análise na legitimidade do *modus* de implementação do direito, sempre condicionada a embasamento objetivo e racional justificador da ordem escolhida para a concessão do bem da vida em questão.

3.2 Vedação da desconsideração pela política em curso, de parcela relevante da sociedade; e necessária priorização aos vulneráveis

Em seguida, no ano de 2000, em *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others*¹⁸⁰, a Corte foi chamada a se pronunciar acerca da constitucionalidade das medidas impostas pelo julgamento proferido pela *Cape of Good Hope High Cour*, em razão de demanda ajuizada por Irene Grootboom e outros, tendo como paradigma os artigos 26 e 28 da Constituição¹⁸¹, que regulamentam, respectivamente, o direito à habitação e os direitos das crianças.

A corte inferior, embora tenha entendido que o programa de acesso à habitação promovido pela municipalidade era constitucional, determinou que o Estado assegurasse abrigo provisório às famílias com crianças, fixando ainda condições mínimas, como a existência de sanitários e fornecimento regular de água, com base no artigo 28 da Constituição sul-africana, a qual assegurava direitos em favor de vulneráveis e não se via constringida pela cláusula da implementação gradual, que não fora literalmente citada¹⁸².

¹⁸⁰ Inteiro teor da decisão pode ser conhecido em: REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others.2000.** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/05/12.

¹⁸¹ Irene Grootboom e outras 900 pessoas, dentre estas 510 crianças viviam em uma área chamada Wallacedene em condições extremamente precárias. Como muitos dos moradores, apesar de inscritos no programa municipal de acesso à moradia há vários anos não tinham perspectiva de receber ajuda do Estado, decidiram se mudar para propriedade privada já destinada à construção de casas populares, levando o proprietário da área invadida a ingressar com demanda judicial de reintegração de posse, onde obteve sentença de evicção e posterior decisão autorizadora de despejo forçado, levando ao ajuizamento da demanda pelos evictos perante a *Cape of Good Hope High Court*.

¹⁸² REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Constituição da República da África do Sul.** Artigo 28. 1996. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 12/05/12.

O Estado interpôs recurso perante a Corte Constitucional, buscando a reforma da decisão, sob o fundamento de que seria incompatível a imposição de medidas complementares e a declaração de constitucionalidade do programa de habitação que vinha sendo implementado.

A Corte Constitucional considerou o programa habitacional inconsistente com os objetivos do Texto Fundamental, uma vez que este não levava em conta parcela relevante da sociedade, falhando no provimento de condições mínimas em matéria de habitação para pessoas em imediata e desesperada necessidade, sendo determinada a reformulação da política habitacional daquela municipalidade, no sentido de incluir medidas que levassem em conta os mais vulneráveis, tais como as contempladas em outras políticas públicas em curso no país:

(...) (a) O artigo 26 (2) da Constituição exige que o Estado implemente, dentro de seus recursos disponíveis, um programa abrangente e coordenado, de forma a realizar progressivamente o direito de acesso à moradia adequada. (b) Este programa deve incluir medidas razoáveis, similares àquelas contempladas no *Accelerated Managed Land Settlement Programme* que tenho por foco prover condições mínimas em matéria de habitação para as pessoas em imediata e desesperada necessidade e que estejam vivendo em condições intoleráveis ou em situações de crise.¹⁸³

Note-se que ao contrário do direito à moradia de forma genérica, que é condicionado constitucionalmente à realização progressiva, os direitos das crianças, entre eles os de serem providos com alimentação, habitação e serviços básicos de saúde, não se submetem a mesma condicionante¹⁸⁴. Apesar da comunidade envolvida possuir famílias que contavam ou não com a presença de crianças, a corte optou de afirmar a inconsistência do programa pela ausência de proteção aos

¹⁸³ Mais uma vez, o controle de constitucionalidade feito pela corte afirma uma visão universalista da garantia dos direitos socioeconômicos, uma vez que evita, com sua decisão, priorizar os litigantes em detrimento dos outros tantos sul-africanos que vivem em situação similar, apenas fazendo uma correção de rota na política pública existente, de sorte a garantir àqueles que vivem em uma condição de maior vulnerabilidade. Tradução livre de "(a) Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing. (b) The programme must include reasonable measures such as, but not necessarily limited to, those contemplated in the Accelerated Managed Land Settlement Programme, to provide relief for people who have no access to land, no roof over their heads, and who are living in intolerable conditions or crisis situations." REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others.2000.** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/09/13. p. 67.

¹⁸⁴ República Federativa da África do Sul. **Constituição da África do Sul.** Artigo 28. 1996. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 04/01/13.

vulneráveis, ao invés de criar direitos diversos moldados em razão da composição de cada núcleo familiar, reforçando o viés coletivo originário da filosofia *ubuntu*.

É interessante observar que, não obstante a identificação de falhas no programa habitacional implementado pelo Estado, a Corte Constitucional evitou determinar as prestações devidas e o modo como deveriam ser feitas, deixando tal especificação a cargo das autoridades administrativas, a quem, em primeira instância, incumbe tratar essas questões. Essa decisão confirma o entendimento adotado no caso *Soobramoney* de deferência para com as escolhas formuladas pelos poderes estabelecidos, originalmente detentores de competência para a fixação dos programas de agir estatal. Assim, não obstante a crítica à política pública em andamento, os mecanismos próprios à sua correção foram devolvidos à própria Administração Pública, que mais próxima à realidade e provida do critério constitucional aplicável, poderia reformatar o programa de ação estatal.

Outra face importante do caso *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others* repousa no fato de que os fundamentos da decisão afastaram a suposta obrigatoriedade da fixação de um núcleo essencial do direito de moradia, levantada pelos *amici curiae* admitidos no caso, tomando como base a interpretação do artigo 2.1 do ICESCR adotada pelo Comitê das Nações Unidas em direitos Sociais, Economicos e Culturais.

A Corte rejeitou expressamente a possibilidade de determinação de um conceito genérico de *minimum core*, entendendo que não estaria institucionalmente capacitada a efetuar as consultas fáticas e políticas necessárias à determinação do núcleo essencial do direito à moradia *in abstracto*, colocando em dúvida a própria necessidade de conformação desse tipo de conceituação pelo poder judiciário¹⁸⁵. Complementa-se assim a deferência para com as escolhas administrativas, com a afirmação da ausência de *expertise* da Corte para a delimitação de um parâmetro numérico aplicável indistintamente a todos os casos.

O desenvolvimento da jurisprudência constitucional sul-africana, demonstra que a discussão acerca do *minimum core* será um dos vetores mais polêmicos de toda a construção da corte, retornando por várias vezes à sua deliberação, como se virá a demonstrar no Capítulo 4 adiante.

¹⁸⁵ RICHARDSON, Henry J. Patrolling the resource transfer frontier: Economic rights and the South African Constitutional Court's contributions to international justice. **African Studies Quarterly**, Vol. 9, Nº 4, 2007; pp. 72/96.. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1027984>, acesso em 12/05/12. pp. 87.

Como as cogitadas medidas tendentes à implementação de direitos prestacionais não se esgotam em único ato a decisão da Corte, delegou à Comissão de Direitos Humanos a fiscalização do seu cumprimento pelo Estado, determinando que esta se reportasse posteriormente à Corte, num também precursor exercício de jurisdição supervisora¹⁸⁶ – aquela que não se esgota em único provimento jurisdicional.

3.3 Ausência de suporte técnico racional à política restritiva da garantia de direito socioeconômico

O próximo caso de destaque na jurisprudência constitucional sul-africana teve como protagonista a *TAC (Treatment Action Campaign)*¹⁸⁷, sociedade civil ativista na promoção dos direitos dos portadores do HIV¹⁸⁸. Após a divulgação de estudos feitos em Uganda quanto à segurança e eficácia da Neviparine na prevenção da transmissão perinatal e a conclusão do Conselho de Medicina sul-Africano no sentido que os benefícios da utilização do AZT eram maiores que os riscos, o governo da África do Sul permitiu a prescrição do referido medicamento no combate à transmissão perinatal do vírus nos hospitais públicos. Porém, a medida foi acompanhada de restrição: enquanto a droga não fosse registrada como retroviral na África do Sul, a autorização alcançou apenas duas localidades, uma urbana e outra rural, em regime experimental, com a justificativa de que se carecia de análise dos riscos, antes de autorizar a prescrição da droga em larga escala. Notório o caráter verdadeiramente epidêmico do AIDS no continente africano, evidentemente

¹⁸⁶ Jurisdição supervisora é a possibilidade de retenção pela corte constitucional do poder de supervisionar acompanhar a sequencia de medidas relacionadas ao seu cumprimento da decisão judicial pelo

¹⁸⁷ Fundada em 10 de Dezembro de 1998 em Cape Town, África do Sul, a *Treatment Action Campaign* é uma sociedade civil que defende um maior acesso ao tratamento, cuidados e serviços de apoio para pessoas vivendo com HIV. Com mais de 16.000 membros, 267agências e 72 funcionários trabalhando em tempo integral, a *TAC* tornou-se uma importante representante dos direitos daqueles que vivem com HIV na África do Sul. Disponível em **TAC Website** <http://www.tac.org.za/community/about>, acesso em 08/06/12.

¹⁸⁸ Fundada em 10 de Dezembro de 1998 em Cape Town, África do Sul, a *Treatment Action Campaign* é uma sociedade civil que defende um maior acesso ao tratamento, cuidados e serviços de apoio para pessoas vivendo com HIV. Com mais de 16.000 membros, 267agências e 72 funcionários trabalhando em tempo integral, a *TAC* tornou-se uma importante representante dos direitos daqueles que vivem com HIV na África do Sul. Disponível em **TAC Website** <http://www.tac.org.za/community/about>, acesso em 08/06/12.

a cláusula de limitação da possibilidade de prescrição do medicamento gerava graves consequências.

Em agosto de 2001, a TAC deu início ao litígio frente à Corte de Pretória, sob o argumento de violação aos artigos 27 (1) e (2)¹⁸⁹ da Constituição, além de outros direitos fundamentais relacionados ao direito à vida, à igualdade, dignidade, integridade física e mental, e direito das crianças. Em paralelo, afirmou que a medida constituía verdadeira afronta ao ICESCR - Tratado Internacional em Direitos Socioeconômicos, entre outros tratados de direitos humanos ratificados pela África do Sul. Com apoio na avaliação de diversos especialistas no assunto, comprovou a efetividade e viabilidade do programa, do ponto de vista médico e financeiro¹⁹⁰.

A resposta do Estado, num documento de mais de 1000 laudas pretendia justificar a não ampliação da política pública¹⁹¹. Não obstante, as explicações foram rejeitadas pela Corte Constitucional, que considerou viciado o programa de governo, sob o fundamento de que negava a possibilidade de evitar a transmissão do HIV aos recém-nascidos (e às mães soropositivas) residentes fora das localidades incluídas no “plano piloto”. Destacou-se ainda que, independente da existência de custos para treinamento de pessoal, aconselhamento e infraestrutura necessárias à realização completa do programa, a celeuma dizia respeito tão somente à negativa de acesso a uma única dose de NVP, de custo zero ao Estado¹⁹² e que a restrição da prescrição da droga representava injustificada barreira à realização progressiva do direito à saúde.

Embora, a exemplo do caso *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others*, a corte novamente tenha rejeitado o papel de

¹⁸⁹ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. **Constituição da República da África do Sul**, 1996. Artigo 27 (1) e (2). Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 12/05/12.

¹⁹⁰ Em que pese o caráter sempre festejado do TAC case, vale consignar a interessante análise empreendida por Berger e Kapczynski acerca do entorno fático do caso, que teria facilitado tremendamente uma decisão mais progressista da Corte, pela expressiva reunião de elementos científicos, econômicos e de fato que desautorizavam por completo as razões de oposição do Governo à distribuição do medicamento em larga escala. Ver BERGER, Jonathan Michael and KAPCZYNSKI, Amy, *The Story of the TAC Case: The Potential and Limits of Socio-Economic Rights Litigation in South Africa*. **Human Rights Advocacy Stories**, Deena R. Hurwitz, Margaret L. Satterthwaite, eds., 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1323522>, acesso em 29/06/12.

¹⁹¹ O Estado argumentava que programa proposto pela TAC era inviável do ponto de vista financeiro e que ainda que Neviparina tivesse sido registrada, seu uso indiscriminado representaria uma catástrofe para a saúde pública, em razão da suposta resistência que esta causaria no paciente a outros retrovírus, além de que seus efeitos seriam minimizados pela necessidade de aleitamento materno, quando as mães não tivessem possibilidade de se utilizar de leite artificial.

¹⁹² Aquela altura, por força da própria mobilização do TAC, havia oferta internacional do medicamento a custo zero, o que superava em boa porção a discussão atinente ao impacto financeiro da decisão.

protagonista na conformação de um conceito de *minimum core*¹⁹³ em abstrato¹⁹⁴, afirmou a viabilidade de se ter em conta um núcleo essencial, que não se confunde com preceito constitucional auto-executável conferido a todos, mas como parâmetro de aferição da razoabilidade da política pública em implementação, sob crivo judicial¹⁹⁵.

3.4 Aplicabilidade dos direitos socioeconômicos aos não cidadãos – caráter não discriminatório da implementação gradual

Pelo que se expôs até o presente momento, as questões levadas ao Tribunal Constitucional no âmbito dos direitos sociais traziam como núcleo a análise da constitucionalidade de políticas públicas concretizadoras de direitos socioeconômicos, em contraste direto com a cláusula de implementação gradual.

Em outra vertente, em *Khosa and Others and Mahlaule and Another vs, Minister of Social Development*¹⁹⁶, a controvérsia exige identificar os destinatários em si das prestações sociais contempladas no artigo 27 da Constituição sul-africana.

¹⁹³ Similarmente ao julgamento proferido no caso Grootboom, Yacoob J, embora tenha apontado que em alguns casos o reconhecimento do núcleo essencial de um direito deva ser levado em conta para determinar se as medidas adotadas pelo Estado são razoáveis, concluiu que este não pode ser conferido como um direito autónomo. Em Grootboom ver REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others.2000.** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/09/13, p. 27/28; em TAC ver REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health & others v. TAC.** 2002. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2378.PDF>, acesso em 30/06/12. p. 78.

¹⁹⁴ RICHARDSON, Henry J. Patrolling the resource transfer frontier: Economic rights and the South African Constitutional Court's contributions to international justice. **African Studies Quarterly**, Vol. 9, Nº 4, 2007; pp. 72/96.. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1027984>, acesso em 12/05/12. pp. 79.

¹⁹⁵ "(...) It is impossible to give everyone access to even a "core" service immediately. All that is possible, and all that can be expected of the State, is that it act reasonably to provide access to the socio-economic rights identified in sections 26 and 27 on a progressive basis." REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constituitucional. **Minister of Health & others v. TAC.** 2002. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2378.PDF>, acesso em 30/06/12. pp. 27.

¹⁹⁶ Tratam-se de dois casos julgados simultaneamente: *Khosa and Others v Minister of Social Development e Mahlaule and Another vs. Minister of Social Development*. No primeiro, os recorrentes contestavam a constitucionalidade da seção 3 (c) do *Welfare Law Act*, que reserva subsídios sociais apenas para idosos cidadãos sul-Africano. Já no segundo caso, a questão orbitava em torno dos artigos 4 (b) (ii) e 4B (b) (ii) do mesmo diploma legal, que também reservava auxílio financeiro apenas às criança sul-africanas, cujos pais ou responsáveis fossem cidadãos sul-africanos. Southern African Legal Information Institute. De acordo com os autores, tais dispositivos afrontavam o direito à igualdade, à seguridade social e o direito das crianças. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Khosa and Others v Minister of Social Development e Mahlaule and Another v Minister of Social Development.** 2003. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2004/11.html&query=khosa>, acesso em 08/09/13.

É pertinente assinalar que o supramencionado dispositivo determina que “todos” tem direito ao acesso à saúde, alimentação, água e seguridade social¹⁹⁷, ao passo que a norma infraconstitucional contestada determinava que apenas os cidadãos sul-africanos poderiam receber benefícios previdenciários do Estado. Se de um lado a exclusão dos não cidadãos admitira justificativa em tese tendo em conta a equação de financiamento de uma rede de proteção social; de outro lado é extrema de dúvidas que a evocação da cidadania passava a se caracterizar como um critério de segregação – aquela mesma prática excludente que o projeto da nova Constituição pretendia remeter definitivamente ao passado.

Inicialmente proposto perante a *High Court* por cidadãos moçambicanos com residência permanente na África do Sul, que pretendiam ser incluídos no rol de destinatários das prestações referentes à previdência social. O pedido foi julgado procedente, autorizando a extensão dos benefícios previdenciários a todos os cidadãos com residência permanente na África do Sul. Enviado à Corte Constitucional¹⁹⁸ para ratificação, por maioria de votos, confirmou-se a sentença, determinando acréscimo da expressão "ou residente permanente" após a palavra "cidadão" em cada um dos dispositivos impugnados. O fundamento da decisão assentou-se na redação do artigo 27 da Carta Política, que usa o termo "todos" para definir os destinatários das prestações de previdência social.

A magnitude do impacto da decisão em comento repousa no fato de que a determinação de “todos” como destinatários das prestações impostas no âmbito de direitos econômicos e sociais se repete nas disposições constitucionais que garantem o acesso à habitação, ao meio ambiente, à educação, à saúde, à

¹⁹⁷ Apenas o direito ao acesso à propriedade imóvel é reservado expressamente pela Texto Constitucional sul-africano. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. **Constituição da República da África do Sul**. Capítulo 2, Seção 25 (5). 1996. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 08/06/12.

¹⁹⁸ No sistema legal sul-africano as decisões proferidas por tribunais infraconstitucionais que declarem a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato do executivo tem sua eficácia suspensa até que o *decisum* seja confirmado pela Corte Constitucional, a teor do determinado pela Seção 172 (2) do respectivo Texto Fundamental. Ver REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Constituição da República da África do Sul**. 1996. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 08/06/12.

¹⁹⁸ No sistema legal sul-africano as decisões proferidas por tribunais infraconstitucionais que declarem a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato do executivo tem sua eficácia suspensa até que o *decisum* seja confirmado pela Corte Constitucional, a teor do determinado pela Seção 172 (2) do respectivo Texto Fundamental. Ver REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Constituição da República da África do Sul**. 1996. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 08/06/12.

alimentação e a água (Seções 23, 24, 26, 27, 28, 29 da Carta Constitucional)¹⁹⁹ e também naquelas que regulam as relações trabalhistas e os direitos das crianças. Trata-se, pois de reconfiguração dos destinatários da atuação estatal nessas áreas.

A decisão proferida confirma a política de inclusão que permeia a nova ordem sul-africana, mas a ampliação do rol dos destinatários dos direitos socioeconômicos para a inclusão dos estrangeiros que residam permanentemente no país, ainda se apresenta, de alguma maneira, excludente, posto que subordinada a uma dupla condição – residente e permanente – que nem todos terão. própria lógica do *ubuntu*, que pressupõe a integração a uma comunidade, o que não se tem quando os vínculos existente são fugazes.

3.5 Exigibilidade de tentativa de solução consensual antes da intervenção jurisdicional corretiva

Julgado em fevereiro de 2008, o objeto do litígio no caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*²⁰⁰ foi o impedimento da execução de ordem de despejo determinada pela *Supreme Court of Appeal*. A origem da contenda radicou na pretensão do Poder Público de remodelar a área central da cidade, com a remoção da população de prédios caracterizados como inseguros e insalubres, localizados no citado espaço, que se constituía propriedade privada. A iniciativa do desalijo propriamente dito, se fundamentava no *National Building Regulations and Building Standards Act (NBRA)*, instrumento legislativo originário do período do *apartheid*. Os grupos atingidos pela tentativa de desalojamento afirmavam que ficariam ao desabrigo, ao mesmo tempo em que alegavam insucesso do governo local em assegurar o direito à moradia.

¹⁹⁹ REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Constituição da República da África do Sul**. 1996. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 08/06/12.

²⁰⁰ REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*. 2008. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>, acesso em 08/06/12.

Uma primeira aplicação pela *High Court* local das linhas traçadas em *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others* determinou a paralisação das medidas administrativas de despejo – e com isso, do programa de remodelagem da cidade, o que suscitava outros impactos indesejados do controle judicial. Afinal, o argumento dos alcançados pela medida envolvia o apontamento da insuficiência ou inadequação da política pública em curso de provimento à moradia, deixando excluídos àqueles que fossem alcançados por medidas oficiais de desocupação.

Elevada a matéria a conhecimento da Corte Constitucional, esta determinou, como provimento provisório, que as partes, a saber, Poder Público, virtuais alcançados pelo despejo e outros interessados, atuassem cooperativamente num significativo esforço para superar as diferenças e dificuldades envolvidas no conflito, tendo em conta a principiologia constitucional aplicável, os deveres legais da municipalidade, bem como os direitos e deveres dos cidadãos envolvidos. Esse provimento de urgência deveria resultar na apresentação de *affidavits* pelos envolvidos, reportando o andamento dos entendimentos. Transcorrido o prazo originalmente fixado pela Corte, noticiaram as partes o consenso parcial alcançado, o que resultou em decisão traduzida em espécie de homologação do acertado:

“Depois de duas prorrogações de prazo foram, a prefeitura e os ocupantes noticiaram à corte a celebração de acordo parcial. Conforme se verá mais adiante no presente acórdão, as partes ainda diferem em relação à algumas questões que poderão ser decididas por este Tribunal após a conclusão das tratativas. (...) As divergências remanescentes só serão alvo de decisão por este Tribunal se levantarem questões constitucionais e sua solução seja de interesse da justiça”²⁰¹

Como se depreende, a Corte recusou-se a reconhecer a inadequação do programa de provimento de moradias, como pretendido pelos ocupantes dos prédios, preferindo manter o foco no processo que resultou no acordo, sob o

²⁰¹ Traduzido livremente de “*After extensions of time were twice sought, the City and the occupiers filed affidavits in which we were informed that an agreement of settlement had been entered into between the City and the occupiers. As will appear from what is set out later in this judgment, the parties differed in relation to the issues that remained for adjudication by this Court consequent upon the conclusion of the agreement. (...) Further the remaining issues will call for consideration only if they raise constitutional issues and if it is in the interests of justice for us to decide them.*” REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry**. p. 5/6 2008. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>, acesso em 08/06/12.

pressuposto de que havia fundadas razões para acreditar que as negociações poderiam prosseguir em boa fé, incluindo aquelas atinentes a um plano de habitação de maior alcance²⁰². No seu entendimento, uma vez que o processo de *meaningfull engagement* propiciara uma considerável diminuição do âmbito da divergência, o melhor interesse da justiça era de fomentar o debate de forma que a solução a ser dada pudesse ser alcançada de forma horizontal pelas próprias partes envolvidas, sem que se fizesse necessária a tutela do judiciário.

O elemento adicional para a implementação imediata é inovador, pois expressa preferência pela inclusão de medidas relacionadas à garantia de habitação numa perspectiva global de planejamento. Afinal, a escolha da realização de uma intervenção urbana em determinada área estimula o engajamento na busca de solução consensual²⁰³, o que, por certo, tende a mitigar decisões pautadas em voluntarismo, analisando as políticas públicas no contexto de processo de planejamento mais abrangente.

Ao privilegiar a integração das partes através da exigência da realização de tratativas que permitissem a participação de todos os envolvidos na solução da questão, a corte promove a emancipação do cidadão comum²⁰⁴, lhe empoderando com a possibilidade de influir diretamente no deslinde da questão, funcionando como sujeito e não objeto no planejamento urbano de sua comunidade.

No tema da justiciabilidade direitos socioeconômicos, a solução não se encontra necessariamente restrito a um binômio entre liberdade individual *versus* comunitarismo - mas também pode se traduzir em uma ótica dignitária, em que o respeito à dignidade humana deve necessariamente envolver a emancipação e

²⁰² RAY, Brian. *Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing Through 'Engagement'* (August 12, 2008). *Human Rights Law Review*, Forthcoming; Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 08-159. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1220673>, acesso em 29/06/12.

²⁰³ Essa exigência de engajamento prévio se repete na ordem expedida no julgamento de *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others*, julgado em 2009. p. 5. Ver REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/16.html&query=%20joe%20slovo>, acesso em 13/09/13.

²⁰⁴ A próprio realtor do processo, Justice Yacoob enfatiza a importância desse viés participativo quando aponta que a população que sofre com a questão da habitação não deve ser considerada como uma massa passiva, mas ao contrário, devem ser incentivados a funcionar de forma proativa na defesa de seus direitos. Organizações da sociedade civil que apoiam as reivindicações dos povos deve preferencialmente facilitar o processo de engajamento de toda forma possível. Ver REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry**. p. 14. 2008. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>, acesso em 08/06/12.

autonomia do cidadão. Afinal, se liberdade é a possibilidade de cada um escolher o seu próprio projeto de vida, as escolhas públicas que impõem efeitos sobre devem ser formatadas contando também com a participação dos seus destinatários²⁰⁵.

3.6 Afirmação do valor democrático do litígio em torno de direitos socioeconômicos

O artigo 27 (b) da Constituição da África do Sul prevê como direito social o acesso de todos à quantidade suficiente de comida e água. No caso *Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others*²⁰⁶, julgado em 2009, pela primeira vez, a Corte Constitucional sul-africana foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade do Programa *Operation Gcin'amanzi*²⁰⁷ que, com o objetivo de melhorar a distribuição de água em Soweto, previa a instalação de sistema pré-pago de cobrança, com subsídio de 6 kilolitros mensais de água por família. Os críticos da política pública em comento afirmavam que ela não se revelava nem mesmo tendencialmente apta a assegurar a proteção ao direito fundamental à água, traduzido na Constituição.

O programa foi declarado constitucional, ao contrário do entendimento anterior proferido pela *High Court* e confirmado pela *Supreme Court of Appeal*. Nos

²⁰⁵ Ver SACHS, Albie. **The Strange Alchemy of life and law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 173.

²⁰⁶ O caso proposto pela Sra. Mazibuko e outros quatro residentes de Phiri, Soweto foi julgado procedente nas instâncias inferiores, com a declaração de inconstitucionalidade do programa estatal. Na decisão proferida pela *South Gauteng High Court* esta entendeu que a instalação de medidores pré-pagos de consumo de água em Phiri era ilegal e injusta e também julgou a metragem de água subsidiada insuficiente e ilegal, determinando o fornecimento de 50 litros de água diários gratuitos aos requerentes e a todos os outros moradores de Phiri que se encontrasse na mesma situação. No recurso interposto, embora a decisão como um todo tenha sido mantida, a *Supreme Court of Appeal* expediu ordem diversa, determinando o subsídio de 42 litros de água por dia ao invés de 50 litros/ dia e determinou a reformulação da política pública aplicada. A *Supreme Court of Appeal* também julgou ilegal a instalação dos medidores pré-pagos de consumo de água, mas apenas em razão da não previsão deste no Estatuto de Águas da Cidade de Joanesburgo, concedendo à cidade de Joanesburgo o prazo de dois anos para alteração do Estatuto. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/28.html&query=lindiwe%20mazibuko%20and%20others>, acesso em 09/06/12.

²⁰⁷ A *Operation Gcin'amanzi*, realizada pela *Johannesburg Water* em convênio com o município, tem por objetivo principal a economia de água e a melhora no sistema de distribuição. Os detalhes do programa podem ser conhecidos em http://www.jwater.co.za/uploads/documents/customer_services/free%20pay%20meters.pdf, acesso em 09/06/12.

fundamentos, a Corte justificou não ter *expertise* para definir parâmetros acerca da quantidade "suficiente de água" e acrescentou que, no local onde se desenvolvia a política pública questionada, 80% dos domicílios recebiam água de forma adequada. Em relação aos marcadores de consumo pré-pagos, o Tribunal Constitucional entendeu que os mesmos são compatíveis com o Estatuto de Águas da Cidade de Johannesburgo e com a legislação nacional, concluindo que a instalação dos medidores não foi injusta ou discriminatória²⁰⁸:

"A afirmação de que a introdução de um novo sistema de cobrança que exige o pagamento por todos os consumidores é injusto, sob o argumento de que no passado, a grande maioria dos residentes nas áreas de consumo consideradas não pagavam por sua água, não pode ser considerada legítima. O fato de que os moradores não pagaram pelo consumo de água no passado não significa que um novo sistema que lhes fornece água por um valor pré-estabelecido se configuraria em uma violação ao seu direito de acesso à água suficiente²⁰⁹."

Uma vez mais observa-se a aplicação dos critérios anteriormente cunhados pela Corte em tema de sindicabilidade de direitos socioeconômicos na presente decisão, especialmente no que toca à deferência às decisões dos órgãos competentes e à negativa do estabelecimento pela Corte, do núcleo essencial de um direito como o fornecimento de água. Tal recusa levou em conta, não só a anterior compreensão quanto à impropriedade de provimento de conteúdo dessa natureza pela Corte Constitucional – que não dispunha de *expertise* na matéria – mas também os desdobramentos de uma (in)diferenciação entre o montante de água adequado por indivíduo/moradia e aquele estimado no planejamento de política pública coerente com a realidade local²¹⁰ a que se destina.

²⁰⁸ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **LindiweMazibuko and Others v City of Johannesburg and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/28.html&query=lindiwe%20mazibuko%20and%20others>, acesso em 09/09/13. p. 85/87.

²⁰⁹ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **LindiweMazibuko and Others v City of Johannesburg and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/28.html&query=lindiwe%20mazibuko%20and%20others>, acesso em 09/09/13. p. 73.

²¹⁰ A decisão – como as demais – não remanesce sem críticas, especialmente pela resistência da Corte em relação à fixação do *minimum core* de direitos socioeconômicos. RAUTENBACH, IM, The Right to Access to Sufficient Water and the Two-Stage Approach to the Application of the Bill of Rights. **Journal of Contemporary Roman-Dutch Law**, Vol. 74, pp. 107/120, 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2016810>, acesso em 29/06/12. pp.111.

Elemento diferenciador da decisão em tela foi a afirmação do valor democrático do litígio sobre os direitos sociais e econômicos²¹¹; não num aplauso à litigiosidade em si, mas no reforço à lógica de que a judicialização poderia intensificar uma cultura de auto-crítica às linhas de ação em curso, pelo aparato estatal. A premissa é de que um dissenso mediado em ambiente mais neutro pode favorecer a emergência do debate construtivo e o conseqüente aperfeiçoamento dos programas estatais, sem que se faça necessária intervenção substitutiva por estrutura de poder nem sempre dotada dos conhecimentos e experiências adequadas a tal avaliação.

Compreendida em conjunto com *Occupiers of 51 Olivia Road* – onde se reforçava a importância do envolvimento direto dos alcançados pelo problema e pelas ações corretivas propostas –; a presente decisão traz a lume a receptividade da Corte à sua missão indutora de processo negociado entre as partes interessadas no conteúdo de políticas públicas atinentes à implementação gradual de direitos socioeconômicos.

Nessa linha de raciocínio, seja pela exigência jurisdicional do engajamento em busca da solução, seja pela indução que a judicialização de uma política pública determina à sua própria revisão e aprimoramento; o que se tem numa e n'outra hipótese é a presença de uma jurisdição que homenageia o espaço natural de deliberação de cada poder, ao mesmo tempo em que instiga a abertura de canais de comunicação e entendimento.

3.7 Preservação de direitos socioeconômicos albergando o princípio do devido processo

No julgamento de *Leon Joseph and Other v City of Johannesburg and Others*²¹², realizado também em 2009, questionou-se perante a SACC a

²¹¹ Durante o litígio a cidade repetidamente revisou suas políticas acerca do acesso a água para garantir a coerência destas com a promoção da realização progressiva do direito de acesso à água suficiente. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **The Constitution/ Landmark cases/ Media Summary.** Disponível em <http://41.208.61.234/uhtbin/cgiisirs/20120608232800/SIRSI/0/520/S-CCT39-09>, acesso em 09/06/12.

²¹² REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry.** 2008. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>, acesso em 08/06/12.

constitucionalidade do Estatuto de Controle de Crédito da Cidade de Johannesburgo²¹³ e do PAJA (*Promotion of Administrative Justice Act 3*)²¹⁴, cuja leitura conjunta, restringia a obrigatoriedade de notificação prévia acerca de suspensão de fornecimento de energia elétrica apenas para o consumidor que tivesse vínculo contratual com a empresa fornecedora do serviço.

A questão se tematizou pelo corte de luz empreendido pela companhia no conjunto habitacional *Mansions Ennerdale*, de propriedade do Sr. Thomas Nel, a quem os locatários pagavam o aluguel e as contas de energia elétrica. Ocorre que o locador e consumidor por contrato dos serviços de energia elétrica tinha débitos em atraso de cerca de R400 000. O corte de energia foi reputado hígido, eis que a notificação se dera ao proprietário – todavia, os efeitos da providência se projetavam sobre terceiros, que deram cumprimento às suas obrigações contratuais, e que não tiveram sequer oportunidade de oferecer defesa ou providência preventiva.

O primeiro elemento de destaque em relação a esse precedente diz respeito à admissibilidade do recurso, a partir da perspectiva de que o tema de fundo era de natureza constitucional, eis que demandava apreciação do sentido de eficiência administrativa – e de que esse conceito, antes de abarcar a aplicação das normas administrativas, reclamava o conteúdo dos deveres impostos ao Estado, particularmente, no que concerne a procedimento justo. Verifica-se portanto uma tendência à ampliação do universo de providências estatísticas sujeitas ao controle de constitucionalidade, na perspectiva de empoderamento dos direitos socioeconômicos e do projeto de transformação.

O tribunal constitucional declarou inconstitucional o procedimento da *City Power of Johannesburg*, que se limitou a considerar o aspecto formal da legislação – inexigibilidade, em princípio, de notificação àqueles que não detinham vínculo contratual com a concessionária – falhando em avaliar o impacto da interpretação literal dos estatutos na vida dos autores.

Com relação à validade constitucional dos estatutos questionados, a Corte declarou que o Estatuto de Controle de Crédito da Cidade de Johannesburgo e o Paja devem ser examinados em consonância com os valores constitucionais, determinando que, não só os clientes vinculados contratualmente com a *City Power*

²¹³ UNIÃO SUL AFRICANA. **Electricity By-law**. 1939. Disponível em http://www.joburg-archive.co.za/bylaws/electricity_bylaws.pdf, acesso em 09/06/12.

²¹⁴ REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Promotion of Administrative Justice**. Act nº 3. 2000. Disponível em <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-003.pdf>, acesso em 09/06/12.

of Johannesburg têm direito ao aviso prévio de suspensão, mas todos aqueles que possam ser negativamente afetados pela descontinuidade da prestação do serviço. A cessação do fornecimento de eletricidade ao Edifício *Mansions Ennerdale* foi declarada ilegal, determinando-se reestabelecimento imediato do fornecimento de eletricidade²¹⁵.

No que tange à proteção dos direitos socioeconômicos, o avanço desse precedente assume outro viés; além de pronunciar-se quanto à constitucionalidade dos programas de ação estatal orientados à sua implementação, lança mão de conceito substantivo dos deveres de proteção aos aludidos direitos, transcendendo as regras de formalismo do devido processo. Não obstante a sutileza, trata-se de relevante passo no sentido do reconhecimento de que o compromisso constitucional com a efetivação dos direitos socioeconômicos não se restringe à outorga de prestações positivas pelo Estado, mas demanda visão do sistema de garantias tendente a proteger tais direitos, cujos destinatários/sujeitos constitucionais, por natureza, encontram-se em peculiar situação de vulnerabilidade.

3.8 Preservação da igualdade formal perante a lei e a cláusula de implementação gradual

Outro caso esclarecedor à presente análise diz respeito ao destino dos ocupantes de propriedade pertencente à *Blue Moonlight Ltda*, os quais se encontravam na iminência de despejo, em razão de demanda de reintegração de posse movida pelo proprietário, com base na PIE - *Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act*²¹⁶. A solução da lide requer, obrigatoriamente, o exame de dupla perspectiva: a legitimidade da desocupação; e se a mesma implicará dever ao Poder Público de tomar medidas que garantam o direito de moradia dos moradores, com seu reassentamento, ainda que provisório.

²¹⁵ Inteiro teor da decisão pode ser conhecido em REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Leon Joseph and Other v City of Johannesburg and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/30.html&query=Leon%20Joseph>, acesso em 09/06/12.

²¹⁶ A PIE foi promulgada ainda na era do *apartheid* e como tal não se previa qualquer direitos para os evictos no caso de despejo baseado em ocupação irregular. Ver REPÚBLICA DA ÁFRICA DA ÁFRICA DO SUL. **Prevention of Illegal Evictions from and Unlawful Occupation of Land Act**. Disponível em <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=71849>, acesso em 20/07/13.

Com a confirmação pela Suprema Corte da ordem de despejo proferida pela *High Court* em favor da *Blue Moonlight Property* e da declaração de inconstitucionalidade do programa de habitação promovido pelo governo de Johannesburgo, a Corte Constitucional Sul-africana foi chamada a se pronunciar acerca da constitucionalidade da política pública que proibia a inclusão de residentes despejados de propriedade privadas no Programa de Habitação Emergencial,²¹⁷.

A Corte Constitucional considerou o citado programa inconsistente com os objetivos do Texto Fundamental²¹⁸, sob o argumento de que não seria racional, nem razoável a exclusão de pessoas que vivem em situação emergencial do programa de habitação temporária²¹⁹. Acrescentou que a cláusula de implementação gradual prevê que, eleitos os critérios de seleção, eles sempre estarão sujeitos ao escrutínio do judiciário.

Outro aspecto importante do desfecho do caso *Blue Moonlight* repousa na obrigação de que o despejo só fosse realizado após o reassentamento provisório

²¹⁷ A recolocação emergencial se destinaria exclusivamente àqueles que estão sendo realocados pela municipalidade, discriminando a parcela da população que se via sem teto em razão de despejo de propriedade privada ocupada. Ver REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **City of Joannesburg Metropolitan Municipality v Blue Moonlight Properties 39 Itda and Another**. 2011. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2011/40.html&query=%20blue%20moonlight>, acesso em 15/06/13. p. 35.

²¹⁸ Integral do acórdão em REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **City of Joannesburg Metropolitan Municipality v Blue Moonlight Properties 39 Itda and Another**. 2011. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2011/40.html&query=%20blue%20moonlight>, acesso em 15/06/13.

²²² Os termos relevantes desta proposta foram incorporados à ordem judicial proferida pela *High Court of Pretoria*. São eles: 1) A prefeitura fornecerá construirá, se necessário, novas unidades habitacionais para os moradores obrigados a desocupar suas residências em razão do incêndio que assolou aquela propriedade citada, sem prejuízo da disponibilização de abrigo temporário que proporcione, no mínimo, condições equivalentes à das unidades que foram destruídas; 2) a prefeitura deverá ajudar os moradores na remoção de seus pertences que ainda se encontrem na propriedade citada ; 3) O estabelecido no item 02 será realizado pelos próprios moradores com auxílio da força policial; 4) O Primeiro Requerido fornecerá local para armazenamento dos bens supra mencionados ... 5) A prefeitura ficará responsável pela segurança do local onde ficarão guardados os pertences dos moradores. 6) A prefeitura deverá começar imediatamente a reforma dos apartamentos , conhecidos como *Schubart Central Park*, após atestada essa possibilidade; 7) A referida reforma deverá ser concluída dentro de um período não superior a 18 (dezoito) meses, que poderá ser delargado por acordo ou decisão judicial; 8) No caso de que o conselho técnico referido no item 06 determine a necessidade de demolição do conjunto de prédios, por impossibilidade de reforma, a prefeitura deverá fornecer aos moradores signatários desta proposta a opção de aceitar moradias em local alternativo condizentes com condições dignas de vida; 9) Os seguintes requisitos deverão ser cumpridos no deslocamento dos moradores após a reforma do prédio conhecido como *Schubart Central Park*: 9.1) Os candidatos devem comprovar sua qualificação para ocupação do imóvel conhecido; 9.2 Os candidatos devem comprovar seu direito de ocupação sob a égide da Constituição da República da África do Sul. Tradução livre de REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2012/26.html&query=%20schubart%20Park%20Resident's%20Association>, acesso em 14/10/13. p. 5/6

dos evictos, demonstrando, pela primeira vez, atuação da corte direcionada à implementação de medidas coerentes com a solução direta do caso concreto.

3.9 Exigibilidade de tentativa de solução consensual sujeita à jurisdição supervisora

Em prosseguimento, julga-se elucidativo caso que envolve os moradores do complexo residencial conhecido como *Schubart Park*, composto de quatro prédios de apartamentos ocupados desde o final da década de 1990. O conjunto pertence à Prefeitura e localiza-se próximo ao centro da cidade de Pretória,

Em setembro de 2011, a suspensão do fornecimento de água e energia elétrica pela prefeitura com o objetivo de garantir a segurança dos moradores – uma vez que as instalações se encontravam em condições muito precárias - deu início a uma onda de protestos **dos moradores**, culminando em conflitos que provocaram diversos danos às edificações. Em 21 de setembro de 2011, sem qualquer fundamento judicial²²⁰, a polícia ocupou um dos blocos, retirando os moradores que lá se encontravam e impedindo o retorno dos que estavam ausentes, sob o argumento de que os prédios careciam de condições de habitabilidade,

²²² Os termos relevantes desta proposta foram incorporados à ordem judicial proferida pela *High Court of Pretoria*. São eles: 1) A prefeitura fornecerá, se necessário, novas unidades habitacionais para os moradores obrigados a desocupar suas residências em razão do incêndio que assolou aquela propriedade citada, sem prejuízo da disponibilização de abrigo temporário que proporcione, no mínimo, condições equivalentes à das unidades que foram destruídas; 2) a prefeitura deverá ajudar os moradores na remoção de seus pertences que ainda se encontrem na propriedade citada; 3) O estabelecido no item 02 será realizado pelos próprios moradores com auxílio da força policial; 4) O Primeiro Requerido fornecerá local para armazenamento dos bens supra mencionados ... 5) A prefeitura ficará responsável pela segurança do local onde ficarão guardados os pertences dos moradores. 6) A prefeitura deverá começar imediatamente a reforma dos apartamentos, conhecidos como *Schubart Central Park*, após atestada essa possibilidade; 7) A referida reforma deverá ser concluída dentro de um período não superior a 18 (dezoito) meses, que poderá ser delargado por acordo ou decisão judicial; 8) No caso de que o conselho técnico referido no item 06 determine a necessidade de demolição do conjunto de prédios, por impossibilidade de reforma, a prefeitura deverá fornecer aos moradores signatários desta proposta a opção de aceitar moradias em local alternativo condizentes com condições dignas de vida; 9) Os seguintes requisitos deverão ser cumpridos no deslocamento dos moradores após a reforma do prédio conhecido como *Schubart Central Park*: 9.1) Os candidatos devem comprovar sua qualificação para ocupação do imóvel conhecido; 9.2) Os candidatos devem comprovar seu direito de ocupação sob a égide da Constituição da República da África do Sul. Tradução livre de REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2012/26.html&query=%20schubart%20Park%20Resident's%20Association>, acesso em 14/10/13. p. 5/6

tornando imperativa a remoção de todos os seus ocupantes para a própria segurança destes.

Na ausência de providências quanto a acomodações provisórias aos sem-teto, foi distribuída ação de reintegração de posse perante a *North Gauteng High Court*, a qual ordenou garantia imediata de habitação provisória, nos termos de proposta redigida pela prefeitura²²², ao mesmo tempo em que determinou engajamento das partes em negociações com vistas à melhor solução do conflito, reiterando-se a aplicação do critério anteriormente fixado em *Occupiers Of 51 Olivia Road, Berea Township, And 197 Main Street, Johannesburg*.

Com a manutenção da sentença pela Suprema Corte, a questão chegou ao tribunal constitucional²²³ que reformou a decisão, declarando inválida a ordem de despejo, proferida sob a égide do artigo 26 (3) da Constituição e ordenando a reintegração de posse aos postulantes, tão logo o prédio oferecesse condições de habitação, a serem garantidas pela municipalidade. Determinou igualmente que as

²²² Os termos relevantes desta proposta foram incorporados à ordem judicial proferida pela *High Court of Pretoria*. São eles: 1) A prefeitura fornecerá construirá, se necessário, novas unidades habitacionais para os moradores obrigados a desocupar suas residências em razão do incêndio que assolou aquela propriedade citada, sem prejuízo da disponibilização de abrigo temporário que proporcione, no mínimo, condições equivalentes à das unidades que foram destruídas; 2) a prefeitura deverá ajudar os moradores na remoção de seus pertences que ainda se encontrem na propriedade citada ; 3) O estabelecido no item 02 será realizado pelos próprios moradores com auxílio da força policial; 4) O Primeiro Requerido fornecerá local para armazenamento dos bens supra mencionados ... 5) A prefeitura ficará responsável pela segurança do local onde ficarão guardados os pertences dos moradores. 6) A prefeitura deverá começar imediatamente a reforma dos apartamentos , conhecidos como *Schubart Central Park*, após atestada essa possibilidade; 7) A referida reforma deverá ser concluída dentro de um período não superior a 18 (dezoito) meses, que poderá ser delargado por acordo ou decisão judicial; 8) No caso de que o conselho técnico referido no item 06 determine a necessidade de demolição do conjunto de prédios, por impossibilidade de reforma, a prefeitura deverá fornecer aos moradores signatários desta proposta a opção de aceitar moradias em local alternativo condizentes com condições dignas de vida; 9) Os seguintes requisitos deverão ser cumpridos no deslocamento dos moradores após a reforma do prédio conhecido como *Schubart Central Park*: 9.1) Os candidatos devem comprovar sua qualificação para ocupação do imóvel conhecido; 9.2) Os candidatos devem comprovar seu direito de ocupação sob a égide da Constituição da República da África do Sul. Tradução livre de REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2012/26.html&query=%20schubart%20Park%20Resident's%20Association>, acesso em 14/10/13. p. 5/6

²²³ Íntegra da decisão pode ser conhecida em REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2012/26.html&query=%20schubart%20Park%20Resident's%20Association>, acesso em 14/10/13.

partes iniciassem diálogo para viabilizar a forma e o modo da reocupação, que deveria resultar em acordo escrito, a ser apresentado para a High Court²²⁴.

Com tal decisão, a Corte fortalece o critério cunhado anteriormente em *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*²²⁵ em que o judiciário exerce a função de mediador de um processo em que as partes litigantes, como sujeitos da solução do conflito, são estimuladas a participar na definição e planejamento de políticas públicas agregando a sujeição das tratativas determinadas pela sentença, à supervisão da *High Court*.

3.10 Algumas considerações acerca da jurisprudência analisada

O percurso às decisões já lançadas pela Corte Constitucional sul-africana, e por ela mesma qualificadas como *landmark cases*, evidencia um importante processo de constitucionalismo construtivo, que reconhece as limitações do direito para por si só promover à transformação social²²⁶.

A ideia de proteção à constituição, neste conjunto de decisões, transparece uma visão de *enforcement* deste mesmo documento que, se de um lado, tem em conta dos deveres impostos pela pauta de inclusão social e transformação; de outro lado não deseja minar a estrutura formal de poder que deve ser revelar capaz de construir deliberações democráticas legítimas. Esse parece ser portanto, um elemento-chave nas decisões acima: a assunção pela Corte Constitucional de um papel de ativo de arena de mediação dos conflitos entre os reclamos no campo da implementação de direitos socioeconômicos, e o prestígio a uma atuação estatal que

²²⁴ A sentença enumerou que os temas que deveriam ser discutidos no acordo a ser apresentado pelas partes, determinando duas datas distintas para a finalização das tratativas: o dia 30/11/12 como prazo final para o fornecimento de alojamento provisório e o dia 31/01/13 para a apresentação dos termos relativos ao modo e forma com que seria feita a reintegração de posse. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional **Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2012/26.html&query=%20schubart%20Park%20Resident's%20Association>, acesso em 14/10/13. p.24/26.

²²⁵ Para maiores detalhes ver o item 3.5 deste trabalho.

²²⁶ SAFFON, María Paula e GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. **Derechos sociales y activismo judicial, La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia**. *Estudios socio-jurídicos*. Bogotá (Colombia), 13(1): 75-107, enero-junio 2011, p. 75-107.

busque como fundamento principal uma legitimidade decorrente de um processo conhecido, racional e ampliado de deliberação pública.

Ainda que na maioria dos casos a corte evite a entrega imediata do bem da vida pretendido pelos litigantes, o que pode ser visto como uma não efetivação do direito em questão, sua postura reafirma a necessária existência de um espaço discricionário de escolha pública, onde se promoverá à acomodação do conjunto das demandas em andamento; demandas essas que não de ser entendidas de forma macro, uma vez que embora os compromissos para com a inclusão social tenham por causa imediata o passado recente do país, tem por causa mediata a ideia central de proteção à dignidade da pessoa, que não conhece fronteiras nacionais ou étnicas²²⁷.

Mas a atuação da corte constitucional da África do Sul, longe de se constituir uma unanimidade pela doutrina local e internacional. Seus críticos apontam que esta pouco tem contribuído para a transformação pretendida, uma vez que criadora de uma jurisprudência avaliada como muito deferente em relação às políticas públicas delineadas pelo executivo, incorrendo no risco de negar, ou ao menos, minimizar a efetividade dos direitos sociais.

4. IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL, EFETIVIDADE E LEGITIMIDADE

A atuação da corte constitucional sul-africana na efetivação dos direitos socioeconômicos estabeleceu, por agregação, uma série de critérios norteadores da análise da constitucionalidade de cada política pública judicializada. O uso da modulação inerente à cláusula de implementação gradual, todavia, não tem se revelado imune à crítica mesmo entre seus nacionais, atentos a seus efeitos menos radiciais no que toca à transformação social pretendida pela Carta Política daquele país.

O âmago do debate reside na possibilidade de se afirmar revestidos de efetividade, compromissos de promoção de justiça social que se vejam instrumentalizados por preceitos constitucionais constrictos nos seus efeitos pela gradação. A experiência sul-africana, analisada numa perspectiva de contraste com o sistema brasileiro, por exemplo, da proclamada efetividade imediata de todos os direitos de cariz socioeconômico, parece apontar para um modelo de *weak rights*²²⁹, remetidos em sua concretização ao domínio da política – e não do controle judicial. A indagação se põe acerca das eventuais virtudes de uma proposta dessa natureza, tendo em conta o clamor da desigualdade social que se identifica nas ruas.

Nesse diapasão, o presente capítulo tem por objetivo compilar alguns comentários aos critérios formulados pela SACC na interpretação da cláusula de implementação gradual, tendo em vista permitir melhor equacionamento da tensão entre eficácia de direitos socioeconômicos e *progressive realization*.

4.1 A polêmica questão do núcleo essencial

Se a simples enunciação de direitos sociais através do novo contrato social materializado na cunhagem de uma nova ordem constitucional não tem o condão de, sozinho, modificar de forma objetiva e instantânea a realidade existente²³⁰, o dilema passa a residir na aferição da efetiva implementação dos mesmos.

²³¹Podemos apontar como seus principais críticos David Bilchitz, Sandra Liebenberg, Craig Scott, Philip Alston e Kevin Iles Para Bichitz ver BILCHITZ, David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. 119 **South Africa Law Journal**. p. 483/501, 2002. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id>

Numa posição crítica ao labor da Corte²³¹ tem-se a afirmação de que sua atuação, sob a égide da implementação gradual, pouco tem contribuído para a transformação social pretendida, pois a jurisprudência, avaliada como muito deferente em relação às políticas públicas delineadas pelo executivo, incorre no risco de negar (ou, ao menos) minimizar a efetividade dos direitos sociais.

Sob esse viés, dois pontos principais merecem reflexão: a conveniência e necessidade de definir um núcleo essencial *in abstracto* de cada direito social e o correspondente impacto da aplicação do princípio da igualdade²³².

Nos países que admitem a intervenção do judiciário na efetivação dos direitos socioeconômicos, os tribunais, nem sempre optam pela abordagem alicerçada no

=&page=, acesso em 16/09/13. Para Liebenberg ver LIEBENBERG, Sandra. South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty? 6 **Law Democracy & Development**. p. 159/174. Volume 2 2002. Disponível em http://www.idd.org.za/images/stories/Ready_for_publication/V6-2_SA_evolution_jurisprudence.pdf, acesso em 16/09/13. Para Kevin Iles ver ILES, Kevin. Limiting Socio-Economic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses, 20 **South Africa Journal of Human Rights**. p. 448/458, Vol. 20, nº 03, 2004. Disponível em <http://www.escri-net.org/docs/i/401104>, acesso em 12/10/13; Para Craig Scott e Philip Alston ver SCOTT, Craig; ALSTON, Philip. Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise. 16 **South Africa Journal of Human Rights**, Volume 16, 2000. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr16&div=4&id=&page=>, acesso em 16/09/13. Apesar das críticas, doutrinadores como Pierre de Vos aprova a atuação da corte constitucional. Ver DE VOS, Pierre. Grootboom, the right of access to housing and substantive equality as contextual fairness. 17 **South African Journal of Human Rights**. 258/ 281. 2001. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr17&div=19&id=&page=>, acesso em 30/09/13.

²³¹Podemos apontar como seus principais críticos David Bilchitz, Sandra Liebenberg, Craig Scott, Philip Alston e Kevin Iles Para Bichitz ver BILCHITZ, David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. 119 **South Africa Law Journal**. p. 483/501, 2002. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id=&page=>, acesso em 16/09/13. Para Liebenberg ver LIEBENBERG, Sandra. South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty? 6 **Law Democracy & Development**. p. 159/174. Volume 2 2002. Disponível em http://www.idd.org.za/images/stories/Ready_for_publication/V6-2_SA_evolution_jurisprudence.pdf, acesso em 16/09/13. Para Kevin Iles ver ILES, Kevin. Limiting Socio-Economic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses, 20 **South Africa Journal of Human Rights**. p. 448/458, Vol. 20, nº 03, 2004. Disponível em <http://www.escri-net.org/docs/i/401104>, acesso em 12/10/13; Para Craig Scott e Philip Alston ver SCOTT, Craig; ALSTON, Philip. Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise. 16 **South Africa Journal of Human Rights**, Volume 16, 2000. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr16&div=4&id=&page=>, acesso em 16/09/13. Apesar das críticas, doutrinadores como Pierre de Vos aprova a atuação da corte constitucional. Ver DE VOS, Pierre. Grootboom, the right of access to housing and substantive equality as contextual fairness. 17 **South African Journal of Human Rights**. 258/ 281. 2001. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr17&div=19&id=&page=>, acesso em 30/09/13.

²³²O princípio da igualdade é prestigiado pelo artigo 9º da Constituição sul-africana. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. **Constituição da África do Sul**. Art. 9º. 1996 Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 12/05/12

mínimo existencial e, mesmo nos casos em que tal parâmetro dá suporte à decisão, sua aplicação e conceito não atingem consenso substancial²³³. Isso porque, como acima indicado, a delimitação de um conteúdo mínimo a um direito social trará por arrastamento o imperativo de que esse se aplique em condição aptas a gerar igualdade – até porque na raiz da própria ideia direitos fundamentais de segunda dimensão se tem essa mesma ideia-força.

A SACC, embora em alguns casos demonstre que o reconhecimento do núcleo essencial de um direito possa ser levado em conta para determinar se as medidas adotadas pelo Estado são razoáveis, concluiu que esse não é atributo autônomo de direitos sociais²³⁴. Por isso a opção demonstrada no Capítulo 3, de investir nos critérios que possam empreender ao teste de constitucionalidade da política pública em andamento à vista da cláusula de *progressive realization*. De acordo com o posicionamento da Corte, antes de se definir um conteúdo inafastável de cada direito social, é necessário identificar as possibilidades e necessidades específicas que orbitam em torno de cada direito em concreto²³⁵, tarefa

²³⁶Trazendo o posicionamentos da doutrina no tema ver DAVIS, Dennis. Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards Deference ‘Lite,’”. 22 **South African Journal on Human Rights**. 2006. p.310/315. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr22&div=21&id=&page=> , acesso em 01/10/13, LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 131/223 e BILCHITZ, David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core And Its Importance. **S. African L.J.** 473 2002, pp. 484/501. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id=&page=> . Acesso em 25 mar. 2013. Para lles ver: ILES, Kevin. Limiting socioeconomic rights: Beyond the internal limitations clause. 20 *S. Afr. J. on Hum. Rts.* 448. 2004. p. 448-473, disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr20&div=31&id=&page=>. Acesso em 23 mar. 2013.

²³⁶Trazendo o posicionamentos da doutrina no tema ver DAVIS, Dennis. Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards Deference ‘Lite,’”. 22 **South African Journal on Human Rights**. 2006. p.310/315. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr22&div=21&id=&page=> , acesso em 01/10/13, LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 131/223 e BILCHITZ, David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core And Its Importance. **S. African L.J.** 473 2002, pp. 484/501. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id=&page=> . Acesso em 25 mar. 2013. Para lles ver: ILES, Kevin. Limiting socioeconomic rights: Beyond the internal limitations clause. 20 *S. Afr. J. on Hum. Rts.* 448. 2004. p. 448-473, disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr20&div=31&id=&page=>. Acesso em 23 mar. 2013.

²³⁶Trazendo o posicionamentos da doutrina no tema ver DAVIS, Dennis. Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards Deference ‘Lite,’”. 22 **South African Journal on Human Rights**. 2006. p.310/315. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr22&div=21&id=&page=> , acesso em 01/10/13, LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 131/223 e BILCHITZ,

inegavelmente espinhosa, devido às limitações do poder judiciário para aferir as diferentes implicações subjacentes às escolhas públicas, no nível macro.

Em que pese os conhecidos argumentos da Corte, a incorporação do *minimum core* como um dos elementos do teste de constitucionalidade das políticas públicas no campo de direitos socioeconômicos segue sendo defendidas em distintos graus, ppos significativos representantes da comunidade acadêmica na África do Sul, sob pena de relegar-se verdadeiramente simbólico os compromissos de transformação social assumidos pela Constituição.²³⁶.

Os eixos de argumentação pró-enunciação do núcleo essencial são de caráter distintos, como se virá a demonstrar. Na perspectiva estritamente normativa, Bilchitz²³⁷, interpretando os artigos 26 e 27 da Carta Política, sustenta que esses dispositivos albergam dois direitos distintos e independentes: um primeiro, no seu item 1, representativo da obrigação estatal de provimento de condições mínimas de saúde, água, alimentação e habitação, identificadas com o *minimum core* constitucionalmente a ser garantido sem delongas; e outro, levado a efeito gradualmente, mediante expansão do núcleo capital, dando ensejo à realização paulatina e integral da transformação social ambicionada²³⁸. No entendimento do

David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core And Its Importance. **S. African L.J.** 473 2002, pp. 484/501. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id=&page=>>> . Acesso em 25 mar. 2013. Para lles ver: ILES, Kevin. Limiting socioeconomic rights: Beyond the internal limitations clause. *20 S. Afr. J. on Hum. Rts.* 448. 2004. p. 448-473, disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr20&div=31&id=&page=>>>. Acesso em 23 mar. 2013.

²³⁶Trazendo o posicionamentos da doutrina no tema ver DAVIS, Dennis. Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards Deference ‘Lite,’”. **22 South African Journal on Human Rights.** 2006. p.310/315. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr22&div=21&id=&page=> , acesso em 01/10/13, LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution.** Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 131/223 e BILCHITZ, David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core And Its Importance. **S. African L.J.** 473 2002, pp. 484/501. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id=&page=>>> . Acesso em 25 mar. 2013. Para lles ver: ILES, Kevin. Limiting socioeconomic rights: Beyond the internal limitations clause. *20 S. Afr. J. on Hum. Rts.* 448. 2004. p. 448-473, disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr20&div=31&id=&page=>>>. Acesso em 23 mar. 2013.

²³⁷BILCHITZ, David. Towards a reasonable approach of the minimum core: Laying the foundations for future socioeconomic rights jurisprudentece. **19 South African Journal on Human Rights** , 2003. p. 1/26. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr19&div=4&id=&page=>, acesso em 07/06/12. p. 11.

²³⁸BILCHITZ, David. Towards a reasonable approach of the minimum core: Laying the foundations for future socioeconomic rights jurisprudentece. **19 South African Journal on Human Rights** , 2003. p. 1/26. Disponível em

autor, um padrão genérico e universal representa o mínimo de conteúdo de cada direito socioeconômico a ser planejado e avaliado segundo o critério de sua constitucionalidade. Nessa perspectiva, o objetivo da corte constitucional se deslocaria da especificação de meios hábeis – que necessariamente demandam *expertise* de que nem sempre dispõe – para levar a bom termo a finalidade pretendida²³⁹.

Essa interpretação – é bom que se diga – tem origem nos itens 9 e 10 do General Comment nº 3. De acordo a leitura conjunta dos dois itens supramencionados, o condicionamento dos direitos socioeconômicos à realização progressiva, reconhece a impossibilidade da plena realização destes em um curto período de tempo, alertando porém que tal condicionante não pode ser interpretada como privando a obrigação de todo o conteúdo significativo, entendendo o Comitê que os Estados-parte estão obrigados com a garantia de níveis mínimos essenciais de cada direito²⁴⁰.

Tal aproximação subvaloriza o desafio de explicitar qual seja o conteúdo de vários direitos sociais. A determinação de que o Estado deve prover a realização de determinado patamar dos direitos socioeconômicos, longe de sanar o problema, apenas aponta para a questão subsequente: que parâmetros serão usados para estabelecer o núcleo inafastável? Como facilmente compreensível, o conceito de mínimo é eivado de subjetividade, sempre dependendo do contexto e de outros aspectos situados inclusive na esfera da individualidade do julgador.

O tema do núcleo essencial de direitos fundamentais é sensível, e tem sido debatido não só no campo dos direitos socioeconômicos. Assim, ainda em países em que o texto constitucional não enuncie expressamente essa cisão; o ideário de um núcleo duro de direitos fundamentais tem sido utilizado para a construção justamente de parâmetros para a análise de constitucionalidade. A grande dificuldade reside todavia, exatamente na delimitação da fronteira da essencialidade.

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr19&div=4&id=&page=>, acesso em 07/06/12. p. 11.

²³⁹ BILCHITZ, David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core And Its Importance. **South African Law Journal** 2002. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id=&page=>>. Acesso em 25 mar. 2013. p. 496.

²⁴⁰ Essa interpretação tem origem nos itens 9 e 10 do General Comment nº 3. Mais detalhes ver CESCR. **General Comment nº 3**, The Nature of States Parties Obligations, UN doc. Itens 9/10, E/1991/23, 1990. Disponível em [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument). Acesso em 22/09/13.

As várias tentativas teóricas de construção de critérios delimitadores do núcleo essencial foram sintetizadas por Young²⁴¹, que identificou três abordagens teóricas. A primeira congregaria as concepções que envolvem a proposta de delimitação do núcleo essencial a partir de uma essência normativa (*normative essence*), fundamenta o núcleo vital em valores liberais, como a vida, a dignidade humana, a igualdade, percebidos como princípios de *status superior*, no intuito de guiar a normatização dos direitos humanos. Essa perspectiva, segundo o relato de Young subdivide-se numa concepção de que o *minimum core* restrinja-se a obrigações que derivem exclusivamente do direito à sobrevivência; e numa outra, um pouco mais abrangente, tendo como norte tudo aquilo que se repute a preservar a dignidade da pessoa humana²⁴².

Essa linha de análise parte da premissa de que o mínimo constitui algo passível de definição em abstrato, dissociado de condições individuais, ou da coletividade em que esteja inserido o sujeito de direito. Afinal, se sua fonte é a essência normativa do conceito; essa se apresentaria da mesma forma em toda e qualquer hipótese; em toda e qualquer coletividade.

O segundo conjunto teórico envolveria concepções desenhadas a partir de um consenso mínimo. Aqui não se está mais reconhecendo um caráter normativo absoluto ao núcleo essencial; mas exigindo que na sua identificação como tal, haja a tradução de um consenso a que chegou determinada sociedade em torno do conteúdo vital dos direitos socioeconômicos. Essa corrente confere ênfase ao caráter deliberativo da coletividade, a quem compete definir o patamar a ser assegurado a todos, afastando-se da concepção absoluta e abstrata da vertente normativista.

Por fim, a última abordagem, chamada de *minimum obligation*, vislumbra que a origem da valoração do conteúdo não repousa na abstração dos direitos em si, mas nas obrigações jurídicas positivadas no plano internacional e regional sobre a matéria e na correspondente jurisprudência, fazendo com que, mediante análise comparativa, um conjunto de princípios em matéria de proteção socioeconômica

²⁴¹YOUNG, Katherine G. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. **Yale Journal of International Law**, v. 33, 2008. Disponível em http://www.yale.edu/yjil/PDFs/vol_33/Young_Final.pdf. Acesso em 15/02/13. p. 133.

²⁴²Aqui cabe a crítica sobre certa circularidade no argumento da autora, considerando que direitos que orbitam o direito à sobrevivência integram o norte apontado pela dignidade da pessoa humana.

seja empiricamente revelado, ao invés de dedutivamente construído²⁴³, transferindo para a coletividade transnacional a formação de consenso que, em última instância servirá de guia para comunidades com os mais distintos valores e necessidades.

A abrangente sistematização empreendida pela autora evidencia que as distintas abordagens são insuficientes para conferir substância ao conceito, pois são sujeitas às contradições próprias às proposições abertas de que se valem no vão esforço de delimitação de conteúdo. Termos como “essência”, “consenso”, “mínimo” e “núcleo” são signos linguísticos que tornam difícil a apreensão de um significado objetivo de compreensão universal.

Chowdhury, ao invés de buscar conceituação fechada, em alusão ao trabalho de Dixon²⁴⁴, contextualiza as abordagens do núcleo essencial em *strong and weak form*. Na última modalidade, o contorno delineado pela Corte teria aplicação limitada ao caso concreto judicializado, admitindo-se revisão de sua constitucionalidade, cada vez que lhe fosse submetida demanda similar. Na circunstância de adesão à concepção “*strong*” do *minimum core*, esse seria determinado em abstrato e, portanto, aplicável a todo e qualquer caso concreto, segundo o parâmetro estabelecido para o direito socioeconômico em questão, exigível do Estado nas situações análogas²⁴⁵.

Tomando como exemplo *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* e *Minister of Health & others v. TAC*, pode-se inferir que as conclusões a que chegou a Corte Constitucional, nesses casos, são mais assemelhadas à ideia de “*weak form*” de mínimo existencial, que como conceito abrangente, permite a utilização de amplo espectro de possibilidades de concretização, dependendo do direito em análise.

4.2 Conciliando núcleo essencial e teste de razoabilidade

Numa perspectiva conciliadora, Liebenberg²⁴⁶, em posição intermediária, defende que, independente da definição de núcleo capital, a Corte Constitucional sul-africana deveria avançar na aplicação do teste de razoabilidade, mediante

²⁴³YOUNG, Katherine G. The minimum core of economic and social rights: A concept in search of content. *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, nº 1, 2008. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1136547. Acesso em 16/10/12. p. 132.

²⁵³ 36/42.

²⁵³ 36/42.

²⁵³ 36/42.

interpretação substantiva, em que o ônus de justificação da constitucionalidade da política pública questionada recaia sobre o Estado, sem que se abra mão do princípio democrático. Ainda que a administração pública possua legitimidade para decidir como serão distribuídos os recursos disponíveis, os mesmos devem ser alvo de escrutínio rigoroso, em especial nas circunstâncias em que estejam envolvidos cidadãos especialmente vulneráveis²⁴⁷.

Todavia, a obrigatória conformação de núcleo matricial é desnecessária e até mesmo deletéria, quando se trata de transformação social. A África do Sul é um dos poucos países constitucionalizados em que a mais alta Corte nacional reserva aos direitos socioeconômicos idêntica reverência conferida aos problemas que envolvem afrontas civis e políticas²⁴⁸. Por si, tal iniciativa representa inegável avanço histórico, especialmente quando se leva em conta tratar-se de nação em que os direitos humanos foram, por décadas, institucionalmente desrespeitados, com evidente ofensa à igualdade social, com base em critério racial. Além disso, o próprio CESC, ao tratar do tema, não estabelece se o núcleo essencial seria um direito subjetivo público, passível de exercício imediato e universal, ou se deve ser considerado apenas como *benchmark*, na senda da evolução da conquista dos direitos socioeconômicos²⁴⁹.

Ademais, quando a Corte Constitucional sul-africana deixa de definir o núcleo essencial de determinado direito, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade da política pública em exame, corre o risco de proferir decisão distante da solução dos problemas postos no caso concreto, omitindo-se quanto aos parâmetros objetivos, valiosos na orientação da administração pública. Por outro lado, se o judiciário estabelece um núcleo mínimo em abstrato, não sujeito à implementação gradual, pode inviabilizar a realização do próprio direito, face à escassez de recursos financeiros e da logística necessária para sua implementação²⁵⁰. Em outras palavras: a ausência de esclarecimento objetivo de um núcleo essencial pode impossibilitar a transformação social delineada como horizonte pela Constituição.

A consequência imediata de sentença que estabeleça a existência de um núcleo objetivo de determinado direito é maior interferência no caso concreto, com incentivo às iniciativas individuais e subjacentes implicações de favorecimento

²⁵³ 36/42.

²⁵³ 36/42.

²⁵³ 36/42.

²⁵³ 36/42.

àqueles que vierem a buscar o judiciário, com séria afronta ao princípio da igualdade²⁵¹.

Admitida essa premissa, a não ser no caso de política pública notoriamente inconstitucional, como não é possível que tudo seja resolvido prontamente, parece mais adequado que o critério de seleção seja aquele determinado pela administração. De outra forma, seriam privilegiados aqueles mais aptos ao litígio, em detrimento de tantos outros, em situação similar de carência. Não é redundante sublinhar que a procura por solução individual vai de encontro à filosofia que permeia a proposta constitucional sul-africana, que privilegia a transformação da África do Sul em uma nação onde se garantem condições de vida digna, dentro do princípio do *ubuntu bhoto*.

A Assembleia Constituinte da África do Sul não objetivou uma lógica de microjustiça na efetivação dos direitos socioeconômicos. Um dos grupos que desempenharam papel central na inclusão dos SER na Constituição de 1996, o *Ad Hoc Committee for the Campaign on Social and Economic Rights*, ainda que crítico à ideia da "realização progressiva", não acreditava que a solução tivesse seus alicerces calcados na perspectiva da subjetivização:

"Direitos sociais e econômicos não têm como objetivo precípua o fornecimento de bens sob demanda. Na realidade, sua função é de fomento a um ambiente que permita uma distribuição dos recursos existentes pelos indivíduos e pela sociedade.... A experiência de pessoas que trabalham com as comunidades carentes, tanto aqui como em outras jurisdições, foi que essas comunidades percebem que o entrincheiramento constitucional de direitos sociais e econômicos não necessariamente se traduz em prestação imediata de bens materiais²⁵².

A premissa de que a melhor solução é abrangente pode atrair para a Constituição indesejado papel contra-transformador. Se o Estado for obrigado a distribuir os recursos disponíveis com base em definição abstrata de núcleo essencial, pode ocorrer que, pressionado por decisões proferidas em favor de indivíduo ou pequeno grupo, se depare com a inviabilidade de atender a outras demandas da sociedade em sentido amplo.

A depender de sua atuação, a corte constitucional pode contribuir ou debilitar o projeto constitucional. Liebenberg denomina essas duas facetas da atuação do

²⁵³ 36/42.

²⁵³ 36/42.

judiciário como o potencial transformativo e potencial regressivo da intervenção judicial na efetivação dos direitos socioeconômicos. O primeiro se revelaria através quando esta exerce a função de mais uma arena, onde não as camadas menos favorecidas poderão se fazer ouvir, de forma a provocar a análise das escolhas públicas sob a ótica dos valores constitucionais e conseqüentemente contribuir para o desenho dos programas a serem implementados. Já o potencial regressivo se traduziria nos riscos inerentes a um modelo constitucional que prevê uma linha tão tênue entre direito e política, que podem acabar por enfraquecer o modelo deliberativo e participativo desejado pela carta política. Nestes casos, a depender da atuação do judiciário no campo dos direitos socioeconômicos, várias questões podem surgir, se destacando entre elas a jurisdição substitutiva, que reitera negativamente estereótipos sociais, colocando os destinatários das prestações pretendidas como objeto das políticas públicas estatais, ao invés de agentes modificadores da sociedade; promovendo o desestímulo da utilização da via democrática, uma vez que via judicial, ainda que sob o viés individual, acaba por parecer mais rápida e eficiente. De acordo com a autora, o desafio que se põe é a manutenção do equilíbrio da tensão inerente existente entre estas duas facetas da efetivação dos direitos socioeconômicos²⁵³.

Outro ponto digno de análise em uma nação como a África do Sul, cujo desenvolvimento social ficou estagnado durante muitos anos, diz respeito aos critérios para a realização das escolhas de “segunda ordem”. Se há milhares de pessoas privadas do gozo de determinado direito social, a quem se deve atender primeiro? Quais critérios serão suficientes e justos para legitimar as regras determinadas pela administração pública para a difícil escolha de preferência, ainda que a seleção seja provisória, posto que se trata de questão de tempo, para alcançar todos os potenciais beneficiários?

A complexa teia de possibilidades decorrente das combinações supramencionadas desencadeia (re)ações que tornam muito improvável sua realização satisfatória dos direitos de cariz socioeconômicos, no campo estrito da microjustiça²⁶⁵. Se, por uma vertente, levar em conta as possibilidades do Estado seja consistente com a transformação pretendida, não se pode ignorar que as

²⁵³ 36/42.

²⁶⁷ ROUX, Theunix. Understanding Grootboom: a response to Cass R. Sunstein. **Constitutional Forum**, volume 12. 2001. Disponível em: http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/consfo12§ion=10. Acesso em 12/05/12. p. 49.

obrigações estatais são múltiplas. Avaliar, por exemplo, a constitucionalidade de aplicação de recursos por determinado programa de governo destinado à realização do direito à saúde demanda levar em conta que a totalidade dos bens disponíveis também estará comprometida com o atendimento a outros direitos fundamentais. Em razão das limitações inerentes, ao poder judiciário faltam os conhecimentos suficientes a esse nível de apreciação, os quais, por natureza, situam-se no âmbito da administração pública, que detém o aparato necessário e o acesso a dados sócio-econômicos e técnicos indispensáveis às decisões políticas²⁶⁶.

Uma outra faceta que deve ser levada em conta nos casos em que a limitação dos recursos decorre da sua própria natureza escassa, é que sua distribuição se fará através de programa de governo a ser formulado pelo legislador ou pelo administrador público, representantes eleitos do povo. Uma vez que diz respeito ao princípio democrático, o afastamento desta escolha alocativa só se legitimará se houver justificativa suficiente no sentido de que a política pública em questão, tal como desenhada, viola determinado direito socioeconômico cujo conteúdo não se tem formalmente delimitado.

4.3 O caráter indutor da pronúncia judicial na eficácia dos direitos socioeconômicos

Em paralelo à imperativa definição de um núcleo essencial imediatamente exigível, questiona-se até que ponto as decisões proferidas pela corte constitucional – de caráter eminentemente declaratório, orientador, evitando o viés condenatório propriamente – devem interferir diretamente na resolução do caso concreto, que suscitou o controle de constitucionalidade. Note-se que, em sistemas constitucionais como o da África do Sul, essas variáveis estão irremediavelmente entrelaçadas, vez que o estabelecimento de um conteúdo de exigibilidade imediata não pode prescindir de ordem judicial incisiva e direcionada à solução da demanda.

²⁶⁷ROUX, Theunix. Understanding Grootboom: a response to Cass R. Sunstein. **Constitutional Forum**, volume 12. 2001. Disponível em: http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/consfo12§ion=10. Acesso em 12/05/12. p. 49.

Roux²⁶⁷ alega que a deferência da Corte Constitucional sul-africana às escolhas da administração induz à produção de sentenças basicamente declaratórias, com reduzida interferência na deliberação alusiva ao caso concreto. Após julgados de cunho notadamente indiretos em *Soobramoney v Minister of Health e Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others*²⁶⁸, em *Minister of Health & others v. TAC*²⁶⁹, a Corte universalizou a distribuição da Neviparina, na prevenção da transmissão neonatal do vírus do HIV, antes restrita a localidades específicas, incluídas em plano-piloto, considerado inconstitucional, interferindo, pela primeira vez, de forma explícita na sorte dos destinatários da prestação²⁷⁰.

Mesmo assim, apenas em *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. Others* subordinou o cumprimento do julgado a monitoramento²⁷¹ e em nenhuma destas seu descumprimento se sujeitou ao pagamento de multa pecuniária, o que, segundo seus críticos, teria esvaziado o conteúdo declarado do direito. Tais decisões não teriam respondido objetivamente à situação concreta apresentada à corte constitucional²⁷².

²⁶⁷ROUX, Theunix. Understanding Grootboom: a response to Cass R. Sunstein. **Constitutional Forum**, volume 12. 2001. Disponível em: http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/consfo12§ion=10. Acesso em 12/05/12. p. 49.

²⁶⁸Em Sobramoney, apesar de reconhecer a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos, julgou constitucional a política pública questionada; em Grootboom, após constatar que a política de habitação falhava quando não levava em conta aqueles em situação de maior vulnerabilidade, se limitou a ordenar a reformulação da política pública neste sentido, sem interferir de forma direta no caso concreto. Maiores detalhes ver itens 3.1 e 3.2 deste trabalho.

²⁶⁹REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health & others v. TAC**. 2002. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2378.PDF>, acesso em 30/06/12.

²⁷⁰É notório que o fato dos recursos necessários para a aquisição do medicamento se originarem de ajuda internacional e de que outras facetas práticas da decisão eram de fácil implementação e baixo custo, facilitou a prolação de ordem direta pela corte constitucional. Para maiores detalhes ver o item 3.3 deste trabalho e RICHARDSON, Henry J. Patrollin the resource transfer frontier: Economic rights and the South African Constitutional Court's contributions to internacional justice. **African Studies Quarterly**, Vol. 9, Nº 4, 2007; pp. 86/87. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1027984>, acesso em 12/05/12.

²⁷¹No que tange a jurisdição supervisora, a Colômbia tem uma interessante aproximação do tema, quando viabiliza expressamente por lei a retenção da jurisdição na supervisão dos seus julgados. Essa estratégia está sendo utilizada pela corte constitucional daquele país na efetivação do direito à habitação, inclusive com a realização de audiência pública especial destinada a avaliar a eficácia dos diferentes mecanismos utilizados, bem como os obstáculos institucionais e práticos que eventualmente estão dificultando o cumprimento da decisão. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: a Comparative Perspective**. (Abril 17, 2013). p. 22. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2252991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2252991>, último acesso em 01/11/13.

²⁷²NEWMAN, Dwight G. Institutional monitoring of social and economic rights: a South African case study and a New Research Agenda. 19 **South African Journal on Human Rights**. 2003. Disponível

²⁷⁵REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South**

Uma avaliação alternativa à de Roux é a análise da jurisprudência da África do Sul, sob o prisma dos seus efeitos indiretos. Isso porque, em que pese o resultado desejado da concepção clássica de jurisdição seja “dar a cada um o que é seu”; nem sempre a restauração da justiça se dará pela entrega em concreto de um bem ou direito.

É de se ter em conta que o projeto que é tutelado pela SACC no controle de constitucionalidade é o de transformação da sociedade, Significa dizer que os efeitos da demanda (ainda que individual) sobre o convívio coletivo e a percepção que a sociedade possa ter em relação a um determinado problema são igualmente relevantes à consecução da transformação almejada pela Carta. Identificar o conteúdo da decisão judicial sempre e necessariamente com a entrega em si de bem ou serviço é centrar a realização da justiça no imediato e individual – estratégia que não se revela apta à promoção da transformação.

Garavito²⁷³, ao sistematizar os tipos de efeitos que podem resultar de numa decisão judicial, os subdivide em diretos e indiretos, defendendo que a intersecção entre esses dois vetores converte-se em quatro diferentes resultados: efeitos materiais diretos, consistente na formulação ou alteração de política nos termos definidos pelo tribunal; efeitos materiais indiretos, quando abre o debate à intervenção de novos atores; efeitos simbólicos diretos, com o reenquadramento da percepção da mídia ao tema; e efeitos simbólicos indiretos, com a transformação da opinião pública sobre o problema.

A jurisprudência constitucional sul-africana poderia ser mais eficiente quanto ao acompanhamento e controle de execução de suas prévias determinações, com base no permissivo constitucional do seu artigo 184²⁷⁴, que determina como função da Comissão de Direitos Humanos da África do Sul a proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, é indispensável prever iniciativas da Corte, caso eventual supervisão comprove inércia estatal, o poderia colocar em cheque sua autoridade, com prejuízos ainda maiores para a democracia e a efetiva transformação da sociedade.

Africa and others v. Grootboom v. others. 2000. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/09/13.

²⁷⁵REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others. 2000.** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/09/13.

²⁷⁵REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others. 2000.** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/09/13.

A esse respeito, é interessante assinalar tendência à mudança, como se observa na decisão exarada no final do ano de 2012 no caso *Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another*²⁷⁵, onde a Corte, não só determinou a elaboração de acordo entre as partes²⁷⁶, estabelecendo os temas a serem tratados e fixando termo final para a entrega do mesmo, como submeteu o cumprimento da decisão à supervisão da *High Court*.

Laudau²⁷⁷ defende que o monitoramento dos julgados pode complementar de forma positiva uma jurisprudência deferente para com as escolhas públicas do executivo. A declaração das falhas encontradas nas políticas judicializadas, acompanhada da determinação de prazos para seu redesenho nos termos da prévia decisão, associada à participação da sociedade civil, mediante audiências públicas e reuniões com aqueles diretamente atingidos pelo deslinde do caso concreto, não só incentivaria a mobilização política e social, ao mesmo tempo em que operaria como monitoramento dinâmico do resultado da decisão proferida.

Ainda de acordo com o supracitado autor, a chamada *weak-form review* combinada com a possibilidade de supervisão das decisões proferidas pode promover uma resposta muito mais efetiva na realização dos direitos sociais. Como estes florescem em um contexto onde a legitimidade democrática e a capacidade institucional da administração pública, a tornam melhor aparelhada para a formatação dos detalhes das escolhas públicas, ao judiciário caberia o papel de incentivar os atores políticos a tomar medidas visando a aplicação das normas constitucionais, ao invés de intervir de forma direta no programa de governo questionado²⁷⁸. Tal modelo, que prevê a combinação de múltiplos mecanismos de pronunciamento judicial colaboram para o equilíbrio entre o potencial transformador e regressivo da corte²⁷⁹ evitando o desestímulo da utilização da via democrática, e colaborando para o emponderação do cidadão comum como sujeito de seu próprio

²⁷⁵REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others. 2000.** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/09/13.

²⁷⁶Trata-se de demanda em que posseiros despejados de propriedade privada sem ordem judicial buscam ser reintegrados na posse. Maiores detalhes ver item 3.9 do presente trabalho.

²⁷⁷LANDAU, David. Giving weak-form review teeth. 2013. p. 15/16. Disponível em SSRN, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2328938, acesso em 01/12/13.

²⁷⁸LANDAU, David. Giving weak-form review teeth. 2013. p. 19/22. Disponível em SSRN, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2328938, acesso em 01/12/13.

²⁷⁹Para maiores detalhes no tema ver LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution.** Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010. p. 36/42.

projeto de vida²⁸⁰. Nesse ponto, é elucidativa a experiência brasileira, ao incluir a proposta de transformação da sociedade e a normatividade dos direitos sociais no texto constitucional, apontando à possibilidade de eficácia imediata, em contraponto à histórica inércia do legislativo e do executivo na formatação de políticas públicas nesse campo, tornam inevitável o ativismo judicial²⁸¹. Nesse cenário, os magistrados, quando confrontados com demanda que envolva distribuição de bens disponíveis, tendem a examiná-la em perspectiva individual²⁸², como típico das relações de direito privado, em que o Estado ocupa posição de devedor e o cidadão é credor de um bem a ser provido imediatamente.

A jurisdição constitucional sul-africana, ao invés de atuar de forma substitutiva, tem limitado sua adjudicação à análise dos parâmetros desenvolvidos pelo Estado, condenando apenas aqueles que afrontem de forma indiscutível o dever estatal de implementação dos direitos constitucionais²⁸³, concebendo a eficácia imediata como dever de agir segundo critérios razoáveis e objetivos que favoreçam a inclusão social.

Reconhecendo a inevitabilidade de que a transformação social ocorra em etapas, vem formatando jurisprudência sólida, através da construção de parâmetros definidores da razoabilidade da ação estatal, estabelecendo uma base democrática que legitima as escolhas públicas em desenvolvimento. Assim procedendo, promove diálogo institucional entre os poderes, munindo a administração pública de critérios objetivos, que podem aprimorar as políticas condenadas pela corte, ao mesmo tempo em que colabora ao delineamento de escolhas futuras, homenageando a interação cooperativa entre os poderes²⁸⁴.

Nessa linha de argumentação, é salutar admitir que o objetivo constitucional não é prover saúde ou moradia de forma setorizada, mas solucionar gradativamente tais carências – até porque não existe outra velocidade possível – mesmo que, não

²⁸⁰ SACHS, Albie. **The strange alchemy of life and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 173

²⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p.19.

²⁸² VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle . Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: Renata Braga Klevenhusen. (Org.). **Direito público & evolução social** - 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. , p. 309-328.

²⁸³ Um bom exemplo de adjudicação substitutiva no sentido declinado no texto é o caso de *City of Johannesburg Metropolitan Municipality v Blue Moonlight and Others* descrito no item 3.8 do presente trabalho.

²⁸⁴ Ray, Brian. Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights. **Stanford Journal of International Law** Vol. 45. Cleveland, 2009, p. 58. Disponível em < http://works.bepress.com/brian_ray/1>, acesso em 23/06/12.

raro, tal medida acarrete sacrifícios individuais, em prol do coletivo.

4.4 A vez e a voz dos excluídos sob a égide da implementação gradual

Na obra “*The Strange Alchemy of life and law*”, Albie Sachs²⁸⁵ ilustra com maestria o tema a ser tratado neste item. Ainda nos anos 1980, Sachs, então professor exilado em Moçambique tomou conhecimento de um comitê criado para lutar contra a inclusão de direitos sociais na futura Constituição sul-africana, sob o argumento de que tal medida objetivaria a manutenção dos privilégios da minoria branca. Para esses ativistas, a inserção de uma carta de direitos, por eles chamada de *Bill of Whites*, libertaria apenas formalmente a população negra, no intuito de atender ao clamor da comunidade internacional por igualdade, enquanto, na prática, serviria de instrumento de eternização das desigualdades existentes.

A premissa era de que um projeto de transformação efetivamente protetor dos desvalidos exige que os direitos sociais sejam dotados de conteúdo normativo e compromisso contundente com sua efetiva realização, de maneira a impedir hermenêutica que inviabilize a realização da macro justiça. A adjudicação dos direitos sociais está impregnada de permanente paradoxo entre o particular e o universal, profundamente enraizado no discurso dos direitos humanos e na necessidade da observância das múltiplas particularidades da vida real²⁸⁶.

No caso da África do Sul, tal dualidade é norteadada pela filosofia *ubuntu*, que permeia a ideia de sociedade idealizada pela Constituição e pugna por uma relação de interdependência entre os membros da comunidade, de tal forma que a plena realização individual depende do coletivo²⁸⁷.

A garantia constitucional do direito ao voto à totalidade dos sul-africanos, pelo menos em um estágio inicial, não viabiliza, por si, a transferência integral das escolhas públicas para a seara política, o que pode resultar na sua judicialização contingencial. O cidadão que ainda vive em condições precárias não tem condições de exercer o sufrágio de forma substancial, necessitando da tutela estatal à proteção dos seus interesses, ao menos até que alcance patamar de dignidade compatível com organização social de maior qualidade.

²⁸⁵Maiores detalhes sobre o caso no item 3.5 deste trabalho.

²⁸⁶Maiores detalhes sobre o caso no item 3.5 deste trabalho.

²⁸⁷Maiores detalhes sobre o caso no item 3.5 deste trabalho.

Na fase inicial, o risco é de que a reduzida capacidade de mobilização política transforme a resposta judicial em solução mais atraente do que aquela que se obteria pela via democrática. Por não se posicionar como sujeito de direitos e obrigações perante a sociedade, o segmento mais vulnerável pode acostumar-se a uma relação de verticalidade, em que se confere ao estado-provedor o papel de mantenedor das suas necessidades, que deverão ser prontamente entregues, sem que se cogite de como se dará sua viabilização.

Em *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*²⁸⁸ a Corte, ao invés de proferir a sentença de plano, fixou prazo para que as partes envolvidas se “engajassem” na tentativa de superar o conflito, buscando solução em conjunto, levando em conta os deveres constitucionais e legais da municipalidade, bem como os direitos e deveres dos cidadãos envolvidos. Assim deliberando, a Corte apostou na possibilidade de que as negociações favorecessem à construção horizontal e cooperativa de programa habitacional de maior alcance, legitimado pela deliberação democrática²⁸⁹.

Refletindo sobre o exposto, é evidente que, embora a solução judicial construída verticalmente possa parecer mais fácil – a mesma pode encontrar no destinatário o maior foco de resistência, pois, embora reconheça a legalidade da decisão, ela pode se lhes afigurar como injusta e, portanto, ilegítima. Eis porque a ampliação do universo dos envolvidos na construção do *decisum* reforça sua legitimidade e revigora cada indivíduo, como pessoa autônoma, senhor do próprio destino.

Como observado por Sachs²⁹⁰, na judicialização dos direitos socioeconômicos, a melhor alternativa é a aposta no respeito à dignidade humana, no investimento em emancipação e autonomia do sujeito. Afinal, se a liberdade é a possibilidade de decidir acerca de próprio projeto de vida, as escolhas públicas que impõem efeitos sobre a vida de cada qual devem estar abertas à sua participação²⁹¹.

²⁸⁸Maiores detalhes sobre o caso no item 3.5 deste trabalho.

²⁸⁹RAY, Brian. *Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing Through 'Engagement'* (August 12, 2008). **Human Rights Law Review**, Forthcoming; Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 08-159. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1220673>, acesso em 29/06/12.

Como se pode depreender, a cláusula de implementação gradual facilita o estabelecimento do delicado equilíbrio entre a proteção e o paternalismo, permitindo a intervenção do judiciário sempre que os poderes competentes se desviarem do caminho traçado pela norma constitucional. Ao contrário da eficácia imediata, que formalmente garante a todos o acesso aos recursos necessários a uma vida digna, a realização progressiva pode, na prática, facilitar a inércia do Estado. Mas tal desvio pode ser superado pela via do controle jurisdicional, com firme atuação no sentido da proteção dos direitos sociais, alicerçados na via democrática, na emancipação do cidadão, atuante como sujeito na busca da nova sociedade, comprometido com um projeto de vida, simultaneamente autônomo e integrado àquele de seus pares²⁹².

4.5 Implementação gradual: uma obra em andamento, como a transformação que ela promove

Neste dezesseis anos de democracia, a corte constitucional sul-africana vem desenvolvendo um novo tipo de revisão judicial, implementação gradual.

O ponto forte desta condicionante constitucional é sua possibilidade de adaptabilidade aos diversos contextos em que se situam os *cases* julgados pela corte acomodando os desafios que se apresentam na efetivação dos direitos socioeconômicos e promovendo um engajamento dialógico entre os setores estatais na interpretação do conteúdo disposto pela carta política.

Paradoxalmente, seu ponto forte é também sua potencial fragilidade, uma vez que este tipo de interpretação pode facilmente se deteriorar em um tipo de revisão judicial vazia de conteúdo se sua relação com a proposta transformativa da constituição não for adequadamente desenvolvida. O uso da modulação inerente à cláusula de implementação gradual, tem sido bastante criticada pela doutrina local, que, atenta aos seus efeitos menos radicais no que toca à transformação social, aponta caminhos alternativos, sistematizados por este capítulo²⁹³. Ainda que as críticas devam ser levadas em conta, É necessário frisar, que como a jovem democracia sul-africana ainda está em permanente evolução, o mesmo ocorre com a ferramenta da implementação gradual. Os delineamento de seus limites e potencialidades não se pretendem perfeito e acabados; ao contrário, a idéia de

transformação continua tão bem traduzida por Langa²⁹⁴ indica que mais importante que o resultado, é o processo. Apenas através do diálogo constante, resultante da reavaliação contínua das políticas públicas estatais, e do próprio significado da expressão “realização progressiva” é que se tornará possível que a evolução social.

Em verdade, construir democracia participativa é processo sujeito a desafios, já que se de um lado exige-se um movimento de baixo para cima, com o envolvimento dos múltiplos atores que se requer envolvidos; de outro lado é de haver uma inequívoca condução de cima para baixo, posto que a deliberação que se quer é aquela que se revele compatível e tendente a atender aos postulados constitucionais de transformação e proteção à dignidade da pessoa²⁹⁵. Nesses termos, a criativa orientação da Corte Constitucional, que se propõe funcionar como a orientadora dos parâmetros verticais, e “animadora” do movimento de baixo para cima de construção da deliberação democrática, rejeita a solução fácil do ativismo substitutivo, para apostar na indução ao amadurecimento dos mecanismos institucionalizados de poder.

5. CONCLUSÃO

O constitucionalismo de transformação

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Richard, Counter constitutionalism (2008). **Dalhousie Law Journal**, Vol. 31, p. 1, 2008 ; Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 183. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1424055>, acesso em 26/07/12.

ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. **La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso ‘vacantes’**. Disponível online em: <http://campus.usal.es/~acpa/sites/default/files/caso%20vacantes%20completo.pdf>, acesso em 01/08/13.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

ARATO, Andrew. Interim Imposition. **Ethics & International Affairs** 18, nº 3, pp. 25/50, 2004. Disponível in: <https://www.carnegiecouncil.org/publications/journal/18_3/articles/5053.html/_res/id=sa_File1/5053_eia18-3_arato.pdf>, acesso em 26/01/13.

ATALLI SILVA, Cecília de Almeida . **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

BEKKER, Thino. The reemergence of ubuntu: A critical analysis. **South African Public Law**, vol. 21, nº 2, p. 333-344, 2006. Disponível em http://reference.sabinet.co.za/webx/access/electronic_journals/sapr/sapr_v21_n2_a7.pdf, acesso em 02/07/13.

BENNETT, Tom. Ubuntu: An African Equity. **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**. v. 14, nº 4, 31/61, 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1915062>, acesso em 18/07/13.

BERGER, Jonathan Michael and KAPCZYNSKI, Amy, The Story of the TAC Case: The Potential and Limits of Socio-Economic Rights Litigation in South Africa (January 1, 2009). **Human Rights Advocacy Stories**, Deena R. Hurwitz, Margaret L. Satterthwaite, eds., 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1323522>, acesso em 29 de junho de 2012.

BILCHITZ, David. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. 119 **South Africa Law Journal**. pp. 483/501, 2002. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soaf119&div=48&id=&page=>, acesso em 16/09/13.

BILCHITZ, David. **Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights**. New York: Oxford University Press, 2007.

BILCHITZ, David. Towards a reasonable approach of the minimum core: Laying the foundations for future socioeconomic rights jurisprudence. **19 S. Afr. J. on Hum. Rts.** 26, 2003. p. 1-26. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr19&div=4&id=&page=>, acesso em 07/06/12.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo. Ícone, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, J.L.; STRECK, L.L. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Teoria do Estado**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

BROOKE, Sam. **Constitution-Making and Immutable Principles**. Master of Arts in Law and Diplomacy Thesis. Fletcher School, TUFTS University, pp. 1/82. 2005.. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdl.tufts.edu%2Ffile_assets%2Ftufts%3AUA015.012.DO.00074&ei=_5MeUcWqE5Dy9gSy1IGgBw&usg=AFQjCNFH_PgPBp8lu92zTchl3i6ixoMS8Q&sig2=OLmM9RuhVfBdnXAjGJe1IA&bvm=bv.42553238,d.eWU, último acesso em 14/02/13.

BRZEZINSKI, Mark F. Constitutionalism and Post-Communist Polish Politics, **20 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.** pp. 433/453. 1998. Disponível em <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol20/iss3/2>, acesso em 25/01/12.

BYRNES, Rita M. **South Africa: A Country Study**. Washington: GPO for the Library of Congress. Federal Research Division, 1996. Disponível em <http://countrystudies.us/south-africa/15.htm>, acesso em 04/05/12.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices. The conflicts society confront in the location of tragically scarce resources**. New York: Norton & CO, 1978.

CASTELO BRANCO, Luis B. Nunes. **A política externa sul-africana: do Apartheid à Mandela, Lisboa**. 2003, 226 f. Tese apresentada junto ao Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa. 2003. Disponível em: <<http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/542/1/Doutoramento%20Luis%20CB.pdf>> acesso em 05/05/12

Convention For A Democratic South Africa. Declaration of Intents. 20 de dezembro de 1991. Disponível em: <<http://www.anc.org.za/show.php?id=3968&t=Transition>> acesso em 07/05/12.

CESCR, General Coment nº 5, Item 9, **Persons with Disabilities**, UN doc. E/1995/22, 1994. Disponível: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument), acesso em 22/09/12.

_____, General Coment nº 3, **The Nature of States Parties Obligations**, Item 9. UN doc. E/1991/23, 1990. Disponível: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)>, acesso em 22/09/12.

_____, General Coment nº 7, Item 8, **The Right of Adequate Housing**, UN doc. E/1997/67, 1997. Disponível: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/959f71e476284596802564c3005d8d50?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/959f71e476284596802564c3005d8d50?Opendocument), acesso em 23/09/12.

_____, General Comment n° 13, Item 44, **The Right of Education**, UN doc. E/1999/21, 1999. Disponível: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/16/PDF/G9946216.pdf?OpenElement>, acesso em 22/09/12.

CHOWDHURY, Joie. Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective. **Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers**. Paper 27. 2009, pp. 1/27. Disponível em http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/27. Acesso em 16/09/13.

CHRISTIANSEN, Eric C. Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative use of Constitutional Court authority to advance substantive justice. **The Journal of Gender, Race & Justice**, Vol. 13, 2010, pp. 575/614. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=18908885>, acesso em 22/04/13.

CHRISTIANSEN, Eric C. Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: Comparative lessons from South Africa. **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, Vol. 13, N° 369, pp. 369/405, 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1477478>, acesso em 04/05/12.

CORNWELL, Drucilla; MUVANGUA, Nyoko. **Ubuntu and the Law: African ideals and postapartheid jurisprudence**. New York: Fordham University Press, 2012.

DAVIS, Dennis. Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards Deference ‘Lite,’”. 22 **South African Journal on Human Rights**. 2006. p.310/315. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr22&div=21&id=&page=> , acesso em 01/10/13.

DE VOS, Pierre. Grootboom, the right of access to housing and substantive equality as contextual fairness. 17 **South African Journal of Human Rights**. 258/ 281. 2001. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr17&div=19&id=&page=> , acesso em 30/09/13.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form v. weak-form judicial Review Revisited. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2006. Disponível em http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ_Dixon_Final.pdf f acesso em 12/09/13.

DU PISANI, Jacobus A.; KIM, Kwang-Su. Establishing the truth about the apartheid past: historians and the South African Truth and Reconciliation Commission. **African Studies Quarterly**. Volume 8, n° 1, 2004, p. 78/80. Disponível em <http://www.africa.ufl.edu/asq/v8/v8i1a5.pdf>, acesso em 04/01/13.

ELSTER, Jon. Constitutionalism in Eastern Europe: an introduction. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 58, n° 02, pp. 447/482, Abril de 1991. Disponível em <http://www.constitutionnet.org/files/Elster%20Eastern%20Europe.pdf>, último acesso em 05/11/13.

_____. Local Justice. **How Institutions Allocate Scarce Goods & Necessary Burdens**. New York: Russell Sage Foundation Publications, 1993.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2009.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogs: Interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: A reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, volume 71, nº 04, p. 630/672, 1957. Disponível em http://www-polisci.tamu.edu/upload_images/4/Fuller%20Reply%20To%20Hart.pdf, acesso em 05/02/13.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Justiça e democracia. Com prefácio de Paul Ricoeur, Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996..

GARAVITO, Cesar Rodriguez. Beyond the courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. 89 **Texas Law Review**. Vol. 89, nº 03 p. 1677/1698. 2011. Disponível em: <http://www.texaslrev.com/89-texas-l-rev-1669/>, acesso em 01/12/13.

GREADY, Paul. **The era of transitional justice: the aftermath of true and reconciliation commission in South Africa and beyond**. New York: A GlassHouse Books, 2010.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio Lopes Pina. Tradução de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trota, 2006.

_____. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUNATILEKE, Gehan D. Judicial Activism Revisited: Reflecting on the Role of Judges in enforcing Economic, Social and Cultural Rights. **Junior Bar Law Review** 1, pp. 21/40, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/gehan_gunatilleke/3/, acesso em 01/03/13. p. 25.

HART, Viviam. Constitution-making and the transformation of conflict. **Peace & Change**, v. n. p., pp. 153/176, 2001. Disponível em [http://www.constitutionnet.org/files/Hart Constitution Making and the Transformation of Conflict.pdf](http://www.constitutionnet.org/files/Hart%20Constitution%20Making%20and%20the%20Transformation%20of%20Conflict.pdf), acesso em 17/01/13.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, v. 71, p. 593/629, 1957. Disponível em <http://www.hamishpat.com/Courses/99386/103-%20article1-hart-torthamishpat.doc.pdf>, acesso em 05/02/13.

HAYNER, Priscilla. **Negotiating Justice: Guidance for Mediators.** Geneva. Centre for Humanitarian Dialogue and the International Center for Transitional Justice, February 2009. Disponível em http://www.peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/NegotiatingJustice_Hayner2009.pdf, acesso em 07/11/13.

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** New York: Acheron Press, 2012. Kindle Edition.

HUNGRIA, Ana Luiza Hajdu Hungria, VALLE, Vanice Regina Lírio do. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: Um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na corte constitucional sul Africana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** 226/238. Rio de Janeiro. 2012. p. 5. Disponível em <http://unisin.br/revistas/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2012.42.11/1244>, último acesso em 12/01/13.

ILES, Kevin. Limiting Socio-Economic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses. **20 South Africa Journal of Human Rights.** 448/458, Volume 20, nº 03, 2004. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr20&div=31&id=&page=>, acesso em 16/09/13.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE (IDEA). **Constitution building processes and democratization: a discussion of twelve case studies.** Disponível em: <http://www.idea.int/cbp/upload/IDEA%20CBP%20Comparative%20paper%20by%20Kirsti%20Samuels-2.pdf>, acesso em 17/01/13.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; CRUZ, Eugeniusz. Justiça de Transição: reflexões sobre a imprescindibilidade da persecução penal no caso brasileiro. **Justiça e Constitucionalismo em tempos de transição.** VALLE, Vanice Lírio (Org.). Rio de Janeiro: Fórum, 2013, p. 25-47.

KHATIWADA, Apurba. Constitutionalism of transition. **Kathmandu Law Review**, vol. 1, nº 1, p. 41/62. 2008. Disponível em <http://www.asianlii.org/np/journals/KathSLRS/2008/3.pdf>, acesso em 12/01/13.

KENDE, Mark S. **Constitutional rights in two worlds: South Africa and United States.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Cambridge Books Online. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1341932, acesso em 12/10/13.

KANT, Immanuel. **Practical philosophy.** Tradução de Gary Hatfield e Michael Friedman. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. Cambridge Books Online. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511813306.011>, acesso em 02/07/13.

KIRST, Samuel. **Constitution building processes and democratization: A discussion of twelve case studies.** 4/29. Disponível em

<http://www.idea.int/cbp/upload/IDEA%20CBP%20Comparative%20paper%20by%20Kirsti%20Samuels-2.pdf>, acesso em 18/01/12.

KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 **South African Journal on Human Rights** p. 146/188, 1998. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/soafjhr14§ion=17, acesso em 29/01/13.

KUNENE, Lou. Inaugural lecture: The essence of being human: An African perspective. 1996. Durban University of Natal. (mimeo).

LANDAU, David. Giving weak-form review teeth. 2013. p. 1/19. Disponível em SSRN, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2328938, acesso em 01/12/13.

LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, October, pp. 1/12, 2006, Disponível em <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, acesso em 17/01/13.

LANGFORD, Malcom; NOLAN, Aiofe. Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies, **The Centre on Housing Rights & Evictions**, 2003. Disponível em <http://www.cohre.org/topics/litigation>, acesso em 23/09/13. p. 7/177.

LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of “meaningful engagement”. 12 **African Human Rights Law Journal**. 2012. p. 1/29 Disponível em http://www.sabinet.co.za/abstracts/ju_ahrlj/ju_ahrlj_v12_n1_a2.html, acesso em 13/10/13. p. 25/29.

_____. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010.

_____, South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty? 6 **Law, Democracy & Development**. 159/174. Volume 2 2002. Disponível em http://www.idd.org.za/images/stories/Ready_for_publication/V6-2_SA_evolution_jurisprudence.pdf, acesso em 16/09/13.

_____.The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights. 21 **South African Journal on Human Rights**. 1/12. 2005. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr21&div=4&id=&page=>, acesso em 01/10/13.

LUDWIKOWSKI, Rett. **Constitution making in former sovietic dominance**. Durham: Duke University Press, 1997.

MOKGORO, Yvone. Ubuntu and the Law in South Africa. **Buffalo Human Rights Law Review**, volume 4. New York. 19998. p. 1/22. Disponível em <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=>

cite&docid=4+Buff.+Hum.+Rts.+L.+Rev.+15&srctype=smi&srcid=3B15&key=50ffce37bde6c2beb27f4a97cc90abfc, acesso em 22/06/13. p. 18/32.

MURUNGI, John. The question of African Jurisprudence: Some hermeneutical reflexions, em **A companion to african philosophy**. WIREDU, Kwasi (org). Oxford: Blackwell Publishing Ltda, 2007. p. 519/ 527.

WIREDU, Kwasi

NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. **Revista de Ciências Sociais**. vol. 37, nº 2, 253/276.1994.

NEWMAN, Dwight G. Institutional monitoring of social and economic rights: a South African case study and a New Research Agenda. 19 **South African Journal on Human Rights**. nº 19, Issue 01, 2003. pp. 189/216. Disponível em http://www.escri-net.org/usr_doc/Newman_Institutional_Monitoring.pdf, acesso em 01/10/13.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Portugal: Wolters Kluwer - Coimbra Editora, 2010.

Operation Gcin'amanzi. Disponível em http://www.jwater.co.za/uploads/documents/customer_services/free%20pay%20meters.pdf, acesso em 09/06/12.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Tratado Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>, acesso em 23/07/13.

PESSOA, José Joaquim Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº 10, 2/16. Salvador, 2007. Disponível em <http://www.direitodoEstado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-CALMON%20DE%20PASSOS.pdf>, acesso em 16/12/12.

PIECHOWIA, Mariek. What are Human Rights? The Concept of Human Rights and their Extra-legal Justification. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. Turku: Abo Akademi University Institute for Human Rights. 1999.

PIETERSE, Marius. Eating socio-economic rights: the usefulness of rights talk in alleviating social hardship revisited, 29 **Human Rights Quarterly** 796/822. 2007. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/hurq29&div=36&id=&page=>, acesso em 19/09/13.

_____. Resuscitating socio-economic rights: constitutional entitlements to health care. 22 **South African Journal on Human Rights**. 473/ 491. 2006. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr22&div=29&id=&page=>, acesso em 01/10/13.

PINTO, Simone Martins Rodrigues. **Contexto Internacional**. 2007, vol.29, nº 2, 393/421. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cint/v29n2/v29n2a05.pdf>, acesso em

20/02/13.

QUINT, Peter E. Judging the past: The prosecution of East German border guards and the GDR chain of command. **The Review of Politics**, Vol. 61, nº 2, 1999, pp. 303/329. Disponível em <http://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2005/397G/Readings%20Legal%20397%20G/2%20Peter%20Quint.pdf>, acesso em 14/02/13.

RADIN, Margaret Jane. Reconsidering the rule of law. **Boston University Law Review**, v. 69, 1989, p. 781/800. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/bulr69&div=36&id=&page=>, acesso em 07/02/13.

RAUTENBACH, IM. The Right to Access to Sufficient Water and the Two-Stage Approach to the Application of the Bill of Rights (February 6, 2011). **Journal of Contemporary Roman-Dutch Law**, Vol. 74, p. 107, 2011. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2016810>, acesso em 29/06/2012.

RAY, Brian. Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing Through 'Engagement'. 2008. **Human Rights Law Review**, Forthcoming; Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 08159. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1220673>, acesso em 29/06/12.

_____. Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights. **Stanford Journal of International Law**. Vol. 45. 1/59. Cleveland, 2009. Disponível em http://works.bepress.com/brian_ray/1, acesso em 23/06/12.

REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL. **Ad Hoc Committee for the Campaign on Social and Economic Rights Submission**, 1995. Disponível em <http://constitution.uct.ac.za/cgi-bin/catdoc/sh/cama/data/data/subs/4652.doc>, último acesso em 01/03/13.

_____. **Child Justice Act 75**. 2008. Disponível em: http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2008-075_childjustice.pdf, acesso em 18/07/13.

_____. **Constituição da África do Sul**. 1996 Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 12/05/12.

_____. **Constituição Interina da República da África do Sul**. Artigo 71. 1993. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html>, acesso em 01/02/13.

_____. Corte Constitucional. **Bhe v. Magistrate, Khayelitsha; Shibi v. Sithole**. 2004. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/18.pdf>, acesso em 05/07/13.

_____. Corte Constitucional. **Certification of the Constitution of the Republic of South Africa**. pp. 50/52 Disponível em <http://www.saflii.org/cgi->

[bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1996/26.html&query=%20certification%20of%20south%20african%20constitution](http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1996/26.html&query=%20certification%20of%20south%20african%20constitution), acesso em 25/07/13.

_____. Corte Constitucional. **City of Joannesburg Metropolitan Municipality v Blue Moonlight Properties 39 Itda and Another**. 2011. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2011/40.html&query=%20blue%20moonlight> >, acesso em 15/06/13.

_____. Corte Constitucional. **Dikoko v. Mokhatla**. 2006. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/10.pdf>, acesso em 05/07/13.

_____. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others**. 2000. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/05/12.

_____. Corte Constitucional. **Khosa and Others v Minister of Social Development e Mahlaule and Another v Minister of Social Development**. 2003. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2004/11.html&query=khosa>, acesso em 08/06/12.

_____. Corte Constitucional. **Landmark Cases**. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judgments/Judgments-Summarised-Delivered-1995-2005>, acesso em 09/06/12.

_____. Corte Constitucional. **Leon Joseph and Other v City of Johannesburg and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/30.html&query=Leon%20Joseph>, acesso em 09/06/12.

_____. Corte Constitucional. **Lindiwe e Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/28.html&query=lindiwe%20mazibuko%20and%20others>, acesso em 09/06/12.

_____. Corte Constitucional. **Minister of Health & others v. TAC**. pp. 1/82. 2002. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2378.PDF>, acesso em 30/06/12.

_____. Corte Constitucional. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry**. 2008. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>, acesso em 08/06/12.

_____. Corte Constitucional. **Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers**. 2004. Em <http://dx.doi.org/10.1002/9780470997154.ch44>, acesso em 05/07/13.

_____. Corte Constitucional. **Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/16.html&query=%20joe%20slovo>, acesso em 13/09/13.

_____. Corte Constitucional. **Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2012/26.html&query=%20schubart%20Park%20Resident's%20Association>, acesso em 14/10/13.

_____. Corte Constitucional. **Soobramoney v Minister of Health**. 1997 <<http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1997/17.html&query=soobramoney>> acesso em 12/05/12.

_____. Corte Constitucional da África do Sul. **The certification process**. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/thecertificationprocess.htm>> acesso em 24/04/12.

_____. Corte Constitucional da África do Sul. **The history of Constitution**. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm>> acesso em 24/04/12.

_____. Corte Constitucional. **The Constitution/ Landmark cases/ Media Summary**. Disponível em <<http://41.208.61.234/uhtbin/cgiisirsi/20120608232800/SIRSI/0/520/S-CCT39-09>>, acesso em 09/06/12.

_____. Corte Constitucional. **The State v. T Makwanyane and M Mchunu** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1995/3.html&query=%20makwanyane>, acesso em 03/07/13.

_____. **National Peace Accord**, 1991. Disponível em <http://www.incore.ulst.ac.uk/services/cds/agreements/pdf/sa4.pdf>, acesso em 02/05/12.

_____. **Prevention of Illegal Evictions from and Unlawful Occupation of Land Act**. Disponível em <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=71849>, acesso em 20/07/13.

_____. **Promotion of Administrative Justice**. Act nº 3. 2000. Disponível em <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-003.pdf>, acesso em 09/06/12.

_____. **Transitional Executive Council Act**. Nº 151. 1993. Disponível em <http://www.saflii.org/za/legis/num_act/teca1993336/> acesso em 08/05/12.

REPÚBLICA DA COLÔMBIA. **Constituição Política da Colômbia**. 1991. Artigo 85. Disponível em <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.swf>, acesso em 04/07/13.

_____. **Decreto 2.591**. Artigo 27. 1991. Disponível em http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1991/decreto_2591_1991.html, acesso em 07/10/13.

REPÚBLICA DE COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia 138, Outubro/1990. Sala Plena, Expediente nº. 2214 (351-E)**. Disponível em ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s138_0910_1990.html, access in 04/11/2013.

REPÚBLICA DA INDIA. **The constitution of India**. artigo 368. Disponível em <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>, último acesso em 04/11/13.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA FEDERATIVA DO NEPAL. **The interim constitution of Nepal**. Artigos 43 (1), 46 (c) e 100 (2). 2007. Disponível em <http://www.ccd.org.np/resources/interim.pdf>, acesso em 21/01/13.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 12/07/13.

RICHARDSON, Henry J. Patrollin the resource transfer frontier: Economic rights and the South African Constitutional Court's contributions to internacional justice. **African Studies Quarterly**, Vol. 9, Nº 4, 2007; p. 71/96. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1027984>, acesso em 12/05/12.

ROBERTSON, Robert E. Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the Maximum Available Resources to the Realizing Economic, Social, and Cultural Rights. p. 693-714 Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/762565?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101072118853>, acesso em 24/09/12.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Malheiros Editora, 2003, p. 36.

SACHS, Albie. **The Strange Alchemy of life and law**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SAFFON, María Paula e GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. Derechos sociales y activismo judicial, La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. **Estudios socio-jurídicos**. Bogotá (Colombia), 13(1): 75/107, 2011.

SAMUELS, Kirst. Post-conflict peace-building and constitution-making. **Chicago Journal of International Law**, vol 6, p. 663/ 683. 2005. Disponível em <http://www.odi.org.uk/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/events-documents/1216.pdf>, acesso em 17/01/12.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A preliminar discussion. **The American Political Science Review**. Vol. 56, nº 4, 1962, 853/864. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1952788?uid=3737664&uid=373149287&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=3&uid=60&sid=21101655514733>, acesso em 14/02/13.

SCOTT, Craig; ALSTON, Philip. Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise. 16 **South Africa Journal of Human Rights**. Volume 16, 2000. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/soafjhr16&div=4&id=&page=>, acesso em 16/09/13.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____, apresentando OLIVEIRA, Fabio Correa de Souza. **Morte e vida da Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xiii/ xviii.

SUNSTEIN, Cass R.. Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees? **University of Chicago, Public Law Working Paper nº 36**. 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=375622>, acesso em 07/06/13.

TAC Website. <http://www.tac.org.za/community/about>, acesso em 08/06/12.

TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. nº 09, 337/348, 2007. Disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre_Ramos_Tavares.pdf, acesso em 16/12/12.

TEITEL, Ruti. The Law and Politics of Contemporary transitional Justice. **38 Cornell International Law Journal**. 2005 837/862. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=943069>, acesso em 12/02/13.

_____. Transitional jurisprudence: The role of law in political transformation. **Yale Law Journal**, v. 106, pp. 2009/2080, 2009, 1996. Disponível em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/ylr106§ion=64, acesso em 06/02/13.

TUSHNET, Mark V. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries. 38 **Wake Forest Law Review**. Paper 247. p. 813/838. 2003. Disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247/>, acesso em 12/05/13.

UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. ("**Limburg Principles**"). Note verbale dated 86/12/05 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights Item 21. E/CN.4/1987/17, publication date 8 january 1987. Disponível: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html>, acesso em 22/09/12.

_____. **Verbal note dated 86/12/05 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for**

Human Rights ("Limburg Principles"). Item 23. E/CN.4/1987/17. 1987. Disponível: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html> [accessed 22 September 2012], acesso em 22/09/12.

UNIÃO SUL AFRICANA. **Electricity By-law.** 1939. Disponível em http://www.joburg-archive.co.za/bylaws/electricity_bylaws.pdf, acesso em 09/06/12.

_____. **Natives Land Act Nº 27.** 1913. Disponível em <http://www.polity.org.za/polity/govdocs/legislation/misc/nla1913.html>, acesso em 30/05/12.

_____. **Prevention of Illegal Squatting Act Nº 52.** 1951. Disponível em <http://www.sahistory.org.za/politics-and-society/apartheid-legislation-1850s-1970s>, acesso em 12/05/12.

_____. **Prohibition of Mixed Marriages Act.** 1949. Disponível em http://www.disa.ukzn.ac.za/index.php?option=com_displaydc&recordID=leg19490708.028.020.055, acesso em 12/05/12.

UNITED NATIONS. **Human Rights and Poverty: A Conceptual Framework.** Geneva, 2004. p. 13. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyReductionen.pdf>, acesso em 23/09/12.

_____. **Report of the High Commissioner for Human Rights on Implementation of Economic, Social and Cultural Rights,** UN doc. E/2009/90, 8 June 2009, Item 3. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/362/90/PDF/N0936290.pdf?OpenElement>, acesso em 23/09/12.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court.** Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=housing%20rights%20colombia%20constitutional%20court&source=web&cd=9&ved=0CF8QFjAl&url=http%3A%2F%2Fwww.dejusticia.org%2Fadmin%2Ffile.php%3Ftable%3Ddocumentos_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D67&ei=wRoeUZSfLoaY9Q Tu8ID4Ag&usg=AFQjCNHlpwsZ6gvQRI-38EUzpX_HvGLXlg&bvm=bv.42553238,d.eWU, acesso em 03/11/13.

VALLE, Vanice Lírio do. **Constitucionalismo e Transição: sobre a arte de reconciliar o aparentemente inconciliável. Justiça e Constitucionalismo em tempos de Transição.** VALLE, Regina Lírio do. (Org.). Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. p. 1/25 **Constitucionalismo latinoamericano: sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Volume 10, nº 11. p. 19/20 2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/artigo/Detalle.asp?seq_revista=596, acesso em 04/01/13.

_____. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: Renata Braga Klevenhusen. (Org.). **Direito público & evolução social** - 2ª série. 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. **Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: a Comparative Perspective**. (April 17, 2013). p. 1/32. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2252991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2252991>, último acesso em 01/11/13

_____. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

WESSON, Murray. Grootboom and beyond: reassessing the socio-economic jurisprudence of the South African constitutional court. 20 **South African Journal of Human Rights**. pp. 284/308. 2004. Disponível em <http://www.escri-net.org/docs/i/401105>, acesso em 29/09/13.

WILKE, C. Politics of Transitional Justice: German, Hungarian, and Czech decisions on ex post facto punishment. In: **The countours of legitomacy in central europeu: New Approachs in graduate studies**, pp. 2/20. 2002, St Antonie College in Oxford. Disponível em http://users.ox.ac.uk/~oaces/conference/papers/Christiane_Wilke.pdf, acesso em 14/02/13.

YEH, Jiunn-Rong; HANG Wen-Chen, The changing landscape of modern constitutionalism: Transitional perspective (March 31, 2009). **National Taiwan University Law Rewiew**, Vol. 4, No 1, pp. 145/183, 2009, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1482863> acesso em 24/04/12.

YOUNG, Katherine G. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. **Yale Journal of International Law**, v. 33, pp. p. 123-166, 2008. Disponível em http://www.yale.edu/yjil/PDFs/vol_33/Young_Final.pdf. Acesso em 15/02/13.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 5ª ed., Tradução Marina Gascón, Madrid: Editorial Trotta, 2033.

ANEXO

Dados identificadores das decisões judiciais da África do Sul

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Bhe v. Magistrate, Khayelitsha; Shibi v. Sithole.** 2004. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/18.pdf>, acesso em 05/07/13.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Certification of the Constitution of the Republic of South Africa.** pp. 50/52 Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1996/26.html&query=%20certification%20of%20south%20african%20constitution>, acesso em 25/07/13.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **City of Joannesburg Metropolitan Municipality v Blue Moonlight Properties 39 Itda and Another.** 2011. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2011/40.html&query=%20blue%20moonlight> >, acesso em 15/06/13.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Dikoko v. Mokhatla.** 2006. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/10.pdf>, acesso em 05/07/13.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others.** 2000. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2000/19.html&query=grootboom>, acesso em 12/05/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Khosa and Others v Minister of Social Development e Mahlaule and Another v Minister of Social Development.** 2003. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2004/11.html&query=khosa>, acesso em 08/06/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Landmark Cases.** Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judgments/Judgments-Summarised-Delivered-1995-2005>, acesso em 09/06/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Leon Joseph and Other v City of Johannesburg and Others.** 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/30.html&query=Leon%20Joseph>, acesso em 09/06/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Lindiwe e Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others.** 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/28.html&query=lindiwe%20mazibuko%20and%20others>, acesso em 09/06/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health & others v. TAC.** pp. 1/82. 2002. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2378.PDF>, acesso em 30/06/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg**, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry. 2008. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>, acesso em 08/06/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers**. 2004. Em <http://dx.doi.org/10.1002/9780470997154.ch44>, acesso em 05/07/13.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others**. 2009. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2009/16.html&query=%20joe%20slovo>, acesso em 13/09/13.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another**. Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2012/26.html&query=%20schubart%20Park%20Resident's%20Association>, acesso em 14/10/13.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Soobramoney v Minister of Health**. 1997 <<http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1997/17.html&query=soobramoney>> acesso em 12/05/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The certification process**. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/thecertificationprocess.htm>> acesso em 24/04/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The history of Constitution**. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm>> acesso em 24/04/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **The Constitution/Landmark cases/ Media Summary**. Disponível em <<http://41.208.61.234/uhtbin/cgiisirsi/20120608232800/SIRSI/0/520/S-CCT39-09>>, acesso em 09/06/12.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **The State v. T Makwanyane and M Mchunu** Disponível em <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/1995/3.html&query=%20makwanyane>, acesso em 03/07/13.