

Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana

Gradual implementation of socioeconomic rights: Constitutional constructivism in South Africa's Constitutional Court

Vanice Regina Lírio do Valle¹

Universidade Estácio de Sá, Brasil
vanicevalle@gmail.com

Ana Luiza Hadju Hungria²

Universidade Estácio de Sá, Brasil
anahungria@gmail.com

Resumo

A Constituição sul-africana, nascida após décadas de cisão em uma sociedade cunhada pelo *apartheid*, apresenta um ambicioso projeto de reconstrução social, baseado em uma proposta de inclusão social, através da efetivação de direitos socioeconômicos orientados à construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdades. Reconhecendo os desafios de um texto constitucional que assegure a total e imediata efetividade de toda a gama de direitos sociais, a estratégia adotada pela Constituição foi subordinar esses direitos socioeconômicos à cláusula de realização progressiva, transferindo para a Corte Constitucional o dever de controle judicial de políticas públicas, de modo a assegurar a efetividade destes direitos. O presente trabalho tem por objetivo analisar os casos indicados como paradigmáticos pela Corte Constitucional em matéria de direitos socioeconômicos, sistematizando os critérios objetivos que aquele Tribunal vem desenvolvendo, de forma a cumprir seu dever constitucional de uma maneira que contribua para incrementar a democracia e a participação, ao invés de simplesmente substituir os outros braços de poder.

Palavras-chave: direitos sociais, implementação gradual, constitucionalismo de transição, constitucionalismo construtivo.

Abstract

The South African Constitution, which emerged after decades of social division shaped by apartheid, contains an ambitious project of social reconstruction, based on a proposal of substantial social inclusion through the realization of socioeconomic rights designed to build a fairer society with less inequality. Recognizing the challenges of a constitutional text that ensures a total and immediate implementation of the entire range of social rights, the strategy adopted by the Constitution was to

¹ Universidade Estácio de Sá. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rua São José, 35, 15º andar, Campus Menezes Cortes, 20010-020, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

² Universidade Estácio de Sá. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rua São José, 35, 15º andar, Campus Menezes Cortes, 20010-020, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

subordinate socioeconomic rights to a progressive implementation clause. It transferred to the Constitutional Court the duty of controlling public policies in order to enforce those rights. This paper aims to analyze the so called landmark cases in socio-economic rights, systematizing the objective criteria that the South African Constitutional Court has been developing in order to fulfill its constitutional duty in a way that contributes to improve democracy and participation, instead of simply substituting the other branches of power.

Key words: socio-economic rights, progressive implementation, transitional constitutionalism, constructive constitutionalism.

Reconstruindo uma democracia num país fragmentado: o processo constituinte na África do Sul

O fim do *apartheid* marca o renascimento da República da África do Sul, que, como a fênix, ressurgiu das cinzas e passa a trilhar um novo caminho na direção de uma sociedade materialmente justa e igualitária: três séculos de soberania de uma minoria branca finalmente chegavam ao fim.

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, 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 apoiavam a prática segregacionista. Logo em seguida, em setembro, foi assinado o *National Peace Accord* (1991), primeiro pacto pluripartidário do país, constituindo-se na ocasião uma comissão responsável pelas negociações, incumbida de analisar a possibilidade do estabelecimento de um governo interino que conduziria as demais providências de criação de uma institucionalidade redemocratizada.

Nos últimos dias de novembro de 1991, teve lugar uma reunião preparatória multipartidária, objetivando fossem estabelecidas as bases para a *Convention for a Democratic South Africa* (CODESA). O processo de negociação política não se revelava simples; com isso, divergências entre os participantes, o boicote do *Pan Africanist Congress* (PAC) e uma nova onda de violência levaram as negociações a um impasse, interrompendo os trabalhos. Nesta primeira assembleia formal, os presentes assinaram uma Declaração de Intenções que defendia a criação de uma sociedade igualitária baseada numa democracia multirracial.

Face às resistências ao avanço das negociações identificadas no seio da população branca, foi convocado um *referendum*, com intuito de confirmar o suporte popular ao processo de redemocratização – com 69%

dos votos a favor da continuidade, o resultado da consulta foi legitimar a iniciativa; todavia, a dificuldade na definição dos princípios retores à volta dos quais todo o acordo seria estabelecido acabou condenando ao fracasso também a CODESA II, deixando o país, mais uma vez, numa situação de incerteza em relação ao futuro.

Em março de 1993, foram retomadas as negociações no *Multiparty Negotiating Forum*, onde foi definida a data das primeiras eleições multirraciais, aprovando-se ainda o *Transitional Executive Council Act*, que cogitava inclusive da criação de um órgão responsável pelo monitoramento da ação do governo até a realização das eleições, garantindo a imparcialidade das autoridades constituídas no que toca àquele processo, funcionando, na prática, como governo provisório até o sufrágio.

Em janeiro de 1994, finalmente, entrou em vigor a Constituição Interina, que teve por objetivo precípuo o estabelecimento de um arcabouço político-institucional para a promoção da unidade nacional e a reestruturação e continuidade dos órgãos governamentais durante o futuro processo constituinte, consagrando ainda 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 foi no Texto Interino que se instituiu a Corte Constitucional, detentora, entre outras funções, da inusitada tarefa de validar o texto final da Carta Política sul-africana em formação; tudo de acordo com a parametrização preestabelecida naquele primeiro documento provisório, que se identificava como verdadeira síntese do pacto político tão duramente construído. Esse processo de “certificação” funcionaria como verdadeiro requisito material vinculante da validação do texto constitucional definitivo.

Em maio de 1996, a primeira versão do Texto Fundamental redigido foi apresentada para certificação, sem lograr aprovação pela Corte Constitucional, que devolveu o texto para ser emendado pela Assembleia

Constituinte; uma segunda versão foi novamente submetida à aferição, sendo finalmente aprovada em dezembro do mesmo ano.

O texto final da Constituição sul-africana foi concebido com base na dogmática do constitucionalismo de transição, que não se esgota em disposições temporárias que conduzam um momento político mais recortado, mas que se revele apto a prover a transformação: afinal, “transição também significa transformação; não é só o fim de velhos valores, mas também o começo de novos, o que conduz não só à superação das divisões políticas, mas também à derrota de velhas atrocidades e injustiças” (Khatiwada, 2009 p. 2-3).

Como espinha dorsal da dimensão jurídico-política de uma nova África do Sul, a Carta Fundamental traz a pretensão de criar uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos³, despontando como veículo essencial desta agenda de reformas a Corte Constitucional (JiunWeh e Chang, 2009)⁴ – não obstante tenha o Poder Judiciário anteriormente servido de suporte a uma ideologia parlamentar baseada na segregação racial à época do *apartheid* (Christiansen, 2010, p. 580-581).

Este contexto histórico já tematiza as dificuldades inerentes ao constitucionalismo de transição, a saber, a identificação dos verdadeiros objetivos da transformação e, ainda, o desafio de justificação moral e constitucional dos atos que se cogite materializem a mudança; particularmente num desenho institucional que confere um inusitado espaço à Corte Constitucional. Relevante ainda conhecer o cenário de cisão social que se propunha superar com o movimento de transformação da ordem jurídico-política que se seguiu, a partir do direito e da *judicial review*.

Os desafios da constitucionalização dos direitos sociais e o princípio da implementação gradual

A superação de um passado recente de profunda cisão social, tarefa típica de um constitucionalismo que se pretende alavanca de Arquimedes na promoção da

transformação social, envolverá como desafio primário o resgate de uma ideia de equidade, que permita o reconhecimento como iguais – e, portanto, como verdadeiros sujeitos constitucionais (Rosenfeld, 2003, p. 36)⁵ – dos antes excluídos a partir de uma política de governo que operava a partir da segregação como valor e estratégia de construção do convívio coletivo. Nesse contexto, valeu-se a Carta Constitucional da redemocratizada África do Sul da inclusão de um expressivo elenco de direitos fundamentais de natureza socioeconômica, que, em manifestação típica do constitucionalismo de transição, destinavam-se à indução de uma mudança social de larga escala, através de processos políticos não violentos e fundados na *rule of law* (Klare, 1998, p. 146).

A inclusão de direitos sociais em textos constitucionais não é um fenômeno recente. Os chamados direitos de segunda dimensão vêm sendo positivados nas Constituições da Europa Ocidental pós-guerra, naquelas dos países orientais após a queda do Muro de Berlim e nas Cartas de diversas outras nações recém liberadas de regimes ditatoriais (Christiansen, 2009, p. 373). Essa inserção, na maioria das vezes associada a um caráter programático, despido de eficácia imediata, tem gerado pouco ou nenhum efeito prático⁶ na transformação da realidade socioeconômica (Christiansen, 2009, p. 373).

A doutrina internacional vê com reservas a introdução de uma dinâmica constitucional que transforme os direitos sociais em direitos subjetivos públicos (Novais, 2010, p. 181-183), que, como tais, poderiam ser exigidos imediatamente, obrigando o Estado à sua provisão, com interferência direta na formação das políticas públicas estatais. Realmente, a opção de traçar, através da Constituição, um caminho de minoração 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 resolvem o debate da constitucionalização dos direitos sociais através de uma das seguintes fórmulas: (i) a exclusão destes dos textos constitucionais (Sunstein, 2003); (ii) sua inclusão, mas como normas “meramente” programáticas, figurando como princípios norteadores

³ No intuito de definir o papel da Constituição no futuro da sociedade sul-africana, a Constituição Interina da África do Sul nos remete, em seu epílogo, a “uma ponte histórica, entre o passado de uma sociedade profundamente dividida, caracterizada por conflitos e indizível sofrimento de injustiça, e um futuro fundado no reconhecimento dos direitos humanos, da democracia e da coexistência pacífica entre todos os sul-africanos, independentemente da cor, raça, classe social, crença ou gênero sexual”.

⁴ Uma das características do constitucionalismo de transição é a denominada *unconventional constitutional adjudication*, que se expressa não só na reafirmação da *judicial review* enquanto possibilidade, mas também na abertura ao uso de estratégias e mecanismos de interpretação menos convencionais como meio assecuratório da promoção, por intermédio (também) das Cortes, da transição desejada: “Como resultado disso, as Cortes foram convidadas a conduzir mudanças-chave nas normas constitucionais por intermédio de sua interpretação, e algumas vezes chamadas inclusive a intervir – de bom grado ou não – em controvérsias políticas de grande porte” (Jiun Weh e Chang, 2009, p. 153-154).

⁵ Preciosa no tema a lição de Rosenfeld (2003, p. 36), assinalando que a articulação do constitucionalismo com o pluralismo 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”.

⁶ 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.

das políticas públicas; (iii) a sua inserção no texto constitucional como direitos dotados de eficácia imediata.

Em posição intermediária, o sistema constitucional da África do Sul inaugurou um novo olhar sobre a questão, através da inclusão de um expressivo rol de direitos sociais, 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 adotado pela ONU em 1966, que no seu artigo 2.1 condiciona os direitos sociais ali positivados a uma reserva de *progressive realization*, impondo aos signatários “a obrigação de 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”.

A importância da produção de um texto que fizesse frente ao papel desempenhado pela opressão socioeconômica institucionalizada durante o *apartheid* compeliu a Assembleia Constituinte à construção de uma dinâmica de poder que contribuísse de forma efetiva para a minoração das diferenças sociais existentes, acreditando que um povo só pode ser verdadeiramente livre quando dotado de condições essenciais de uma vida digna.

A proposta de inserção deste amplo rol de direitos sociais na Constituição sul-africana encontrou, de início, severa oposição dos membros da então representativa minoria branca do Partido Nacional, resultando numa limitada gama daqueles preceitos efetivamente contemplados na Constituição Interina. Contudo, com a aquisição da maioria parlamentar pela ANC após as eleições livres de 1994, seus representantes na Assembleia Constituinte foram capazes de aumentar substancialmente esse rol na minuta apresentada para certificação. Ainda assim, a inclusão dos chamados direitos “de bem-estar” foi contestada pela oposição durante o processo deliberativo, sob o fundamento de que se estaria a cuidar de cláusulas que não eram reconhecidas internacionalmente, e de que a possibilidade de sua judicialização se constituiria em afronta à separação dos poderes (Christiansen, 2009, p. 379-382). Todos esses argumentos foram refutados no processo de certificação do texto constitucional, e os principais direitos sociais (habitação, saúde, alimentação, água, seguridade social e educação) foram inseridos no texto final da Constituição sul-africana.

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, o *apartheid* teve a sua origem no início do século XX, com a implantação de medidas legislativas e costumeiras promovidas pelas quatro Repúblicas que criaram a União sul-africana em 1910. Das diversas normas jurídicas que deram início à institucionalização da segregação no país, podemos destacar o *Natives Land Act*, aprovado em 1913, cujas consequências se fazem sentir ainda nos dias de hoje. Este ato legislativo determinou áreas geográficas específicas, onde brancos e negros podiam possuir terras, morar e trabalhar, sendo que, apesar da população negra corresponder a 2/3 do povo sul-africano, só lhe foi permitido acesso a 13% das terras (Pinto, 2007, p. 397).

Com a vitória do Partido Reunido Nacional baseada na promessa de aprofundamento da segregação racial e a instituição oficial do regime do *apartheid*, foi promulgada, em 1950, a Lei de Registro Populacional, primeira manifestação significativa do “grande *apartheid*”, determinando que todas as pessoas maiores de 18 anos deveriam portar um cartão de identidade, onde eram classificadas de acordo com o grupo racial ao qual pertenciam. Para efetivar essa norma legal, foram criados “conselhos” com o objetivo de determinar a raça de indivíduos cuja etnia não era claramente identificada, muitas vezes classificando em grupos diversos membros de uma mesma família. Durante os 40 anos seguintes, foram promulgadas dezenas de normas legais restringindo a presença e o papel da população negra na África do Sul, que acabaram por provocar uma enorme cisão na sociedade, cujos reflexos se encontram presentes até os dias de hoje.

O Ato de Áreas de Agrupamento complementou o *Natives Land Act*, atribuindo a cada etnia uma área específica onde esta poderia possuir terras, viver e trabalhar. Essa norma serviu de base para remoções forçadas, sendo complementada pela Lei de Prevenção da Posse Ilegal, que permitia que o governo demolisse favelas habitadas por negros, expulsando-os dos assentamentos, ainda que estes não tivessem outro lugar para morar (Castelo Branco, 2003, p. 241). O principal objetivo da introdução desta legislação era a contenção da migração

⁷ 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 bantustões, dando início ao chamado “grande *apartheid*”.

da população não branca das zonas rurais para as cidades, estimulada pela economia em expansão e a melhor oferta de emprego existente nos centros urbanos, além de reduzir o alcance dos direitos de propriedade destes grupos étnicos, expulsando milhares de negros, mestiços e indianos de suas terras, gerando forte ressentimento. Na esteira destas medidas, foram reforçadas as leis de passe já existentes⁸, obrigando os negros sul-africanos a carregar documentos de identificação a fim de evitar sua migração para a África do Sul “branca”. Para viver em uma das áreas destinadas aos “brancos”, o negro tinha que obter uma autorização especial de trabalho, que só podia ser concedida por seu empregador, o que provocava uma cisão nas famílias, já que muitas vezes o referido assentimento patronal não se estendia a esposas e filhos.

Já o *Bantu Education Act* (Byrnes, 1996, s.p.) estabeleceu em 1959, com a criação de universidades destinadas exclusivamente aos negros, mestiços e indianos, um sistema educacional específico para aqueles estudantes negros, projetado para manter os jovens de cor ocupando posições inferiores na sociedade, em profissões subalternas, adotando muitos elementos da filosofia nacional-socialista. Também foi intensificado o controle sobre as oportunidades oferecidas aos não brancos pelas escolas religiosas, eliminando quase toda a ajuda financeira fornecida pelo governo a estas instituições.

Além das normas citadas, diversas outras tiveram como objetivo a repressão da resistência, especialmente a armada, ao regime de *apartheid*. 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 aquela mesma linha política.

A exclusão sistemática promovida pelo *apartheid* – que associou a seletividade a critérios étnicos – deixou uma pesada herança econômica e social, com cerca de 11 milhões de sul-africanos vivendo abaixo do limiar da pobreza. No início da década de 90, o déficit habitacional no país era de 1,3 milhões; 12 milhões de pessoas não tinham acesso a água potável e 21 milhões sequer contavam com saneamento básico (Castelo Branco, 2003, p. 227).

Esse o cenário de exclusão proposto superar pelo constitucionalismo de transformação sul-africano. Repositório de esperanças expressivas, num ambiente político de estabilidade ainda frágil, cabia à Corte Constitucional desenvolver qual devesse ser seu papel no

campo da efetivação das promessas do Texto Fundamental – e esse é o processo de construção interpretativa que se passa a demonstrar.

Implementação gradual: construindo critérios para efetivar as promessas constitucionais

Primeiro elemento relevante na criativa experiência sob exame (Novais, 2010, p. 210) reside numa opção de política judiciária que opera a partir da lógica de construção por agregação, dos critérios de justiciabilidade dos direitos socioeconômicos – de molde a evitar-se o voluntarismo ou a 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 como um todo – nesses termos, as sucessivas decisões judiciais ampliam e aprofundam a reflexão a respeito dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional. Essa é a constatação que se faz a partir da análise dos *landmark cases* em matéria de direitos econômicos e sociais, que permitem uma importante panorâmica daquele labor jurisdicional⁹.

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

Soobramoney vs. Minister of Health foi o primeiro caso envolvendo direitos sociais julgado pela Corte Constitucional, em 1997. O cerne da questão 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 de portadores de falência renal aguda e, paralelamente, de pacientes renais crônicos, desde que estes fossem elegíveis a transplante renal –; da referida política resultava a inelegibilidade do Recorrente à diálise e, portanto, o risco à vida. Sua pretensão de ver afastado o critério formal do hospital público e assegurado o direito à diálise fora rejeitada anteriormente, e o Tribunal Constitucional, chamado a se manifestar, manteve decisão recorrida, em posição deferente à criterização formulada pelo órgão administrativo tida por fundada em política

⁸ 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, governadas pelos britânicos (Byrnes, 1996, s.p.).

⁹ A lista dos casos tidos por paradigmáticos no conjunto de julgados da Corte Constitucional segundo sua própria avaliação – universo de avaliação do presente texto – está indicada no sítio daquele mesmo Tribunal.

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

O caráter paradigmático do caso repousa, primeiro, na afirmação da possibilidade de judicIALIZAÇÃO em si 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 direitos socioeconômicos, o que traz implícita a afirmação do dever de desenvolver o Estado, de imediato, medidas no sentido de sua efetivação, rejeitando um suposto caráter programático dessas normas.

Segundo parâmetro jurisprudencial fixado no referido precedente – que posteriormente seria confirmado em outros julgados – é aquele da deferência da Corte para com os critérios estabelecidos pelo órgão competente, ainda que expressando alguma espécie de seletividade. A legitimidade dessa diferenciação – e toda seletividade importa, em si, em inclusões e exclusões¹⁰ – residiria na real tendência à implementação do direito em questão: alinha-se a Corte com uma matriz de controle que tem por objeto a fundamentação da escolha administrativa e a sua aptidão para estabelecer um adequado padrão de prioridades (Sunstein, 2001, p. 12).

Observe-se que o prestígio ao critério administrativo aplicado – que, a par de racional, revelava-se objetivo e conhecido – envolve o elogio a uma prática administrativa que não incide nos vícios de uma redistribuição decorrente de critérios obscuros, decorrentes dos paradoxos da inegável necessidade de promoção dos ajustes entre uma sobrecarga de demandas sociais e um contexto crescente de escassez de recursos (Campilongo, 2003, p. 47).

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 vs. Grootboom vs.*

others, a Corte foi chamada a se pronunciar acerca da constitucionalidade das medidas impostas pelo julgamento proferido pela *Cape of Good Hope High Court* em razão de demanda ajuizada por Irene Grootboom e outros, tendo como paradigma os artigos 26 e 28 da Constituição¹¹, 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 provesse abrigo provisório às famílias com crianças, fixando ainda condições mínimas para estes como a existência de sanitários e fornecimento regular de água, já que o art. 28 da Constituição sul-africana, assegurando direitos em favor da infância, não se via constringido pela cláusula da implementação gradual, que não era ali literalmente citada.

A Corte Constitucional, provocada por recurso do Estado, 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 as 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 país¹².

O provimento jurisdicional rejeitou expressamente a possibilidade de determinação de um conceito genérico de *minimum core*, entendendo que a corte não estaria institucionalmente capacitada de efetuar as consultas fáticas e políticas necessárias para a determinação do núcleo essencial do direito à moradia *in abstracto*, colocando em dúvida a própria necessidade de conformação deste tipo de conceituação pelo poder judiciário (Richardson III, 2007, p. 87). De outro lado, afirmou a ausência de razoabilidade da linha de ação estatal, enunciando o seu dever de correção (Robitaille, 2007-2008, p. 222).

No que toca ao delicado equilíbrio institucional entre o dever de adjudicação em matéria de implementação, ainda que gradual, dos direitos socioeconômicos

¹⁰ Destaque-se a advertência de Campilongo (2003, p. 47) de que os filtros restritivos da racionalidade formal e os inclusivos da racionalidade material entram em rota de conflito na promoção dos ajustes entre uma sobrecarga de demandas sociais e um contexto crescente de escassez de recursos – donde a oportunidade para a aplicação de novos critérios seletivos que possam permitir uma redistribuição, cuja fragilidade pode estar no baixo grau de transparência e imparcialidade.

¹¹ 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*.

¹² Observe-se que, mesmo nessa análise comparativa entre a política pública no campo habitacional e outras em curso no país em que a vulnerabilidade aparece como signo de prioridade da identificação de seus destinatários, tem-se presente ainda o viés de deferência para com as escolhas administrativas – que, se razoáveis, apresentam-se como paradigma de correção, uma vez que evidenciam a possibilidade de construção do processo de implementação gradual a que se refere o texto constitucional.

e reforço ao desenho ordinário da arquitetura do poder, a estratégia foi a de reprovação do programa de ação em curso, com a reafirmação, todavia, dos deveres de agir dos demais braços de poder – o que mais uma vez evidencia uma cogitação de tutela do sistema constitucional como um todo, e não exclusivamente dos direitos socioeconômicos violados na esfera individual de direitos dos atingidos.

Viabilidade da enunciação de provimento jurisdicional de caráter mandatório dirigido ao Estado

O próximo caso de destaque na jurisprudência constitucional sul-africana é o que teve como protagonista a TAC (*Treatment Action Campaign*), sociedade civil ativista na promoção dos direitos dos portadores do HIV, que pretendia a universalização da utilização de Neviparine na prevenção da transmissão perinatal daquela patologia. Tal pleito era resistido pelo Governo – que só permitia a prescrição do referido medicamento em hospitais públicos em apenas duas localidades, uma urbana e outra rural, sob a justificativa de que se fazia necessária a análise dos riscos de sua utilização antes de autorizar a prescrição da droga em larga escala.

Embora, a exemplo do caso *Grootboom*, a Corte novamente tenha rejeitado o papel de protagonista na conformação de um conceito de *minimum core* em abstrato (Richardson III, 2007, p. 79), afirmou a viabilidade de se ter em conta um núcleo essencial não como um direito autoexecutável conferido a todos pelos referidos preceitos constitucionais, mas como parâmetro possível de aferição da razoabilidade da política pública em implementação e sob crivo judicial. Em decorrência disso, concluiu pela viabilidade de um provimento de caráter mandatório (Robitaille, 2007-2008, p. 224), que, além da recomendar a retificação pura e simples do programa, afirmava o dever de universalização na distribuição do medicamento.

Não se podem desconsiderar dois relevantes elementos que particularizam o entorno da decisão TAC: o primeiro deles envolvia o descarte das dimen-

sões de custo da medida, já que havia oferta de ajuda internacional no financiamento do programa; o segundo, o elevado nível de informações técnicas providas pelas entidades engajadas na demanda (Kapczynski e Berger, 2009, p. 26, 28), circunstância que conferiu à Corte maior conforto na evolução quanto ao conteúdo possível do provimento¹³.

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

Em *Khosa and Others and Mahlaule and Another vs. Minister of Social Development*¹⁴, a controvérsia central envolve saber se residentes permanentes no país – sem que detenham a cidadania nacional – figuram como destinatários das prestações sociais referidas pelo artigo 27 da Constituição sul-africana, uma vez que o preceito determina que “todos” têm direito ao acesso à saúde, alimentação, água e seguridade social”, e a norma infraconstitucional contestada determinava que apenas os cidadãos sul-africanos poderiam receber benefícios previdenciários do Estado.

Inicialmente proposto perante a *High Court* por cidadãos moçambicanos com residência permanente na África do Sul, o pedido foi julgado procedente, com a extensão dos benefícios previdenciários em questão a todos os cidadãos com residência permanente na África do Sul. Enviada para ratificação pela Corte Constitucional, esta confirmou por maioria de votos a sentença proferida, determinando que fosse acrescida a expressão “ou residente permanente” após a palavra “cidadão” em cada um dos dispositivos impugnados, numa interpretação sistemática fundada no art. 27 da Carta Política, que se utiliza da palavra “todos” ao definir os destinatários das prestações de previdência social.

O avanço, sob a perspectiva de construção dos limites e possibilidades da *judicial review* em matéria de direitos socioeconômicos, compreende o reconhecimento da possibilidade de uma interpretação integrativa, que preenche de conteúdo os preceitos constitucionais, uma vez mais a partir de uma perspectiva de sistema de

¹³ É de Bollyky (2002, p. 164) a afirmação de que a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos envolve sempre uma prestação jurisdicional possível – dependendo, todavia, de uma delicada operação que tem em conta a extensão da violação à Carta e o grau que um provimento de caráter mandatório estará a implicar no exercício pela Corte de escolhas atinentes a políticas públicas e gastos. “A implicação desta hipótese é de que violações a direitos socioeconômicos permitem uma resposta substantiva, mas que as Cortes não tiveram ainda a si apresentados os fatos que lhe permitam proferir esse provimento”.

¹⁴ Trata-se de dois casos julgados simultaneamente: *Khosa and Others v. Minister of Social Development* e *Mahlaule and Another v. 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-africanos. Já no segundo caso, a questão orbitava em torno dos artigos 4 (b) (ii) e 4B (b) (ii) do mesmo diploma, que também reservava auxílio financeiro apenas às crianças 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..

direitos orientado à inclusão social. Na perspectiva de Liebenberg (2005, p. 12), empreende-se a verdadeira interpretação política das necessidades que são respondidas pela preceituação destes direitos sociais avançando da fase inicial de reconhecimento para aquela de sua interpretação e implementação (Liebenberg, 2005, p. 14), mister que envolverá uma hermenêutica que se pode revelar capaz de condicionar o discurso político e a prática administrativa. No caso concreto, o papel político e simbólico da Corte Constitucional na formatação do discurso das necessidades se revelará particularmente relevante quando se tem em conta que a mesma cláusula constitucional de abertura – asseguarção de direitos socioeconômicos a “todos” – se tem presente ainda no que toca à garantia de acesso à habitação, ao meio ambiente, à educação, à saúde, à alimentação e a água, além daquelas que regulam as relações trabalhistas e os direitos das crianças, o que estaria a permitir uma reconfiguração dos destinatários da atuação estatal em todas essas áreas. Mais ainda, no que toca especificamente à implementação gradual, o novo elemento integrante do conceito é a afirmação de que ela não autoriza a priorização dos cidadãos na efetivação dos direitos sociais em detrimento dos residentes permanentes.

Exigibilidade de uma 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* era o impedimento da execução de ordem de despejo determinada pela *Supreme Court of Appeal*. A contenda tivera origem na pretensão do Poder Público de remodelagem da área central da cidade, com a remoção da população de prédios localizados no centro da cidade, caracterizados como inseguros e insalubres – providência essa que se fundamentava no *National Building Regulations and Building Standards Act (NBRA)*, instrumento legislativo originário ainda do período do *apartheid*. Os alcançados pela medida de desalijo afirmavam que dela decorreria seu desabrigo – em decorrência, principalmente, do insucesso do Governo local em assegurar o direito à moradia.

Uma primeira aplicação pela *High Court* local das linhas traçadas em *Grootboom* determinou a paralisação das

medidas administrativas de despejo – e, com isso, também do programa de remodelagem da cidade, o que suscitava outros impactos indesejados do controle judicial.

Elevada a matéria a conhecimento da Corte Constitucional, esta determinou, como provimento liminar, que as partes envolvidas – a saber, Poder Público, virtuais alcançados pelo despejo e outros interessados – se “engajassem”¹⁵ num significativo esforço para a superação das diferenças e dificuldades envolvidas no conflito, tendo em conta a principiologia constitucional aplicável, os deveres legais da Municipalidade e ainda 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 já alcançado – e o conteúdo da decisão proferida envolveu uma espécie de homologação do acertado. Recusou-se a Corte a afirmar, como pretendido pelos ocupantes dos prédios, a inadequação do programa de provimento de moradias, preferindo manter o foco no processo que resultou no acordo, afirmando que havia fundadas razões para afirmar que as negociações prosseguiriam, em boa fé, incluindo aquelas atinentes a um plano de habitação de maior alcance (Ray, 2008).

O elemento adicional aqui criado para a implementação imediata é duplamente inovador: primeiro, pela exigência, como condição ao exercício da *judicial review* pela Corte Constitucional, de um esforço consistente de construção democrática de uma solução ao conflito; segundo, pela preferência que revela pela compreensão de medidas relacionadas à garantia de habitação numa perspectiva global de planejamento. Afinal, a escolha da realização de uma intervenção urbana numa determinada área atrairá necessariamente o engajamento na construção de uma solução consensual o que por certo tende a mitigar decisões pautadas em voluntarismo, e a compreender tais políticas públicas num necessário processo de planejamento mais compreensivo.

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 vs. City of Johannesburg and Others*, julgado em 2009, pela primeira vez a Corte Constitu-

¹⁵ A expressão utilizada pela decisão em comento para identificar essa necessária dialética é *meaningful engagement*.

cional sul-africana foi chamada a se pronunciar acerca da constitucionalidade no tema direito à água, em razão do programa denominado *Operation Gcin'amanzi*, que, com o objetivo de melhorar o sistema de distribuição de água de Soweto, previa a instalação de modalidade pré-paga de cobrança, com a previsão de subsídio de 6 quilolitros mensais de água por família.

O programa foi declarado hígido pela Corte Constitucional, ao contrário do entendimento anterior profereido pelas instâncias inferiores. Nas suas razões, concluiu que não é papel do Judiciário definir parâmetros para o que constituiria quantidade “suficiente de água”, uma vez que este não tem *expertise* para tanto, e que, levando-se em conta que, no local onde está sendo aplicada a política pública questionada, 80% dos domicílios abrangidos vêm recebendo 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 discriminatória.

Vários dos critérios anteriores foram aplicados na presente decisão – seja no que toca à deferência para com as decisões dos órgãos administrativos competentes, seja na negativa do estabelecimento pela Corte do núcleo essencial de um direito como aquele ao fornecimento de água. Tal recusa tinha em conta não só a compreensão anterior quanto à impropriedade de um provimento deste conteúdo pela Corte Constitucional – que não se revestia de *expertise* na matéria –, mas também os desdobramentos de uma (in)diferenciação entre o montante de água adequado por indivíduo/moradia e aquele estimado numa política pública que tenha em conta uma localidade (Rautenbach, 2011, p. 107).

Elemento diferenciador desta decisão em particular foi a afirmação do valor democrático do litígio sobre os direitos sociais e econômicos¹⁶, não num aplauso à litigiosidade em si, mas no reforço da lógica de que a judicialização poderia intensificar um processo de autocrítica, desenvolvido pelo próprio aparato estatal, às linhas de ação em curso. A lógica é a de que um dissenso mediado em ambiente mais neutro pode favorecer um debate construtivo e o aperfeiçoamento dos programas de ação estatais, sem que se revelasse necessária uma intervenção substitutiva de uma estrutura de poder que não se evidencie apta a esse tipo de avaliação.

Compreendida em conjunto com *Occupiers of 51 Olivia Road*, a decisão analisada explicita a compreensão da

Corte a respeito de seu papel como indutora ou mediadora de um processo negociado de acerto do conteúdo de políticas públicas relacionadas à implementação gradual de direitos socioeconômicos. Assim, seja pela exigência jurisdicional do engajamento em busca da solução, seja pela indução em si que a judicialização de uma política pública determina à sua própria revisão e aprimoramento, o que se tem numa e noutra hipótese é a presença de uma jurisdição que não desconsidera o espaço natural de deliberação de cada poder, mas que provoca os canais de comunicação e entendimento muitas vezes obstruídos.

Preservação de direitos socioeconômicos albergando o princípio do devido processo

O último *case* a ser analisado neste trabalho é o julgamento de *Leon Joseph and Other vs. City of Johannesburg and Others*, realizado também em 2009. Foi levada perante a Corte Constitucional a constitucionalidade do Estatuto de Controle de Crédito da Cidade de Johannesburgo e do PAJA (*Promotion of Administrative Justice Act 3*), cuja leitura conjunta restringia a obrigatoriedade de notificação prévia de suspensão de fornecimento de energia elétrica apenas para o consumidor que tivesse vínculo contratual com a empresa fornecedora de energia. A questão se tematizou pelo corte empreendido pela companhia de energia no conjunto habitacional identificado como *Mansions Ennerdale*, de propriedade do Sr. Thomas Nel, a quem os locatários pagavam suas contas de energia elétrica, de forma conjunta com o aluguel. Ocorre que o locador – que verdadeiramente se revestia da condição de consumidor por contrato dos serviços de energia elétrica suspensos – tinha débitos em atraso referentes àquele mesmo conjunto de edificações, de cerca de R400 000.

Primeiro elemento de destaque a se empreender em relação a esse precedente diz respeito à própria admissibilidade do recurso, que se deu a partir da perspectiva de que o tema de fundo era de natureza constitucional, já que envolvia a apreciação do sentido possível do que fosse eficiência administrativa – e de que esse conceito, antes de envolver a dimensão de aplicação das normas administrativas, reclamava o conteúdo dos deveres impostos ao Estado, particularmente, aquele de um procedimento justo.

O tribunal constitucional declarou inconstitucional o procedimento da *City Power of Johannesburg*, uma

¹⁶ Durante o litígio, a cidade repetidamente revisou suas políticas acerca do acesso à água, bem como os dados empíricos que a amparavam tudo objetivando garantir a coerência deste plano de ação com a promoção da realização progressiva do direito de acesso à água em patamares mínimos de suficiência.

vez que esta se limitou a considerar o aspecto formal da legislação – inexigibilidade, em princípio, de notificação àqueles que não detinham vínculo contratual com a concessionária –, deixando de levar em conta o impacto que a interpretação literal dos estatutos teria 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 Johannesburg e o PAJA devem ser lidos em consonância com os valores trazidos pela Constituição, determinando que não só os clientes que tenham vínculo contratual com a *City Power of Johannesburg* têm direito ao aviso prévio de suspensão do fornecimento, mas todos aqueles que possam ser negativamente afetados pela desconexão da energia elétrica. A cessação do fornecimento de eletricidade ao edifício *Mansions Ennerdale* foi declarada ilegal, com a obrigatoriedade do restabelecimento imediato do fornecimento de eletricidade.

O avanço identificado neste precedente, no tema da proteção aos direitos socioeconômicos, é de outro viés – e contempla não só a aferição da constitucionalidade em si dos programas de ação estatal orientados à sua implementação, mas também a construção de um conceito substantivo dos deveres de proteção inerentes a esses mesmos direitos, que transcenda as regras de formalismo do devido processo. Tem-se aqui um sutil, mas relevante avanço no sentido do reconhecimento de que o compromisso constitucional para com a efetivação dos direitos socioeconômicos não se reduz à outorga de prestações positivas pelo Estado, mas ainda uma visão do sistema de garantias que tenda a proteger especialmente a esses mesmos direitos¹⁷, que, por definição, têm por destinatários sujeitos constitucionais em situação de particular vulnerabilidade¹⁸.

Conclusão

O percurso das 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 e exclusivamente promover a transformação social (Saffon e García-Vil-

legas, 2011). Nesse particular, de início, o referido órgão julgador não se deixou seduzir pela proposta de protagonismo judicial, que, ainda que possa proporcionar a ocupação de um relevante espaço de poder em favor do Judiciário, não contribuiu, numa visão prospectiva, para a efetiva sedimentação da democracia – objeto igualmente do texto constitucional em aplicação. Mais ainda, a preocupação recorrente com a criterização das decisões, num processo de construção por agregação desses mesmos parâmetros objetivos destinados a superar as imprecisões do conteúdo necessariamente aberto dos direitos socioeconômicos, afasta a discricionariedade judicial disfarçada de defesa de direitos fundamentais e prestigia a integridade do direito, que falece diante de uma prática judiciária em que “cada decisão parte (ou estabelece) um ‘grau zero de sentido’” (Streck, 2010, p. 27).

A ideia de proteção à Constituição, portanto, neste conjunto de decisões, revela uma visão de *enforcement* deste mesmo documento que, se, de um lado, tem em conta os deveres impostos pela pauta de inclusão social e transformação, de outro lado, não deseja minar a estrutura formal de poder que deve se 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 busque como fundamento principal uma legitimidade decorrente de um processo conhecido, racional e ampliado de deliberação pública participativa.

Assim é que a afirmação original da justiciabilidade dos direitos socioeconômicos, lançada de início em *Soobramoney*, se, de um lado, fixou a premissa da eficácia imediata destes direitos, de outro lado, temperada pela deferência para com a política pública então vigente posto que racional, evidenciava uma relação necessariamente dialógica entre a estrutura originária de poder e o judiciário-controlador¹⁹, em estreita consonância com uma nova visão de separação de poderes que reconhece a necessidade de recepção, pelo modelo e pela prática institucional, de uma teoria de Estado de maior alcance (Carolan, 2009, p. 256). Significa dizer que ao projeto constitucional de transformação é de cor-

¹⁷ A lógica se aproxima da afirmação do direito a prestações jurídicas como expressão possível de direito fundamental, no sentido preconizado por Branco (Mendes et al., 2002, p. 143-144), que compreende também a emissão de normas de organização e procedimento. A distinção está em que o procedimento protetor de direitos fundamentais no sentido aqui afirmado pela Corte Constitucional há de ter em conta as possíveis repercussões de sua conclusão não só sobre os diretamente envolvidos, mas também aqueles que, ainda que por reverberação, possam vir a ser atingidos em sua esfera individual por essa mesma decisão.

¹⁸ Também se pode identificar na referida decisão uma aproximação à tese da horizontalidade dos direitos fundamentais, que, numa sociedade com passado recente de cisão étnica, encontrará nos fantasmas dessa segmentação um obstáculo adicional à sua efetividade.

¹⁹ Suscitando a possibilidade de uma *judicial review* que não implique necessariamente a afirmação da supremacia judicial, mas que reclame um exercício dialógico do poder; consulte-se Silva et al. (2010) e Brandão (2012).

responder uma prática institucional que incorpore a noção de que uma mutação desta natureza só se efetivará como realidade a partir de um engajamento dos atores políticos de toda ordem, e não a partir de uma suposta verticalidade de poder.

Nesse indispensável diálogo institucional – é o que o conjunto de decisões está a demonstrar – é possível censura integral, por ausência deste mesmo suporte racional a uma ação estatal que se revele, em princípio, limitadora à garantia dos direitos socioeconômicos, como se deu em *Treatment Campaign Act* com um provimento de cunho mandatório, na linha da *strong form of judicial review* cogitada por Tushnet (2003, p. 2784). Assim, deferência não implicará necessariamente subserviência, mas convívio harmonioso e não antagônico entre as esferas de poder.

A fixação de critérios inafastáveis para uma política pública compatível com o signo constitucional da implementação gradual – parametrizando-se a Administração, sem sobrepor-se a ela, empreendida em *Growthboom*, reforça a ideia de heterovinculações emanadas do texto constitucional (Valle, 2009, p. 69-88), mas ao mesmo tempo reafirma a necessária existência de um espaço discricionário de escolha pública, onde se promoverá a acomodação do conjunto das demandas em andamento; demandas essas que hão de ser entendidas de forma abrangente, como fixado em *Khosa*. Afinal, os compromissos para com a inclusão social, embora tenham por causa imediata o passado recente do país, têm por causa mediata a ideia central de proteção à dignidade da pessoa, que não conhece fronteiras nacionais ou étnicas.

Particularmente inovadores, e essencialmente apartados de um ativismo judicial que tem se apresentado como traço marcante das experiências constitucionais mais recentes, é a assunção do papel construtivista da Corte no que toca à potencialização de um ambiente democrático e dialógico de desenho de políticas públicas, com a exigência do engajamento prévio dos interessados na busca de soluções consensuais (*Occupiers of 51 Olivia Road*) e a valorização do potencial democrático da instauração do conflito em matéria de direitos socioeconômicos (*Mazibuku*) pelo seu potencial de autotutela dos programas de ação estatal. Observe-se que aqui se está a cogitar de um Estado desmistificado, que passa a atuar na perspectiva de uma democracia alargada (Chevallier, 2009, p. 82, 223), que tem como condição de legitimidade de sua atuação uma ampliação do debate que antecede a formulação das escolhas públicas.

O Judiciário, por sua vez, provocado à intervenção corretiva, atua não na garantia do resultado como prestação oferecida a cidadãos individualmente considerados, mas na recondução do tema aos mecanismos democráticos de deliberação, que apostam no envolvimento da cidadania na busca da solução dos problemas, evitando as armadilhas do minar da autodeterminação²⁰ que pode decorrer de uma compreensão equívoca de Estado de *welfare*, particularmente, dos compromissos no campo daqueles direitos de cariz socioeconômico.

Aqui a posição é substancialmente distinta daquela que vem defendendo o *mainstream* da comunidade jurídica no Brasil – que aplaude de forma quase ingênua a atuação substitutiva das Cortes, sem a percepção de que as intervenções pontuais, no campo da microjustiça em matéria de direitos socioeconômicos, não contribuem para uma agenda de inclusão social, entendida como um programa prospectivo de intervenção de largo espectro nesse terreno. A exigência do engajamento dos interessados na busca de solução consensual entendida como verdadeira condição de legitimidade do agir estatal implica criar um novo modelo de deliberação administrativa –, que além de consensual, revela-se também consequencialista e, portanto, democrático.

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 pessoa (Albert, 2008). 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.

O partilhamento de responsabilidades que decorre da construção gradual de critérios de implementação de direitos socioeconômicos, investindo numa deliberação mais ampliada, envolve a prevenção contra um ponderável risco decorrente da outra trilha de atuação – aquela do Judiciário guardião das promessas, que possa se ver direcionado a legitimar uma institucionalidade descomprometida com os parâmetros constitucionais de sua atuação. Isso porque, se o agir ordinário do

²⁰ Em síntese eloquente por si só, afirma Goyard-Fabre (1999, p. 348) que “o homem como fim tem a liberdade como tarefa”.

poder não se revela comprometido com as premissas constitucionais e o meio de correção desta patologia é o deferimento pontual, em decisões judiciais – que, por mais numerosas que se revelem, solucionando conflitos individuais, nunca se revelarão capazes de promover a macrojustiça –, de prestações materiais localizadas, o Judiciário pode culminar por se prestar a erguer uma cortina de fumaça sobre a verdadeira disfuncionalidade de um poder ainda perverso, que ainda por cima se arrogará democrático e legítimo, porque cumpridor das (eventuais) decisões judiciais.

Não menos importante é a sensibilidade externa nos critérios de justiciabilidade de direitos socioeconômicos construídos pela Corte Constitucional sul-africana para o fato de que “o direito ultrapassa necessariamente o ponto de vista do particular – os interesses, os ‘direitos’ e as ‘liberdades’ dos egoísmos individuais – e que, na ordem objetiva das instituições que ele constrói se projeta a aspiração da razão ao universal” (Goyard-Fabre, 1999, p. 354).

Referências

- ALBERT, R. 2008. Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, 31:1-54. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1424055>. Acesso em: 26/06/2012.
- BOLLYKY, T.J.R. 2002. If C > P + B: A paradigm for judicial remedies of socio-economic rights violations. *South African Journal on Human Rights*, 18:161-200. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=881267>. Acesso em: 04/07/2012.
- BRANDÃO, R. 2012. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 372 p.
- BYRNES, R.M. 1996. *South Africa: A country study*. Washington, GPO for the Library of Congress. Federal Research Division, [s.p.]. Disponível em: <http://countrystudies.us/south-africa/15.htm>. Acesso em: 30/06/2012.
- CAMPILONGO, C.F. 2003. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: J.E. FARIA (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros Editores, p. 30-51.
- CAROLAN, E. 2009. *The new separation of powers. A theory for the modern state*. Oxford, Oxford University Press, 286 p.
- <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199568673.001.0001>
- CASTELO BRANCO, L.B.N. 2003. *A política externa sul-africana: do apartheid a Mandela*. Lisboa, Portugal. Tese de Doutorado. Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, 445 p. Disponível em: <http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/54211/Doutoramento%20Luis%20CB.pdf>. Acesso em: 05/05/2012.
- CHEVALLIER, J. 2009. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte, Ed. Forum, 309 p.
- CHRISTIANSEN, E.C. 2010. Transformative constitutionalism in South Africa: creative use of Constitutional Court authority to advance substantive justice. *The Journal of Gender, Race & Justice*, 13:575-614. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=18908885>. Acesso em: 22/04/2012.
- CHRISTIANSEN, E.C. 2009. Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: comparative lessons from South Africa. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 13(369):369-405. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1477478>. Acesso em: 04/05/2012.
- CONVENTION FOR A DEMOCRATIC SOUTH AFRICA. 1991. Declaration of Intent. 20 de dezembro. Disponível em: <http://www.anc.org.za/show.php?id=3968&t=Transition>. Acesso em: 07/05/2012.
- GOUYARD-FABRE, S. 1999. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 526 p.
- JIUN WEH, J.-R.; CHANG W.-C. 2009. The changing landscape of modern constitutionalism: transitional perspective. *National Taiwan University Law Review*, 4(1):145-183. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1482863>. Acesso em: 24/04/2012.
- KAPCZYNSKI, A.; BERGER, J.M. 2009. The story of the TAC Case: The potential and limits of socio-economic rights litigation in South Africa. In: D.R. HURWITZ; M.L. SATTERTHWAITTE (eds.), *Human Rights Advocacy Stories*, p. 2-30. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1323522>. Acesso em: 29/06/2012.
- KHATIWADA, A. 2009. Constitutionalism of transition. *Kathmandu Law Review*, 1(1):1-17. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1500826>. Acesso em: 04/07/2012.
- KLARE, K.E. 1998. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, 14(1):146-188.
- LIEBENBERG, S. 2005. *Needs, rights and transformation: adjudicating social rights*. Center for Human Rights and Global Justice. Working Paper – Economic and Social Rights Series, 8:1-33. Disponível em: <http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/Liebenberg%20-%20Needs,%20Rights%20and%20Transformation.pdf>. Acesso em: 04/07/2012.
- MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. 2002. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, Brasília Jurídica, 322 p.
- NATIONAL PEACE ACCORD. 1991. 14 de setembro. Disponível em: <http://www.incore.ulst.ac.uk/services/cds/agreements/pdf/sa4.pdf>. Acesso em: 02/05/2012.
- NOVAIS, J.R. 2010. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, WoltersKluwer/Coimbra Editora, 414 p.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 1966. Tratado Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro. Disponível em: <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>. Acesso em: 23/04/2012.
- PINTO, S.M.R. 2007. Justiça transicional na África do Sul: restaurando o passado, construindo o futuro. *Contexto Internacional*, 29(2):396-421. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v29n2/v29n2a05.pdf>. Acesso em: 02/05/2012.
- RAUTENBACH, I.M. 2011. 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*, 74:107-119. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2016810>. Acesso em: 29/06/2012.
- RAY, B. 2008. Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the right to adequate housing through ‘engagement’. *Human Rights Law Review*, Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 08-159. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1220673>. Acesso em: 29/06/2012.
- RICHARDSON III, H.J. 2007. Patrolling the resource transfer frontier: Economic rights and the South African Constitutional Court’s contributions to international justice. *African Studies Quarterly*, 9(4):71-96. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1027984>. Acesso em: 12/05/2012.
- ROBITAILLE, D. 2007-2008. Adjudication of social and economic rights in South Africa: Beyond the rhetoric of illegitimacy and excessive complexity. *National Journal of Constitutional Law*, 23:215-228. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1593024>. Acesso em: 04/07/12.
- ROSENFELD, M. 2003. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte, Malheiros Editora, 115 p.
- SAFFON, M.P.; GARCÍA-VILLEGAS, M. 2011. Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1):75-107.
- SILVA, C. de A.; MOURA, F.; BERMAN, J.G.B.; VIEIRA, J.R.; TAVARES, R. de S.T.; VALLE, V.R.L. do. 2010. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba, Juruá, 152 p.

STRECK, L.L. 2010. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 110 p.

SUNSTEIN, C.R. 2001. Social and economic rights? Lessons from South Africa. University of Chicago, Public Law Working Paper No. 12. *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper, **124**:1-16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=269657>. Acesso em: 04/07/2012.

SUNSTEIN, C.R. 2003. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? University of Chicago, Public Law Working

Paper, **36**:1-9. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=375622>. Acesso em: 07/06/12. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.375622>

TUSHNET, M. 2003. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, **101**:2781-2802. <http://dx.doi.org/10.2307/3595395>

VALLE, V.R.L. do. 2009. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte, Editora Forum, 186 p.

Submetido: 05/07/2012
Aceito: 03/12/2012