

Carlos Luiz Strapazon
Robison Tramontina

Série

Direitos Fundamentais Sociais

Teorias da Justiça e Teoria da Segurança Social



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S897t Strapazzon, Carlos Luiz.
Teorias da Justiça e Teoria da Segurança Social /
Carlos Luiz Strapazzon, Robison Tramontina. –
Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. – (Série Direitos
Fundamentais Sociais)
120 p. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-144-8

1. Direitos fundamentais. 2. Seguridade social. I. Tramontina,
Robison. II. Título. III. Série.

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates
Ribeiro Jovani Antonio Stefani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salete Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marcieli Maccari

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
--------------------	---

PARTE I – TEORIA DA JUSTIÇA

AS BASES METODOLÓGICAS/EPISTEMOLÓGICAS DA <i>RATIONAL CHOICE THEORY</i> (RCT) E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	9
JUSTIÇA E DIREITOS NA PERSPECTIVA DE MARTHA NUSSBAUM	31

PARTE II – TEORIA DA SEGURANÇA SOCIAL

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM CORTES CONSTITUCIONAIS: O CASO GROOTBOOM — TRADUÇÃO E COMENTÁRIOS	53
CONSTITUTIONAL SOCIAL RIGHTS WITHOUT A SOCIAL SECURITY PHILOSOPHY	99

APRESENTAÇÃO

Empreendimentos investigativos compartilhados tendem ser mais sólidos e consistentes que os concebidos e executados isoladamente. Boa ciência, em geral, demanda ótimas parcerias. Caso seja verdade que se deve subir nos ombros dos gigantes para se ver mais longe, também parecer ser correto que se esse olhar for duplo, enxerga-se melhor.

Os textos ora apresentados são frutos de um intercâmbio investigativo científico que os autores da presente obra realizam há cinco anos no Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

São quatro textos, divididos em duas partes, que foram produzidos e publicados em momentos e estágios distintos das pesquisas levadas a cabo. A primeira parte, *Teoria da Justiça*, está composta por dois textos. Ambos são investigações que versam sobre questões filosóficas referentes aos direitos humanos fundamentais.

O primeiro texto, *As bases metodológicas/epistemológicas da rational choice theory (RCT) e a análise econômica do direito*,¹ tem como tema central as bases metodológicas e epistemológicas da Teoria da Escolha racional (RCT), base instrumental da análise econômica do direito (EAL). Tem como pretensão expor a base epistemológica da RCT. A tese básica sustentada é que a epistemologia de Lakatos é o referencial dessa.

O segundo, *Justiça e direitos na perspectiva de Martha Nussbaum*, aborda a teoria das capacidades proposta nussbauniana. Nele procura-se investigar a relação entre as capacidades e os direitos na teoria da referida autora. A ideia central é defender que o Enfoque das Capacidades (EC), por ela proposta, é uma espécie de Teoria dos Direitos Humanos. Contudo, destaca-se que a proposta apresenta alguns limites.

A segunda parte, intitulada *Teoria da Segurança Social*, apresenta dois textos que abordam temas relevantes no âmbito dos direitos fundamentais sociais. O primeiro texto, *Direitos Fundamentais Sociais em Cortes Constitucionais: o Caso*² constitui-se num trabalho de tradução e comentários sobre o importante caso *Grootboom*. O caso *Grootboom*, foi julgado pela Corte Constitucional da África do Sul, em 04.10.2000. O objetivo é oferecer o acesso direto ao texto de um dos mais discutidos *leading cases* julgados por Cortes Constitucionais em matéria de Direitos Sociais. É uma decisão que envolve o direito social à moradia, mas estimulou intensos debates sobre o alcance da autoridade judicial no controle de inconstitucionalidade

¹ Artigo publicado na Revista Prisma Jurídico, v. 14, p. 107-138, 2015.

² Artigo publicado na Revista Espaço Jurídico, v. 17, p. 285, 2016.

por atuação insuficiente do Estado na realização de políticas públicas em caso de escassez declarada de recursos.

O segundo texto dessa parte, *Constitutional Social Rights without a social security*,³ sustenta que, apesar da adoção de uma forte concepção constitucional de direitos de segurança social, a falta de uma filosofia de estado de bem-estar consistente e coerente ao lado do sistema de regras constitucionais, prejudica gravemente a implementação progressiva desses direitos, bem como desencadeia significativas divergências no seio da sociedade.

Tenham tod@s uma boa leitura!

Chapecó/Curitiba, agosto de 2017.

Carlos Luiz Strapazzon
Robison Tramontina

³ Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais & Justiça, v. 2, p. 227-252, 2016.



PARTE I – TEORIA DA JUSTIÇA

AS BASES METODOLÓGICAS/EPISTEMOLÓGICAS DA *RATIONAL CHOICE THEORY* (RCT) E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Considerações iniciais

Este trabalho insere-se num contexto maior de investigações que há certo tempo desenvolvemos sobre as bases teóricas da dogmática brasileira dos direitos fundamentais. Ele foi concebido, por isso, para aprimorar a compreensão dos pressupostos de um tipo específico de abordagem do direito: o método da *economic analysis of law* (doravante, EAL) desenvolvido, sobretudo, pela escola de direito da Universidade de Chicago. Tanto o método, quanto seu autor mais conhecido, Richard Posner, tornaram-se mais familiares da comunidade de especialistas em direitos fundamentais no Brasil depois das traduções dos livros de Ronald Dworkin.

Dworkin (2000, 2002) critica duramente a metodologia e as teses centrais da EAL. Muito embora o mesmo tenha dedicado tempo e atenção às objeções de Posner, pouco se tem feito e estudado no Brasil, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, para conhecer melhor as bases teóricas de uma das principais e influentes teorias jurídicas atuais. Nesses termos, o propósito deste trabalho é investigar os pilares metodológicos da EAL.

O foco do presente estudo volta-se para os autores pioneiros da *rational choice policy analysis* (RCT), autores que, por isso, estão relacionados de um modo especial com o empreendimento teórico-metodológico da EAL.

O particular interesse desse estudo é compreender as bases teóricas para a análise dos direitos fundamentais sociais. Para realizar este intento é necessário conhecer o debate travado nos Estados Unidos sobre as premissas epistemológicas do empreendimento da *Rational Choice Theory*. É um trabalho interessado, portanto, na natureza científica dessa proposta teórica, tendo como referência os trabalhos que mais influenciaram o desenvolvimento da *Rational Choice Theory* no âmbito das ciências sociais.

Consideramos esta investigação um esforço propedêutico e preliminar para uma análise mais detalhada sobre a tentativa de transferir para a teoria jurídica alguns elementos da RCT.

Quanto à forma, este artigo é uma revisão de literatura. Seu objeto são os pressupostos metodológicos/epistemológicos de teorias explicativas da dinâmica das sociedades. Seu objetivo é compreender a metodologia da *rational choice theory*¹ e analisar suas bases

¹ A Teoria da Escolha Racional não é um empreendimento coerente. Tem muitas teorias e cada qual tem seus pressupostos específicos (HARDIN, 1987). Há muitos outros autores, portanto, que poderiam ter figurado neste estudo: dentre eles: William Harrison Riker, com seu clássico *The Theory of Political Coalitions*, publicado pela Yale University Press em 1962; Gary Becker com seu notório *The Economic Approach to Human Behavior*, publicado pela The University of Chicago Press em 1976. Além desses, diretamente aplicados ao campo da política, nada foi abordado, da mesma forma, sobre a Teoria dos Jogos apesar da imensa impor-

epistemológicas. Contudo, antes de tratarmos do objeto específico estipulado faz-se necessário destacarmos os traços centrais da EAL. Esse movimento argumentativo justifica e conecta a preocupação com as questões metodológicas da *rational choice theory* com a possibilidade/capacidade da EAL ser uma ferramenta teórico-metodológico adequada ou não para uma dogmática dos direitos fundamentais sociais.

1 A metodologia da análise econômica do direito (EAL)

Em termos gerais, a EAL pode ser entendida como uma teoria econômica aplicada ao direito. Mais precisamente, a EAL

[...] nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. (GICO JUNIOR, 2010, p. 18).

Sendo assim, a EAL preocupa-se em demonstrar a necessidade e a importância do uso do ferramental econômico para se estipular, interpretar e aplicar o direito. Contudo, ela não pode ser vista, de acordo com seus defensores, como um instrumento complementar de outro arcabouço teórico (teoria) para, em alguns casos, quantificar, por exemplo, o montante que deve ser pago à vítima de um acidente automobilístico ou o valor da multa ou indenização quando ocorre um quebra de cláusulas contratuais. Mas sim, deve ser vista como uma teoria, a partir do contexto pós-guerra e no âmbito de uma concepção não positivista da jurisdição constitucional, que exprime ou pelo menos pretende ser uma posição intermediária entre o positivismo estrito e a livre interpretação constitucional (POSNER, 2010).

A EAL pretende apresentar critérios operacionalizáveis de justiça e para tomada de decisões na esfera judicial tendo como base a economia. Sendo assim, adota postura diversa dos jusrealistas e neo-constitucionalistas, em um cenário não positivista ou pós-positivista, que se aproximam, respectivamente das ciências (sociais) e da filosofia. Estas posições, mas especialmente a última, não se preocupariam de forma clara e cabal com as reais consequências das leis ou das decisões judiciais. Faltam a elas instrumentos analíticos suficientes que possam possibilitar ao interprete a identificação, previsão e mensuração das consequências no mundo

tância, por exemplo, da obra *The Theory of Games and Economic Behavior*, de Oskar Morgenstern e John von Neumann, publicada pela Princeton University Press em 1947, sobre a Teoria da Escolha Racional mais recente. A omissão desses autores segue um critério propriamente técnico. Não parece que do ponto de vista que importa a este trabalho, isto é, da identificação e compreensão dos pressupostos epistemológicos e metodológicos da Teoria da Escolha Racional, que a inclusão desses autores modificaria as conclusões aqui apresentadas. Salvo melhor juízo, essas obras, ainda que tratem de temas diferentes e/ou sofisticuem a estrutura lógica das abordagens, não adotam pressupostos diferentes o suficiente para justificar sua inclusão aqui. A consequência seria um aumento marcante nas dimensões deste texto sem acréscimo de novas e significativas situações para discussão.

real. Faltaria rigor e precisão que somente uma abordagem de corte empírico e ou matemático alcançaria. A maior contribuição da EAL é “introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas.” (GICO JUNIOR, 2010, p. 14).

Contudo, poderíamos levantar a questão: pode a Economia ser utilizada para estudar fenômenos não econômicos? Evidente, parece não ser possível se estender a análise econômica á questões como, por exemplo: propriedade, educação, crime e punição. Sobre esse aspecto podemos tecer duas observações: uma metodológica, outra histórica.

A primeira, de ordem metodológica, está associado à compreensão que se tem de economia. Esta deve ser entendida como método de investigação e não como uma área que trata de objetos específicos (GICO JUNIOR, 2010). Sendo assim, a economia pode ser entendida como “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos.” (ROBBINS, 1945 apud GICO JUNIOR, 2010, p. 17).

Em termos históricos, desde o Século XVIII com a publicação das obras de Jeremy Bentham (1748-1832), a economia é concebida como teoria das escolhas racionais, estudo voltado para os incentivos e restrições comportamentais que não tem natureza monetária. Essa maneira de conceber a economia é retomada e revigorada por autores ligados à “Escola de Chicago”, por exemplo: Milton Friedman, Ronald Coase e Gary Becker (POSNER, 2010).

A EAL aceita a tese de que a Economia pode e deve ser usada para as diversas áreas do direito, não se aplicando apenas às áreas do direito privado. Entretanto, diferentemente, das concepções tradicionais que valorizam o estudo das normas, seu conteúdo e alcance, a hermenêutica, os juseconomistas consideram o direito um “conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos.” (GICO JUNIOR, 2010, p. 21). Eles priorizam o estudo do comportamento dos indivíduos frente a uma determinada norma e as consequências, comportamentais, que ocasionariam uma possível alteração normativa. Insistem na tese das normas como incentivos, que em determinadas situações, podem não ser observadas (GICO JUNIOR, 2010).

Dado que o comportamento em suas regularidades e variações são objeto de estudos dos juseconomistas e no direito inexistente um instrumental metodológico para tal quem fornecerá tal arcabouço será a economia. De acordo com Gico Junior (2010) o modelo econômico de análise funda-se nos seguintes postulados:

- a) *A escassez de recursos* na sociedade. Como os recursos são escassos, há problemas econômicos e jurídicos. Sendo assim, a escassez obriga que escolhas entre alternativas possíveis e excludentes;

- b) Toda escolha pressupõe um custo, *o custo de oportunidade*. Tal custo está associado a uma segunda alocação factível interessante para o recurso que foi preterida;
- c) Como escolhas devem ser feitas, na perspectiva custos-benefícios, a conduta dos agentes econômicos é *racional maximizadora*;
- d) Pessoas responde a *incentivos*;
- e) Os agentes livres interagem em contextos sociais onde ocorrem trocas por barganha chamados *mercados*;
- f) Mercados encontram-se *equilíbrio* quando os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos;
- g) Quando ocorre o equilíbrio, atinge-se um estado de eficiência, Pareto-eficiência, ou seja, nenhuma outra alocação de recursos possível irá melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem.

Esses postulados econômicos são pressupostos pela EAL para estender análise econômica para o direito. Tal extensão demandaria um estudo acurado. Por razões didáticas essa tarefa será desenvolvida em outra oportunidade. Entretanto, cabe ressaltar o papel o papel das escolhas racionais nos postulados da economia e nos pressupostos da EAL. Sendo assim, é de fundamental importância estudar os fundamentos metodológicos da Teoria da Escolha Racional. O que será levado a cabo no próximo tópico.

De qualquer, antes de encerrarmos o presente item, destacamos as quatro as grandes contribuições que EAL pode oferecer (GICO JUNIOR, 2010):

- a) Arcabouço teórico abrangente superior à intuição e ao senso comum;
- b) Método de análise consistente para o levantamento e testes de hipóteses sobre o impacto de normas que incidem no comportamento humano;
- c) Proposta teórica que possibilita uma compreensão holística do mundo e possibilita soluções mais eficazes em mundo complexo dada a sua adaptabilidade às situações fáticas específicas e inter e transdisciplinariedade por sua abertura às outras áreas do conhecimento;
- d) Meios para explicar a própria razão de existência de uma determinada norma jurídica.

Nesses termos, metodologicamente, a EAL, na avaliação proposta, evitaria dificuldades iminentes presentes em outros arcabouços explicativos existentes e apresentaria

uma proposta atual e defensável de análise e compreensão do direito. Essa pretensão teria que ser mais bem analisada. Entrementes, agora apenas faremos a constatação.

Dada as características metodológicas e epistemológicas da EAL remeterem a aspectos importantes da teoria da escolha racional estudaremos na sequência duas das principais teorias desenvolvidas nesta área.

2 Pressupostos metodológicos da teoria da escolha racional

Recentemente a abordagem econômica passa a ser utilizada para compreender e explicar diferentes aspectos da vida social, compreendendo uma miríade significativa de aspectos da vida social, para ilustrar: casamentos, guerras, padrões de suicídio, punições. Tais tematizações e outras podem ser identificadas em importantes trabalhos de renomados economistas realizados no decurso do Século XX (por exemplo, Arrow, 1951; Downs, 1957; Olson, 1965; Becker, 1976; Coleman, 1990) (BAERT, 1990).

Como destacamos acima a base da análise econômica é a teoria da escolha racional. Em termos genéricos ela pode ser entendida como uma teoria que pretende explicar o comportamento social e político com base no pressuposto de que as pessoas agem racionalmente e de que em situações de múltipla escolha, elas escolhem por estratégias que maximizem seus resultados (BAERT, 1990).

Para dar conta dos propósitos desta investigação, na sequência, serão analisadas duas significativas contribuições realizadas no campo da teoria da escolha racional. Foram eleitos Kenneth Arrow e Anthony Downs.

2.1 O teorema da impossibilidade de Kenneth Arrow

Kenneth Arrow realiza em seu clássico *Social Choice and individuals values* (1963), um trabalho formal. Pretende saber se há possibilidade lógica para afirmar a tese de que o bem-estar social é uma projeção de valores individuais. Para representar formalmente as condições de possibilidade dessa extensão, ele deduz a questão em uma série de notações matemáticas.

Influenciado pela problemática formulada pelo Marquês de Condorcet, proposta e desenvolvida no século XVIII, a questão de Arrow será resolver o problema de como pensar a probabilidade de haver um meio capaz de transferir um conjunto de valores ou preferências individuais conhecidas para um padrão social de tomada de decisões. Ou seja, como transformar preferências individuais em decisão coletiva (EPSTEIN, 1997).

Para tentar solucionar a questão, Arrow (1963) criou uma *função matemática do bem-estar social*, admitindo, desde o início que a escolha social de qualquer ambiente é sempre uma junção de preferências individuais.

Segundo Arrow (1963) a elaboração dessa *função* tem alguns pressupostos: o primeiro é que a teoria supõe que os valores e preferências individuais são dados – portanto, não há necessidade de proceder a investigações empíricas para identificá-los.

O segundo é a presunção de que esses valores “dados e conhecidos” não podem ser alterados pelas características do processo decisório (ARROW, 1963).

O terceiro é a tese da racionalidade de todos os indivíduos. O “indivíduo racional” dessa teoria tem o mesmo comportamento do indivíduo utilizado pela moderna análise econômica. Tal noção “tem forte apelo intuitivo”. A escolha racional testada matematicamente – como procedeu Condorcet – é estruturada em pares de alternativas.

Uma breve explicação. Para Arrow, uma explicação assim elaborada, com esses pressupostos, pode ser plausível, pois se conceitualmente é possível imaginar uma escolha sendo tomada entre duas alternativas, não seria possível excluir nenhuma distribuição de probabilidade em relação a elas.

Desse modo, Arrow (1963) em seu modelo reduziu todas as escolhas possíveis a apenas três: X é preferível a Y, X é indiferente a Y ou Y é preferível a X. Presume que as escolhas serão consistentes entre si, ou seja, se X é preferível a Y e Y é preferível a Z, então X é preferível a Z.

Condorcet, também procedeu assim. Seu objeto de investigação era a probabilidade de decisões relativas à pluralidade votos e ele mostrou que nem sempre é possível agregar as preferências dos votantes de forma coerente. As preferências de cada eleitor devem ter uma propriedade elementar, devem ser *transitivas*, isto é, se um eleitor põe o candidato A à frente de B e coloca o B à frente de C, então também colocará o A adiante de C. Numa coletividade e, em eleições em que haja pelo menos três candidatos, não é isso que se passa. A coletividade pode preferir A à B, preferir B a C e, no entanto, preferir C à A. Daí o problema. A racionalidade coletiva, para o teorema de Arrow, é um atributo importante dos sistemas democráticos capazes de se adaptar em ambientes variáveis (ARROW, 1963).

O quarto pressuposto vincula-se aos critérios de avaliação do comportamento de um indivíduo quando ele faz escolhas. Arrow presume apenas que essas escolhas se realizam numa escala de preferências, mas não propõe uma ordem objetiva para essa escala. Cada indivíduo na comunidade hipotética ordenará de modo definitivo todos os valores sociais relevantes, em termos de seus desejos (ARROW, 1963).

O quinto pressuposto é lógico-matemático. Do mesmo modo como já ocorre em vários estudos especializados sobre comportamento do consumidor, de empresas, do mercado de trabalho, entre outras, também para fins de compreender a lógica do processo de escolhas sociais Arrow (1963) entende ser conveniente dar a ele uma linguagem matemática, ou seja, representar preferências individuais por notações matemáticas, tal qual empregadas nos modelos teóricos da microeconomia

O sexto pressuposto refere-se à definição de bem-estar social. Neste caso, para criar uma função do bem estar social – expressão que mais tarde será modificada por “constituição” do bem estar – Arrow (1963) sustenta que é preciso assumir algumas condições especiais que devem ser atendidas. São elas:

- a) a função bem-estar social (ou constituição) deve ser um tipo de processo ou ordem social que responda positivamente às alterações dos valores individuais, ou pelo menos, que não responda negativamente;
- b) precisa estar fundada em escolhas que descartem alternativas irrelevantes;
- c) necessita ser o resultado de escolhas feitas por indivíduos livres para alterar suas preferências;
- d) não seja imposta;
- e) represente uma soma aleatória de utilidades (ARROW, 1963).

Essas condições são aleatórias, “mas consideradas, pela maioria dos especialistas, como exigências perfeitamente razoáveis para qualquer procedimento de tomada de decisão coletiva que se fundamente em preferências individuais expressas por meio do voto.” (EPSTEIN, 1997, p. 283).

Shepsle e Bonchek (1997) as resumem em quatro fórmulas apenas. A *Condição U* (admissibilidade universal), a *condição P* (condição ótima de pareto); a *condição I* (condição de independência de alternativas irrelevantes) e a *condição D* (condição não ditatorial).

Arrow deseja que o critério de escolha social seja consistente com a relação binária e transitiva. Nesses termos:

Assim, um modelo de escolha social consiste de um conjunto de indivíduos (sociedade) $N=\{1, \dots, n\}$; um conjunto de alternativas X ; para cada indivíduo j , um conjunto de preferências ρ_j e o conjunto das relações de preferências (completas e transitivas) da sociedade sobre X , ρ . Uma *função do bem estar social (FBS)* agrega n pré-ordenações individuais (um perfil de preferências) de X numa única pré-ordenação (social) de X . Isto é, $F: \rho_1 \times \rho_2 \times \dots \times \rho_n \Rightarrow \rho$; $R=(R_1, R_2, \dots, R_n)$ R . Assim, $x \overset{1}{F}(R) y$ significa que o bem estar social não é mais baixo em x do que em y . (SOTOMAYOR, 2006, p. 4).

Contudo, o resultado de suas investigações formais é pessimista. Seu trabalho, por isso, ficou conhecido como “Teorema da impossibilidade de Arrow”.

Em termos sintéticos, Arrow demonstrou a impossibilidade lógica de elaborar uma função de bem-estar social segundo a qual fosse possível garantir que uma escolha social resultasse da junção das preferências individuais (vontade da maioria) sem que uma parte da sociedade desse ordens à outra, isto é, não seria possível fazer prevalecer a vontade da maioria, e ao mesmo tempo garantir todas as cinco condições democráticas do U, P, I e D (DOWNS 1999; EPSTEIN, 1997; SHEPSLE; BONCHEK, 1997).

De acordo com Sotomayor (2006) Arrow provou que se o número de alternativas for maior do que dois, então é impossível definir uma Função de Bem-Estar Social que induza um critério de escolha racional.

Todos os postulados foram realizados independentemente de testes empíricos. São estruturas lógicas submetidas a testes com a mesma estrutura daquelas. Na sua própria visão, a vantagem desse método repousa na possibilidade de atribuir muitas interpretações diferentes ao mesmo sistema, com uma considerável economia de tempo (ARROW, 1963).

Após apresentação dos principais conceitos e teses de Arrow, com o propósito de avançar um pouco mais nos meandros metodológicos/epistemológicos da RCT destacaremos a Teoria econômica da democracia defendida por Anthony Downs.

2.2 Downs: a política num modelo racional de equilíbrio econômico geral

O livro clássico de Anthony Downs – *Uma teoria econômica da democracia* – é, mais do que parece, um trabalho de economia política. Não é exatamente a democracia, em si, que lhe interessa. Nessa medida, é correta a afirmação de Reis (1999):

[A] discussão feita por Downs trata o processo político-eleitoral em termos análogos aos que são utilizados para dar conta do jogo do mercado na ciência econômica, salientando o cálculo realizado por partidos e eleitores em variadas circunstâncias que encontram regularmente ao tomar suas decisões.

No entanto, a posição de Reis (1999) ao dizer que o elemento diferenciador da abordagem de Downs é tratar a política numa perspectiva econômica com o propósito de formular uma teoria abstrata e logicamente rigorosa do comportamento fundada, especialmente, na racionalidade dos agentes, menospreza o papel pioneiro de Schumpeter (1961) na formulação de uma Teoria econômica da democrática e, ao mesmo tempo, e reduz a perspectiva teórica de Downs. É dizer que, primariamente, ele se empenhara para realizar

uma inovação metodológica na ciência política. É, em suma, colocar no centro das atenções de Downs a teoria política, e não a teoria econômica.

Parece ser mais adequado afirmar que o “esforço de tratar a política com o instrumental próprio da economia” foi o objetivo prioritário de outro autor, Joseph Schumpeter. Este sim, não tinha uma ambição econômica na sua teoria política. Downs, por sua vez, tinha. Ele deriva toda a estrutura lógica dos argumentos de sua Teoria Econômica da Democracia dessa matriz conceitual schumpeteriana.

Downs (1999, p. 51) assevera, em nota de rodapé, que “a análise profunda da democracia feita por Schumpeter é a inspiração e fundamento de toda a nossa tese e nossa dívida e gratidão a ele são realmente grandes”. É inequívoco, ainda, o seu entusiasmo com o que ele chama de “insight brilhante” de Schumpeter. A preocupação de Schumpeter de transferir para a política o axioma do interesse pessoal, qual seja, que as funções sociais são em geral os subprodutos da ação humana, e as ambições privadas é que são seus fins, é admirada explicitamente por Downs. Chega a fazer uma citação para ilustrar a adoção dessas premissas *schumpeterianas*:

[...] a fim de entender como a política democrática atende a essa finalidade social, devemos partir da luta competitiva pelo poder e cargos e perceber que a função social é preenchida, por assim dizer, incidentalmente – no mesmo sentido que a produção é incidental à produção de lucros. (SCHUMPETER 1950, p. 282, 1961, p. 343, DOWNS, 1999, p. 51).

Então, o esforço de Downs para “tratar a política com o instrumental próprio da economia” é apenas um meio para alcançar outros fins. Ele tem uma outra grande questão teórica que lhe desafia: reformular a tradicionalíssima Teoria Geral do Equilíbrio. Essa teoria econômica foi criada pelos economistas clássicos, em especial pelo francês Leon Walras (WALRAS, 1976), e desenvolvida ao longo da primeira metade do século XX por vários outros sem, no entanto, ter feito à devida consideração do papel do Estado e da política.

Há, então, para Downs, algo importante por fazer na teoria econômica: completar o sistema geral de equilíbrio pela releitura do modo de agir do Estado e dos políticos.

Walras, para esclarecer, foi o primeiro a formular uma teoria do sistema econômico como um sistema de equações representativas da demanda por bens, pelos consumidores, e de oferta de bens, pelos produtores, no qual as condições de equilíbrio igualavam oferta e demanda em qualquer mercado. É de Walras também a presunção de que, nesse sistema, cada consumidor age para maximizar sua utilidade e que cada produtor age para maximizar seus lucros, num ambiente de concorrência perfeita, pensada como um ambiente no qual

consumidores e produtores respeitam os preços pagos e recebidos como algo independente de suas escolhas (ARROW; DEBREU, 1954).

Desse modo, o modelo teórico de sistema econômico competitivo — que não é, de fato, equilibrado, mas que tende ao equilíbrio² — teve seu profundo desenvolvimento entre os economistas. E foi Schumpeter quem derivou uma teoria política desse método. E Downs? Onde se encontra nesse *programa de pesquisas*?

Downs objetiva reunificar a teoria política com a teoria econômica. Deseja eliminar os preconceitos da teoria econômica tradicional em relação o papel do governo e da política nesse sistema teórico do Equilíbrio Geral. Por isso enfatiza:

O governo não foi integrado com êxito àqueles que tomam decisões privadas numa teoria geral do equilíbrio. Essa tese é a tentativa de fornecer essa regra de comportamento para o governo democrático e de rastrear suas implicações (DOWNS, 1999, p. 25). [E ainda] O governo também deve ser reconhecido como uma parte da divisão do trabalho. Os economistas presumiram que os homens desempenham seus papéis na divisão do trabalho como um meio de servir a seus próprios interesses pessoais. A teoria do governo deve tratá-lo também como um agente econômico. (DOWNS, 1999, p. 309).

Fica evidente pelas ponderações feitas por Downs sua visão negativa sobre os aspectos pouco desenvolvidos da teoria tradicional do equilíbrio sistêmico geral acerca do Estado e pelo governo na divisão do trabalho, *v.g.*, nas funções do sistema econômico de agentes. Segundo ele, os homens que controlam os governos não são altruístas em seus papéis de produtores, tampouco o governo é uma máquina que realiza a vontade do povo como supunham os economistas da Teoria Geral do Equilíbrio. O governo, insiste Downs, é uma instituição controlada por homens racionais e auto-interessados: “Tudo o que pedimos é que o papel do interesse pessoal seja iluminado de modo que o governo possa descer de reinos mais etéreos e assumir seu lugar nas teorias econômicas como um agente humano.” (DOWNS, 1999, p. 309).

Portanto, Downs (1999) não aceita a suposição de que seja razoável admitir, como faz a teoria econômica tradicional, que os indivíduos, enquanto agem fora da esfera pública, tenham um comportamento qualificável como racional e auto-interessado. E que sejam afastados dessa lógica de ação individual à medida que esses mesmos homens assumam responsabilidades públicas. Brevemente, não é teoricamente concebível que as motivações privadas dos indivíduos deixem de influenciar os fins de suas ações quando eles se afastam

² Walras (1988, p. 183) usa a metáfora do lago para esclarecer que “tudo se passa no mercado como se este fosse um lago agitado pelo vento, onde a água sempre busca o equilíbrio, sem jamais atingi-lo. Entretanto, há dias nos quais a superfície do lago é quase horizontal; mas não há um só dia em que a oferta efetiva dos serviços e dos produtos seja igual à sua demanda efetiva e em que o preço de venda dos produtos seja igual ao seu preço de custo em serviços produtivos.”

das atividades privadas e passam a exercer funções públicas. Esses pontos de vista não se coadunam com os axiomas que explicam como operam todos os outros agentes econômicos na sociedade.

Sendo assim,

Se a hipótese estiver correta, os homens no governo alcançam suas próprias metas executando aquelas ações governamentais que mais agradam aos eleitores, exatamente como os empresários lucram produzindo coisas que o povo quer. [Mas] a incerteza é tão grande no mundo real que o governo não sabe quais são as metas dos eleitores ou como melhor atingi-las. Daí suas ações não serem rigidamente determinadas por uma função de voto, não mais do que as ações dos oligopolistas são determinadas precisamente por uma função de demanda. (DOWNS, 1999, p. 310).

Para explicar, portanto, o papel do governo na economia,

[...] os economistas não devem considerar o governo como uma influência perturbadora sobre a economia privada auto-reguladora. É preciso tornar o governo uma variável endógena dos modelos econômicos. [...] A economia e a política devem se fundir numa teoria unificada de ação social. (DOWNS, 1999, p. 298 e 309).

Nesses termos, Downs está convencido de que os economistas perderam muito tempo investigando a função do bem-estar social, isto é, os fundamentos racionais de uma suposta regra que tivesse a possibilidade de converter preferências individuais em ação social. Deslocaram, assim, a atenção do problema da execução dos bens públicos para um terreno apolítico. Deixaram de desenvolver um modelo teórico que complementasse a Teoria Geral do Equilíbrio; precisamente, que pudesse dar unidade lógica à ação racional dos agentes tradicionais do mercado ao comportamento racional dos governos e dos políticos num ambiente democrático.

Esse é o seu desafio: erguer um modelo teórico que explique isso.

2.1.1 Modelos idealistas de análise política

Em artigo publicado na França três anos depois da publicação da Teoria Econômica da Democracia – em 1961 – Downs esclareceu, detalhadamente, os pressupostos metodológicos do modelo teórico adotado em sua teoria. Eles são os seguintes:

O termo “Teoria Política” tem dois significados correntes: (1) o da construção de um ideal ético (filosofia política) e (2) o da descrição das relações de fato relativas à autoridade, ao poder e a seu exercício real, especialmente o dos governos, por meio de teorias empíricas (Ciência Política). A Teoria Econômica, por outro lado, tem três significados possíveis. De acordo com Downs ela tem esses dois tipos de teorias já mencionados para a Teoria Política,

e, em acréscimo, um terceiro, não muito conhecido dos cientistas políticos, que ele denomina de “teoria idealizada” da economia. Idealizada; não “idealista”, uma vez que ela pode ser também empírica. A “teoria idealizada” da economia afirma que se os homens conhecem seus objetivos eles devem se esforçar para alcançá-los.

A conhecida metáfora do “corpo político” é um bom meio para entender as características dessa formulação teórica “idealizada”. Essa metáfora já vem sendo usada para analisar os sistemas políticos desde a era elisabetana e dos primeiros Stuarts, portanto, desde os séculos XVI e XVII (KANTOROWICZ, 1998, p. 48). Ela, no entanto, não pode ser aplicada à economia, pois ali as decisões do sistema econômico são descentralizadas. Mas nos sistemas políticos a metáfora é válida. Os modelos “idealizados”, então, exercem na economia uma função analítica semelhante à exercida pela metáfora do corpo exerce para o estudo da política.

O pressuposto de que o “modelo teórico idealizado” é um modelo em equilíbrio, é recorrente em economia. Os economistas têm feito uso do conceito de “equilíbrio” em suas teorias, que, em suas aplicações, têm dois significados principais: (1) que todas as variáveis estão interligadas por um sistema de causa e efeito de tal forma que uma mudança no comportamento de uma altera o comportamento de todas as demais; e (2) que se nenhuma força externa modifica as variáveis elas manterão relações fixas por tempo indefinido. Na realidade, os economistas sabem que as variáveis teóricas sempre são afetadas por forças externas, então, a teoria econômica usa o equilíbrio do sistema econômico apenas como uma tendência, não como algo efetivo (DOWNS, 1961, p. 387-388).

Apesar de ter um uso secundário na teoria política – algo como “corpo” para a economia –, o equilíbrio não é, argumenta Downs, um conceito estranho à Ciência Política. Por exemplo, ele já é aplicado no conceito de “equilíbrio de poderes”. A Teoria Política tem, então, alguma proximidade com essa categoria de análise. Afirmar, por extensão, que o sistema político é um corpo com instituições relacionadas entre si em estado de equilíbrio, é um modo de pensar a política por “modelos idealizados”, exatamente como se faz na economia.

Como é, então, que a teoria econômica chegou a esse tipo de teoria que se vale da noção de equilíbrio em seu sistema conceitual?

Downs (1961) explica que, primeiramente, ela desenvolveu *modelos teóricos* para explicar áreas específicas da economia. Em verdade, segundo ele, foram três os tipos de *modelos* desenvolvidos: o *clássico* – para o qual a economia é pensada como um sistema, com divisão de trabalho e partes especializadas interligadas entre si. Depois o *modelo da utilidade marginal*, que explicava a atividade econômica (a) pela preservação da noção de sistema unitário composto de partes interligadas entre si; pelos conceitos de (b) decréscimo da utilidade marginal e (c) pelo decréscimo da produtividade marginal – essa nova forma teórica conduziu, depois, a teoria econômica a dois modelos distintos:

(a) o da lógica pura da escolha; (b) e o da economia de livre-empresa. E em terceiro lugar a *Teoria da Lógica da Escolha*, que se tornou, assevera, um sistema de análise puramente dedutivo que poderia ser aplicado a qualquer situação que exigisse uma decisão humana.

A Teoria Pura da Decisão econômica, então, ou da lógica da escolha, é a principal responsável pelos “modelos idealizados” mais recentes, e pela presunção de que a maneira pela qual aquele que tem de tomar uma decisão relativa a objetivos variados e com recursos escassos, deverá proceder se quiser tomar uma decisão racional, isto é, que lhe permita alcançar seus objetivos com o máximo de eficácia (DOWNS, 1961).

Downs (1961) acredita firmemente que essa lógica da escolha – acrescida do princípio da utilidade – é um instrumental teórico com aplicabilidade extensiva a todas as ciências sociais, por ser muito útil para *prever* ações racionais, ainda que seja muito genérica para sustentar uma ciência social descritiva.

Os modelos teóricos, então, podem ser precisos na *construção de prognósticos*, ainda que a realidade de seus pressupostos possa ser colocada em dúvida.

Esse modelo idealizado é, portanto, um esquema que pode ser útil para a teoria política para: 1 – descobrir em que fases da política no mundo real os homens são racionais, 2 - em que fases são irracionais e 3 - como se afastam da racionalidade, no segundo caso (DOWNS, 1999).

Portanto, alerta Downs (1999, p. 55):

Sempre que o leitor ficar tentado a achar que uma asserção é empiricamente falsa [*num modelo idealizado*], ele deve provisoriamente supor que ela se refere apenas ao modelo. Se ela, então, se encaixar logicamente, essa suposição é correta; se não, nossa análise precisa ser melhorada.

Então, é possível para a Ciência Política, e necessário para a Teoria Geral do Equilíbrio, construir um modelo que mostre como um governo racional se comporta num Estado democrático. Um bom começo é pressupor para o modelo que: (1) todo governo procura maximizar o apoio político; (2) que o governo existe numa sociedade democrática, portanto, com partidos e governos eleitos; (3) que o objetivo principal do governo é a reeleição; (4) que a eleição é o objetivo dos partidos afastados do poder; (5) que, respeitada a constituição, o governo pode fazer tudo; (6) que o governo não pode restringir as liberdades de seus oponentes; (7) que, apesar de o governo modelo funcionar presumidamente com conhecimentos perfeitos, ele contém incertezas. (Downs, 1999). Esses são os fundamentos metodológicos de seu modelo, utilizados na *Teoria Econômica da Democracia*.

3 aproximação crítica dos pressupostos epistemológicos da teoria da escolha

Após a exposição de duas das mais importantes teorias da escolha racional faremos considerações sobre a base epistemológica que elas estão assentadas. As Teorias da Escolha Racional expostas parecem sustentar-se, regularmente, na epistemologia de Lakatos (1976, 1977, 1978). Esta propõe que a racionalidade científica consiste, principalmente, na elaboração de uma estrutura teórica ampla capaz de unificar e guiar as pesquisas. Por essa razão, rejeitam não explicitamente, nessa medida, os pressupostos científicos de Khun (1994), para o qual o que define o caráter de uma teoria científica é a sua aceitação por uma comunidade relevante de especialista, como também rejeitam os pressupostos da *problem-oriented theory* de Popper (2006, p. 94-95, grifo nosso), que afirmava:

Como acontece com todas as outras ciências, as ciências sociais também são bem-sucedidas ou fracassadas, interessantes ou ociosas, frutíferas ou estéreis, *na exata proporção com o significado ou interesse dos problemas de que tratam*; e naturalmente também na exata proporção com a honestidade, retidão e simplicidade com que esses problemas são atacados. Não se tratam, aqui, de modo algum, apenas de *problemas teóricos*. Problemas práticos graves, como o problema da pobreza, do analfabetismo, da repressão política e da incerteza jurídica, constituíram pontos de partida importantes da pesquisa das ciências sociais. *Mas esses problemas práticos levam à reflexão, à teorização e, com isso, a problemas teóricos. Em todos os casos, sem exceção, é o caráter e a qualidade do problema – junto obviamente com a ousadia e a originalidade da solução sugerida – que determinam o valor ou o desvalor de um feito científico.* (POPPER, 2006, p. 94-95).

Em sentido contrário, Lakatos (1976, 1977, 1978) advogava que o trabalho científico e a ciência não são simplesmente ensaio e erro, isto é, uma série de conjecturas e refutações. A ciência, antes, deriva de *programas de pesquisa ou de programas de investigação*. Para ele, um trabalho adquire estatura científica quando é coerente e faz progredir um programa de investigações. Isso importa mais do que ser uma teoria refutável, ou do que ser uma teoria com origens em problemas ou ser uma tese empiricamente consistente. Para Lakatos (1976, 1977, 1978), o êxito científico ocorre quando uma comunidade científica é capaz de construir programas de investigação “progressivos”, isto é, quando instituem uma série de teorias que comungam de um mesmo “núcleo teórico firme” constituído por proposições hipotéticas fundamentais, e que se desenvolve progressivamente do irrealismo hipotético para o realismo teórico, por via de uma heurística negativa ou de uma heurística positiva (MATHESON, 1996).

Das proposições iniciais de um “Programa de Pesquisas” derivam os conhecidos “problemas teóricos” de um programa de investigação. Esse é o primeiro estágio da construção científica: instituem-se presunções irrealistas (Newton, por exemplo, decidiu que tanto a terra quanto o sol eram pontos de massa). Essas presunções iniciais se convertem no “núcleo teórico

firme” do programa, e passam, assim a ter valor “*heurístico*”, isto é, a proporcionar meios para resolver problemas. Só na medida em que o programa vai ficando mais realista e que as hipóteses vão sendo testadas elas podem modificar as hipóteses centrais (heurística negativa) ou podem ampliar a capacidade preditiva do programa como um todo (heurística positiva).

Um bom programa de pesquisas científicas é, então, desse ponto de vista, aquele que incorpora, progressivamente, mais capacidade preditiva. Não é, portanto, a submissão do “núcleo conceitual firme” a testes empíricos que gera um bom programa de investigações científicas, mas os ajustes progressivos das categorias abstratas e preditivas fundamentais (MATHESON, 1996).

A Teoria da Escolha Racional parece filiar-se claramente à epistemologia de Lakatos. E é uma escola teórica que está, atualmente, numa segunda fase. A primeira foi a dos autores clássicos, entre eles, os que estudamos neste trabalho. A segunda fase, a atual, que tem características menos generalistas, menos voltadas para a elaboração de macro sistemas conceituais.

Donald Green e Ian Shapiro (1994,1995), entretanto, escreveram críticas severas a esse “Programa Investigativo”. Não negam que os “modelos” dessa escola teórica tenham valor heurístico, isto é, que sirvam de diretriz provisória na investigação dos fatos. Mas, a contribuição dela para a pesquisa empírica em política é considerada nula. É por isso que vale à pena acompanhar os argumentos do livro *Pathologies of Rational Choice Theory* (GREEN; SHAPIRO, 1994) e do texto *Choix rationnels et politique: pourquoi en savons-nous toujours aussi peu?*

Para eles, a Teoria da Escolha Racional padece de SDM: isto é, de *Síndrome da Deficiência Metodológica* (GREEN; SHAPIROB, 1995, p. 99), que em síntese pode ser diagnosticada pelas características a seguir elencadas. Eles, os teóricos da escolha racional:

- a) *Não orientam a pesquisa por problemas empíricos.* A maioria dos postulados desta teoria não foram testados empiricamente e seus autores sequer sugerem meios adequados para testá-los. É comum que os autores remodelem seus pressupostos, para salvar a teoria, quando eles não correspondem aos fatos. Assim, parecem ser elaboradas de uma forma que as preserve das alterações dos fatos, na medida em que constroem modelos simplistas e sempre muito abrangentes. Desse modo, os elementos empíricos são utilizados com caráter ilustrativo, normalmente de forma parcial, em vez de validar afirmações (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 98, 108, 115);
- b) *Adotam a paradoxal suposição de que todos os agentes racionais têm informações suficientes para comparar e decidir.* Os agentes, na verdade, devem estimar antes o

- valor das informações que não detêm para então decidir se vale a pena procurar novas (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 102);
- c) *Não têm metodologia corrente.* Aplicam mal as técnicas estatísticas, negligenciam problemas de erros de medidas, colocam confiança excessiva nas inferências baseadas em poucos casos (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 104);
 - d) *Têm visão restrita de progresso científico.* Para eles, o progresso científico consiste em elaborar modelos que apresentem equilíbrios que correspondam a regularidades observáveis (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 104);
 - e) *Elaboram explicações post hoc,* isto é, depois de estruturar hipóteses e axiomas, os teóricos da ação racional não procuram testar empiricamente suas afirmações ou compará-las com explicações concorrentes. Muitas conclusões, são, portanto, muito mais “sugestões” do que propriamente afirmações consistentes com a realidade dos fatos. Além disso, elaboram teorias deliberadamente genéricas e simplificadas que dificilmente podem ser submetidas a testes empíricos (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 109; BAERT, 1997, p. 70);
 - f) *Reproduzem, num estilo formalmente elegante, conclusões óbvias e bem conhecidas,* inclusive do senso comum (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 106);
 - g) *Usam e abusam do princípio da racionalidade:* um tema que faz parte da agenda investigativa desses autores é responder à pergunta: “por que os indivíduos tratam a política como um assunto de lazer ou passatempo?”. As respostas, como a de Downs, apontam para a *ignorância racional*, isto é, já que nada incita os homens se instruíram para a política, a ignorância é tratada como ação racional. Noutra formulação: se adquirir conhecimentos políticos suficientes para votar conscientemente é ato muito oneroso, não buscar informações é a ação racional. O problema é que os teóricos não explicam as razões que os levaram a estruturar esse tipo de resposta, uma vez que não há pesquisa empírica que a sustente (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 106-107);
 - h) *Não dialogam com a tradição científica.* A teoria da escolha racional não refuta hipóteses de outras correntes científicas. Também não aponta para questões que poderiam refutar seus próprios postulados. Então como reconhecer sua validade científica se é impossível vê-la rejeitando hipóteses falsas das demais teorias políticas? (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 108);
 - i) *Utilizam um léxico complexo e não sujeito a verificações.* Expressões tais como “interesse”, “racional”, “recursos latentes”, “equilíbrio”, “regras de decisão”, “preferências”, são variáveis que habitam o sistema conceitual dessa escola

teórica, mas são também vocábulos que não podem ser observados. O problema, neste caso, é saber se os dados concretos *confirmam* ou *infirmam* a teoria (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 110).

- j) *Apoiam-se preferencialmente em argumentos qualitativos.* Dada a ausência de pesquisa empírica que oriente a teoria, os teóricos argumentam por ilustrações selecionadas de episódios memoráveis da história (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 110).

Considerações Finais

Para apreciar melhor os fundamentos dessas críticas é preciso fazer uma espécie de condensação das características epistemológicas e metodológicas dos autores analisados para identificar pontos comuns e apresentar alguns padrões em seus estilos.

De fato, um traço marcante das teorias de escolha racional é a *estratégia dedutiva com metáfora mercantil* (ALMOND, 1999, p. 177). As deduções, nessas teorias, procuram estabelecer consequências num nível geral, macro. Depois, distinguem aplicações possíveis num nível micro. Então observam quais das consequências lógicas obtidas efetivamente ocorrem quando submetidas a testes empíricos. São teorias, portanto, tipicamente voltadas para explicar fenômenos num nível lógico-abstrato, são macro explicações. Interessantemente, é uma ciência política que não se importa com as causas concretas de formação de juízos políticos, ou com as condições concretas de socialização política ou de progressão em carreiras políticas, ou mesmo, com as reais causas das escolhas políticas. São teorias que pressupõem – simplesmente isso – pressupõem, vários aspectos da natureza humana, vários tipos de instituições, concebidos como inerentes a indivíduos plenamente racionais, e erigem suas máximas normalmente como teoremas matemáticos, que ao longo do desenvolvimento teórico são tratados como axiomas (DICKSON, 2006).

Outro recurso metodológico, nada novo em teoria política, é a criação de “*metáforas*”. São bem conhecidas as metáforas do “corpo”, da “guerra”, dos “jogos”, dos “contratos”, dos “animais”, para explicar a lógica do comportamento político. No caso da teoria da escolha racional a metáfora é a do “mercado em equilíbrio”, como o “lago” de Walras. Claro que por coerência com a abstração de suas premissas, o mercado também é pensado como um “tipo ideal”. É um mercado das trocas políticas racionais. Nesse mercado “modelo”, para usar a linguagem de Downs, um bem que é considerado essencial para as trocas políticas é a informação, e a Teoria pressupõe que os agentes detêm informações perfeitas, o que amplia a capacidade de ação; para outros, a informação é adquirida por esforço, e isso tem custos. Logo, haverá um ponto ótimo de aquisição de informação a partir do qual os agentes não se

interessarão mais pela política. Essa estratégia, na crítica de Almond (1999), promoveu um descaso completo da bibliografia sociológica em geral, mesmo da weberiana; da psicológica e também antropológica. As teorias políticas desta matriz teórica são microssistemas político-econômicos com autossuficiência lógica. É de esperar, então que o campo de explicações se reduza, pois são teorias que não podem ser aplicadas às situações nas quais predominam os valores morais, ou valores absolutos, ou a tradição (ALMOND, 1999)

É marcante também nessas teorias o *“individualismo metodológico”*. Os agentes racionais do macro sistema de mercado são, propositalmente, imaginados como portadores de uma racionalidade auto interessada, ainda que sem qualquer conteúdo substantivo (ALMOND, 1999). Isto é, os autores não definem quais os interesses dos indivíduos, o que perseguem. Trabalham apenas com a orientação de que esses agentes racionais procuram meios eficientes para alcançar seus fins (FEREJOHN; PASQUINO, 2001, p. 6) que podem ser, em alguns casos, a maximização da riqueza, do poder ou do prestígio. E mais, que esses indivíduos conhecem bem os fins que desejam. Suas preferências são bem definidas, estáveis e ordenadas. Pois os decisores sempre decidem depois de comparar e quando escolhem, optam pela melhor decisão (OPPENHEIMER, 2004, p. 8). Os agentes podem ser indivíduos ou organizações, como sindicatos, partidos, empresas, etc. As organizações sempre são pensadas como abrigo de indivíduos racionais auto interessados, e quando se diz que *“elas”* decidem, na verdade, são os indivíduos que o fazem: a *“vontade”* de uma organização nunca é *“orgânica”* ao ponto de anular as individualidades e seus interesses.

Desse ponto de vista, os atores políticos são promotores pragmáticos de interesses materiais (ALMOND, 1999, p. 192-193) e agem pelo cálculo de seus interesses de poder, prestígio ou riqueza, mas sempre considerando o comportamento dos outros, o comportamento previsível dos outros. As teorias se perguntam o tempo todo: qual é a melhor decisão. E a resposta sempre vem de modo relativo. Depende de como os demais se comportarão. É o modelo de cálculo racional inspirado no *“dilema do prisioneiro”* que orienta a ampliação e complexidade dos cálculos racionais individuais em questão (OPPENHEIMER, 2004, p. 4). Essas conclusões derivadas dos interesses e cálculos individuais, evidentemente, colocam problemas para a compreensão da ação coletiva, normalmente, interessada em partilha dos resultados. Neste caso, o individualismo da Teoria da Escolha Racional propiciou um conhecimento mais acurado dos processos decisórios no interior de organizações ao analisar as tomadas de decisão coletivas justamente a partir dos interesses individuais dos decisores, e não a partir dos interesses abstratos de uma organização, fosse política ou não.

Os indivíduos, no entanto, nunca são pensados de forma totalmente isoladas. Sempre há um “contexto institucional” no interior do qual a teoria explica as decisões individuais. Nesse

sentido, também, é que os indivíduos podem ser pensados como agentes racionais, pois uma vez inseridos em “contextos regrados”, organizados, a ação calculada, planejada é possível. A maioria dos autores quanto pensam “homens livres”, em verdade pensam homens que vivem em organizações ou uma sociedade de tipo liberal, isto é, que não impõe autocraticamente as suas decisões.

São teorias que não descrevem comportamentos concretos. Mesmo a vastíssima produção teórica reconhecidamente científica de psicologia e economia experimental é deixada de lado. As teorias da escolha racional procuram elaborar modelos analíticos que tenham capacidade preditiva (ALMOND, 1999, p. 179). É célebre, nessa direção, a afirmação de Milton Friedman, feita na sua metodologia da economia positiva, e citada pelos teóricos racionalistas como uma espécie de pilar metodológico fundamental. A afirmação impõe que descrições realistas não existem. O importante e útil numa teoria científica é ter apenas capacidade de aproximação satisfatória com a realidade. Para testar uma teoria é preciso proceder a uma acurada avaliação de suas presunções, e não fazer testes de verificação empírica. Uma teoria científica funciona, então, se é capaz de prever, mais do que descrever. Esta premissa coerente com a epistemologia de Imre Lakatos marca uma filiação claríssima à metodologia científica da teoria econômica, que opera predominantemente sobre pressuposições não realistas, supostamente racionais, e também esquematizadas a partir de modelos baseados nessas presunções.

A Teoria da Escolha Racional parece sustentar-se numa epistemologia *lakatiana* e em metodologia lógico-dedutiva de matriz econômica com finalidade preditiva. As críticas dirigidas a ela pelos *problem-driven theorists* (SHAPIRO, 2002) são, na verdade, orientadas por uma epistemologia orientada por problemas, de matriz popperiana. A Teoria da Escolha Racional não é exatamente um todo homogêneo, mas tem muitas das mais importantes características do que Lakatos denominou de “Programa de Investigação” que se preocupa em estruturar uma “heurística positiva”.

A refutação dessa teoria, então, não se faz pela acusação de seu baixo grau de potencial descritivo. E o fato de ainda haver muitos problemas com testes empíricos não invalida, propriamente sua natureza científica, já que esse tipo de Programa Investigativo tem, desde os escritos de Lakatos sobre a ciência física, três estágios necessários para definir sua identidade. O primeiro, mais abstrato (hipotético); um segundo, que deve elaborar *modelos analíticos que sustentem uma heurística positiva*, e um terceiro e último, que são os testes empíricos propriamente ditos. A invalidação desta teoria — a nosso ver — só pode ser feita pela invalidação de sua capacidade de predição, nunca pela ausência de descrições. Acusar, então, a consistência científica desta escola, pela fragilidade da terceira fase, não é atacar a Teoria, mas uma fase dela apenas, a dos seus testes de validação.

Para finalizar é importante registrar a necessidade de verificar o alcance e o impacto dessas objeções a EAL. Tarefa que deixaremos para outra oportunidade.

Referências

ALMOND, G. La teoría de la elección racional y las ciencias sociales. In: ALMOND, Gabriel. *Una disciplina segmentada: escuelas y corrientes en las ciencias políticas*. Tradução Helene L. Dior, México: Fondo de cultura Económica, 1999.

ARROW, K. J.; DEBREU, G. Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy. *Econometrica*, v. 22, i. 3, p. 265-290, Jul. 1954. Disponível em: <<http://www.stanford.edu/class/msande311/arrow-debreu.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2014.

ARROW, K. J. *Social choice and individual values*. New York: John Wiley & Sons, Inc, 1963.

BAERT, P. Algumas limitações das explicações da teoria racional na Ciência Política e na Sociologia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, fev. 1997.

BECKER, G. C. *The economic approach to human behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1976.

COLEMAN, J. *Foundations of social theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

DICKSON, E. S. Rational Choice Epistemology and Belief Formation. *Journal of Theoretical Politics*, v. 18, i. 4, 454-497, 2006.

DOWNS, A. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. Tradução Sandra Guardini. Teixeira Vasconcelos. São Paulo: EdUSP, 1999.

DOWNS, A. Théorie économique et théorie politique. *Revue Française de Science Politique*, v. 11, n. 2, 380-412, 1961. Disponível em: <www.persee.fr>. Acesso em: 21 maio 2014.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EPSTEIN, I. O paradoxo de Condorcet e a crise da democracia representativa. *Revista de Estudos Avançados*, v. 11, n. 30, p. 273-291, 1997.

GREEN, D.; SHAPIRO, I. Choix rationnels et politique: pourquoi en savons-nous toujours aussi peu? Tradução Jean-François Baillon. *Revue Française de Science Politique*, v. 45, n. 1, p. 96-130, 1995. Disponível em: <www.persee.fr>. Acesso em: 21 maio 2014.

GREEN, D.; SHAPIRO, I. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. New Haven: Yale University Press, 1994.

FEREJOHN, J.; PASQUINO, P. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Tradução Eduardo C. Marques. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 45, 2001.

GICO JUNIOR, I. T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

KANTOROWICZ, E. H. *Os Dois Corpos do Rei: Um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução Cid Knipel Moreira. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LAKATOS, I. *Proofs and Refutations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

LAKATOS, I. *The Methodology of Scientific Research Programmes: Philosophical Papers Volume 1*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

LAKATOS, I. *Mathematics, Science and Epistemology: Philosophical Papers Volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

MATHESON, C. Historicist Theories of Rationality. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/rationality-historicist/>>. Acesso em: 21 maio 2014.

OLSON JUNIOR, M. *The logic of collective action*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

POPPER, K. A lógica das ciências sociais. In: POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POSNER, R. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

POSNER, R. O movimento da Análise econômica do direito. In: TEIXEIRA, A. V.; OLIVEIRA, E. S. de. *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

REIS, F. W. Uma Teoria Econômica da Democracia. In: DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. Tradução Sandra Guardini e Teixeira Vasconcelos. São Paulo: EdUSP, 1999.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SOTOMAYOR, M. Teorema da impossibilidade de Arrow. *Paper*, FEA-USP. Disponível em: <http://www.econ.fea.us.br/marilda/matematica/impossibilidade_arrow_novo.pdf, out>. Acesso em: 25 abr. 2007.

SHAPIRO, I. Problem, methods, and theories in the study of politics, or what's wrong with political science and what to do about it. *Political Theory*, v. 30, i. 4, 2002.

SHEPSLE, K. A.; BONCHEK, M. S. *Analyzing politics: rationality, behavior, and institutions*. New York: WWNorton & Company. 1997.

WALRAS, L. *Compêndio dos elementos de economia política pura*. Tradução João G. Vargas Netto. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

WALRAS, L. *Éléments d'économie politique pure: ou, théorie de la richesse sociale*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

JUSTIÇA E DIREITOS NA PERSPECTIVA DE MARTHA NUSSBAUM¹

Martha Nussbaum não desenvolveu uma Teoria dos Direitos Humanos. Contudo, é possível afirmar que o Enfoque das Capacidades (EC), por ela proposta, é uma espécie de Teoria dos Direitos Humanos. Diversas passagens de seus textos sugerem isso. Por exemplo, quando pretende fornecer uma base teórica para os princípios constitucionais centrais os quais todos os cidadãos têm o direito de exigir dos seus governos. Além do mais, apresenta as capacidades como se fossem um conjunto de direitos fundamentais ou como uma lista de garantias constitucionais análogo à Seção dos Direitos Fundamentais da Constituição Indiana ou à versão resumida da Carta dos Direitos da Constituição norte-Americana (NUSSBAUM, 2000).

Uma base teórica que pretende justificar determinados princípios políticos constitucionais pode constituir-se como uma teoria da justiça social, mas também pode ser entendida como uma teoria dos direitos humanos (NUSSBAUM, 1997, 2007, 2012). Além disso, pode se acrescentar que Nussbaum se preocupa com três aspectos comuns a maioria das teorias dos direitos humanos: uma preocupação em localizar um núcleo originário, fonte de reivindicações e justificações de exigências; a necessidade de indicar a natureza, os limites e o alcance do discurso, da linguagem proposta e a categoria central vinculada ao núcleo originário e vetor principal da dinâmica discursiva apresentada. Em Nussbaum, a dignidade, é o núcleo originário, a linguagem e a categoria central, são as Capacidades.

Para compreender a proposta teórica de Nussbaum acerca das capacidades enquanto direitos humanos, serão discutidas três teses:²

- a) A dignidade não se baseia em alguma propriedade concreta das pessoas, tais como a posse da razão ou outras habilidades específicas; a dignidade não é um valor independente das capacidades, mas que a articulação de princípios políticos envolvendo as capacidades é a expressão (parcial) da noção de uma vida com dignidade;
- b) O enfoque das capacidades é uma parte do enfoque dos direitos humanos e a linguagem das capacidades parece ser superior à (simples) linguagem dos direitos humanos;
- c) As capacidades são direitos (*entitlements*)

¹ A Introdução, a parte I e a conclusão foram produzidas em colaboração pelos autores. As demais partes do texto, II, III e IV são de autoria exclusiva de Robison Tramontina. Os dois autores revisaram o texto.

² Teses apresentadas por Nussbaum em *Fronteiras da Justiça* (2007).

Contudo, antes de discutir e analisar as teses mencionadas é necessário indicar as principais características do EC defendido por Nussbaum.

1 Enfoque das capacidades: características, conceito e a lista

1.1 Características gerais do Enfoque das Capacidades (EC)

O Enfoque das Capacidades (EC) é uma abordagem desenvolvida por Amartya Sen e Martha Nussbaum. Entre eles existem inúmeros pontos de convergência e alguns pontos de divergência. Sen, o pioneiro, desenvolve a perspectiva econômica da teoria concentrando-se, inicialmente, na mensuração da qualidade de vida (1980) e, recentemente, nas questões de justiça social (2011) enquanto Nussbaum procura estabelecer a base filosófica da concepção³ (NUSSBAUM, 2000, 2007).

Em termos gerais, sem indicar as detalhadamente as contribuições dos principais expoentes, o EC pode ser entendido como uma proposta teórica que pretende formular critérios para medir a qualidade de vida das pessoas e propor uma teoria da justiça social (NUSSBAUM, 2011). A pergunta fundamental orientadora para atender seus propósitos é: o que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser? O foco não é o grau de satisfação das pessoas com a vida, tampouco suas rendas ou a quantidade de recursos que elas dispõem ou são capazes de produzir. O importante são as pessoas, sua liberdade, suas oportunidades, suas escolhas, o que fazem ou estão em condições de fazer. Nesse sentido, o EC concebe cada pessoa como um fim em si mesmo. Ao tratar cada pessoa como um fim em si mesmo valoriza a escolha ou a liberdade. O que fazer e ser é uma escolha pessoal resultante de um ato de liberdade.

O EC tem uma preocupação significativa com as injustiças e desigualdades sociais arraigadas e, especialmente com as falhas ou omissões das capacidades que geram a discriminação e a marginalização. Além disso, assina uma tarefa urgente do Estado e das políticas públicas para melhorar a qualidade de vida das pessoas, qualidade definida pelas capacidades dessas.

A versão do EC desenvolvida por Nussbaum é caracterizada em *Women and Human Development* (2000) da seguinte maneira: é uma fundamentação filosófica com o propósito de definir quais são as capacidades centrais as quais são apresentadas em uma lista; as capacidades são consideradas fundamentos para princípios políticos que as garantias constitucionais deveriam subscrever; a pergunta central do enfoque é: “o que as pessoas são capazes de fazer e ser”?; a ideia intuitiva básica do enfoque tem uma dupla dimensão: i) certas funções são

³ EC é uma abordagem filosófica e isso gera implicações significativas em termos de metodologia, abordagem e resultados. Portanto, a proposta deve ser analisada como tal.

centrais na vida humana, no sentido de que sua presença ou ausência, se entende como marca da presença ou ausência de vida humana – ii) cada pessoa é portador de um valor em si mesmo – Cada pessoa como um fim; – E para ressaltar o valor de cada pessoa, o princípio “cada pessoa como um fim” se transforma no *princípio da capacidade de cada pessoa*; em outras palavras, as capacidades são procuradas para todas e cada uma pessoa.

Em “*Frontiers of Justice*” (2007), três novos elementos são introduzidos: a ideia de um *mínimo social básico* o qual deve ser respeitado e implementado por todos os governos;⁴ as capacidades são fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística; a ideia de *um nível mínimo para cada capacidade*. Em termos gerais, essas são as características centrais do EC.

1.2 O conceito de Capacidades

A expressão *capability* ou capacidade, tal como entendida no âmbito do EC, foi empregada pela primeira vez por Amartya Sen quando apresentou na Universidade de Stanford, no Ciclo *Tanner* sobre valores humanos em 1979, a conferência intitulada “Igualdade de quê? O problema central da mesma era o conceito adequado de liberdade para avaliar e valorar o bem-estar das pessoas. Para dar conta dessa questão, Sen forja o conceito “igualdade de capacidade básica”. Desse modo, o bem-estar pode ser avaliado e valorado do ponto de vista da habilidade de uma pessoa de fazer algo ou alcançar estados valiosos. Nesse contexto, o autor escolheu o termo “capacidades”⁵ para designar o conjunto de distintas combinações que uma pessoa pode fazer e ser, os distintos funcionamentos que ela pode realizar (SEN, 1980,1993). Embora gestada no cenário teórico indicado e para tratar da questão mencionada, posteriormente, o próprio Sen aplica a noção para abordar outras temáticas, como por exemplo: a pobreza, liberdades, níveis de vida, desenvolvimento, ética e justiça social.

Nussbaum (2000, 2007, 2012) apresenta uma versão do EC. Essa versão difere em alguns pontos daquele apresentada por Sen. A versão de Nussbaum teve origem no período o qual ela colaborou com Sen no WILDER (*World Institute for Development Economics Research*) a partir de 1986. Ambos perceberam que as ideias que Nussbaum estava trabalhando em suas investigações com a filosofia de Aristóteles guardava semelhança expressiva com aquilo que Sen estava fazendo na esfera da economia.

⁴ “O enfoque das capacidades procura fornecer a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer [...] que a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas *capacidades humanas*, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano.”

⁵ De acordo com o próprio Sen, no momento que ele propôs o EC, não se deu por conta das relações existente com as ideias aristotélicas sobre a noção de “potencialidade” (SEN, 1993).

As peculiaridades da versão apresentada por Nussbaum foram destacadas no tópico acima. Contudo, apenas para ficar evidente as diferenças entre as versões, salienta-se alguns pontos que as distinguem (NUSSBAUM, 2000).

A primeira distinção refere-se ao propósito do enfoque. Sen usa a noção de capacidade como “instrumento” para fazer comparações no campo da qualidade de vida enquanto Nussbaum quer articular uma descrição de como as capacidades, junto com a ideia de um mínimo básico de capacidades, podem fornecer uma base para princípios constitucionais centrais que todos os cidadãos têm o direito de exigir de seus governos.

Nussbaum defende que o EC deve constituir o arcabouço teórico para propor a noção de um mínimo básico de capacidades não a noção de uma plena igualdade de capacidades. Sen não utiliza aquela noção, embora não se possa afirmar que ele seja a favor de uma completa igualdade de capacidades.

Como já destacado, Nussbaum ressalta o valor de cada pessoa, o *princípio da capacidade de cada pessoa*; o que significa que as capacidades devem ser procuradas para todas e cada uma pessoa. Sen não afirma tal princípio, embora sustente a ideia das pessoas como um fim em si mesmo.

Um dos fundamentos mais importantes do EC na versão defendida por Nussbaum é a ideia marxista-aristotélica do verdadeiro funcionamento humano. Não obstante, mencionar a referida ideia, Sen não deixa claro se tais pensadores desempenharam um papel central na configuração de sua concepção.

As capacidades constituem junto com os funcionamentos os conceitos centrais do EC. Sen e Nussbaum concordam acerca disso. Contudo, Nussbaum em suas obras defende e apresenta uma lista universal das capacidades básicas para serem a base de princípios políticos, Sen nunca apresentou tal lista. Além disso, Sen não diferencia os tipos de capacidades (básicas, internas, combinadas)

Há outras discordâncias, as mais significativas são: Sen não tem como ponto teórico geral que a meta política apropriada é a capacidade, e não funcionamento; Sen distingue bem-estar de forma geral e a capacidade de escolher e perseguir as próprias metas (agência), também distingue liberdade de realizações. Para Nussbaum tais distinções não são necessárias. O binômio capacidade e funcionamento pode “captar” todas as distinções propostas.

Após a explicitação das distinções entre as principais versões do EC é necessário apresentar o que se entende por capacidades. Em uma passagem lapidar diz Nussbaum:

O que são as capacidades? São as respostas a pergunta: “o que é capaz de fazer e ser essa pessoa? Para dizer de outro modo, [...] um conjunto de oportunidades (habitualmente interligadas) para escolher e atuar. [...] ‘a capacidade de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para

ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos'. Dito de outro modo, não são simples habilidades interiores, senão também que incluem as liberdades e oportunidades criadas pelas combinações entre as faculdades pessoais e o entorno político, social e econômico. [...] me refiro a estas liberdades substancias como *capacidades combinadas*.

Para compreender adequadamente a passagem destacada é necessário fazer dois esclarecimentos conceituais. O primeiro deles é diferenciar capacidades combinadas, capacidades internas e capacidades básicas. O segundo é distinguir capacidades de funcionamentos.

As *capacidades internas* são os traços da personalidade, as capacidades intelectuais e emocionais, estado de saúde, forma física, o aprendizado interiorizado, habilidades de percepção e movimento. São estados das pessoas que não devem ser confundidos com aparato inato de cada pessoa mas como traços e atitudes treinadas e desenvolvidas. Por outro lado, as *capacidades combinadas* se definem como a soma das capacidades internas mais as condições sociais, políticas e econômicas nas quais se pode escolher o funcionamento daquelas. De acordo com Nussbaum, não é possível imaginar, conceitualmente, uma sociedade que produza capacidades combinadas que antes não produza as capacidades internas.

Uma pessoa adquire uma capacidade interna graças a um certo funcionamento e pode perdê-la caso careça da oportunidade de funcionar. As capacidades internas não são o equipamento inato das pessoas. De qualquer forma, a noção de equipamento inato não deixa de ser importante para o "desenvolvimento humano". A expressão "desenvolvimento humano" sugere o florescimento das faculdades que trazem consigo ao mundo. Essas faculdades inatas são chamadas por Nussbaum de *Capacidades básicas*. "Elas são as faculdades internas das pessoas que tornam possível a formação e o desenvolvimento posterior."

Outro esclarecimento conceitual importante é distinguir capacidades de funcionamentos. De acordo com Nussbaum (p. 44), são faces da mesma moeda:

Um funcionamento é a realização ativa de uma ou mais capacidades. Desfrutar de uma boa saúde é um funcionamento, como também o é estar deitado na grama. Os funcionamentos são seres e fazeres que, por sua vez, vem a ser os produtos ou a materializações das capacidades.

Sendo assim, as capacidades podem se transformar em funcionamentos. Sem as capacidades não há funcionamentos. As capacidades significam "oportunidade de selecionar". A noção de liberdade de escolha é intrínseca ao conceito de capacidade. Uma pessoa que passa fome e outra que está em jejum têm o mesmo funcionamento no que diz respeito a alimentação, porém não dispõem da mesma capacidade. Aquele que jejua tem a opção de não jejuar, o outro não tem alternativa. A noção de funcionamento é o destino final da noção de capacidades.

Feitas os esclarecimentos conceituais necessários pode se dizer que as capacidades são coisas que uma pessoa pode fazer e ser livremente.

1.3 A lista das Capacidades Humanas Centrais

A lista das Capacidades Humanas Centrais tem o propósito de nortear políticas públicas e de fornecer uma base para os princípios constitucionais que os cidadãos podem exigir de seus governantes (2007). Ela está associada diretamente com a ideia de uma vida com dignidade. Uma vida sem as capacidades ou sem uma capacidade específica não é uma vida apropriada a dignidade humana.

A primeira versão da lista apareceu em *Sex & Social Justice* (1999). Outras versões, não alteradas significativamente apareceram em *Women and Human Development: Capability Approach* (2000), *Frontiers of Justice* (2007) e *Creating Capabilities* (2011).⁶

Nussbaum deixa claro em suas obras que a lista é aberta e que pode sofrer alterações na medida que sofre críticas. A lista é a seguinte:

1. *Vida*: Ser capaz de viver até o fim da vida humana de duração normal, sem morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja reduzida que não valha a pena vive-la;
2. *Saúde corporal*: Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; dispor de um lugar adequado para viver;
3. *Integridade corporal*: Ser capaz de se mover livremente de um lugar para outro; de estar seguro de ataques violentos, incluindo agressão sexual e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e escolha para fins de reprodução;
4. *Sentimento, imaginação e pensamento*: Ser capaz de usar os sentidos, de imaginar, pensar, e raciocinar - e para fazer essas coisas de forma humana, uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada; ser capaz de usar a imaginação e pensamento em conexão com a experiência, e produzindo obras expressivas e eventos autênticos; ser capaz de utilizar a imaginação com garantias de liberdade de expressão com respeito ao discurso político e artístico e à liberdade de exercício religioso, sendo capaz de ter experiências agradáveis e evitar a dor não benéfica.
5. *Emoções*: Ser capaz de estabelecer vínculos com coisas e pessoas; ser capaz de amar aqueles que amam e cuidam de nós, sendo capaz de sofrer a sua ausência,

⁶ Aqui citada na versão espanhola.

para experimentar saudade, gratidão e raiva justificada, não tendo, portanto, um emocional marcado ou aprisionado pelo medo ou ansiedade.

6. *Razão prática*: Ser capaz de formar uma concepção do bem e se envolver em uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isto implica a proteção da liberdade de consciência.)
7. *Afiliação*: Ser capaz de viver com e em relação aos outros, reconhecer e mostrar preocupação com os outros seres humanos e de se engajar nas várias formas de interação social, sendo capaz de imaginar a situação de outro e ter compaixão por essa situação, tendo a capacidade de exercício da justiça e a amizade; ser capaz de ser tratado como um ser digno de quem valor é igual à dos outros.
8. *Outras espécies*: Ser capaz de viver com preocupação em relação aos animais, plantas, e com o mundo da natureza.
9. *Diversão*: Ser capaz de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas.
10. *Controle sobre o ambiente*: (A) política: ser capaz de participar nas escolhas políticas que efetivamente governam a própria vida, tendo os direitos de participação política, liberdade de expressão e liberdade de associação; (B) material: ser capaz de manter a propriedade (tanto os imóveis como os móveis), tendo o direito de procurar emprego numa base de igualdade com os outros.
11. Após a explicitação das categorias centrais do EC passa-se a analisar as teses apresentadas por Nussbaum.

2 A Noção de Dignidade Humana

O que torna a vida do ser humano digna? É alguma propriedade intrínseca a ele? E a forma como a vida é vivida? Há várias respostas para essas perguntas. Há duas que serão exploradas, a kantiana e nussbauniana.

É na modernidade que a ideia de dignidade humana se consolida e torna-se popular. Não há dúvidas que a compreensão que contribui decisivamente para isso foi aquela desenvolvida por Kant. A tese de que cada homem é um fim em si mesmo e que não pode ser usado pelos outros como simples meio exprime adequadamente o pensamento kantiano. Por serem fim em si mesmos, os homens têm dignidade. Mas a dignidade, de acordo com Kant está associada com a capacidade de agir moralmente, isso em perspectiva kantiana quer dizer que as pessoas precisam agir de forma racional e livre. Sendo assim, Kant vincula a dignidade a dois atributos: a racionalidade e a liberdade.

Contrariando a visão kantiana, tal como expressa na versão rawlsiana, Nussbaum (2007) defende que a dignidade não se baseia em alguma propriedade concreta das pessoas, tais como a posse da razão ou outras habilidades específicas; a dignidade não é um valor independente das capacidades, mas que a articulação de princípios políticos envolvendo as capacidades é a expressão (parcial) da noção de uma vida com dignidade.

O objetivo deste tópico é avaliar tal noção. Para isso, inicialmente, faz-se breves considerações sobre a concepção kantiana de dignidade humana para posteriormente apresentar e analisar a concepção proposta por Nussbaum.

2.1 Algumas considerações sobre noção kantiana dignidade da pessoa humana

Uma das melhores formas de se entender a noção kantiana de dignidade humana é reconstruir descritivamente a trajetória argumentativa desenvolvida por Kant na *Fundamentação Metafísica dos Costumes* (FMC) para identificar como ele chegou à noção de dignidade humana e o lugar que ela ocupa no interior da sua teoria ética. Tal tarefa não é possível aqui e agora.

Entretanto, é possível fazer-se uma síntese do argumento destacado na referida obra. De acordo com Wood (2008), a filosofia moral kantiana tem como ideia básica a tese de que os agentes racionais se autogovernam. E isso, está intimamente, vinculado à igual dignidade de todos os seres racionais como fins em si mesmos, os quais merecem respeito em todas as situações. Os valores do autogoverno (autonomia) e a dignidade estão combinados no reino dos fins (comunidade moral ideal), no qual todo ser racional é um membro legislador e no qual os fins de todos os seres racionais devem convergir harmonicamente como objeto da dedicação de cada um deles.

Para demonstrar que os agentes racionais se autogovernam, Kant precisa demonstrar que a razão é capaz de orientar as ações daqueles. Em outros termos, que a razão é capaz de determinar a vontade, sendo assim, legisladora e criadora de uma ordem não natural, a ordem moral.

São conhecidas as dificuldades que o argumento kantiano encontra para justificar tal tese. São feitas uma série de pressuposições, que em alguns casos, comprometem significativamente o que se deveria desenvolver ou demonstrar. Por exemplo, como já assinalado anteriormente, a ideia de autogoverno remete imediatamente à ideia de autonomia, a capacidade que o agente racional tem de se dar suas próprias leis. Aqui há um aspecto curioso. Um agente somente pode se dar leis se for racional. Agentes não racionais ou parcialmente racionais, não têm essa capacidade. E caso não sejam racionais, não podem ser autônomos. Assim, a autonomia funda-se na racionalidade e esta, naquela. O ser humano é autônomo por

que é racional e é racional porque é autônomo. Em termos lógicos, o argumento não incorre em petição de princípio?

Além disso, é necessário destacar, que segundo Kant, o que torna o ser humano um fim em si mesmo é sua racionalidade. Desse modo, pode-se dizer que, de acordo com o argumento kantiano, o caráter nobre da natureza humana, o seu valor absoluto, ou seja, sua dignidade, reside no fato de ser racional. E por ser racional, o ser humano pode criar o mundo moral, o reino dos fins. É nesse, que os agentes racionais, cumprindo sua dupla função de membros e legisladores, nunca podem ser usados como meios.

Afora as dificuldades filosóficas que permeiam a obra kantiana, fartamente apresentada e discutida na literatura secundária especializada e aqui brevemente apontada, pode se fazer as seguintes observações:

- a) Não há uma definição clara e precisa da noção de “dignidade humana”. Além disso, não há um uso frequente da expressão na FMC ou em outras obras.
- b) Para Kant os seres humanos ocupam um lugar privilegiado no “mundo das coisas”. Isso ocorre por duas razões: i) eles têm desejos e fins que possuem valor para os mesmos em função de seus projetos, por exemplo, se alguém quer se tornar um jogador de xadrez, um livro de instruções do referido jogo tem um alto valor, caso contrário, não teria; ii) eles têm um valor intrínseco, ou seja, dignidade, porque eles são seres racionais, agentes livres para tomar suas próprias decisões, definir seus objetivos e guiar sua conduta pela razão (RACHELS, 1999).
- c) A dignidade, valor intrínseco, decorre da capacidade racional do ser humano. Caso não fossem racionais, os seres humanos não seriam livres (autônomos), nem poderiam agir moralmente.
- d) Por terem dignidade, os seres humanos não podem ser tratados “simplesmente como meios, mas, como fins em si mesmos”. Isso sugere, em um primeiro momento, que há um dever de benevolência em relação às outras pessoas: deve-se promover seu bem-estar, respeitar seus direitos, enfim, esforçar-se para que os demais atinjam seus fins. Também indica que a racionalidade alheia deva ser respeitada. Assim, não se pode manipular ou usar as outras pessoas para se atingir objetivos próprios. A concepção de dignidade humana é metafísica e fundacionista.

Nussbaum (2007), ao tratar da questão da dignidade, não dialoga diretamente com Kant. Sua interlocução é com Rawls que assume a concepção de pessoa kantiana e

concomitantemente a noção de dignidade que esta comporta. Ela apresenta uma visão aristotélica-marxista de dignidade.

Por contraposição à Rawls que associa personalidade com racionalidade (moral e prudencial), o EC considera a racionalidade e a animalidade como complementares. Nussbaum parte da noção aristotélica de ser humano como animal político e da ideia de Marx que os seres humanos necessitam de uma pluralidade de atividades vitais (2007). A racionalidade é um aspecto da animalidade, não o único aspecto pertinente à noção de funcionalidade verdadeiramente humana. Isso quer dizer, genericamente, há diferentes tipos de dignidade animal no mundo e todas merecem respeito e um tratamento justo. Aqui está sugerido que Nussbaum quer ampliar o conceito de dignidade para poder estendê-lo aos animais não humanos.

Na visão de Nussbaum (2007), os seres humanos caracterizam-se pela racionalidade (entendida como uma variedade de formas de raciocínio prático), animalidade, sociabilidade, necessidade corporal, necessidade por cuidado, vulnerabilidade. O valor do ser humano e sua dignidade não estão atreladas a uma concepção forte e metafísica de razão e pessoa. De acordo com ela, temos um direito ao respeito em função da dignidade mesmo das necessidades humanas. A vulnerabilidade, as necessidades e animalidade humana não tornam as pessoas menos dignas, ao contrário, são elas junto com a racionalidade e sociabilidade que as tornam dignas.

A relação da dignidade com as capacidades é evidente. Contudo, que tipo de relação elas têm? Para Nussbaum, as capacidades não são meios, instrumentos para uma vida com dignidade. Elas devem ser entendidas “como maneiras efetivas de se ter uma vida com dignidade nas diferentes áreas das atividades humanas vitais.” Sendo assim, a dignidade não é definida antes e independentemente das capacidades, mas sim de um modo imbricado com elas e suas definições.

3 Enfoque das capacidades X enfoque dos direitos

A segunda tese afirma que o enfoque das capacidades é uma parte do enfoque dos direitos humanos e a linguagem das capacidades parece ser superior à (simples) linguagem dos direitos humanos.

O Enfoque das Capacidades é um aliado próximo do enfoque dos direitos humanos pois trata-se de uma espécie desse. A proximidade do primeiro com o segundo assenta-se em quatro pontos: i) a lista das capacidades inclui muitos dos direitos destacados pelo movimento dos direitos humanos (liberdades políticas, liberdade de associação, de livre escolha do trabalho e direitos sociais e econômicos); ii) ambos enfoques oferecem um leque de objetivos para o desenvolvimento, moral e humanamente rico do que aquele proposto pelos utilitaristas; iii) as capacidades fornecem

uma explicação dos direitos que pode ser usada como base para o pensamento constitucional e para o da Justiça Internacional; iv) a linguagem das capacidades viabiliza uma explicação e complementação da linguagem dos direitos (NUSSBAUM, 2007, p. 284-285).

Dos quatro pontos listados, os dois primeiros (i e ii) fundamentam a primeira parte da tese, ou seja, aquela que o enfoque das capacidades é uma parte do enfoque dos direitos humanos. Isso pode ser aceito sem muitas contestações. Contudo, a segunda parte da tese, a linguagem das capacidades parece ser superior à (simples) linguagem dos direitos humanos, mesmo que se aceite que a afirmação não é categórica, Nussbaum usa o termo “parece”, e que existe duas ou mais linguagens dos direitos humanos, é problemática. As dificuldades encontram-se na justificação da suposta superioridade da linguagem das capacidades. Logo, a pergunta é: em que e por quê a linguagem das capacidades é superior àquela dos direitos humanos?

O primeiro argumento avançado por Nussbaum (2007) é a *falta de transparência da ideia de direitos humanos*. Segundo a autora, os direitos têm sido compreendidos de maneiras diferentes e o uso da linguagem dos direitos ocultam profundos desacordos filosóficos. Os principais desacordos estão relacionados sobre a base (fundamento) para uma reivindicação de direito(s) e sobre origem política (leis e instituições) ou não dos direitos (285).⁷

Em contraposição a isso, o enfoque das capacidades responde melhor esses problemas e deixa explícito suas motivações e objetivos. No interior dele, a base da reivindicação por um direito é a existência da pessoa como um ser humano, o seu nascimento em uma comunidade humana. Além disso, assume que os direitos “relevantes” são pré-políticos.

O segundo argumento destacado indica duas *ambiguidades centrais na linguagem dos direitos*. A primeira, relaciona-se com a *questão da “liberdade negativa”*. Nussbaum faz menção aos pensadores do direito, inseridos na tradição iluminista da liberdade negativa, que afirmam que o Estado não tem tarefa afirmativa. Basta ele não interferir nas relações sociais que os direitos estariam garantidos. Nessa concepção fraca de direitos não é possível identificar se as algumas ações do mercado e atores privados violam ou não os direitos fundamentais dos cidadãos.

O enfoque das capacidades sustenta que a garantia de um direito é uma tarefa afirmativa.⁸ Em outros termos, a efetivação de um direito depende do estabelecimento das capacidades relevantes para o agir/funcionar. Há que se garantir as condições necessárias e

⁷ “Contudo, a estrutura de direitos é precária em vários aspectos. Em primeiro lugar, é intelectualmente contestada: há muitas concepções diferentes de o que são direitos e de o que significa assegurar um direito a alguém. Seriam os direitos pré-políticos, peças de leis e instituições? Eles pertenceriam somente a indivíduos ou também a grupos? Estariam sempre correlacionados a deveres? E quem teria os deveres correlacionados a esses direitos? Os direitos humanos seriam direitos a quê? Liberdade da interferência estatal, primeiramente, ou também certo nível positivo de bem-estar e oportunidades? Portanto, usar a linguagem de direitos por si só não ajuda muito: apenas suscita uma série de outras questões sobre o que está sendo recomendado.” (NUSSBAUM, 2010, p. 26-27).

⁸ “[...] the state need to take action if traditionally marginalized groups are to be treated fairly.” (NUSSBAUM, 2007, p. 288).

suficientes para a consolidação das capacidades. Sendo assim, a proteção dos direitos é vista em termos de capacidades. Tal entendimento permite defender a existência de direitos pré-políticos e a possibilidade de afirmar que somente existe um direito quando existem medidas efetivas exercitá-lo.

A segunda ambiguidade diz respeito a *relação entre os direitos de primeira geração (first-generation) e os segunda geração (second-generation)*. No âmbito da tradição da filosofia política liberal e mesmo na esfera do discurso dos direitos humanos internacionais há uma tendência de se atribuir uma precedência e independência às liberdades civis e políticas. A realização dos direitos sociais e econômico, em contraposição a esse entendimento, seria posterior e dependeria daqueles. O enfoque das capacidades sustenta a horizontalidade e a interdependência das gerações (dimensões) de direitos.

O terceiro argumento apresentado salienta que a *linguagem dos direitos está amarrada a distinção tradicional entre a esfera pública, regulada pelo Estado, e a esfera privada, na qual o Estado não deve intervir*. Referida distinção encobre significativas desigualdades, privações e dificuldades presentes no âmbito familiar. Ao abolir a distinção, o Enfoque das Capacidades aborda a desigualdade de gênero, mas também a questão da infância, de uma forma mais adequada. A família passa ser uma instituição política submetida aos mesmos princípios políticos que as demais instituições (NUSSBAUM, 2000),

O último argumento ressalta que *a linguagem dos direitos é pouca categórica, na esfera discurso público, na defesa dos direitos*. Nussbaum (2007) sustenta que “dizer que as pessoas têm o direito a algo é dizer que elas têm um direito urgente a isso.” A linguagem das capacidades opera com essa ideia, as capacidades centrais são direitos urgentes baseados na justiça.

Os quatro argumentos apresentados assinalam as diferenças que, segundo Nussbaum, mostram a superioridade da linguagem das capacidades, especificamente, em relação a um determinado tipo de linguagem dos direitos humanos. Com isso, ela não quer refutar a linguagem dos direitos humanos, apenas quer salientar que uma linguagem “liberal” é insuficiente e insatisfatória para ser o discurso e base dos direitos humanos. O Enfoque das Capacidades não é rival do enfoque dos direitos humanos, mas crítico de uma concepção “liberal” dos direitos humanos e de pressuposições categoriais que impossibilitam a melhor leitura dos direitos.

Observações críticas:

- O primeiro argumento, o da falta de transparência da ideia de Direitos Humanos, sugere que teorias que estipulam melhor seus fundamentos e objetivos políticos tendem ser uma base mais consistente para a compreensão e fundamentação de

um determinado fenômeno. Pontos problemáticos: a possibilidade de dirimir desacordos teóricos em temas tão controversos; a sugestão de que maior clareza conceitual e linguística é suficiente para justificar a superioridade de uma determinada abordagem; a suposição de que o Enfoque das capacidades é uma proposta capaz de resolver a questão apelando para “a existência da pessoa humana como ser humano”.

4 As capacidades são direitos (*entitlements*)

As capacidades, segundo Nussbaum (2000, 2007), devem ser consideradas como se fossem um conjunto de direitos fundamentais centrais ou como uma lista das garantias constitucionais análogo à Seção dos Direitos Fundamentais da Constituição Indiana ou à versão resumida da Carta dos Direitos da Constituição norte-Americana. Além disso, afirma que elas devem ser implementadas posteriormente por via legislativa ou judicial.

As duas teses por serem controversas deveriam ser analisadas. Contudo, o que interessa neste tópico é a ideia de que as capacidades são direitos no sentido de serem títulos (*entitlements*).

Há pelos menos duas abordagens sobre o significado de “direitos”,⁹ a concepção de *direitos como títulos* e a de *direitos como exigências*. A primeira delas sustenta que os direitos são uma relação entre dois termos, uma pessoa (física ou jurídica) e um bem. Nesse caso, os direitos são considerados vínculos entre a pessoa e o bem, dos quais podem derivar demandas contra outras pessoas.¹⁰ Para a segunda, os direitos pressupõem três termos, alguém, outras pessoas e uma ação ou algo. Nessa, as relações são consideradas como “exigências” ou reivindicações de alguém sobre outrem acerca de algo (OLIVEIRA, 2010).

Na sequência, defende-se que a concepção de direitos *como exigência* descreve logicamente melhor o discurso moral e jurídico do e sobre as capacidades como direitos humanos.¹¹

Sendo assim, a presente tópico não trata da questão clássica o que é o “direito”, nem do que significa “ter direitos” ou ainda que “direitos as pessoas têm ou podem ter?”. Ela tem

⁹ Aqui a expressão “direitos” é usada como sinônimo de direitos subjetivos.

¹⁰ Os referidos vínculos podem ser morais ou jurídicos. Desse modo, tal como alguns autores de matiz jusnaturalista ou não positivista defendem, os direitos expressam relações morais e jurídicas. Observação relevante: nem todos os autores jusnaturalista ou não positivista defendem a tese dos direitos como títulos. Por outro lado, autores positivistas podem defender tal posição ou não.

¹¹ A tese aqui defendida não é original. Ela foi concebida e defendida por Marco Antônio de Oliveira no artigo *Rights as entitlements and rights as claims*. *Veritas*, Porto Alegre, v. 55, n. 1, p. 164-182, jan./abr. 2010. Entretanto, as abordagens propostas e as razões apresentadas diferem. E por ser um tema pouco estudado, mas, de relevância teórica singular, entende-se que a tese precisa ser melhor discutida.

como foco uma questão anterior, a saber, o que são “os direitos”? Mais precisamente, sobre o significado dos “direitos”?¹²

4.1 Direitos como títulos

A concepção de *direitos como títulos* sugere a ideia de que ter um direito é estar na posse de *algo* de que lhe é essencial, fundamental. Sendo assim, esta posse é um benefício, uma vantagem (OLIVEIRA, 2010). É importante frisar que o direito não é posse de uma coisa qualquer, mas de *algo* essencialmente benéfico às pessoas. Sendo assim, não haveria *razões* para não o querer ou dele não dispor.

Uma vez que direitos têm natureza normativa, quando *alguém* está na posse de *algo* tem a prerrogativa de poder exigir que outros façam ou deixem de fazer certas coisas. Como afirma Oliveira (2010), a existência de um direito é a razão ou fundamento para se fazer exigências. A pretensão de fazer exigências decorre da posse do vínculo que *alguém* tem com *algo*.

Um dos autores que pode ser enquadrado na concepção de que direitos são títulos é Raz (2011). Ele apresenta a seguinte definição de direitos:

Definição: “X tem um direito” se e somente se X puder ter direitos, e, se outras coisas forem iguais, um aspecto do bem estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para considerar alguma (s) outra (s) pessoa (s) sujeita (s) a um dever.

Capacidade para possuir direitos: um indivíduo é capaz de direitos se e somente se o seu bem-estar for de valor supremo, ou se ele for uma pessoa artificial (como, por exemplo, uma empresa).

Para melhor se compreender a ideia de direitos como títulos é importante se fazer algumas considerações acerca da definição proposta. Elas estão divididas em quatro pontos:

4.1.1 Os direitos e a capacidade para ter direitos

“Ter direitos” pressupõe a capacidade de ter direitos. O direito a um direito está condicionado à existência da capacidade para tê-los. A capacidade de ter direitos constitui-se como condição de possibilidade para se ter direitos. Assim, não é qualquer um, qualquer ser, que têm direitos. Evidente, coisas ou bens não têm ou não podem ter direitos.

Para saber quem tem direitos, é necessário esclarecer a capacidade para ter direitos. A Capacidade para ter direitos está associada, aqui interessa apenas as pessoas naturais, ao valor intrínseco e supremo do bem-estar (interesse) daquele que tem direitos (AGENTE). Os

¹² Trata-se de uma análise na esfera do discurso, da linguagem.

detentores de direitos precisam ser agentes que têm interesses e integrar a mesma comunidade moral.¹³

Em regra, os direitos e os deveres somente podem ser dirigidos a membros da mesma comunidade moral. Agora, é possível que existam deveres para com os não membros da comunidade moral, desde que aqueles (deveres) não estejam baseados no interesse dos beneficiários daqueles deveres. Pode ser destacar o exemplo dado por Raz (2011, p. 165): “[...] os meus deveres para com os animais (não humanos) estão calcados nas considerações do meu próprio caráter (não suporto causar dor) e não nos interesses dos animais, então os animais não têm direitos, a despeito do fato de que eu tenho deveres para com eles.”

Sendo assim, apenas pessoas, físicas ou jurídicas, podem ter direitos.

4.1.2 O bem-estar (interesse) como critério de exigibilidade do direito

A exigibilidade do direito está fundada em algum aspecto do bem-estar (interesse) daquele que tem a capacidade para ter direitos. De acordo com Raz, são os interesses da pessoa que justificam seus direitos e os deveres alheios.

Contudo, é importante registrar que não é qualquer interesse que pode ser fundamento de direitos e gerador de deveres. O interesse precisa ser de valor fundamental, não instrumental. Precisa ter valor intrínseco. Assim, “somente aqueles que cujo bem-estar é de valor último podem ter direitos, então somente os interesses considerados de valor último podem constituir a base dos direitos.”

4.1.3 Os critérios geradores do dever

Há dois critérios geradores de dever: a capacidade para ter direitos e o valor supremo do seu bem-estar (interesse). Daí se segue que, a capacidade para ter direitos associada com o valor supremo do seu bem-estar (interesse) obriga os outros, gera um dever.

A ideia básica parece ser que nem todo interesse tem valor intrínseco e portanto, nem todo interesse origina deveres. Aqui tem-se a pressuposição de que os membros de uma comunidade moral teriam condições de reconhecer os interesses de valor supremo ou serem capazes de classificar os interesses por graus.

¹³ Raz (2011, p. 164) chama esse último critério de tese da reciprocidade. A comunidade moral é entendida por ele como “a comunidade de indivíduos que interagem e cujas obrigações recíprocas são idealizadas como tendo origem em um contrato social, como representando um negócio justo processo de negociação, ou como se a moralidade fosse concebida de alguma outra maneira tal como um sistema de vantagem mútua de todos os membros da comunidade.”

4.1.4 O direito é o fundamento do dever

O direito é o fundamento de um dever, fundamento que, se não for neutralizado por considerações contraditórias, justifica considerar aquela pessoa como tendo o dever. Contudo, isso não quer dizer que a cada direito corresponda a um dever, ou seja, existe a possibilidade de um direito fundamentar diversos direitos. Além disso, um direito pode gerar em momentos distintos, deveres diferentes – Aspecto dinâmico do direito.

Sendo assim, para Raz (2011) o discurso dos direitos indica um tipo de fundamento para uma exigência de ação. Afirma ele:

Dizer que uma pessoa deveria se comportar-se de certa maneira é afirmar uma exigência para a ação sem indicar um fundamento. Asseverar que um indivíduo tem um direito é indicar um fundamento para a ação de um determinado tipo, isto é, que um aspecto do seu bem-estar é um fundamento para um dever sobre outra pessoa. (RAZ, 2011, p. 167).

A teoria de Raz necessita de uma teoria suplementar que mostre porque certos interesses, servem ou podem servir de razões *prima facie* suficientes para se alegar ou atribuir a outrem algum dever correspondente.

A concepção de *direitos como títulos* defende a ideia de que os *direitos humanos* seriam bens essenciais, na linguagem de Raz, “aspecto do bem-estar de alguém”, sem eles, não seria possível pensar a existência e a realização humana. Eles precisam ser garantidos e promovidos.

Nesses termos, se um bem for essencial então todo e qualquer meio necessário para a sua proteção e promoção é igualmente essencial. Inclusive, esse argumento pode ser usado para exigir que direitos morais sejam transformados em direitos legais – Direitos humanos – Direitos fundamentais – Haveria um direito moral a essa transformação.

4.2 A concepção de direito como exigências

Na concepção de *direitos como exigências* de maneira diversa da concepção de *direitos como títulos*, quando se diz que *alguém* tem um direito não se está apenas afirmando que ele tem um vínculo com algo e dessa relação se deduz que outros tenham deveres, mas que este alguém exige de outro, algo. O vínculo não é entre *alguém* e *algo*, mas, entre *ao menos duas pessoas* (ou entre indivíduo e ao menos uma pessoa) acerca de *algo*.

Esta concepção, originariamente, foi defendida por Hohfeld. Convencido de que os juristas americanos e ingleses empregavam a palavra “direito” de modo confuso, empreendeu um estudo analítico sobre os usos possíveis e distintos da mesma. Ele identificou oito conceitos distintos que julgava serem “fundamentais” por expressarem “relações jurídicas básicas”. As

apresentou em um esquema de “opostos” e “correlativos” (OLIVEIRA, 2010). Estes serão citados, mas não detalhados:

- a) **Opostos:**
 - 1) Direito/não direito
 - 2) Privilégio (permissão - liberdade) / dever
 - 3) Poder/incapacidade
 - 4) Imunidade/suscetibilidade
- b) **Correlativos:**
 - 1) Direito/dever
 - 2) Privilégio/não direito
 - 3) Poder/suscetibilidade
 - 4) Imunidade/incapacidade

Apenas será analisado o primeiro par de correlativos. Para Hohfeld, direito em sentido+-- estrito é o correlativo de um dever. E deve ser expresso pelo termo *claim* (*claim-right*). *Claim* é uma expectativa, demanda ou exigência contra alguém: se tenho um direito, posso exigir de *alguém*, algo. No interior dessa perspectiva, o direito não é a posse de algo, mas, consiste no direito que tenho de exigir de alguém sobre algo. Esse alguém tem o dever de fazer ou deixar de fazer *algo* em razão das expectativas, exigências daquele.

Para ilustrar: X não tem direito à vida, por ser detentor, portador do direito à vida, mas, porque ele pode exigir de y que sua vida seja respeitada. A ideia é de que é possível, no caso em apreciação, falar-se em direitos de reivindicação. Hart concorda em classificar os direitos que envolvem o controle sobre os deveres com a referida expressão.

Contudo, essa concepção parece funcionar apenas se for admitido que:

- a) Há um vínculo entre as pessoas que não depende de algum ato voluntário (ativo ou passivo). Tem-se que imaginar um tipo de relação, a natureza dela precisa ser esclarecida, para justificar o binômio direito/dever;
- b) Em regra, são exigências que devem ser entendidas, como vinculantes e podem ser feitas a todas as pessoas – moralmente o argumento é forte, mas não juridicamente o é.

Como entender os direitos humanos? Qual a concepção que melhor descreve os direitos humanos e permite que eles sejam melhor protegidos ou que possibilite se pensar mecanismos mais eficientes de proteção?

Há vantagens de entender os *direitos humanos como exigências* e não apenas *como títulos*:

- a) Exigências pressupõem um portador real do dever correlato, são deveres perfeitos (linguagem kantiana);
- b) O portador do dever e o conteúdo deste pode ser claramente identificado – embora Raz afirme que os direitos são razões suficientes para se atribuir um dever a outrem, o conteúdo do dever atribuído não é necessariamente o mesmo conteúdo do direito alegado; não é claro imediatamente, portanto, nem qual o dever nem quem é o portador do dever que daí possa seguir-se;
- c) O portador do dever não apenas reconhece *prima facie*, mas está obrigado a fazer ou deixar de fazer, ou realizar vagamente o direito.

Embora não seja um equívoco conceber os direitos humanos como títulos, faz-se necessário reconhecer que é mais razoável concebê-los como exigências, como uma exigência real. Tal compreensão evita que se diga: “sim, tens o direito, mas não posso/podemos realizá-lo, garanti-lo.” Entender os *direitos humanos como exigências* faz com que todas as vezes que *alguém (particulares/estado)* não os garanta, não os respeite, não os proteja, tem que alegar boas e sólidas razões, morais e jurídicas, especialmente morais.

Entender o direito como *exigências* traz ao EC maior robustez teórica e clareza na indicação de quem tem o dever de efetivar os direitos (capacidades centrais) e estipula padrões argumentativos mais rígidos.

Referências

ALKIRE, S. Why the Capability Approach? *Journal of Human Development and Capabilities*, v. 6, i. 1, p. 115-135, 2005. doi: <http://dx.doi.org/10.1080/146498805200034275>

KANT, I. *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

NUSSBAUM, M. Capabilities and human rights. *Fordhan Law Review*, v. 6, i. 2, p. 273-300, 1997.

NUSSBAUM, M. Capacidades e Justiça Social. In: DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; BARBOSA, L. (Org.). *Deficiência e igualdade*. Brasília, DF: Letras Livres/Universidade de Brasília, 2010. p. 21-42.

NUSSBAUM, M. *Crear Capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona, Paidós, 2012.

NUSSBAUM, M. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. New York: Cambridge University Press, 2007.

NUSSBAUM, M. *Sex & Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1999.

NUSSBAUM, M. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. New York: Cambridge University Press, 2000.

OLIVEIRA, M. A. de. Rights as entitlements and rights as claims. *Veritas*, Porto Alegre, v. 55, n. 1, p. 164-182, jan./abr. 2010.

RACHELS, J. Kantian Theory: The Idea de Human Dignity. In: RACHELS, J. *The elements of moral philosophy*. New York: Random House, 1999.

RAZ, J. *A moralidade da liberdade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SEN, A. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, A. Capability and Well-Being. In: NUSSBAUM, M.; SEM, A. *The Quality of Life*. New York, Oxford University Press, 1993.

SEN, A. Equality of What? In: MCMURRIN, S. *Tanner Lectures on Human Values*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980. v. 1.

WOOD, A. A boa vontade. *Studia Kantiana*, Rio de Janeiro, n. 9, 2009.



**PARTE II – TEORIA DA SEGURANÇA
SOCIAL**

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM CORTES CONSTITUCIONAIS: O CASO GROOTBOOM — TRADUÇÃO E COMENTÁRIOS¹

Social rights in constitutional courts: Irene Grootboom's Case — translation and remarks

Notas críticas ao Caso *Grootboom*: sobre a efetivação de direitos sociais para todos e o controle judicial da constitucionalidade para garantir proteção suficiente em contexto de escassez de recursos²

O caso Grootboom é uma das mais famosas decisões de Corte Constitucional sobre direitos sociais.³ No presente caso, a Corte Constitucional da África do Sul teve de deliberar sobre o sentido e o alcance do direito constitucional a adequadas condições de moradia. Esse é um direito estabelecido como “fundamental” na Seção 26, 1, da Constituição daquele país. O objeto do julgamento foi decidir sobre a existência do dever constitucional de o Estado de tomar medidas legislativas, e outras medidas razoáveis, para assegurar a *progressiva realização* do direito de acesso à habitação adequada, conforme prevê a Seção 26, 2, da Carta Fundamental.⁴

O relatório do Acórdão revela que o caso gira em torno de uma comunidade que foi despejada da zona rural — um assentamento informal — e que migrou para precários abrigos num centro comunitário no perímetro urbano da Cidade do Cabo, na localidade de Wallacedene. Os despejados — agora invasores dessa área urbana — não dispunham de saneamento básico, nem de eletricidade no local onde se encontravam, em Wallacedene. Irene Grootboom e outros moradores ajuizaram, então, um pedido de providências ao Tribunal Superior da cidade do Cabo, apoiando-se nas Seções 26 (o direito de acesso à moradia adequada) e 28 (direito das crianças a abrigo), da Constituição da África. Reclamaram providências emergenciais. O Tribunal Superior, invocando o caso *Soobramoney*, entendeu que o governo já havia tomado todas as “medidas razoáveis, dentro dos recursos disponíveis - como exige a Seção 26

¹ A tradução deste caso só foi possível graças à prestigiosa colaboração de uma equipe de orientandos e colegas, composta por: Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, Thiago Martini Ribeiro Pinto, Amanda Vaz Teixeira e Carolina Tissi Della Zuana. O plano de tradução, a supervisão da tradução e a revisão técnica da tradução é de Carlos Luiz Strapazzon e de Robison Tramontina. O texto de notas críticas é de Carlos Luiz Strapazzon.

² Estes comentários são uma versão atualizada e revisada da primeira versão publicada na tese de doutorado de Carlos Luiz Strapazzon, *Jurisdição Constitucional: função da República*, defendida em 2011 no PPGD da UFSC, Brasil.

³ O caso *Grootboom* chamou a atenção de toda a comunidade internacional de pesquisadores sobre direitos sociais fundamentais. Para outros estudos e aplicações, ver: LIEBENBERG, Sandra. The Right to Social Assistance: The Implications of Grootboom for Policy Reform in South Africa, 17 S. African Journal on Human Rights, 232 (2001); SELEOANE, Mandla. The Right to Education: Lessons from Grootboom, 7 Law Democracy & Dev. 137 (2003); SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa, Public Law Working Paper No. 12; U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 124; VOS, Pierre De. Grootboom, the Right of Access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness, 17 S. African Journal on Human Rights, 258 (2001)

⁴ Em inglês: 26. *Housing*: Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of the right.

(2) da Constituição — *exceto o direito de as crianças terem um abrigo (shelter) independentemente de recursos disponíveis*, como assegurado pela Seção 28, (c) da mesma Constituição.” O Tribunal Superior decidiu, por isso, que alguns dos recorrentes tinham o direito de receber um abrigo básico, desde que fossem crianças ou pais de crianças.

Quatro meses depois de proferida a sentença do Tribunal Superior, as medidas judiciais determinadas não haviam sido efetivadas pela administração local. Daí veio o recurso à Corte Constitucional. Esta, por sua vez, resolveu o caso de forma inusitada e paradigmática, posto que aprofundou as discussões sobre o significado do termo *shelter* no contexto constitucional. Questão de mais alta relevância, pois até então, *shelter* era entendida como o direito a um abrigo básico, uma forma rudimentar de habitação. E foi por isso que o Tribunal Superior aceitou a oferta feita pelas autoridades locais, antes do recurso à Corte Constitucional, de os recorrentes crianças (ou pais) receberem uma forma básica de abrigo.

As razões que motivaram a decisão são de cinco matizes diferentes: a Corte Constitucional considerou (a) o contexto histórico das invasões ilegais de terras, (b) os princípios de justiça processual, (c) a força vinculante dos direitos fundamentais sociais, (d) técnicas de interpretação constitucional para determinar o âmbito de proteção do termo *shelter*; (e) e a interpretação constitucional a partir da experiência do sistema internacional de direitos humanos.

Nesse contexto, a Corte não só realizou um controle estrito de constitucionalidade de omissão legislativa, pois a legislação sobre o programa habitacional nada previa a respeito de circunstâncias gravíssimas que exigem intervenção imediata, como também controlou a convencionalidade da proteção insuficiente, ao trazer para o caso todo um conjunto de razões baseadas nos precedentes da Comissão de Direitos Económicos Sociais e Culturais nas Nações Unidas. Além disso, a Corte ofereceu cuidadosa metodologia de interpretação do texto constitucional, em exemplar elucidação das razões consideradas mais relevantes e do procedimento de ponderação e para determinar o conteúdo do conceito de *shelter*, ou de abrigo, que um caso com essas características pode suscitar. Contudo, a argumentação relevante não tem apenas assento nos textos normativos — Constituição e Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais —, mas também na história social de Irene Grootboom e seus pares, os apelados.

O fundamento sócio-político da decisão tem bases na história social da África do Sul. A Corte elaborou uma crítica moral às políticas discriminatórias do passado (fundiária e urbana): com base nisso reconheceu que a expropriação colonial e a distribuição de terras por critérios raciais, dos anos de *apartheid*, deslocaram a população rural para os centros urbanos e, ao mesmo tempo, precarizaram a atividade agrícola. Reconheceu também que a cidade do Cabo adotava, naqueles anos de *apartheid*, um controle racial de fluxo urbano, “[...] a causa do

agudo problema de falta de habitação adequada atualmente.” (§6). Eis por que tanta migração rural e tanta concentração de população pobre em áreas de alto risco social. Dessa perspectiva, os interesses dos apelados passaram a ser interpretados a partir de um contexto real mais amplo do que a mera subsunção normativa do texto constitucional.

O segundo fundamento, de natureza normativa, tem bases na correlação entre direitos fundamentais e *due process of law*. A Corte criticou as arbitrariedades cometidas pelas autoridades durante o procedimento de despejo e assentou que tal ato foi prematuro e desumano: “uma reminiscência dos despejos dos tempos do apartheid. Casas foram demolidas e queimadas; pertences destruídos. Muitos moradores sequer conseguiram salvar seus pertences pessoais.” (§10). Eis porque o Estado democrático da África do Sul também seria co-responsável pela situação desoladora dos assentados que se encontravam em Walacedene: estavam destituídos das condições mais básicas de proteção contra o frio, e também de alimentação, e isso em boa medida por causa do modo pelo qual foram expulsos da área rural invadida durante o procedimento de despejo e de reintegração de posse.

O terceiro fundamento tem bases na compreensão sobre a natureza vinculante das obrigações estatais de fazer e, assim, da *exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais*. A Corte afirmou que na África do Sul todos os direitos sócio-econômicos são justiciáveis.⁵ Para aprofundar o tema, invocou o célebre *Certification Judgment*,⁶ ocasião em que a Corte decidiu que:

[U]ma Constituição pode conferir aos tribunais tarefas que normalmente são conferidas aos demais Poderes sem que isso implique numa violação da Separação de Poderes e [...] porque muitos dos direitos civis e políticos inscritos no [texto constitucional antes deste caso] originavam semelhantes implicações orçamentárias sem, por isso, comprometer-lhes a justiciabilidade. (Case CCT 23/96, tradução nossa).

O quarto fundamento tem bases nos *postulados interpretativos*⁷ assentados pela jurisprudência da própria Corte, alguns invocados naquele referido *Certification Judgment* e outros no próprio texto constitucional, Seção 39. A Corte reafirmou, primeiramente, que todos os direitos constantes do *Bill of Rights* devem ser interpretados *em seu contexto* (§21). Assim como os direitos à moradia constantes da Seção 26.⁸ Depois, assentou que é seu dever considerar o

⁵ Esse entendimento vem da interpretação proferida no *Certification Judgment*, Case CCT 23/96, 6 setembro de 1996.

⁶ Esse não foi um caso como outros, na Corte. Trata-se de um pedido feito pelo Parlamento constituinte da África do Sul, antes de aprovar o novo texto constitucional. O pedido feito à Corte foi para que ela se pronunciasse sobre cada um dos artigos do novo texto constitucional, a fim de que os três Poderes participassem do novo pacto constitucional e, também, que a Corte superasse quaisquer dúvidas quando a legitimidade constitucional de algum dos novos dispositivos.

⁷ Nos parágrafos 34 a 38 do *Certification Judgment*, ficou estabelecido que toda interpretação da Constituição deve ser (1) *teleologicamente orientada*, isto é, coerente com o *objetivo* fundamental da Carta, que é *estabelecer uma nova ordem constitucional*, de um estado constitucional democrático e soberano, no qual todos os cidadãos tenham meios de participar e exercer seus direitos fundamentais e suas liberdades. Isso implica, por outro lado, que a Carta (2) não deve ser interpretada com *rigidez técnica*, pois os princípios constitucionais são meios para lidar com situações presentes e futuras. Por isso, também, todos os princípios constitucionais devem ser lidos (3) *holisticamente*, o que significa, de forma integrada com outros princípios e com seu contexto.

⁸ A S. 26 tem três subseções. A primeira confere um direito geral de acesso à moradia adequada. A segunda estabelece e delimita o âmbito da obrigação positiva imposta ao Estado para promover o acesso à moradia adequada e tem três elementos-chave. O

direito internacional e o direito estrangeiro como fontes de interpretação do *Bill of Rights* sul-africano.⁹ Extraiu, então, que é obrigação da África do Sul realizar o *mínimo essencial*¹⁰ desses direitos fundamentais sociais.

A tarefa desafiadora para a Jurisdição Constitucional passou a ser determinar o que seja a noção internacional de *nível mínimo essencial de obrigações sociais* e, também, o que sejam, no plano interno, *medidas estatais razoáveis* para realizar o mínimo essencial dessas obrigações. A posição da Corte foi a seguinte: como a Constituição exige que o Estado adote *medidas razoáveis para realizar o mínimo essencial dessas obrigações internacionais*, esse assunto há de ser desenvolvido em conjunto com o Poder Executivo. Por isso decidiu que o governo deve apresentar “um programa razoável, dessa forma, deve alocar, claramente, responsabilidades e deveres às diferentes esferas governamentais, na busca de assegurar que os recursos humanos e financeiros apropriados estejam disponíveis.” (§39).

O Poder Judiciário, então, não indicaria, nem escolheria “quais medidas seriam as mais desejáveis ou favoráveis para serem adotadas, ou como o dinheiro público poderia ser melhor aproveitado.” O que é, decididamente justiciável é, segundo a Corte, “garantir que as medidas adotadas seriam razoáveis.” (§41). Ou seja, a intervenção judicial avalia se o Estado tem um *programa razoavelmente formulado* e se está envidando todos os esforços para que tal programa seja *razoavelmente implementado*, pois “um programa razoável que não é implementado de maneira razoável não terá cumprido razoavelmente suas obrigações.” (§42). Agora, os resultados devem ser mensuráveis e efetivos, quer dizer, o relator advertiu que a implementação razoável de um programa social não significa apenas avanços estatísticos, pois “se as medidas adotadas, embora estatisticamente bem sucedidas, deixam de responder às necessidades dos que delas mais necessitam, então não passam no teste da razoabilidade.” (§44).

A implementação razoável, contudo, tem outra face: a duração. A Corte admitiu, no mesmo julgamento, que é correta a interpretação oferecida pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU, na Observação Geral n. 3/1990, quanto ao significado que se deve atribuir à expressão “realização progressiva” dos direitos sociais. Interpreta-se a realização

Estado é obrigado a: (a) adotar medidas legislativas e outras, (b) com seus recursos disponíveis, (c) para alcançar a realização progressiva desse direito. A terceira subseção fornece proteção contra despejos arbitrários. Interpretá-los em seu contexto exige partir do *texto* e complementar a decisão a partir do *contexto* histórico e social (§22).

⁹ Ver o Art. 39 da Constituição Sul-Africana. A tese de que acordos, tratados e *cases* internacionais relativos a direitos humanos que não tocam diretamente a África do Sul devem ser adotados como *instrumentos de interpretação* tem sido adotada pela Corte a partir do *case* Makwanyane and Another 1995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC).

¹⁰ O conceito de obrigação mínima, ou de *nível mínimo essencial*, foi desenvolvido pelo Comitê no Comentário Geral n. 3, de 1990 (ONU Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2008). Atender o nível mínimo essencial de suas obrigações sociais é um piso abaixo do qual a conduta do Estado não deve descer se quiser cumprir com suas obrigações assumidas no PIDESC, ou seja, a obrigação mínima, ou o *nível mínimo essencial*, é determinada, tendo em conta as necessidades dos grupos mais vulneráveis.

progressiva “à luz do objetivo geral [...] do Pacto, que é estabelecer claras obrigações [...] de avançar o mais rápida e eficazmente possível para alcançar esse objetivo (§ 9º).

Com base nesses critérios a Corte avaliou o programa habitacional então vigente na África do Sul e a particular situação das pessoas que se encontravam em situação de especial vulnerabilidade. Constatou violação direta ao direito de *adequada moradia*, determinou a execução de políticas públicas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, porém sem necessidade de intervir nas *escolhas possíveis*, isto é, sem determinar judicialmente o que seriam *meios razoáveis* de efetivação desses direitos, competência exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo.

CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL

Caso CCT 11/00

O GOVERNO DA REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL - Primeiro Apelante

O PREMIER DA PROVÍNCIA DO CABO ORIENTAL - Segundo Apelante

CONSELHO METROPOLITANO DO CABO - Terceiro Apelante

MUNICIPALIDADE DE OOSTENBERG - Quarto Apelante

Versus

IRENE GROOTBOOM

E OUTROS - APELADOS

AUDIÊNCIA EM: 11 DE MAIO DE 2000

JULGADO EM: 4 DE OUTUBRO DE 2000

JULGAMENTO

YACOOB J:

A. Introdução

1. O povo da África do Sul é comprometido com a obtenção de justiça social e a melhoria da qualidade de vida para todos. O Preâmbulo de nossa constituição registra este compromisso. A Constituição declara que os valores fundantes da nossa sociedade são: “a dignidade humana,

a obtenção da igualdade e a promoção dos direitos humanos e as liberdades.”¹¹ Este caso se relaciona com a realização destas aspirações, vez que diz respeito a obrigação constitucional estatal concernente a moradia: uma questão constitucional de fundamental importância para o desenvolvimento da nova ordem constitucional da África do Sul.

2. As questões aqui tratadas nos trazem à memória as intoleráveis condições sob as quais muitas pessoas ainda vivem. Os apelados representam apenas uma parcela destas pessoas. Isto recorda, também, que ao menos que a situação desfavorável destas comunidades seja aliviada, as pessoas poderão sentir-se tentadas a fazer justiça com as próprias mãos, na busca de escaparem destas condições desfavoráveis. Este caso nos confronta com a dura realidade na qual as promessas constitucionais de dignidade e igualdade para todos ainda são, para muitos, um sonho distante. As pessoas não deveriam ser impelidas a invadir terras em virtude das intoleráveis condições de moradia. Atitudes como estas não podem ser toleradas, uma vez que a indisponibilidade de terrenos adequados para o desenvolvimento de um programa habitacional é a chave na luta contra o déficit de moradia no país.

3. O grupo de pessoas a quem concerne este processo vivia em condições deploráveis e decidiram mudar-se e, ilegalmente, ocuparam terras pertencentes a outra pessoa. Foram, então, despejados e ficaram sem lugar para morar. A raiz dos problemas deles são as condições intoleráveis sob as quais estavam vivendo enquanto esperavam a oportunidade para serem alocados no programa de moradia com baixo custo. Estas são as pessoas cujos direitos constitucionais devem ser determinados neste caso.

4. A Sra. Irene Grootboom e os outros apelados¹² se viram sem lugar para morar em resultado do despejo efetivado das suas moradias provisórias situadas em terreno particular que seria destinado ao programa formal de moradias a baixo custo. Ingressaram com um pedido no Tribunal Superior do Cabo da Boa Esperança, requerendo que o governo providenciasse abrigo, ou moradia, até que eles conseguissem acomodações permanentes e lhes fosse concedido um certo nível de alívio¹³ *ao seu sofrimento*. Aos apelantes foi determinado providenciar abrigo aos apelados que fossem crianças e aos seus pais. O Julgamento, de maneira provisória, concluiu que “barracas, latrinas portáteis, e um suprimento regular de

¹¹ Ver Seção 1(a) da Constituição

¹² Os apelados são 510 crianças e 390 adultos. A Sra. Irene Grootboom, a primeira apelada, representa os demais apelantes perante a Tribunal Superior.

¹³ O Julgamento de Davis J, no qual Comrie J participou é reconhecido como *Grootboom v Oostemberg Municipality e outros* 2000 (3) BCLR 277 (C).

água (mesmo que através de transporte), seria o mínimo a ser concedido.”¹⁴ Os apelantes, que representam todas as esferas governamentais responsáveis pela moradia¹⁵ se insurgiram contra a justiça daquela determinação.

5. Na audiência do caso uma oferta foi feita pelos apelantes para amenizar a imediata crise que os apelados estavam vivendo. A oferta foi aceita pelos apelados. Isso significou que a situação não era tão urgente como poderia ser. Entretanto, quatro meses após a audiência, os apelados ingressaram com um pedido urgente perante esta Corte, onde revelaram que os apelantes não haviam cumprido os termos da oferta. O pedido foi apresentado em 21 de setembro de 2000. Naquela data, esta Corte, após ouvir as partes, determinou ao município que providenciasse certos serviços básicos.

6. A causa para o grave déficit de moradia reside no *apartheid*. Uma questão central daquela política era o sistema de controle de influxo que objetivava limitar a ocupação Africana de áreas urbanas.¹⁶ O controle do influxo foi rigorosamente posto em prática na região do Cabo Ocidental, onde a política governamental favorecia a exclusão do povo Africano em função de estabelecer a preferência para as “pessoas de cor” (*coloured community*): uma política adotada em 1954 e denominada “*coloured labour preference policy*”. Como consequência disso, a disponibilidade de moradias familiares para Africanos na Península do Cabo foi congelada em 1962. Este congelamento foi estendido para outras áreas urbanas no Cabo Ocidental em 1968. Apesar da rígida aplicação do controle migratório, africanos continuaram a mudar-se para a região em busca de emprego. Desapropriação colonialista e uma rígida distribuição étnica da terra nas áreas rurais deslocou a economia rural e tornou-a, outrora sustentável e independente, uma atividade cada vez mais precária. Devido à falta de moradia adequada, um grande número de pessoas instalou-se em acampamentos informais em toda a Península do Cabo. O ciclo do *apartheid* foi, portanto, uma das principais restrições ao movimento interno do povo africano para as áreas urbanas, o inexorável êxodo de pessoas pobres do campo para as cidades, as condições inadequadas de habitação, a superpopulação resultante, a multiplicação do número de favelas, o constante abuso de força das autoridades e as intermitentes remoções forçadas.¹⁷

¹⁴ Idêntico a 293A.

¹⁵ O primeiro apelante é o Governo da República da África do Sul (governo nacional); o segundo apelante é o *Premier* da Província do Cabo Ocidental, representando o Governo da Província do Cabo Ocidental (o Governo do Cabo Ocidental); o terceiro apelante, o Conselho Metropolitano do Cabo, é o representante do governo central e supervisor local; e o quarto apelante é a Municipalidade de Oostenberg (município) que é braço local do governo. Todos os apelantes são órgãos governamentais.

¹⁶ A origem desta política foi claramente apresentada no julgamento majoritário desta Corte em *Ex Parte Governo Provincial do Cabo Ocidental e outros: In Re DVB Behuising (Pty) Ltd v Governo Provincial Noroeste e outro 2000 (4) BCLR 347 (CC) parágrafos 41-47*.

¹⁷ Em 1985, quando a política de favorecimento do trabalho branco foi finalmente abolida, tornou-se possível para Africanos adquirirem títulos de posse através de arrendamento por 99 anos no Cabo Ocidental (esta forma de arrendamento foi estabelecido no resto do país em 1978). No ano seguinte o governo abandonou esta política de controle migratório na sua integralidade.

O legado do controle migratório no Cabo Ocidental é o agudo déficit de moradia que existe agora. Ainda que a precisa extensão seja incerta, o déficit chegava a mais de 100.000 (cem mil) unidades na região Metropolitana do Cabo à época do início da vigência da Constituição interina em 1994. Centenas de milhares de pessoas que necessitavam de moradia ocupavam acampamentos informais e rudimentares onde dispunham de mínimo abrigo, e nada mais.

7. A Sra. Grootboom e a maioria dos outros apelados viviam, anteriormente, em uma favela chamada *Wallacedene*. Está situada na fronteira da área do município de Oostenberg, que, por sua vez, encontra-se na região leste da região Metropolitana do Cabo. As condições sob as quais a maioria dos residentes de *Wallacedene* viviam eram lamentáveis. Um quarto das famílias de *Wallacedene* não recebiam qualquer renda, e mais de dois terços das famílias recebiam menos do que R500 por mês.¹⁸ Cerca de metade da população era composta por crianças, e todas viviam em cabanas. Não havia água encanada, sistema de esgoto ou coleta de lixo disponíveis e apenas 5% (cinco por cento) das cabanas dispunham de eletricidade. A área era parcialmente alagada e perigosamente próxima de uma *via expressa*. A Sra. Grootboom vivia com sua família, e a de sua irmã numa cabana de aproximadamente vinte metros quadrados.

8. Muitas pessoas haviam se inscrito para o programa de moradia de baixo custo oferecido pelo município e estavam aguardando na lista por até sete anos. Apesar das inúmeras consultas, o município jamais oferecera qualquer resposta definitiva. A espera, obviamente, iria ser muito longa. Enfrentando a possibilidade de permanecer sob condições intoleráveis indefinidamente, os apelados começaram a deixar *Wallacedene* no final de setembro de 1998. Montaram suas barracas e cabanas em terreno desocupado, de propriedade particular, e que havia sido destinado para moradias de baixo custo: chamaram o lugar de *New Rust*.

9. Eles não conseguiram a autorização do proprietário que, em 8 de dezembro de 1998 obteve uma ordem de despejo contra os invasores, na *Corte dos Magistrados*. Mesmo após serem intimados da ordem despejo, os ocupantes permaneceram na ocupação além da data que havia sido determinada para a desocupação. A Sra. Grootboom afirma que eles não tinham outro lugar para ir, vez que suas vagas em *Wallacedene* haviam sido ocupadas por outras pessoas. Os procedimentos de despejo foram renovados em março de 1999. Os advogados dos apelados foram nomeados pelo Magistrado para representá-los *no dia de resposta ao mandado provisório de despejo*. As negociações resultaram na concessão de um mandado para desocupar *New Rust* e

¹⁸ Os números aqui apresentados são resultado de uma pesquisa sobre carência conduzida, na Comunidade de *Wallacedene*, e compilada, em dezembro de 1997, pelo município.

que autorizava o Xerife a efetivar o despejo, desmanchar e remover qualquer estrutura sobre a terra no dia 19 de maio de 1999. O magistrado também determinou que as partes e o município iniciassem uma mediação para identificar um local alternativo para a ocupação temporária ou permanente dos residentes de *New Rust*.

10. O município não era parte integrante do litígio, mas havia designado advogados para acompanharem o processo em seu favor. Não está claro se o município fez parte da ocupação e do acordo para mediação. Também não ficou claro se o despejo foi realizado nos termos da Lei de Prevenção de Despejo Ilegal e de Ocupação Ilegal de Terras, de 1998.¹⁹ A validade da ordem de despejo nunca foi impugnada e deve ser aceita como correta. Contudo, não aconteceu mediação, e em 18 de maio de 1999, no início do frio e do chuvoso inverno do Cabo, os apelados foram despejados à força, às custas do município. Isto aconteceu prematura e desumanamente: como resquício dos despejos ao estilo do *apartheid*. Os lares dos apelados foram derrubados com tratores, queimados e seus pertences destruídos. Muitos dos residentes não estavam presentes e não puderam sequer salvar seus pertences pessoais.

11. Os apelados foram abrigar-se no campo de esportes de *Wallacedene* em estruturas tais quais eles puderam organizar. Dentro do prazo de uma semana as chuvas de inverno começaram a cair e as lonas plásticas usadas como abrigo ofereciam parca proteção. No dia seguinte, o advogado dos apelados notificou o município informando as condições intoleráveis sob as quais os seus clientes estavam vivendo e demandando que o município cumprisse suas obrigações constitucionais e providenciasse acomodação temporária aos apelados. Os apelados não ficaram satisfeitos com a resposta do município²⁰ e ingressaram com pedido urgente na Tribunal Superior em 31 de maio de 1999. Como indicado acima, a Tribunal Superior *deferiu o pedido* dos apelados, e os apelantes agora apelam contra aquela decisão.

12. No restante do presente Acórdão, vou primeiro delinear o raciocínio adotado na sentença da Tribunal Superior. A seguir, considerações serão feitas a respeito do direito à

¹⁹ Seção 4(6) determina: "Se um ocupante ilegal tem a posse do imóvel em questão por menos de seis meses à época em que o processo foi iniciado, uma Corte pode emitir uma ordem de despejo se entender que é justo e equitativo assim proceder, após considerar todas as circunstâncias relevantes, incluindo os direitos e necessidades dos idosos, crianças, pessoas com deficiência e famílias lideradas por mulheres."

Seção 4(7) determina: "Se um ocupante ilegal tem a posse do imóvel em questão por mais de seis meses à época em que o processo foi iniciado, uma Corte pode emitir uma ordem de despejo se entender que é justo e equitativo assim proceder, após considerar todas as circunstâncias relevantes, incluso, exceto quando o imóvel tiver sido vendido em execução resultado de hipoteca, se outro imóvel foi disponibilizado ou pode, de maneira razoável, ser disponibilizado pelo município ou outro órgão estatal ou outro proprietário para a realocação do ocupante ilegal, e incluindo os direitos e necessidades dos idosos, crianças, pessoas com deficiência e famílias lideradas por mulheres."

²⁰ O município respondeu em 27 de maio de 1999 afirmando que havia fornecido alimentação e abrigo no Centro Comunitário de *Wallacedene* e que estava em negociações com o Governo do Cabo Ocidental para resolver o problema. Os apelados, entretanto, entenderam que o Centro Comunitário não possuía condições adequadas, vez que só poderiam abrigar 80 pessoas.

moradia adequada insculpido na Seção 26 da Constituição e a abordagem apropriada a ser adotada na aplicação daquela Seção. Ato contínuo, será feita uma avaliação do programa de moradia adotado pelo Estado à luz das obrigações impostas pela Seção 26. As alegações dos apelados a respeito dos direitos das crianças, conforme a Seção 28 da Constituição serão, então, analisados. Finalmente, os argumentos dos apelados a respeito da conduta dos apelantes frente àqueles serão examinados.

B. O caso perante o Tribunal Superior

13. A Sra. Grootboom e os outros apelados ingressaram com *pedido liminar para que os apelantes fornecessem*:

- (i) Abrigo temporário adequado ou moradia para os apelados e suas crianças, enquanto aguardassem a obtenção de acomodação permanente;
- (ii) Ou alimentação básica, abrigo, serviços de saúde e serviços sociais para os apelados que fossem crianças.²¹

Os apelados basearam seus pedidos em duas normas constitucionais. A primeira na Seção 26 da Constituição, que estipula o direito de acesso à moradia adequada. A Seção 26(2) impõe ao Estado a obrigação de legislar e de implementar ações razoáveis para assegurar a realização progressiva desse direito na medida dos recursos disponíveis. Esta seção será integralmente analisada mais adiante neste julgamento. A segunda norma constitucional utilizada como fundamento dos pedidos está na Seção 28(1)(c) da Constituição que estipula o direito de crianças a abrigo.

14. Depois de realizar uma inspeção *in loco*, Josman AJ determinou que, até decisão definitiva, fosse providenciada acomodação temporária para os apelados crianças e para um dos pais das crianças que necessitassem de supervisão. Os apelantes responderam com a apresentação de extensivas declarações formais de que o programa estatal de moradia atendia às obrigações constitucionais do Estado. *No prazo de resposta*, a matéria foi apresentada a dois juízes. A decisão do Tribunal Superior consiste em duas partes distintas. A primeira, sob o título “moradia”, analisou os pedidos nos termos da Seção 26 da Constituição. Nessa parte do julgamento, o Tribunal Superior concluiu:

Em resumo (os apelantes) enfrentam um imenso déficit de moradia e um orçamento extremamente reduzido. Ademais, em face das urgentes demandas e recursos escassos

²¹ Acima número 3 em 280F-G.

(os apelantes) implementaram um programa de moradia na tentativa de maximizar os recursos disponíveis e compensar a falta de moradia. Por essa razão não se pode afirmar que (os apelantes) não legislaram ou não implementaram ações razoáveis na medida dos recursos disponíveis para assegurar a progressiva realização do direito de acesso à moradia adequada.²²

O Tribunal rejeitou a argumentação de que o direito à moradia adequada, conforme Seção 26, abrangesse também *um núcleo mínimo que contém o direito a abrigo, o que impõe ao Estado esta providência*, na pendência de implementação do programa de moradia adequada. Esse pedido foi formulado com fundamento em certos instrumentos internacionais que serão discutidos mais adiante.²³

15. A segunda parte do julgamento se referiu ao direito das crianças a abrigo, nos termos da Seção 28(1)(c). O Tribunal ponderou que os pais têm a obrigação primária de fornecer abrigo às suas crianças, mas aquela Seção 28(1)(c) impõe ao Estado a obrigação de providenciar abrigo na hipótese de impossibilidade dos pais o fazerem. Continua o Tribunal e diz que o abrigo a ser providenciado à luz dessa obrigação é uma forma significativamente mais rudimentar de proteção contra as intempéries do que uma casa propriamente dita e, por isso, está muito aquém do conceito de moradia adequada. O Tribunal conclui que: “[...] uma decisão que concretiza o direito de uma criança a abrigo deve considerar a necessidade dela de ser acompanhada por seu pai ou mãe. Tal abordagem estaria em acordo com o espírito e propósito da Seção 28 como um todo.”

16. Como resultado, o Tribunal decidiu conforme se verifica a seguir:

(2) Declaramos, nos termos da Seção 28 da Constituição que:

Os autores crianças têm direito a receber abrigo por conta do órgão ou departamento estatal apropriado;

Os autores que forem genitores dos autores crianças têm direito a ser acomodados com seus filhos nos mencionados abrigos;

O órgão ou departamento estatal é obrigado a providenciar abrigo aos autores crianças e seus pais, até que os pais possam, por conta própria, abrigar suas crianças;

(3) Determina-se aos vários réus a apresentação de relatórios, sob juramento, a este Tribunal, a respeito da implementação do parágrafo 2º acima, no prazo de três meses após esta decisão;

(4) Os autores terão o prazo de um mês, após a apresentação do mencionado relatório, para apresentar suas considerações, sob juramento;

(5) Os réus terão o prazo de duas semanas para apresentar, sob juramento, sua réplica às considerações dos autores;

²² Acima número 3 em 285A-B

²³ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Comentário Geral do Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Sociais e Econômicos.

(6) Não haverá decisão a respeito das custas processuais até a data do presente julgamento

(7) O caso será adiado para data posterior, que será fixada pelo cartório, para considerações e determinações a respeito dos mencionados relatório, considerações e réplica;

(8) A decisão de Josman AJ, datada de 4 de junho de 1999 permanecerá válida até o dia em que as determinações do parágrafo anterior sejam efetivamente cumpridas.”²⁴

C. Debate neste Tribunal

17. Após a autorização para recorrer ter sido emitida por essa Corte, mas antes que qualquer das partes tenha apresentado contrarrazões, a Comissão de Direitos Humanos e o Centro Comunitário de Direito da Universidade do Cabo Ocidental ingressaram com pedidos para serem admitidos como *amici curiae*. Os pedidos foram deferidos e os *amici* apresentaram alegações escritas e orais. O Sr. Budlender, do Centro de Recursos Jurídicos submeteu alegações escritas e representou os *amici* na audiência. Somos gratos a ele, ao Comitê de Direitos Humanos e ao Centro Comunitário de Direito pela detalhada, útil e criativa abordagem às sensíveis e difíceis questões envolvidas neste caso.

18. As razões de Apelação escritas submetidas pelos apelados concentraram-se no conceito e significado de abrigo [shelter] e nas obrigações impostas ao Estado pela Seção 28(1)(c). As razões submetidas pelos *amici* buscaram ampliar a matéria alegando que todos os apelados, incluindo aqueles sem filhos, detinham o direito a abrigo [shelter], em função do núcleo obrigatório mínimo imposto ao Estado nos termos da Seção 26 da Constituição. Foi também alegado pelos *amici* que o direito das crianças foi incluído na Seção 28(1)(c) com o objetivo de impedir qualquer dúvida a respeito do direito das crianças a um núcleo mínimo de proteção. Os apelados apresentaram petição onde subscreveram e adotaram tais alegações. Nenhuma objeção foi feita quanto à ampliação da matéria que foi, assim, ampliada.

D. Os relevantes dispositivos constitucionais e a sua justiciabilidade

19. Os direitos constitucionais em discussão neste caso encontram-se nas seções 26 e 28(1)(c). A Seção 26 estipula:

(1) Todos têm direito de acesso à moradia adequada.

(2) O Estado deve legislar e empregar ações razoáveis, na medida dos recursos disponíveis, para a progressiva realização desse direito.

²⁴ Acima número 3 em 293H-294C

(3) Ninguém será despejado e nem terá seu lar demolido, sem um mandado judicial emitido após serem consideradas todas as circunstâncias. Nenhuma legislação deverá permitir despejos arbitrários.

A Seção 28(1)(c) estipula: “(1) Toda criança tem direito: (d) À nutrição básica, abrigo [shelter], serviço básico de saúde e serviços sociais.”

Estes direitos devem ser considerados no contexto do conjunto de direitos socioeconômicos consagrados na Constituição. Eles estabelecem firmemente o direito de acesso à terra,²⁵ o direito à moradia adequada e a serviços de saúde, alimentação, água e segurança social.²⁶ Tal conjunto de direitos também incluem os direitos das crianças²⁷ e o direito à educação.²⁸

²⁵ Seção 25(5) estipula: “O Estado deverá legislar e implementar ações razoáveis, na medida dos recursos disponíveis, para fomentar as condições que permitam aos cidadãos o acesso à terra de maneira equitativa.”

²⁶ Seção 27 estipula:

“(1) Todos tem direito ao acesso à:
Serviços de saúde, incluindo cuidados com a saúde reprodutiva;
Comida e água em proporção suficiente; e
Segurança social, inclusive, no caso de não serem capazes de manter a si mesmos, seus dependentes, de assistência social adequada.

(2) O Estado deve legislar e implementar ações razoáveis, na medida dos recursos disponíveis, para garantir a progressiva realização de cada um destes direitos.

(3) A ninguém será negado o tratamento médico emergencial.

²⁷ Seção 28 estipula:

“(1) Toda criança tem direito a:
Um nome e nacionalidade, desde o nascimento;
Cuidados parentais ou familiares, ou cuidado alternativo apropriado quando removidas do contexto familiar;
Nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais;
Ser protegida contra maus tratos, negligência, abuso ou degradação;
Ser protegida contra práticas laborais exploratórias;
Não lhe ser demandadas ou permitidas o desempenho de atividades laborais ou prestação de serviços que:
Sejam inapropriados para uma pessoa em idade infantil; ou
Colocam em risco o bem estar da criança, educação, saúde física ou mental ou o desenvolvimento espiritual, moral ou social;
A não ser detida, senão em caráter excepcional e como último recurso, em cuja circunstância, em adição aos direitos estabelecidos nas seções 12 e 35, a criança será detida apenas pelo mínimo e adequado prazo, e tem ainda direito à ser:

²⁸ Mantida separadamente dos outros detentos maiores de 18 anos; e

Tratada, mantida em condições que levem em consideração a idade da criança;

A ter, nomeado e custeado pelo Estado, um advogado, nos feitos civis relacionados a ela, no caso de haver perigo de sofrer substancial injustiça se assim não for procedido; e

Não ser utilizada diretamente em conflito armado, e a ser protegida em tempos de conflito armado.

(2) Os melhores interesses da criança são de suma importância em qualquer situação envolvendo-as.

(3) Nesta Seção a expressão criança é entendida como referente à pessoa com menos de 18 anos de idade.”

Seção 29 estipula:

“(1) Todos tem direito à:

Educação básica, incluindo educação básica para adultos, e

Educação continuada, a qual o Estado, através de ações razoáveis, deve fazer com que seja progressivamente disponível e acessível.

(2) Todos tem o direito a receber educação na língua ou línguas oficiais de sua escolha, nas instituições educacionais públicas onde aquela educação é sensatamente praticável. Para poder garantir o efetivo acesso e a implementação deste direito, o Estado deve considerar todas as alternativas educacionais razoáveis, incluindo instituições médias singulares, levando em consideração:

equidade;

praticabilidade; e

a necessidade de reparar os resultados das leis e práticas de discriminação racial do passado.

(3) Todos tem o direito de estabelecer e manter às suas próprias expensas, estabelecimentos educacionais independentes que:

(a) não discriminem ninguém com base em critérios raciais;

(b) sejam registrados pelo Estado; e

(c) mantenham padrões que não sejam inferiores em comparação aos padrões de entidades públicas equivalentes.

20. Enquanto a justiciabilidade dos direitos sócio-econômicos tem sido objeto de consideráveis debates políticos e jurisprudenciais,²⁹ a questão se tais direitos são ou não justiciáveis na África do Sul foi decidida em definitivo pelo texto de nossa Constituição conforme o Certification Judgement.³⁰ Durante o processo de certificação do novo texto constitucional perante esta Corte foi alegado que tais direitos não seriam justiciáveis e, portanto, não deveriam ser incluídos no texto da nova Constituição. Em resposta a essas alegações a Corte afirmou:

Tais direitos são, ao menos em alguma medida, justiciáveis. Como afirmamos em parágrafo anterior, muitos direitos civis e políticos estabelecidos no (texto constitucional apresentado a esta Corte para certificação) suscitarão questões orçamentárias similares sem que isso comprometa sua justiciabilidade. O fato de que os direitos socioeconômicos vão, quase que inevitavelmente, gerar tais implicações não nos parece ser impedimento para a sua justiciabilidade. No mínimo, os direitos socioeconômicos, devem ser protegidos contra interferências impróprias.

Direitos socioeconômicos estão expressamente previstos na Declaração de Direitos: não se pode dizer que existem apenas em teoria. A Seção 7(2) da Constituição requer que o Estado “respeite, proteja, promova e realize os direitos da Declaração de Direitos” e as Cortes tem a obrigação constitucional de garantir que sejam protegidos e realizados. A questão aqui não se resume à pergunta sobre se os direitos socioeconômicos são justiciáveis, mas também sobre como realizá-los no caso concreto.³¹ Esta é uma questão muito difícil e que deve ser cuidadosamente explorada caso a caso. Para enfrentar o desafio levantado no presente caso, é necessário, em primeiro lugar, considerar os termos e o contexto do estabelecido no texto constitucional e sua aplicação às circunstâncias do caso em exame. Ainda que o julgamento do Tribunal Superior em favor dos apelantes tenha sido fundamentado no direito ao abrigo [shelter] (Seção 28(1)(c) da Constituição), é apropriado analisar primeiro o estipulado na Seção 26, com vistas a facilitar uma avaliação contextual da Seção 28(1)(c).

²⁹ Haysom “Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights” (1992) 8 SA Journal of Human Rights at 451; Mureinik “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution” (1992) 8 SA Journal of Human Rights at 464; Davis “The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles” (1992) 8 SA Journal of Human Rights at 475; Liebenberg “Social and Economic Rights: A Critical Challenge” in Liebenberg (ed) The Constitution of South Africa from a Gender Perspective (The Community Law Centre at the University of the Western Cape in association with David Philip Publishers, Cape Town 1995) at 79; Corder et al A Charter For Social Justice: A contribution to the South African Bill of Rights debate (University of Cape Town, Cape Town 1992) at 18; Scott and Macklem “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution” (1992) 141 University of Pennsylvania Law Review at 1; De Villiers “Social and Economic Rights” in van Wyk, Dugard, De Villiers and Davis (eds) Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order (Juta, Cape Town, 1994) at 599; South African Law Commission Final Report on Group and Human Rights (Project 58, October 1994) at 179.

³⁰ Ex parte Presidente da Assembleia Constitucional: In Re Certificação da Constituição da República da África do Sul, 1996 1996 (4) AS 744; 1996 (10) BCLR 1253 (CC) em parágrafo 78.

³¹ A Seção 38 da Constituição dá poderes à Corte para garantir remédio adequado face à infração de quaisquer dos direitos estabelecidos na Declaração de Direitos.

E. Obrigações impostas ao Estado pela Seção 26

i. Abordagem interpretativa

21. Como o restante dos outros direitos contidos no Capítulo 2 da Constituição (que contém a Declaração de Direitos), a Seção 26 precisa ser interpretada em seu contexto. Essa Seção foi cuidadosamente elaborada e contém três subseções. A primeira outorga um direito geral de acesso à moradia adequada. A segunda estabelece e delimita o escopo da obrigação positiva imposta ao Estado de promover o acesso à moradia adequada e possui três elementos chave. O Estado é obrigado: (a) a legislar e implementar ações razoáveis; (b) na medida dos recursos disponíveis; (c) efetuar a progressiva realização desse direito. Estes elementos serão discutidos posteriormente. A terceira subseção prevê proteção contra despejos arbitrários.

22. Interpretar um direito em seu contexto requer a consideração de dois tipos de contexto. Por um lado, os direitos devem ser entendidos em sua dimensão textual. Isso exigirá uma análise do Capítulo 2 e da Constituição como um todo. Por outro, os direitos também devem ser entendidos no seu contexto histórico e social.

23. Nossa Constituição consagra direitos civis e políticos, assim como os sociais e econômicos. Todos os direitos contidos na Declaração de Direitos estão interrelacionados e são interdependentes. Não pode haver dúvida de que a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade – valores fundantes da nossa sociedade – são negados àqueles que não dispõem de comida, vestuário ou abrigo [shelter]. Assim, a garantia dos direitos socioeconômicos para todas as pessoas é o que as capacita a desfrutar dos demais direitos consagrados no Capítulo 2. A realização desses direitos é essencial para o avanço da igualdade racial e de gênero e para a evolução de uma sociedade na qual homens e mulheres são igualmente capazes de atingir o seu pleno potencial.

24. O direito de acesso à moradia adequada não pode ser visto de maneira isolada. Há uma íntima relação entre este e os demais direitos socioeconômicos. Os direitos socioeconômicos devem ser lidos juntos e no contexto da Constituição como um todo. O Estado é obrigado a implementar ações que atendam às necessidades daqueles vivendo em condições extremas de pobreza, desabrigo ou moradia intolerável. A interconexão de tais direitos deve ser levada à sério na interpretação dos direitos socioeconômicos e, em particular, na tarefa de determinar se o Estado está cumprindo sua obrigação em relação a tais direitos.

25. Os direitos devem ainda ser entendidos e interpretados em seu contexto social e histórico. O direito de ser livre de qualquer discriminação injusta, por exemplo, deve ser entendido contra o nosso legado de profunda desigualdade social. O contexto no qual a Declaração de Direitos deve ser interpretada foi descrita no caso *Chaskalson P em Soobramoney*:³²

Vivemos em uma sociedade na qual existem grandes disparidades na distribuição da riqueza. Milhões de pessoas vivem em condições deploráveis e de muita pobreza. Existe um alto nível de desemprego, segurança social inadequada, e muitos não têm acesso a água limpa ou a serviços de saúde adequados. Muitas dessas condições já existiam quando a Constituição foi adotada e o compromisso de enfrentá-las e de transformar nossa sociedade em uma que proteja a dignidade humana, liberdade e igualdade é o centro de nossa nova ordem constitucional. Enquanto tais condições persistirem, essa aspiração será vazia.³³

ii. O Direito Internacional e seu impacto

26. Durante o debate, peso considerável foi atribuído ao valor do Direito Internacional para a interpretação da Seção 26 da Constituição. A Seção 39 da Constituição³⁴ obriga a Corte a considerar o direito internacional como uma ferramenta na interpretação da Declaração de Direitos. Em *Makwanyane*³⁵ *Chaskalson P*, no contexto da seção 35(1) da Constituição interina,³⁶ afirmou-se:

[...] direito público internacional inclui direito vinculante e não vinculante. Ambos podem ser usados como ferramentas de interpretação. Acordos internacionais e direito costumeiro internacional com eles compatíveis estabelecem os limites dentro dos quais (a Declaração de Direitos) deve ser avaliada e entendida, e, para este propósito, as decisões dos Tribunais que lidem com tais instrumentos, tais como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos, e a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos e, em casos apropriados,

³² *Soobramoney v Ministro da Saúde, KwaZulu-Natal* 1998 (1) AS 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC) no parágrafo 8.

³³ Ver também os comentários de Mahomed DP em *Azanian Peoples Organization (AZAPO) e Outros versus Presidente da República da África do Sul e outros* 1996 (4) AS 671 (CC); 1996 (8) BCLR 1015 (CC) no parágrafo 43, embora em um diferente contexto.

³⁴ Seção 39 da Constituição estipula:

“(1) Na interpretação da Declaração de Direitos, uma Corte, Tribunal ou fórum; deve promover os valores que subjazem uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade;

deve ter em conta o direito internacional; e

deve ter em conta o direito estrangeiro.

(2) Na interpretação de qualquer legislação, e no desenvolvimento do *Common Law* e do direito consuetudinário, cada Corte, Tribunal ou fórum deve promover o espírito, significado e objetivos da Declaração de Direitos.

(3) A Declaração de Direitos não impede a existência de outros direitos e liberdades, conferidos ou reconhecidos pelo *Common Law*, direito consuetudinário ou legislação, até a extensão em que são consistentes com a Declaração.

³⁵ *S versus Makwanyane e Outro*, 22 no parágrafo 35.

³⁶ Seção 35(1) da Constituição interina estipula: “Na interpretação das provisões deste Capítulo uma Corte de justiça deve promover os valores subjacentes de uma sociedade aberta e democrática, fundamentada na liberdade e igualdade para todos e deverá, quando aplicável, considerar direito público internacional aplicável à proteção dos direitos consagrados neste Capítulo, podendo ainda considerar direito externo comparado aplicável à espécie.”

os relatórios de agências especializadas, tais como a Organização Internacional do Trabalho, todos podem dar a direção da correta interpretação de certos dispositivos da (Declaração de Direitos).” (notas de rodapé omitidas no original).

O direito internacional relevante pode ser utilizado como parâmetro de interpretação, porém, o peso a ser atribuído a qualquer princípio ou regra de direito internacional deve variar. Entretanto, sempre que um princípio de direito internacional for vinculante para a África do Sul,³⁷ poderá ser diretamente aplicável.

27. Os *amici* alegaram que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³⁸ é de grande relevância para o entendimento das obrigações positivas criadas pela incorporação de direitos socioeconômicos na Constituição. O artigo 11.1 do Pacto estipula:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de todos a um padrão adequado de vida para si e sua família, incluindo alimentação adequada, vestuário e moradia, e à melhoria contínua de condições de vida. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas para garantir a realização desse direito, reconhecendo, para esse fim, a essencial importância da cooperação internacional baseada no livre consentimento.

Este artigo deve ser lido em conjunto com o Artigo 2.1 que estipula:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a tomar medidas, individualmente e através de assistência e cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, no máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no presente Pacto, por todos os meios possíveis, inclusive e particularmente pela adoção de medidas legislativas.

28. As diferenças entre as disposições relevantes do PIDESC e as da nossa Constituição são significativas para determinar em que medida as disposições do Pacto podem servir de guia para a interpretação da Seção 26. Essas diferenças, até o ponto em que se relacionam com o direito à moradia, são:

- a) O Pacto estipula *direito à moradia adequada*, enquanto que a Seção 26 estipula o *direito ao acesso à moradia adequada*.

³⁷ Ver as seções 231-235 da Constituição que regulam a aplicação do direito internacional em detalhes.

³⁸ O Pacto foi assinado pela África do Sul em 3 de outubro de 1994, sem, contudo, ter sido ratificado até o presente momento. (N.T. O presente momento a que se refere a nota de rodapé diz respeito à época do julgamento da demanda, em 2000. Porém, segundo o website da ONU, ainda não foi ratificado pela África do Sul. Consulta em 22 de junho de 2014).

- b) O Pacto obriga os Estados Partes a tomar medidas *apropriadas* que devem incluir legislação, enquanto a Constituição obriga o Estado Sul-africano a tomar *razoáveis* medidas legislativas e outras ações.

29. As obrigações assumidas pelos Estados Partes do Pacto são monitoradas pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (o Comitê).³⁹ Os *amici* embasaram-se nos relevantes comentários gerais emitidos pelo Comitê concernentes à aplicação e interpretação do Pacto, e sustentaram que esses Comentários Gerais se constituem em significativo parâmetro para a interpretação da Seção 26. Em particular, alegaram que na interpretação dessa Seção, deveríamos adotar uma abordagem similar à adotada pelo Comitê no Parágrafo 10 dos Comentários Gerais de número 3, publicado em 1990, nos quais o Comitê afirma que os direitos socioeconômicos possuem um núcleo mínimo:

10. Com base na extensa experiência acumulada pelo Comitê, assim como pelo órgão que o precedeu, em um período que compreende mais de uma década de exames de relatórios dos Estados Partes, o Comitê entende que incumbe a cada um dos Estados Partes um núcleo mínimo de obrigações que assegurem a realização de um nível mínimo essencial de cada um dos direitos. Dessa forma, por exemplo, um Estado Parte onde qualquer número significativo de indivíduos seja privado de alimentação básica essencial, de serviços primários essenciais de saúde, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, à primeira vista, falhando em cumprir com obrigações estabelecidas no Pacto. Se o Pacto devesse ser lido de forma a não estabelecer tal núcleo mínimo de obrigações, estaria sendo amplamente privado de sua razão de ser. Pela mesma razão, digno de nota é que qualquer avaliação a respeito do cumprimento pelo Estado desse núcleo mínimo deve levar em conta as limitações de recursos do país em questão. O artigo 2(1) obriga cada Estado Parte a tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado Parte seja capaz de atribuir sua incapacidade de garantir o núcleo mínimo obrigatório à falta de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram empregados na tentativa de utilizar todos os recursos à disposição em um esforço para satisfazer, como prioridade, aquelas obrigações mínimas.

30. Da leitura do trecho acima, fica claro que o Comitê considera que cada Estado Parte deve cumprir com um núcleo mínimo de obrigações por meio da garantia de satisfação de um nível mínimo essencial de cada um dos direitos socioeconômicos, incluindo-se o direito à moradia adequada. Por consequência, um Estado no qual um número significativo de indivíduos é privado de abrigo e de moradia deve ser considerado, à primeira vista, em violação de suas obrigações decorrentes do Pacto. Um Estado Parte deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para utilizar todos os recursos à sua disposição na satisfação do núcleo mínimo de

³⁹ O Comitê é composto por dezoito especialistas independentes. Seu propósito é assessorar o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas a assumir sua responsabilidade em relação à implementação do Pacto. Ver Craven: *O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (Clarendon, Oxford 1995) em 1 e 42.

cada direito. Contudo, deve ser registrado que o Comentário Geral não especifica precisamente o que esse núcleo mínimo representa.

31. O conceito de núcleo mínimo de obrigações foi desenvolvido pelo Comitê para descrever o mínimo esperado de um Estado de modo a cumprir com suas obrigações decorrentes do Pacto. É o piso abaixo do qual a conduta do Estado não deve estar para que se considerem cumpridas suas obrigações. Cada direito tem um “nível mínimo essencial” que deve ser satisfeito pelos Estados Partes. O Comitê desenvolveu esse conceito baseado em sua “extensa experiência adquirida através de [...] um período que compreende mais de dez anos de exames de Relatórios dos Estados Partes.” O Comentário Geral é baseado em relatórios fornecidos pelos Estados e o Comentário Geral é, portanto, extensamente descritivo a respeito de como os Estados estão cumprindo com suas obrigações decorrentes do Pacto. O Comitê tem utilizado o Comentário Geral como “meio de desenvolver um entendimento comum das normas pelo estabelecimento de uma definição prescritiva.”⁴⁰ Núcleo mínimo obrigatório é geralmente determinado tendo em conta as necessidades do grupo mais vulnerável, a quem é assegurada a proteção do direito em questão. É neste contexto que o conceito de núcleo mínimo obrigatório deve ser entendido em direito internacional.

32. Não é possível determinar o limite mínimo para a realização progressiva do direito de acesso à moradia adequada sem identificar primeiro as necessidades e oportunidades para o exercício de tal direito. Contudo, essas variáveis dependem de outros fatores tais como renda, desemprego, disponibilidade de terras e pobreza. As diferenças entre as comunidades urbanas e rurais também determinam as necessidades e oportunidades para o exercício desse direito. As variações, em última instância, dependem da história econômica e social, e das circunstâncias de um país. Tudo isso ilustra a complexidade da tarefa de determinar o núcleo mínimo obrigatório para a realização progressiva do direito de acesso à moradia adequada sem que se tenham as informações necessárias sobre as necessidades e oportunidades para o exercício de tal direito. O Comitê desenvolveu o conceito de núcleo mínimo ao longo de vários anos de exames de Relatórios dos Estados. Esta Corte não dispõe de informações similares.

33. A determinação de um núcleo mínimo no contexto do “direito de acesso à moradia adequada” enfrenta difíceis questões. Isto é assim porque as necessidades no contexto do acesso à moradia adequada são diversas: existem aqueles que precisam de terra; os que precisam tanto de terra quanto de casas; e outros, ainda, que precisam de assistência

⁴⁰ Idem 91.

financeira. Há, igualmente, difíceis questões quanto a saber se o núcleo mínimo de obrigações deve ser definido de maneira genérica ou tendo em conta grupos específicos de indivíduos. Como surgirá na discussão abaixo, a questão central nos termos de nossa Constituição é saber se as medidas adotadas pelo Estado para realizar os direitos garantidos pela Seção 26 são razoáveis. Haverá casos em que seja possível e apropriado ter em conta o conteúdo de um núcleo mínimo obrigatório para determinar se as medidas adotadas pelo Estado são razoáveis. Contudo, mesmo na hipótese de ser apropriado agir desse modo, não seria possível se não houver informações suficientes a serem fornecidas à Corte, de maneira a habilitá-la a determinar esse núcleo mínimo em casos concretos. Neste caso, não dispomos de informações suficientes para determinar o que constituiria o núcleo mínimo de obrigações no contexto de nossa Constituição. Não é, de todo modo, necessário decidir se é apropriado para uma Corte determinar em primeira instância o núcleo mínimo de um direito.

iii. Análise da Seção 26

34. Considerarei, agora, o significado e o escopo da Seção 26 em seu contexto. Suas disposições serão repetidas por mera conveniência:

- (1) Todos têm direito de ter acesso à moradia adequada.
- (2) O Estado deve legislar e empregar ações razoáveis, na medida dos recursos disponíveis, para a progressiva realização desse direito.
- (3) Ninguém será despejado e nem terá seu lar demolido, sem um mandado judicial emitido após serem consideradas todas as circunstâncias. Nenhuma legislação deverá permitir despejos arbitrários.

As Subseções (1) e (2) estão relacionadas e devem ser lidas em conjunto. A Subseção (1) tem por objetivo delinear o escopo do direito. É um direito de todos, inclusive das crianças. Embora a Subseção não afirme expressamente, existe, pelo menos, uma obrigação negativa imposta ao Estado e demais instituições e pessoas, de se abster de impedir ou de prejudicar o direito de acesso à moradia adequada.⁴¹ O direito negativo é explicitado na Subseção (3) que proíbe despejos arbitrários. O acesso à moradia também poderia ser promovido por meio de ações que façam as áreas rurais do nosso país mais viáveis a fim de limitar a inexorável migração de pessoas das áreas rurais para as urbanas em busca de emprego.

35. O direito delineado na Seção 26(1) é um direito de “acesso à moradia adequada”, distinguindo-se do direito à moradia adequada estipulado no Pacto. Esta diferença é

⁴¹ Ver, a este respeito, o julgamento de Certificação, parágrafo 20.

significativa. Ela reconhece que moradia engloba mais do que tijolos e cimento. Demanda terreno disponível, serviços apropriados tais como água encanada e sistema de remoção de esgoto, assim como o financiamento de todos esses, aí inclusa a construção do imóvel. Para uma pessoa poder ter acesso à moradia adequada, todas essas condições precisam existir: é necessário que exista terreno disponível, que existam os serviços básicos e que exista um lugar para habitar. O acesso à terra está, dessa forma, incluso no direito ao acesso à moradia adequada da Seção 26. Um direito ao acesso à moradia adequada também sugere que não é apenas o Estado o responsável pela provisão de casas, mas os outros agentes sociais, inclusive os próprios indivíduos, e deve ser disponibilizado por via de medidas legislativas e de outras ações para a providência de moradias. O Estado deve criar as condições que permitam o acesso à moradia adequada à todas as pessoas de todos os níveis econômicos de nossa sociedade. Políticas estatais relativas à moradia devem, então, levar em conta os diferentes níveis econômicos em nossa sociedade.

36. Nesse sentido, há diferença entre a posição dos que podem pagar por moradia, mesmo que por moradia básica, porém adequada, e daqueles que não podem pagar. Para aqueles que podem pagar por moradia adequada, a obrigação primária do Estado reside em desbloquear o sistema, providenciando acesso ao mercado habitacional e criando um cenário legislativo que facilite a construção de casas através de leis de planejamento e acesso à financiamento. Questões atinentes ao desenvolvimento e bem-estar social são levantadas em relação àqueles que não dispõem de meios para custear sua própria moradia. As políticas públicas devem acolher ambos os grupos. Os pobres são particularmente vulneráveis e as suas necessidades demandam atenção especial. É nesse contexto que a relação entre as Seções 26 e 27, e entre os demais direitos socioeconômicos é mais evidente. Se, para a Seção 27, o Estado deve estabelecer programas para prover assistência social adequada para aqueles que de outra forma seriam incapazes de manter a si mesmos e aos seus dependentes, isto seria relevante em relação às obrigações estatais relativas aos demais direitos socioeconômicos.

37. A obrigação estatal de providenciar acesso à moradia adequada depende do contexto, e pode variar de província para província, cidade para cidade, das áreas urbanas para as rurais e de pessoa para pessoa. Alguns podem precisar do acesso à terra e nada mais; outros podem precisar do acesso à terra e a materiais de construção; alguns podem precisar do acesso ao financiamento; enquanto outros podem precisar do acesso à água, sistema de esgoto, eletricidade e estradas. O que pode ser apropriado em uma área rural onde as pessoas vivem

em comunidades engajadas na agricultura de subsistência, pode não ser apropriado em uma área urbana onde as pessoas estão buscando um emprego e um lugar para morar.

38. A Subseção (2) trata da obrigação positiva imposta ao Estado. Ela demanda do Estado o estabelecimento de um abrangente e viável plano para atingir os objetivos e cumprir suas obrigações, nos termos da Subseção. Contudo, a Subseção (2) também deixa claro que essa obrigação imposta ao Estado não é absoluta ou sem qualquer determinação. A extensão da obrigação estatal é definida por três elementos chave que são considerados separadamente: (a) a obrigação de “tomar ações e medidas legislativas”; (b) de “alcançar a realização progressiva” do direito; e, (c) “na medida dos recursos disponíveis”.

Medidas legislativas e outras ações razoáveis

39. O significado do que sejam medidas legislativas e outras ações razoáveis deve ser determinado à luz do fato de que a Constituição cria diferentes esferas de governo: governo nacional, governo provincial e governo local.⁴² O último desses pode, como ocorre neste caso, compreender dois níveis.⁴³ A Constituição outorga poderes e funções às diferentes esferas e enfatiza a obrigação de cooperarem entre si na tarefa de cumprir com seus deveres constitucionais. No quesito moradia, é uma função partilhada entre os governos nacional e provincial.⁴⁴ Os governos locais têm uma importante obrigação de garantir que os serviços sejam providenciados, de maneira sustentável, às comunidades que governam.⁴⁵ Um programa razoável, dessa forma, deve alocar, claramente, responsabilidades e deveres às diferentes esferas governamentais, na busca de assegurar que os recursos humanos e financeiros apropriados estejam disponíveis.

40. Assim, um programa público de moradia coordenado, deve ser abrangente e determinado pelas três esferas do governo, que devem trabalhar em conjunto, conforme determina o Capítulo 3 da Constituição. Tal programa também requer um sistema legislativo em nível nacional, uma questão que não precisamos discutir neste caso, uma vez que já existe legislação nacional atinente à matéria em vigência. Cada esfera de governo deve aceitar sua responsabilidade na implementação de partes específicas do programa, mas a esfera nacional

⁴² Ver Capítulo 3 da Constituição.

⁴³ Ver seções 155(1)(b) e (c) da Constituição, assim como Seção 7(1)(b), lida conjuntamente com seções 10B e 10C, dos Atos Transitórios do Governo Local 209 de 1993.

⁴⁴ Ver agenda 4 da Constituição

⁴⁵ Ver Seção 152(1)(b), lida conjuntamente com seções 152(2) e 153(a).

deve assumir a responsabilidade de garantir que as leis, políticas, programas e estratégias são adequados para cumprir as obrigações estatais contidas na Seção 26. Em particular, o quadro legislativo nacional a respeito do tema, na hipótese de existir um, deve ser elaborado de maneira a cumprir aquelas obrigações. Deve ser enfatizado que o governo nacional tem importante responsabilidade em relação à alocação de receita nacional para as províncias e governos locais de maneira equitativa.⁴⁶ Ademais, os governos nacional e provincial devem garantir que as obrigações prestacionais impostas pela legislação habitacional sejam cumpridas.⁴⁷

41. As medidas adotadas devem estabelecer um programa de moradia coerente e direcionado para a progressiva realização do direito ao acesso à moradia adequada, na medida dos recursos estatais disponíveis. Tal programa deve ser capaz de facilitar a realização do direito. Os contornos precisos e o conteúdo das medidas a serem adotadas são prerrogativas dos Poderes Legislativo e Executivo. Estes devem, contudo, garantir que as medidas adotadas sejam razoáveis. Em qualquer processo judicial fundamentado na Seção 26, e no qual seja alegado que o Estado falhou no atendimento às obrigações positivas impostas pela Seção 26(2), a questão será se as medidas legislativas e outras ações do Estado são razoáveis. Uma Corte considerando a razoabilidade não irá perquirir se outras medidas mais desejáveis e favoráveis poderiam ter sido adotadas, ou se o dinheiro público poderia ter sido melhor gasto. A questão seria se as medidas adotadas são razoáveis. Necessário admitir que um amplo leque de possíveis medidas pode ser adotado pelo Estado no cumprimento de suas obrigações. Muitas dessas passariam pelo crivo da razoabilidade. Uma vez que restar demonstrado que as medidas são razoáveis, esse requisito terá sido atendido.

42. Demanda-se do Estado a adoção de medidas legislativas e outras ações. As medidas legislativas em si não representam o cumprimento do mandamento constitucional. A mera edição de leis não é suficiente. O Estado é obrigado a agir na direção da obtenção do resultado esperado, e as medidas legislativas terão de ser, invariavelmente, apoiadas por políticas e programas apropriados e bem dirigidos pelo Executivo. Essas políticas e programas devem ser razoáveis, tanto em sua concepção quanto em sua implementação. A formulação de um programa é apenas o primeiro estágio no cumprimento das obrigações estatais. O programa também deve ser razoavelmente implementado. Quer dizer, se um programa é razoável mas não é razoavelmente implementado, isso não constituirá cumprimento à obrigação estatal.

⁴⁶ Ver Seção 214 da Constituição, e, em particular, seções 214(2)(d) e (f).

⁴⁷ Ver seções 100, 139 e 155(7) da Constituição.

43. Para determinar se um conjunto de medidas é razoável se faz necessário considerar os problemas de moradia em seu contexto social, e econômico e histórico, bem como ter em conta a capacidade das instituições responsáveis pela implementação do programa. O programa deve ser ponderado e flexível, além de prever medidas para enfrentar as crises e demandas habitacionais a curto, médio e longo prazo. Um programa que exclui um significativo segmento da sociedade não pode ser considerado razoável. As condições são dinâmicas e, dessa forma, o programa demandará contínua revisão.

44. A razoabilidade deve ser entendida no contexto da Declaração de Direitos como um todo. O direito de acesso à moradia adequada está estabelecido em virtude do valor que atribuímos às pessoas e à vontade de assegurar que tenham garantidas as suas necessidades humanas básicas. Uma sociedade deve buscar garantir todas as necessidades vitais básicas sejam atendidas, se deseja ser fundamentada na dignidade humana, na liberdade e na igualdade. Para ser razoável, uma medida não pode deixar de ter em conta o grau e a extensão da negação do direito que ela pretende realizar. Aqueles cujas necessidades são mais urgentes e cuja capacidade de gozo de direitos está sob maior ameaça, não devem ser ignorados pelas medidas adotadas para a realização de direitos. Talvez não seja suficiente, para uma medida ser aprovada no teste de razoabilidade, a demonstração do alcance de um avanço meramente estatístico na realização de um direito. Por outro lado, a Constituição determina que todas as pessoas sejam tratadas com cuidado e atenção. Se as medidas, apesar de serem estatisticamente bem sucedidas, falharem em atender às necessidades dos mais vulneráveis, então não passarão no teste da razoabilidade.

Realização progressiva do direito

45. A extensão e o conteúdo da obrigação consistem no que deve ser concretizado, isto é, a “progressiva realização desse direito”. Aqui se afirma a ligação entre as Subseções (1) e (2) através do esclarecimento a respeito do direito aqui referido, qual seja, o direito de acesso à moradia adequada. A expressão “realização progressiva” demonstra que está contemplada a possibilidade da não realização imediata do direito. Mas, o objetivo da Constituição é que as necessidades básicas de todos na sociedade sejam eficazmente atendidas e a obrigação da realização progressiva significa que o Estado deve adotar medidas para o alcance dessa meta. Isso significa que a acessibilidade deve ser progressivamente facilitada: os impedimentos legais, administrativos, operacionais e financeiros devem ser examinados e, assim que possível, minimizados ao longo do tempo. A moradia deve se tornar, cada vez mais acessível,

não apenas para um maior número de pessoas, mas para uma amplitude maior de pessoas, à medida em que passar o tempo. Esta frase é oriunda do direito internacional e, em particular, do Artigo 2.1 do PIDESC.⁴⁸ O Comitê analisou essa obrigação, nos termos do direito à moradia, conforme se verifica abaixo:

Não obstante a realização ao longo do tempo ou, em outras palavras, progressiva, ser prevista no Pacto, não deve ser mal interpretada de modo a retirar da obrigação o seu conteúdo significativo. É, por um lado, um recurso necessário de flexibilidade, que reflete as realidades do mundo real e as dificuldades inerentes a qualquer país na tarefa de assegurar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a frase deve ser lida à luz do objetivo geral, que em verdade é a razão de ser do Pacto, que é estabelecer obrigações claras para os Estados Partes, com respeito à plena realização dos direitos em questão. O PIDESC, assim, impõe uma obrigação de agir tão rápida e eficazmente quanto possível para alcançar esse objetivo. De mais a mais, qualquer retrocesso deliberado, neste sentido, demandaria a mais cuidadosa consideração e deveria ser plenamente justificado, com referência à totalidade dos direitos providos pelo Pacto, e no contexto do pleno uso do máximo dos recursos disponíveis.⁴⁹

Apesar da análise feita pelo Comitê ter o objetivo de explicar o escopo das obrigações dos Estados Partes em função do Pacto, ela é, também, útil na extração do significado da “realização progressiva” no contexto da Constituição. O significado atribuído à expressão está em harmonia com o contexto no qual a expressão é utilizada na nossa Constituição, e não há razão para recusar que ela tenha o mesmo significado na Constituição e no documento de onde, claramente, é derivada.

De acordo com os recursos disponíveis

46. O terceiro aspecto definidor da obrigação de adotar medidas razoáveis é que não se requer que o Estado realize mais do que seus recursos disponíveis permitirem. Isso significa que tanto o conteúdo da obrigação em relação à proporção em que é cumprida, quanto em relação à razoabilidade das medidas adotadas para atingir os resultados, são regidos pela disponibilidade de recursos. A Seção 26 não espera mais do Estado do que é realizável na medida dos seus recursos disponíveis. Como disse Chaskalson P em *Soobramoney*:⁵⁰

O que é aparente nessas disposições é que as obrigações impostas ao Estado pelas Seções 26 e 27, em relação ao direito de acesso à moradia, serviços de saúde, alimentação, água, e segurança social, são dependentes dos recursos disponíveis para tais propósitos, e que os direitos correlatos são limitados em função da ausência

⁴⁸ O texto do Artigo 2.1 foi apresentado acima, no parágrafo 27.

⁴⁹ Parágrafo 9 do Comentário Geral 3, 1990.

⁵⁰ Ver número 23 acima, parágrafo 11.

de recursos. Dada a falta de recursos e as significativas demandas, uma obrigação incondicionada de atendimento de todas as necessidades jamais poderia ser cumprida.

Deve haver equilíbrio entre objetivos e recursos. As ações devem ser calculadas para atingir os objetivos rápida e eficazmente, porém, a disponibilidade de recursos é um importante fator na determinação do que é razoável.

F. Descrição e avaliação do programa de moradia do Estado

47. Como fundamento de suas alegações de haver cumprido com as obrigações que lhes foram impostas pela Seção 26, os apelantes produziram provas, perante esta Corte, a respeito das medidas legislativas e de outras ações por eles adotadas. Existe legislação nacional e provincial a respeito de moradia.⁵¹ Foi explicitado que em 1994 o Estado herdou arranjos habitacionais fragmentados que envolviam treze fundos habitacionais estatutários, sete ministérios e departamentos de habitação, mais de vinte sistemas de subsídio e mais de sessenta paraestatais, nacionais e regionais, que operavam por critérios raciais. Tudo isso foi racionalizado. A Lei Nacional de Habitação estabelece um quadro que enumera as responsabilidades e funções atinentes a cada esfera governamental, em relação à moradia. A responsabilidade de implementação é, normalmente, outorgada às Províncias. As Províncias, por sua vez, outorgam certas funções de implementação aos governos locais, em vários casos. Todas as esferas do governo estão intimamente envolvidas no fornecimento de habitação, e o orçamento destinado pelo governo nacional aparenta ser substancial. Existe uma só política habitacional e um só sistema de subsídios que tem como alvo as pessoas de baixa renda, independentemente de origem racial. O *White Paper*⁵² sobre habitação tem como finalidade estabilizar o mercado habitacional, estabelecer mecanismos institucionais, proteger os consumidores, racionalizar as competências legais institucionais dentro de uma estrutura sustentável de longo prazo, facilitar uma ágil liberação e instalação de serviços nas terras, e coordenar e integrar o investimento do setor público em habitação. Além disso, vários esquemas que envolvem parcerias público/privadas estão em funcionamento, objetivando assegurar que o fornecimento de casas seja efetivamente financiado.

⁵¹ Exemplos de legislação relevante nessa temática incluem a Lei da Habitação 107 de 1997; a Lei de Proteção aos Consumidores da Habitação 95 de 1998; A Lei de Prevenção contra Despejo Ilegal e de Ocupação Ilegal de Terras 19 de 1998; a Lei de Facilitação do Desenvolvimento 67 de 1995; e a Lei do Cabo Ocidental para Desenvolvimento da Habitação 6 de 1999.

⁵² O Livro Branco sobre Habitação, de 1994, identificou duas restrições muito importantes ao desenvolvimento habitacional: a) a falta de uma estratégia geral de habitação e b) a existência de uma multivariada legislação. O governo herdou uma diversidade de leis sobre habitação e desenvolvimento que foram baseadas na ideologia do *apartheid*. Isso resultou na falta de uma estratégia global de desenvolvimento habitacional e em mecanismos de financiamento habitacional fragmentados, mal focados e desiguais. Para ver mais, acesse: Parliamentary Monitoring Group. Human Settlements. Housing Legislation: Brifieng. Disponível em: <https://pmg.org.za/committee-meeting/6179/>, acesso em 12 abril 2016.

48. “Desenvolvimento habitacional” é definido, na Seção 1 da Lei da Habitação, como:

O estabelecimento e manutenção de ambientes residenciais públicos e privados, habitáveis, sustentáveis e estáveis que garantam viabilidade às famílias e comunidades em áreas que permitam o acesso conveniente a oportunidades econômicas, a serviços de saúde, educação e sociais, nos quais todos os cidadãos e residentes permanentes da República terão, em uma base progressiva, acesso à:
Estruturas residenciais permanentes com posse segura, e que garantam privacidade interna e externa e possibilitem proteção adequada contra as intempéries; e
Água potável, instalações sanitárias adequadas e fornecimento de energia elétrica à domicílio...”

“Projeto de desenvolvimento habitacional” é definido como “qualquer plano para empreender desenvolvimento habitacional nos termos de um programa habitacional nacional.”

49. A Seção 2(1) da Lei estabelece os princípios vinculantes gerais do governo nacional, provincial e local. Vou indicar os princípios que são relevantes para a decisão sobre este caso. Todos os níveis de governos devem:

- (a) dar prioridade às necessidades dos pobres, no tocante ao desenvolvimento habitacional;
- (b) realizar consultas principalmente com indivíduos e comunidades afetados pelo desenvolvimento habitacional;
- (c) garantir que o desenvolvimento habitacional:
 - (i) permita a maior variedade de opções de moradia e de modelos de posse, quanto possível;
 - (ii) seja econômica, física, social, e financeiramente acessível e sustentável;
 - (iii) seja baseado em um planejamento de desenvolvimento integrado; e
 - (iv) seja administrado de maneira transparente, responsável e equitativa, e defenda a prática da boa governança;
- [...]
- (d) Promova:
 - (i) Educação e proteção ao consumidor, no tocante ao desenvolvimento habitacional;
 - (ii) condições sob as quais todos possam cumprir suas obrigações em relação ao desenvolvimento habitacional;
 - (iii) o estabelecimento, desenvolvimento e manutenção de comunidades que sejam econômica e socialmente viáveis e de condições de vida saudáveis e seguras e que garantam a eliminação e a prevenção do surgimento de favelas e de outras situações semelhantes à favelas;
 - ...
 - (ix) a provisão de instalações comunitárias e recreacionais em áreas residenciais;
- (f) considerar seriamente o impacto do desenvolvimento habitacional no meio ambiente;
- ...
- (h) na administração de qualquer matéria relacionada ao desenvolvimento habitacional:

- (i) respeitar, proteger, promover e cumprir os direitos da Declaração de Direitos do Capítulo 2 da Constituição;
- (ii) observar e aderir aos princípios de governo cooperativo e relações intergovernamentais referidos na seção 41 (1) da Constituição; e
- (iii) cumprir com todas as demais disposições constitucionais aplicáveis.”

50. Muito mais do que esses princípios gerais, a Lei estabelece as funções dos governos nacional, provincial e local no tocante à moradia. As funções do governo nacional estão estabelecidas na Seção 3 da Lei.⁵³ A função dos governos provinciais está estabelecida na seção 7 da Lei⁵⁴ e as funções dos municípios estão estabelecidas na seção 9 da Lei.⁵⁵ As responsabilidades

⁵³ Seção 3 estipula:

- “(1) O Governo nacional, agindo através do Ministro deve, após consultar cada MEC (*Member of Executive Council*) e organização nacional de representação dos municípios, conforme contemplado pela Seção 163(a) da Constituição, estabelecer e facilitar um processo sustentável de desenvolvimento habitacional nacional.
- (2) Para os propósitos da subseção (1) o Ministro deve:
- (a) determinar a política nacional, incluindo normas e padrões nacionais, no tocante ao desenvolvimento habitacional;
 - (b) estabelecer amplas metas nacionais de fornecimento de unidades habitacionais e facilitar o estabelecimento de metas provinciais e, quando apropriado, locais, para o fornecimento de unidades habitacionais;
 - (c) monitorar a performance do governo nacional e, em cooperação com cada MEC (*Member of Executive Council*), a performance dos governos provincial e local, em relação às metas de fornecimento de unidades habitacionais e metas orçamentárias;
 - (d) assessorar as províncias no desenvolvimento de capacidade administrativa necessária para o efetivo exercício dos seus poderes e cumprimento de seus deveres no tocante ao desenvolvimento habitacional;
 - (e) apoiar e fortalecer a capacidade dos municípios de gerir suas próprias atribuições, a exercitar os seus poderes e cumprir seus deveres no tocante ao desenvolvimento habitacional;
 - (f) promover consultas, sobre questões relativas ao desenvolvimento habitacional, entre os representantes do governo nacional e:
 - (i) sociedade civil;
 - (ii) os setores e subsetores do fornecimento e financiamento de bens e serviços relacionados à habitação;
 - (iii) governos provincial e local;
 - (iv) qualquer outra parte interessada no desenvolvimento habitacional;
 - (g) promover a efetiva comunicação a respeito do desenvolvimento habitacional
- (3) Para os propósitos da subseção (2)(a) as ‘normas e padrões nacionais’ incluem normas e padrões referentes às estruturas residenciais permanentes, mas não restritas a estas.
- (4) Para os propósitos de cumprir com as obrigações impostas pelas subseções (1) e (2) o Ministro pode:
- (a) estabelecer uma estrutura nacional institucional e de financiamento do desenvolvimento habitacional;
 - (b) negociar a previsão orçamentária nacional a ser dirigida para o desenvolvimento habitacional;
 - (c) preparar e manter um plano plurianual relativo ao desenvolvimento habitacional;
 - (d) designar fundos para os programas habitacionais nacionais aos governos provinciais, inclusos aí os fundos para programas nacionais habitacionais administrados pelos municípios, nos termos da Seção 10;
 - (e) alocar fundos para os programas nacionais de facilitação do desenvolvimento habitacional;
 - (f) obter fundos para aquisição de terras, desenvolvimento da infraestrutura, fornecimento de casas e financiamento para o consumidor final;
 - (g) instituir e financiar programas habitacionais nacionais;
 - (h) estabelecer e financiar instituições nacionais com a finalidade do desenvolvimento habitacional, e supervisão e execução do seu mandato;
 - (i) avaliar a performance do setor habitacional face às metas e demandas de equidade e efetividade; e
 - (j) tomar as medidas razoavelmente necessárias à:
 - (i) criação de um ambiente propício aos governos provincial e local, ao setor privado, comunidades e indivíduos para o alcance dos respectivos objetivos a respeito do desenvolvimento habitacional; e
 - (j) promover o efetivo funcionamento do mercado habitacional
- [...]”

⁵⁴ Seção 7 estipula:

- ⁵⁵ “(1) Os governos provinciais devem, após consultar as organizações provinciais representativas dos municípios, como contempladas na Seção 163(a) da Constituição, fazer tudo ao seu alcance para promover e facilitar o provisionamento de moradia adequada na sua província, nos termos da política nacional de habitação.
- (2) Para os propósitos da subseção (1), todo governo provincial deve –
- (a) determinar políticas provinciais a respeito do desenvolvimento habitacional;
 - (b) promover a adoção de legislação provincial para garantir a efetiva distribuição de habitações;
 - (c) adotar todas as providências necessárias e razoáveis ao suporte e fortalecimento da capacidade dos municípios para exercer efetivamente seus poderes e cumprir seus deveres no tocante ao desenvolvimento habitacional;
 - (d) coordenar o desenvolvimento habitacional na província;
 - (e) adotar todas as providências necessárias e razoáveis ao suporte dos municípios no exercício dos seus poderes e cumprimento dos seus deveres no tocante ao desenvolvimento habitacional;

do governo local da Metrópole do Cabo e, em particular, a relação entre o governo metropolitano, de um lado, e os governos municipais, de outro lado, têm sido reguladas por um acordo celebrado entre a Metrópole do Cabo e os municípios dentro de sua jurisdição.⁵⁶

51. O que emerge dos princípios gerais lidos em conjunto com as funções dos governos nacional, provincial e local é que o conceito de desenvolvimento habitacional tal como proposto é central para a Lei. Desenvolvimento habitacional, como definido, busca prover aos cidadãos e residentes permanentes o acesso a estruturas residenciais permanentes com

(f) quando um município não conseguir cumprir ou deixar de cumprir uma obrigação imposta por esta Lei, intervir através da adoção de quaisquer providências apropriadas, em consonância com a Seção 139 da Constituição, para assegurar o cumprimento de tal obrigação; e

(g) preparar e manter um plano plurianual a respeito da execução, no âmbito da província, de todo programa de habitação nacional ou provincial, em consistência com a política nacional de habitação e Seção 3 (2) (b), em concordância com os direcionamentos que o Ministro aprovar para o financiamento de tal plano, utilizando-se dos recursos do Fundo.

[...]"

Seção 9 estipula:

"(1) Cada municipalidade deve, como parte do processo municipal de planejamento integrado de desenvolvimento, adotar todas as providências necessárias e razoáveis, dentro do âmbito da legislação e política habitacional nacional e provincial, para - garantir que -

os habitantes da sua área de jurisdição tenham progressivo acesso à moradia adequada;

condições não conducentes à saúde e segurança dos habitantes desta área jurisdicional sejam prevenidas ou removidas;

serviços de água, saneamento, eletricidade, estradas, drenagem de chuva e transporte sejam fornecidos de maneira economicamente eficiente;

estabelecer metas de distribuição de habitações em sua área de jurisdição;

identificar e designar terrenos para o desenvolvimento habitacional;

criar e manter um ambiente público conducente ao desenvolvimento habitacional que seja financeira e socialmente viável;

promover a solução dos conflitos resultantes do processo de desenvolvimento habitacional;

planejar, coordenar, facilitar, promover e possibilitar desenvolvimento habitacional apropriado em sua área de jurisdição;

prover serviços de empreiteiras, e serviços geradores de renda quando tais serviços não estejam sendo prestados por fornecedores especializados; e

planejar e gerenciar o uso da terra e o desenvolvimento.

(2) (a) Qualquer município poderá participar em um programa nacional de habitação, em consonância com as regras aplicáveis a tal programa através -

(i) da promoção de um projeto de desenvolvimento habitacional através de um desenvolvedor;

(ii) da sujeição ao parágrafo (b), atuando como desenvolvedor em relação ao planejamento e execução de um projeto de desenvolvimento habitacional com base no preço total para o custo e o risco;

(iii) da celebração de um contrato de *joint venture* com um desenvolvedor, a respeito do projeto de desenvolvimento habitacional;

(iv) do estabelecimento de uma entidade mercantil independente para executar o projeto de desenvolvimento habitacional;

(v) da administração de qualquer programa nacional de habitação, no tocante à sua área de jurisdição, em consonância com a Seção 10;

(vi) da facilitação e apoio à participação de outros atores sociais no processo de desenvolvimento habitacional.

se um município foi credenciado, nos moldes da Seção 10 (2), para gerenciar programas habitacionais nacionais, de forma que um projeto de desenvolvimento habitacional esteja sendo planejado e executado, tal município não deverá agir como desenvolvedor, a menos que o projeto tenha sido aprovado pelo comitê provincial de desenvolvimento habitacional.

(3) (a) Um município poderá desapropriar terras, mediante publicação na veículo de Imprensa Oficial Provincial, que sejam requeridas pela municipalidade, para os fins do desenvolvimento habitacional, nos termos de um programa nacional de habitação, se -

(i) o município não obtiver sucesso na compra da terra, por um preço razoável, mediante negociação com o proprietário;

(ii) tenha obtido autorização do MEC (Member of Executive Council) para a desapropriação da terra antes da publicação no veículo de Imprensa Oficial Provincial; e

(iii) o aviso de desapropriação tenha sido publicado dentro de seis meses após a data em que a permissão do MEC (Member of Executive Council) tenha sido concedida.

(b) As seções 1, 6 a 15, e 18 a 23 da Lei de desapropriação de 1975 (Lei 63 de 1975), sejam aplicáveis, com as alterações demandadas pelo contexto, a respeito da desapropriação de terras pelo município, nos moldes do parágrafo (a), e qualquer referência em qualquer daquelas seções -

(i) Ao "Ministro" ou ao "Estado" seja interpretada como uma referência ao chefe do poder executivo do município relevante e ao município relevante, respectivamente;

(ii) à "Seção 2" deve ser interpretada como uma referência a esta subSeção; e

(iii) a "esta lei" deve ser interpretada como uma referência a esta lei."

⁵⁶ O acordo é intitulado "Acordo a respeito da alocação de poderes, deveres e funções, celebrado entre o Conselho Metropolitano do Cabo e os Conselhos Metropolitanos Locais da Cidade do Cabo, Oriental, Heidelberg, Setentrional, Meridional, Tygerberg." Este acordo foi celebrado em 30 de setembro de 1996 em consonância com o estipulado no *Cape Metropolitan Further Enactment, the Cape Metropolitan Negotiating Forum Agreement e the Local Government Transition Act*.

segurança de posse e garantia de privacidade interna e externa, bem como prover adequada proteção contra os elementos. Ainda mais, é um esforço para garantir o acesso conveniente a oportunidades econômicas e a serviços de saúde, educação e outros bens sociais. Todos os documentos de política apresentados a este Tribunal são postulados com base na necessidade de desenvolvimento habitacional assim definido. Esta é a ideia central da política de desenvolvimento habitacional.

52. A definição de desenvolvimento habitacional, bem como os princípios gerais estabelecidos, não contemplam qualquer provisão de moradias que não se enquadrem nessa definição legal de desenvolvimento habitacional. Em outras palavras, não existe estipulação para facilitar o acesso a abrigo temporário para as pessoas que não possuem acesso à terra, não possuam um teto sobre suas cabeças, para as pessoas que vivem em condições intoleráveis e para as pessoas que estejam enfrentando crises resultantes de desastres naturais, tais como enchentes e incêndios, ou em virtude de seus lares enfrentarem ameaça de demolição. Essas são pessoas que se encontram em necessidade desesperadora. Suas necessidades imediatas podem ser atendidas por um alívio da falta de moradia que preencha os requisitos mínimos de durabilidade, habitabilidade e estabilidade compreendidos na definição de desenvolvimento habitacional da Lei.

53. O que tem sido feito na execução desse programa é uma grande conquista. Grandes quantias de dinheiro foram gastas e um número significativo de casas foram construídas.⁵⁷ Considerável soma de esforços, energia, recursos e técnica foi e continua a ser empregada no processo de efetiva entrega de moradia. É um programa devotado ao alcance da realização progressiva do direito de acesso a moradia adequada.

54. Uma questão que deve ser respondida é se as medidas adotadas são razoáveis, no sentido da Seção 26 da Constituição. A alocação de responsabilidades e funções tem sido coerente e amplamente abordada. O programa não é casual, mas representa uma resposta sistemática para uma necessidade social premente. Ele leva em consideração a falta de moradia na África do Sul através da construção de um grande número de casas para aqueles que necessitam de uma moradia melhor. O programa é aplicado em toda a África do Sul e, embora tenham sido enfrentadas dificuldades de implementação em algumas áreas, a evidência sugere que o Estado está ativamente buscando combater tais dificuldades.

⁵⁷ Cerca de 362.160 casas foram construídas ou estavam em construção entre março de 1994 e setembro de 1997, enquanto que um total geral de cerca de 637.190 subsídios foram alocados para projetos em vários estágios de planejamento ou desenvolvimento, até outubro de 1997.

55. Medidas legislativas têm sido adotadas a nível nacional e provincial. Como temos visto, a nível nacional, a Lei da Habitação estabelece os princípios gerais aplicáveis ao desenvolvimento habitacional, define as funções das três esferas governamentais e trata do financiamento do desenvolvimento habitacional. Dessa forma, a Lei da Habitação provê um sistema legislativo dentro do qual a entrega de casas deve ser realizada nacionalmente. No nível provincial existe a Lei de Desenvolvimento Habitacional do Cabo Ocidental de 1999. Esse estatuto também estabelece princípios gerais aplicáveis ao desenvolvimento habitacional; o papel do governo provincial; o papel do governo local; e outras questões relativas ao desenvolvimento habitacional. Assim, semelhante à Lei de Habitação, esse estatuto estabelece um sistema legislativo dentro do qual o desenvolvimento habitacional, a nível provincial, deve ser realizado. Todas as medidas acima descritas formam parte do programa habitacional nacional.

56. Este Tribunal deve decidir se o programa habitacional nacional é suficientemente flexível para responder às necessidades daqueles cidadãos em desespero e atender adequadamente às suas demandas imediatas e de curto prazo. Isso deve ser feito no contexto do escopo do problema habitacional que demanda solução. Este caso se refere à situação da Região Metropolitana do Cabo, estando a municipalidade e as circunstâncias lá existentes em causa.

57. A falta de moradia na Região Metropolitana do Cabo é aguda. A demanda por residências é de cerca de 206.000 unidades, e até 25.000 unidades são necessárias em Oostenberg. O número de barracos na Região Metropolitana do Cabo e na área específica do município revela um problema de grandes proporções. O número de barracos na Região Metropolitana do Cabo, em janeiro de 1993, era de 28.300. Esse número aumentou para 59.854 em 1996, e para 72.140 em 1998. O número de barracos nessa área aumentou 111% no período entre 1993 e 1996, e em 21% desde então até 1998. Existiam 2.121 barracos na área municipal em 1993, e 5.701 (um crescimento de 168%) em 1996, e 7.546 (um crescimento de 32%) em 1998. Estes são os resultados de um estudo conduzido pela Região Metropolitana do Cabo.

58. Esse estudo concluiu que o município “é a autoridade local em situação mais crítica, relativamente ao crescimento de barracos informais neste momento”, e isso a despeito do fato de que, de acordo com o relatório de um representante do município, 10.577 casas tinham sido construídas até 1997. Talvez o escopo do problema seja mais claramente ilustrado da seguinte forma: cerca de 22.000 casas são construídas no Cabo Ocidental a cada ano, enquanto a demanda cresce a uma proporção de 20.000 unidades familiares por ano. A demanda, assim,

tende a ser reduzida, caso não faltem recursos, e de acordo com os dados desse estudo, na proporção de apenas 2.000 casas por ano.

59. A situação da habitação é desesperadora. O problema é agravado pelos desenfreados índices de desemprego e de pobreza. Como apontado anteriormente neste julgamento, um quarto das famílias em Wallacedene não dispõem de qualquer renda, e mais de dois terços recebiam menos de R 500,00 por mês em 1997. Como dito anteriormente, muitas famílias que vivem em Wallacedene, estão vivendo sob condições intoleráveis. Em alguns casos, os seus barracos são permanentemente inundados durante o período das chuvas de inverno, outros estão severamente superlotados e alguns estão perigosamente próximos de estradas movimentadas. E não há qualquer indício de que Wallacedene possa ser diferente nesses aspectos. São essas as condições que forçaram os apelados a deixarem seus lares.

60. A Região Metropolitana do Cabo reconheceu que esta situação desesperadora demandava uma ação governamental diferente daquela englobada pela política de desenvolvimento habitacional anteriormente descrita neste julgamento. A Região Metropolitana do Cabo elaborou um programa (o programa de terras da Região Metropolitana do Cabo) em junho de 1999, alguns meses após os apelados terem sido despejados. O programa dizia:

[...] do acima descrito, percebe-se a disparidade entre a demanda e o fornecimento no setor habitacional, resultando em uma crise na entrega de moradias.

Entretanto, a situação existente não pode ser simplesmente aceita, como existem muitas famílias vivendo em condições críticas ou, por outro lado, existem situações na Região Metropolitana do Cabo, onde as autoridades locais devem empregar medidas legais (despejos) para poder administrar e implementar projetos habitacionais. Um novo programa habitacional é necessário para atender as condições críticas da habitação na [Região Metropolitana do Cabo]. O programa proposto é chamado de 'Programa Acelerado para Gerenciamento da Ocupação de Terra'."

Mais adiante no documento, o programa é brevemente descrito da seguinte forma:

O Programa Acelerado para Gerenciamento da Ocupação de Terra (AMSLP) pode ser descrito como uma rápida liberação de terras para famílias em crise, com o fornecimento progressivo de serviços.

Esse programa deve beneficiar as famílias em situação de crise. O programa não oferece quaisquer benefícios para aqueles que querem burlar a ordem de espera, na medida em que é o Conselho Metropolitano Local que determina quando a progressiva melhoria nos serviços será utilizada.

O Programa Acelerado para Gerenciamento da Ocupação de Terra (AMSLP) inclui a identificação e compra de terras, planejamento, identificação dos beneficiários, aprovação distrital, fixação da sucessão, construção dos serviços básicos, reassentamento e transferência de terra para os beneficiários.

Nós fomos informados pelo Conselho, durante a audiência, que apesar do programa não estar em funcionamento à época em que este processo foi protocolado, está agora em vigor e sendo implementado.

61. O programa da Região Metropolitana do Cabo foi formulado pela Região Metropolitana especialmente para “auxiliar aos conselhos metropolitanos locais no gerenciamento do assentamento das famílias em crise.” Dentre as importantes características desse programa destacam-se o reconhecimento: (i) da ausência de provisão para pessoas que vivem em condições críticas; (ii) do caráter inaceitável dessa condição de famílias viverem em condições críticas; (iii) do conseqüente risco de invasões de terras; e (iv) do descompasso entre o fornecimento e a demanda de moradias, que resulta em uma crise na entrega. Crucialmente, o programa reconhece que seus beneficiários são famílias na iminência de serem despejadas, que estão em situações de crise em áreas de risco tais como aquelas sujeitas a enchentes, famílias localizadas em áreas estratégicas, habitando barracos em quintais ou na lista de espera de quem já está em situação de crise. O seu objetivo primário é a rápida liberação de terras para essas famílias em crise, com serviços que sejam progressivamente fornecidos.

62. Na elaboração do seu programa, a Região Metropolitana do Cabo afirmou:

O governo local, por força dos poderes e funções que lhe foram atribuídas pela legislação nacional e provincial e pela política, precisa iniciar, facilitar e desenvolver projetos habitacionais. Parte desse papel é, igualmente, a identificação de terras disponíveis para habitação. Existem, atualmente, alguns poucos programas que estão disponíveis para financiar projetos habitacionais, por exemplo, os subsídios vinculados a projetos, o subsídio institucional e o CMIP. Nenhum desses programas lida diretamente com a situação crítica no campo habitacional. O Programa Acelerado de Gerenciamento e Regularização de Terras (AMLSP) pode, dessa forma, ser descrito como a rápida liberação de terras às famílias em situação crítica, com o fornecimento progressivo de serviços.

63. A Seção 26 requer que as medidas legislativas e outras ações adotadas pelo Estado sejam razoáveis. Para determinar se o programa nacional, tal como aplicado na Região Metropolitana do Cabo é razoável, nos moldes dessa Seção, necessário é determinar se é razoável a ausência de um componente de restauração para as necessidades especiais dos que estão nessas situações desesperadoras. É senso comum que, exceto pelo programa de terras da Região Metropolitana do Cabo, não existe previsão no programa nacional de habitação, nos moldes aplicados na Região Metropolitana do Cabo, para pessoas que estão em situação de necessidade desesperadora.

64. Os advogados dos apelantes sustentam o programa nacional de habitação e resistem à ideia de que o fornecimento de assistência para as pessoas em necessidade desesperadora seja adequado nos moldes daquele programa. Os advogados também alegaram que a Seção 26 não requer o fornecimento desse tipo de assistência. De fato, a alegação foi que a assistência para as pessoas em necessidade desesperadora prejudicaria significativamente o desenvolvimento habitacional integrado, tal como definido na Lei. A política de desenvolvimento habitacional estabelecida pela Lei seria louvável em si mesma. Ela conteria metas de médio e longo prazos que não poderiam ser criticadas. Mas a questão é se um programa habitacional que desconsidera a necessidade de melhorias imediatas para as circunstâncias daqueles que estão em situação crítica pode passar no teste de razoabilidade, tal como estabelecido pela Seção.

65. A ausência desse componente poderia ser aceitável se o programa habitacional nacional oferecesse moradias a preço acessível para a maioria das pessoas e em prazo razoavelmente curto. Entretanto, a escala do problema é tal que isso não é possível. Cada projeto habitacional deve levar anos para ser concluído e o fornecimento de habitação para todos no município e na Região Metropolitana do Cabo também deve demorar muitos anos para acontecer. Os que se encontram em situação desesperadora serão deixados à própria sorte no futuro previsível se medidas temporárias não forem adotadas como parte integral do programa habitacional nacional. As autoridades responsáveis pela habitação estão, claramente, inaptas a dizer quando habitação estará disponível para essas pessoas. O resultado disso é que as pessoas em necessidade desesperadora são deixadas sem qualquer forma de assistência e sem solução à vista. Não apenas as crises imediatas deixam de ser resolvidas. A consequente pressão nos assentamentos existentes resultará, inevitavelmente, em invasões de terras pelos desesperados que, dessa forma, frustram o alcance das metas a médio e longo prazo do programa habitacional nacional. Essa é uma das principais razões pelas quais o programa de terras da Região Metropolitana do Cabo foi adotado.

66. O governo nacional é responsável por assegurar que o Estado cumpra com as obrigações que lhe são impostas pela Seção 26. O programa nacional de habitação falha no cumprimento das obrigações impostas ao governo nacional na medida em que não reconhece que o Estado deve providenciar assistência para aqueles que estão em necessidade desesperadora. Estes não podem ser ignorados por causa dos objetivos de um programa de médio e longo prazo. É essencial que uma parte razoável do orçamento habitacional nacional seja dedicada a este fim, mas a decisão sobre a precisa alocação desses recursos é, em primeira instância, da competência do governo nacional.

67. Este caso é relacionado com o município e com a Região Metropolitana do Cabo. Este último reconhece que essa necessidade não foi equacionada e empregou o seu próprio programa de terras para solucionar tal problema. Esse programa, aparentemente, cumpre a obrigação que o Estado tem perante as pessoas na posição dos apelados na Região Metropolitana do Cabo. De fato, os *amicus* reconheceram que o programa “iria suprir as necessidades de pessoas tais como os apelados, e de maneira apropriada e sustentável.” Contudo, como medida legislativa, a existência do programa é mero ponto de partida. O que resta por fazer é a implementação do programa por via da adoção de todos os passos razoáveis e necessários para seu início e manutenção. E são passos que devem ser dados levando na devida conta a urgência das situações para as quais ele foi concebido.

68. Implementação eficaz demanda, ao menos, dotação orçamentária adequada do governo nacional. Isso, por sua vez, demanda reconhecimento da obrigação de atender necessidades imediatas dentro do programa habitacional nacional. O reconhecimento de tais necessidades pelo programa habitacional nacional demanda a existência de planejamento, orçamento e monitoramento para o atendimento de necessidades imediatas e gerenciamento de crises. Isso deve assegurar que um número significativo de pessoas em situação desesperadora receba assistência, embora nem todas a recebam imediatamente. Tal planejamento também demanda cooperação entre as diferentes esferas do governo.

69. Em conclusão, foi estabelecido neste caso que, a partir da data de propositura desta ação, o Estado não estava cumprindo com a obrigação imposta pela Seção 26 (2) da Constituição, na Região Metropolitana do Cabo. Em particular, os programas adotados pelo Estado não cumpriam com os requerimentos da Seção 26 (2), uma vez que não havia provisão para assistência às categorias de pessoas em situação de necessidade desesperadora, conforme identificadas anteriormente. Posteriormente, emitirei a decisão que é decorrente desta conclusão.

G. Seção 28 (1) (c) e o direito a abrigo

70. O Julgamento do Tribunal Superior é o seguinte: (a) a Seção 28 (1) (c) obriga o Estado a providenciar abrigo às crianças necessitadas e a seus pais, se os mesmos não puderem providenciar abrigo aos seus filhos; (b) essa obrigação existe, independentemente de e em adição a, obrigação de adotar medidas legislativas e outras ações razoáveis nos termos da

Seção 26; e (c) o Estado está vinculado a essa obrigação independente da disponibilidade de recursos. Nesse raciocínio, os pais e seus filhos possuem dois direitos distintos: o direito ao acesso à moradia adequada nos termos da Seção 26, bem como o direito a requerer abrigo em caso de necessidade, nos termos da Seção 28 (1) (c).

71. Este raciocínio produz um resultado anômalo. As pessoas cujos filhos são crianças têm um direito exigível e direto a moradia, de acordo com a Seção 28 (1) (c), enquanto que outros que não têm filhos, ou cujos filhos sejam adultos, não detêm esse mesmo direito à moradia, conforme estabelecido naquela Seção, não importando que sejam idosos, portadores de deficiências ou detentores de quaisquer outras circunstâncias que os tornem merecedores de tal direito. O esquema constitucional cuidadosamente construído para a progressiva realização dos direitos socioeconômicos faria pouco, ou nenhum sentido, se pudesse ser superado, em cada caso, pelos direitos das crianças de receber, sob demanda, abrigo do Estado. Ademais, há um perigo óbvio. As crianças podem tornar-se, para os seus pais, uma espécie de trampolins para a obtenção de moradia, em vez de serem valorizadas por suas próprias necessidades.

72. Os apelados e os *amici*, corroborando com o julgamento do Tribunal Superior, estabeleceram distinção entre moradia, por um lado, e abrigo, por outro. Eles alegam que abrigo é um tipo mais simples de moradia e que o Estado é obrigado a fornecê-lo, sob demanda, a todas as crianças. Os apelados e os *amici* enfatizaram que o direito das crianças ao abrigo é um direito não qualificado e que, a qualificação das “medidas razoáveis” incorporadas na Seção 25 (5), 26, 27 e 29 estão marcadamente ausentes na Seção 28 (1) (c). Os apelantes discordaram e criticaram a definição dos apelados para abrigo, posto que concebem tal abrigo em termos limitados de um objeto material. Eles alegam que abrigo é mais do que isso, e o definem como uma instituição construída pelo Estado, na qual as crianças são acolhidas e mantidas longe dos seus pais.

73. Não posso aceitar que a Constituição estabeleça qualquer real distinção entre habitação, por um lado, e abrigo, por outro, e que abrigo deva ser entendido como uma forma rudimentar de habitação. Habitação e abrigo são conceitos relacionados e um dos objetivos da habitação é fornecer abrigo físico. Mas abrigo não é uma comodidade apartada da habitação. Não há dúvida de que todo abrigo representa uma proteção contra os elementos e, possivelmente, contra o perigo. Existe uma variedade de formas pelas quais o abrigo pode se constituir: pode ser ineficaz e rudimentar em um extremo e muito eficaz, e mesmo ideal, no outro. O conceito de abrigo da Seção 28 (1) (c) não é qualificado de forma a ser entendido como abrigo “básico”. Disso se depreende que a Constituição não limita o conceito de abrigo a básico apenas. O

conceito de abrigo na Seção 28 (1) (c) abarca o abrigo em todas as suas manifestações. Entretanto, não se pode entender que a Constituição obriga o Estado a providenciar abrigo na sua forma mais eficaz ou mais rudimentar às crianças acompanhadas de seus pais.

74. A obrigação criada pela Seção 28 (1) (c) pode ser verificada, apropriadamente, no contexto dos direitos e, em particular, das obrigações criadas pelas Seções 25 (c), 26, e 27 da Constituição.⁵⁸ Cada uma dessas Seções expressamente obrigam o Estado a adotar medidas legislativas e outras ações razoáveis, na medida dos recursos disponíveis, para realizar os direitos com os quais eles estão relacionados.⁵⁹ A Seção 28 (1) (c) cria o direito das crianças à nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais. Há uma evidente superposição entre os direitos criados pelas Seções 26 e 27, e aqueles conferidos às crianças pela Seção 28. Apesar dessa superposição, os direitos das Seções 26 e 27, são atribuídos a todas as pessoas, inclusive às crianças, enquanto que a Seção 28, no seu preâmbulo, atribui direitos apenas às crianças. Essa superposição não é consistente com a noção que a Seção 28 (1) (c) cria direitos exclusivos e independentes para as crianças e seus pais.

75. A extensão da obrigação estatal também deve ser interpretada à luz das obrigações internacionais que vinculam a África do Sul. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, ratificada pela África do Sul em 1995, impõe obrigações aos Estados Partes de garantir que os direitos das crianças sejam apropriadamente protegidos em seus países. A Seção 28 é um dos mecanismos para cumprir com essas obrigações. Requer do Estado a adoção de providências para garantir que sejam observados os direitos das crianças. Primeiramente, o Estado cumpre seu dever garantindo a existência de obrigações legais que compelem os pais a cumprir suas responsabilidades em relação aos filhos. Dessa forma, a legislação e a *common Law* impõem aos pais obrigações de cuidar de seus filhos. O Estado reforça a observância destas obrigações através do uso da lei civil e criminal, bem como através dos programas de bem-estar social.

76. A Seção 28 (1) (c) deve ser lida nesse contexto. Subseções 28 (1) (b) e (c) estipulam:

“Toda criança tem o direito – Ao cuidado familiar ou parental, ou a cuidado alternativo quando removida do ambiente familiar; À nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais.”

⁵⁸ Estas seções foram esclarecidas no parágrafo 19 deste julgamento.

⁵⁹ Seção 25 (5) determina ao Estado que promova condições que possibilitem os cidadãos a aquisição de terras equitativamente; a Seção 26 (2) se relaciona com o direito ao acesso à moradia adequada; Seção 27 (2) com o direito ao acesso à serviços de saúde, alimentação suficiente, água e seguridade social, incluindo assistência social adequada se as pessoas estiverem incapacitadas de manter a si mesmos e aos seus dependentes.

Elas devem ser lidas em conjunto. São garantias de que as crianças receberão cuidados apropriados de seus pais ou famílias, e que receberão cuidados adequados alternativos na ausência de cuidado parental ou familiar. Essa Seção estabelece a concepção de cuidado que as crianças devem receber de nossa sociedade. A Subseção (1) (b) define os responsáveis pelo cuidado, enquanto que a Subseção (1) (c) lista os vários aspectos do direito ao cuidado.

77. O resultado da subseção 1(b) é que a Constituição estabelece que as crianças têm, em primeiro lugar, o direito ao cuidado parental ou familiar, e o direito ao adequado cuidado alternativo apenas quando faltar o primeiro. Por meio de legislação e *Common Law*, a obrigação de providenciar o abrigo da Subseção (1) (c) é primariamente imposta aos pais ou à família, e apenas alternativamente ao Estado. O Estado incorre na obrigação de providenciar abrigo àquelas crianças, por exemplo, que tenham sido retiradas de suas famílias. Resulta disso que a Seção 28 (1) (c) não cria obrigação primária ao Estado de providenciar abrigo sob demanda dos pais e de seus filhos se as crianças estiverem sendo cuidadas pelos pais ou por suas famílias.

78. Isso não significa, entretanto, que o Estado não tenha nenhuma obrigação em relação às crianças que estiverem sendo cuidadas pelos seus pais ou famílias. Em primeiro lugar, o Estado deve providenciar a infraestrutura legal e administrativa necessária para garantir que seja concedida às crianças a proteção contemplada na Seção 28. Essa obrigação seria regularmente cumprida por meio de leis e de mecanismos de coerção que visem a manutenção das crianças e sua proteção contra maus tratos, abusos, negligência ou degradação,⁶⁰ e a prevenção de outras formas de abuso mencionadas na Seção 28. Mais ainda, o Estado deve cumprir suas obrigações de providenciar às famílias o acesso à terra nos termos da Seção 25, o acesso à moradia adequada nos termos da Seção 26, bem como acesso a serviços de saúde, comida, água e seguridade social, nos termos da Seção 27. É resultante desse julgamento que as Seções 25 e 27 demandam do Estado a providência de acesso de maneira programática e coordenada, sujeita à disponibilidade de recursos. Uma forma pela qual o Estado poderia cumprir sua obrigação da Seção 27 seria através de um programa de bem-estar social que fornecesse subsídios e outras formas de assistência material às famílias necessitadas, em certas e determinadas circunstâncias.

79. Não foi dito que as crianças apeladas neste caso deveriam receber abrigo separado de seus pais. Os apelados, que neste caso são crianças, estão sendo cuidados por seus pais; não estão sob os cuidados do Estado, nem em cuidado alternativo ou abandonadas. Nas

⁶⁰ Ver Seção 28 (1) (d).

circunstâncias deste caso, portanto, não existe obrigação estatal de providenciar abrigo aos apelados que são crianças e, através delas, aos seus pais nos termos da Seção 28 (1) (c). A Corte Superior, desta forma, errou ao expedir mandado com base nessa Seção.

H. Avaliação da conduta dos apelantes em relação aos apelados

80. A Seção final deste julgamento analisa se os apelados têm o direito a alguma assistência na forma de moradia temporária em virtude de suas circunstâncias especiais e por causa da conduta dos apelantes em relação a eles. Esta questão foi levantada no debate, e embora não tenha sido inteiramente explicitada por escrito, é apropriado considerá-la. À primeira vista, a situação dos apelados era tão aguda e insustentável quando a Corte Superior julgou o caso que, por simples questão humanitária, demandava alguma forma de alívio imediato e urgente. Eles haviam deixado *Wallacedene* por causa das circunstâncias intoleráveis, e haviam sido despejados de uma forma que deixou muito a desejar e, como resultado, viviam em desesperadoras condições sub-humanas num campo de futebol ou no Centro Comunitário de *Wallacedene*. Devemos ainda nos lembrar que os apelados não são os únicos nessa situação de desespero; centenas de milhares (possivelmente milhões) de Sul Africanos vivem nessas condições terríveis por todo o nosso país.

81. Embora as condições sob as quais os apelados viviam em *Wallacedene* fossem notoriamente intoleráveis e, embora seja difícil sustentar qualquer crítica contra eles por haverem deixado seus barracos em *Wallacedene*, é uma dolorosa realidade perceber que as circunstâncias deles não são piores do que a de milhares de outras pessoas, inclusive crianças, que permaneceram em *Wallacedene*. Não pode ser dito, de acordo com as provas aqui apresentadas, que os apelados se mudaram do assentamento em *Wallacedene* e ocuparam terras demarcadas para fins de desenvolvimento habitacional de baixo custo, como parte de uma estratégia para ter preferência no recebimento de moradias, isso em vantagem sobre milhares de outras pessoas que permaneceram em condições igualmente intoleráveis e que também sofrem da urgente necessidade de receber assistência habitacional. Deve-se ter em mente, contudo, que o efeito de qualquer mandado que constitua uma dispensa especial para os apelados, por conta das suas circunstâncias extraordinárias, deve estar em harmonia com essa preferência.

82. Todos os níveis governamentais devem assegurar que o programa habitacional seja razoável e apropriadamente implementado à luz das disposições da Constituição. Todos os

mecanismos de implementação, e todas as ações estatais em relação à habitação devem ser analisadas em relação aos requisitos da Seção 26 da Constituição. Cada ação adotada, em todos os níveis de governo, deve ser consistente com a obrigação constitucional de adotar medidas razoáveis para providenciar habitação adequada.

83. Mas a Seção 26 não é a única disposição relevante para uma decisão sobre se uma ação estatal, em um particular nível governamental, é razoável e consistente com a Constituição. A proposição de que os direitos são inter-relacionados e igualmente importantes não é mero postulado teórico. Este conceito tem imensa e prática relevância em uma sociedade fundada na dignidade humana, igualdade e liberdade. É fundamental, para uma avaliação da razoabilidade de uma ação estatal, que seja levada em conta a inerente dignidade dos seres humanos. A Constituição valerá infinitamente menos do que o papel usado para a sua impressão se a razoabilidade da ação estatal relativa à habitação for determinada sem a devida consideração ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. A Seção 26, que deve ser lida no contexto da Declaração de Direitos como um todo, deve significar que os apelados têm direito a uma ação razoável do Estado em qualquer circunstância e com particular atenção à dignidade humana. Em resumo, quero enfatizar que os seres humanos devem ser tratados como seres humanos. Esse é o contexto no qual a conduta dos apelados deve ser analisada.

84. O ordenamento jurídico nacional reconhece isso. Ao elencar os princípios gerais vinculantes a todos os níveis do governo, a Lei de Habitação prevê que no gerenciamento de qualquer matéria relacionada com o desenvolvimento habitacional, todos os níveis governamentais devem respeitar, proteger, promover e realizar os direitos do Capítulo 2 da Constituição. Além disso, a Seção 2 (1) (b) obriga todas as esferas governamentais a realizar relevantes consultas com os indivíduos e comunidades afetadas pelo desenvolvimento habitacional. Ademais, a Seção 9 (1) (e) obriga os municípios a promover a resolução dos conflitos resultantes do processo de desenvolvimento habitacional.

85. Agora avaliaremos se a ação (ou omissão) estatal em relação aos apelados atendeu às disposições constitucionais. A questão central deste julgamento é que a falta de moradia na área da Região Metropolitana do Cabo em geral, e em *Oostenberg* em particular, atingiu proporções críticas. *Wallacedene* estava, obviamente, explodindo e era de esperar que as pessoas que estavam nessa situação desesperadora também estivessem tentadas a mudar-se de seus barracos para uma terra desocupada, num esforço de melhorar sua situação. Aparentemente, foi o que os apelados fizeram.

86. Se a conduta da Sra. Grootboom e dos outros apelados constituiu-se em invasão, é tema que foi discutido nestes autos. Ninguém sugeriu, entretanto, que as circunstâncias dos apelados, antes de sua mudança para *New Rust*, eram menos que desesperadoras. Não há nenhuma indicação nos autos de que houvesse planos municipais para lidar com a ocupação de terrenos desocupados, se isso ocorresse. Se existisse algum plano, os apelados bem que poderiam ter agido de maneira diferente.

87. Os apelados começaram a mudar para *New Rust* durante o mês de setembro de 1998 e o número de pessoas naquelas terras continuava a crescer incessantemente. Eu esperava que oficiais do município responsáveis pela habitação procurassem interagir com essas pessoas assim que tivessem notícias da ocupação. Também pensei que algum esforço tivesse sido feito pelo município para resolver, no caso-a-caso, a dificuldade, após uma investigação sobre as circunstâncias antes que a situação ficasse fora de controle. Mas o município nada fez e o assentamento cresceu rapidamente.

88. No entanto, não há dúvida de que o município financiou o despejo dos apelados. O magistrado que ordenou a retirada dos apelados conduziu um processo de mediação no qual o município deveria estar envolvido para identificar algum espaço alternativo para alocação dos residentes de *New Rust*. Embora a razão para isso não esteja evidente nos autos, é evidente que nenhuma mediação eficaz ocorreu. O Estado tinha uma obrigação de assegurar, ao menos, que o despejo fosse executado humanamente. Contudo, o despejo foi realizado com resquícios do passado e de modo inconsistente com os valores da Constituição. Os apelados foram despejados um dia antes do prazo concedido, e para piorar a situação, suas posses e bens materiais de construção não foram apenas removidos, mas destruídos e queimados. Já mencionei antes que as disposições da Seção 26 (1) da Constituição encarregam o Estado com, ao menos, uma obrigação negativa em relação à habitação. A forma com a qual o despejo foi executado resultou em descumprimento dessa obrigação.

89. Nessas circunstâncias, a resposta do município à carta do advogado dos apelados deixou muito a desejar. Vale lembrar que a carta explicitou que estavam correndo diálogos com oficiais da Administração Provincial para se chegar a uma solução amigável ao problema. Não há evidências, contudo, de que os apelados tenham sido sequer informados dos resultados de tais diálogos. A petição foi proposta com o fundamento de que nenhum dos apelantes, individual ou coletivamente, poderia fazer algo para aliviar o problema. A Região

Metropolitana do Cabo, o Cabo Ocidental e o governo nacional foram chamados ao processo e estavam cientes dos pleitos dos apelados.

90. Em todas essas circunstâncias o Estado pode ter violado suas obrigações constitucionais. Também pode ser que a conduta do município tenha sido inconsistente com as disposições da Lei de Prevenção de Despejo Ilegal e de Ocupação Ilegal de Terras. Mais ainda, o município pode ter falhado no cumprimento das obrigações impostas pelas disposições das Seções 2(1)(b), 2(1)(h)(i) e 9(1)(e) da Lei de Habitação. Porém, nenhum desses argumentos foi dirigido a este Tribunal e a esta altura já não estamos mais em posição de considerá-los.

91. Na audiência neste Tribunal, os advogados dos governos nacional e do Cabo Ocidental, apresentaram uma declaração indicando que os apelados tinham, naquele mesmo dia, recebido oferta de acomodações alternativas, não como tentativa de cumprir qualquer obrigação constitucional, mas sim, no interesse do humanismo e do pragmatismo. Os advogados dos apelados aceitaram a oferta. Subsequentemente, uma cópia do acordo foi apresentada, conforme abaixo:

1. O Departamento de Planejamento, Governança Local e Habitação (Província do Cabo Ocidental) toma a seu encargo, conjuntamente com o Município de Oostenberg, providenciar acomodação temporária aos apelados que estão no Campo de Esportes de *Wallacedene* até que eles possam receber moradia nos termos dos programas de habitação disponíveis às autoridades locais, e, em particular, o Programa Acelerado de Gerenciamento e Regularização de Terras.
2. A “acomodação temporária” compreende: um espaço demarcado, provisão de estruturas temporárias que devem ser à prova de água; saneamento básico, água e serviços de coleta lixo.
3. A implementação de tais medidas deve ser discutida com a comunidade de *Wallacedene* e os apelados.

Muito embora, como indicado anteriormente, a situação especial dos apelados já tenha sido explicada durante as manifestações das partes, a tutela pleiteada por eles sempre esteve fundamentada nas Seções 26 e 28 da Constituição e não na violação de qualquer estatuto legal (tal como a Lei de Prevenção de Despejos Ilegais ou a Lei de Habitação), a *Common Law* ou qualquer outra disposição da Constituição. Consequentemente, não cabe a este Tribunal emitir qualquer decisão fundamentada em outros dispositivos que não os das Seções 26 ou 28 da Constituição.

92. Este julgamento não deve ser entendido como uma aprovação de qualquer prática de invasão de terras com o propósito de coagir o aparato estatal a providenciar moradia de modo

preferencial a quem quer que seja. A invasão de terras é inimiga da provisão sistemática e planejada de moradia adequada. Pode ser que a decisão do Estado, em face das dificuldades geradas pelas repetidas invasões de terra, seja a de não providenciar moradias como resposta às invasões, o que até pode ser considerado razoável. Mas a razoabilidade deve ser determinada com base nos fatos de cada caso.

I. Resumo e conclusão

93. Este caso mostra o desespero de centenas de milhares de pessoas vivendo em condições deploráveis por todo o país. A Constituição obriga o Estado a agir positivamente para melhorar essas condições. A obrigação é de providenciar acesso à moradia, serviços de saúde, alimentação e água suficientes, e seguridade social para aqueles incapazes de manter a si mesmos e aos seus dependentes. O Estado também deve promover condições para que os cidadãos possam ter acesso à terra de modo equitativo. Aqueles que se encontram em situação de necessidade, por sua vez, têm o correspondente direito de demandar que isso seja realizado.

94. Estou consciente de que é tarefa extremamente difícil para o Estado cumprir tais obrigações nas atuais condições de nosso país. Isso é também reconhecido pela Constituição, que expressamente prevê que o Estado não é obrigado a ir além de seus recursos disponíveis, ou a realizar tais direitos imediatamente. Quero enfatizar, contudo, que a despeito de todas essas condições, esses são direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar-lhes efeito. Esta é uma obrigação que os tribunais podem, e em circunstâncias apropriadas, devem fazer cumprir.

95. Nem a Seção 26, nem a Seção 28 garantem aos apelados o direito de exigir imediata resposta ao direito de abrigo ou de moradia. A decisão da Corte Superior, assim, não deveria ter sido proferida. Contudo, a Seção 26 obriga o Estado a conceber e a implementar um programa coerente e coordenado, que seja projetado para realizar as obrigações da Seção 26. O programa que vem sendo adotado, e que estava em vigor na Região Metropolitana do Cabo à época que este pedido foi apresentado, ficou aquém das obrigações impostas ao Estado pela Seção 26(2), visto que falhou por não oferecer algum tipo de alívio àqueles que se encontravam em situação de desesperadora necessidade de acesso a moradia.

96. À luz das conclusões a que cheguei, é necessário e adequado proferir uma decisão declaratória. Esta decisão requer que o Estado aja de modo cumprir com a obrigação que lhe é imposta pela Seção 26 (2) da Constituição. Isso inclui a obrigação de conceber, orçar,

implementar e supervisionar medidas para aliviar aqueles que estão em situação de necessidade desesperadora.

97. A Comissão de Direitos Humanos figura como *amicus* neste caso. A Seção 184 (1) (c) da Constituição impõe à Comissão o dever de “monitorar e avaliar a observância dos direitos humanos na República.” As Subseções (2) (a) e (b) dão à Comissão o poder: “(a) de investigar e relatar sobre a observância dos direitos humanos; (b) adotar providências para garantir compensação apropriada quando os direitos humanos tiverem sido violados.”

Os advogados da Comissão indicaram, nos autos, que a Comissão tinha o dever e estava preparada para monitorar e relatar a respeito do cumprimento, pelo Estado, das suas obrigações decorrentes da Seção 26. Nessas circunstâncias, a Comissão irá monitorar e, se necessário, relatar, na forma dessas atribuições, sobre os esforços empregados pelo Estado para cumprir as obrigações da Seção 26, de acordo com este julgamento.

98. Não haverá decisão em relação às custas.

J. A decisão

99. Profiro a seguinte decisão:

1. O apelo é provido em parte.
2. A decisão da Corte Superior do Cabo da Boa Esperança é anulada e substituída pela seguinte:

Declara-se que:

- (a) A Seção 26 (2) da Constituição requer que o Estado conceba e implemente, na medida de seus recursos disponíveis, um amplo e coordenado programa para realizar, progressivamente, o direito de acesso a moradia adequada.
- (b) O programa deve incluir medidas razoáveis, tais como as contempladas no Programa Acelerado de Regularização de Terras, sem se restringir exclusivamente a elas, e a prestar alívio às pessoas que não possuem acesso à terra, que não têm teto, e que vivem em condições intoleráveis ou em situações críticas.
- (c) Desde a data de propositura desta ação, o programa habitacional estatal, na área do Conselho Metropolitano do Cabo, ficou aquém do cumprimento dos requisitos do parágrafo (b), posto que falhou em prover razoavelmente, na medida dos recursos disponíveis, as pessoas da Região Metropolitana do Cabo que não têm

acesso à terra, que não têm teto e que vivem em condições intoleráveis ou em situações críticas.

3. Não haverá decisão em relação às custas.

Chaskalson P, Langa DP, Goldstone J, Kriegler J, Madala J, Mokgoro J, Ngcobo J, O'Regan J, Sachs J e Cameron AJ concordam com o julgamento de Yacoob J.

Pelos primeiro e segundo apelantes:

JJ Gauntlet SC, A Schippers e N Bawa, instruídos pelo Procurador do Estado, Cidade do Cabo

Pelos terceiro e quarto apelantes:

JC Heunis SC e JW Olivier, instruídos por De Klerk & Van Gend pelo terceiro apelante e Marais Muller pelo quarto apelante.

Pelos apelados:

P Hodes SC, I Jamie e A Musikanth instruídos por Apollos Smith & Associados.

Representante dos *amici curiae*:

GM Budlender, instruído pelo Centro de Recursos Jurídicos.

CONSTITUTIONAL SOCIAL RIGHTS WITHOUT A SOCIAL SECURITY PHILOSOPHY¹

Introduction

Needless to say that Social Security is widely spread as a public aim to be achieved through a model of universal healthcare, social care and social insurance, fully coordinated by the State (ESPING-ANDERSEN, 2012; HEREDERO 2007; INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2011; UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT, 2006). Moreover, contemporary approaches highlight that it is a thin simplification reducing Social Security to a mere system of institutions: rather, it is first and foremost, a human right that is to be implemented via a system of institutions and policies which work as tools for such a human right (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2001, 2011; ISSA, 2013; ABRAMOVICH; COURTIS, 2011; HEREDERO 2007; LANGFORD, 2009).

Conversely, and in spite the fact that in Brazil there is a vast legal literature upon social security and fundamental rights (SAVARIS, 2011; SARLET, 2012; FLEURY 2005; FLEURY, 1994; IPEA 2008), it is quite rare to see acknowledgments of social security itself as a fundamental human right. Rather, the opposite is more likely to be the case, once the most part of Brazilian scholars (CASTRO; LAZZARI, 2015, p. 27-28), politicians, even the Courts, tend to see social security as a system of institutions charged with the implementation of health, social assistance and social insurance policies. In spite of the fact that all these mentioned human rights are oftenly seen as means to the enforcement of those three fundamental human rights, such cornerstones are not properly admitted as means for the realization of social security as an autonomous right in itself.

This paper draws attention to the Brazilian theory on social security, particularly within the legal and constitutional realm. The paper argues that the dominant view takes the parties as fundamental rights, though without conferring the same legal status to the whole: the right to social security. Therefore, we maintain this is a paradox with two main causes: on the one hand, to the poor development of a philosophy of social security in Brazil, particularly because huge dissensions on the role of social security inside this complex society. Secondly, because of the capture of the public debate on social security by the Constitution, which has sparked a strong judicialization of the political arena as one of the most outstanding outcomes.

¹ Acknowledgements are due our Universities, given that writing and translation this article was only possible with the financial support of UNOESC and Universidade Positivo (for Carlos Luiz Strapazzon). The author of the parts 1-2; 7-9 is Carlos Luiz Strapazzon. Professor Dr. Robison Tramontina, has participated in the selection of cases as well as with the writing of the 3th up to 6th parts of this paper.

Thus, in the first part the manuscript seeks to clarify the causes of this circumstance of recognition of health, social care and social insurance as fundamental rights without equivalent recognition of social security as a proper human right. Afterwards, the article is particularly concerned with the features of the judicialization of social rights. As a matter of conclusion, the article points out this this situation as a paradox by addressing the lack of a proper philosophy of social security as an outcome of a political dissent within the social conflict in Brazil.

1 Broad conception of social rights, narrow consensus on social security

We assume that the line of research in constitutional social security is crucial for further advancements in the field of fundamental rights theory in Brazil – actually, one might say that it is also the case for the Latin America as a whole. The clarification of this particular human right, namely, its existence, scope and significance for all the rest of constitutional rights, as well as its costs and benefits are not only of utmost political, but also theoretically significant.

Accordingly, it is fair to hold that if Brazil has not yet a strong dialogue between human rights theory, fundamental social rights theory along with the welfare state theory – that is, a dialogue which appropriately entail knowledges on social policy, labor market, household care and civil society along with the most recent understandings on human rights, human development and constitutionalism – it might be partly due to the lack of lines of research in the field of social security in Brazilian Schools of Law and partly because of the fragile political consensus upon this issue.

Thus, from this point of view, there are scientific and political reasons reinforcing their own weakness. To put in other words, the lack of a scientific culture of investigating welfare rights as human rights negatively affects political and legal understandings on the scope of fundamental rights and thereby significantly complicates the achievement of political consensus. On the other hand, Brazilian constitution is one of the most devoted to social rights. That means the Constituent was strongly confident on the role of the Judicial Branch as a guardian of its undertaking.

During the course of the last years we have been attempting to address this crucial conceptual research (STRAPAZZON, 2012, 2015; STRAPAZZON; SERRAMALERA, 2013) based on the conviction that if Brazil has strongly innovated in its constitutional design concerning welfare rights, constitutional theory has not been developed at the same pace. However, this is in part a matter of a shortfall withing the constitutional theory.

It is quite clear that in Brazil one of the fields of law most affected by legal disputes after 1988 is precisely that one regarding welfare fundamental rights. This is so partly because welfare rights are formally enshrined in the Article 6 of the Brazilian Constitution, Title II, which recognizes them as Fundamental Rights. Moreover, the Constitution protects these rights through strong *Actions* labeled *Constitutional Guarantees*. Based on these reasons, it is undeniable that welfare rights are formally part of the Brazilian Bill of Rights. This means they occupy a prominent position within the system of constitutional rights, since all rights formally established in Title II have a relative predominance over all others.

By contrast, the Brazilian model of Constitutional Law embraces a broad and multidimensional conception of fundamental rights. This can be clearly observed not only by a quick glance to the text as such, which acknowledge individual and collective rights, freedom, equality and fraternity rights, civil and political rights, social, economic and cultural rights as well as rights for the future generations, such as environmental rights. Furthermore, the principle of dignity of all human beings is one of the cornerstones of this text, as an aim for the Republic as a whole. In spite of this, the Chart is also an open system for new rights, since it provides the traditional overture to unenumerated rights.² Lastly, it is of immense significance the role of Supreme Court in this framework: it is, from a formal point of view, the Guardian of this constitutional system.

In conclusion, Brazilian constitution embraces a large number of rights, with a broad and multidimensional perspective, which by one hand reveals a sharp decision to modernize and reform the public sphere by a transition from militar dictatorship system towards a constitutional democracy. As far as the Courts are concerned, this model strongly reshaped the democratic conflict by legitimating a huge intervention by the Judicial Branch into the political arena.

Regarding the welfare rights, the Brazilian Constituent has assured an outstanding presence for them in the Chart. The constitutional right to social security, for instance, is undoubtedly the most itemized one among all Latin American larger democracies as well as among the countries from BRICS.³

² Article 5 (2) states that: "The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others deriving from the regime and the principles adopted by it, or from the international treaties to which the Federal Republic of Brazil is a party"; and paragraph 3 of the same article affirms that "The international treaties and conventions on human rights that are approved, in every House of the National Congress, in two rounds, by three-fifths of the votes of its members"; and finally, it acknowledges in Article 7 a catalogue of open-ended fundamental rights of work; however, recognizing that "they are rights of urban and rural workers, in addition to others that aim at the improvement of their social condition."

³ This is an outcome of a new empirical research which offer details on the itemization of welfare rights in 20 countries (Canada, Australia, Japan and US; Germany, France, Italy, Spain and Poland; Norway, Sweden; Mexico, Colombia, Argentina, Chile; Brasil, Russia, India, China and South Africa): Strapazzon, C. L. *The human right to social security: the Brazilian constitutional regime compared to 20 foreign models*. Journal of IBDP, 2016, forthcoming issue.

The issue of health, for example, is mentioned 57 times by the Constitution. It appears in the form of general fundamental right (Art. 6), then, as a special constitutional law (Art. 196), as a special freedom to private enterprise, but limited to the national capital (Art. 199, § 3), as a special right of children, youth and adolescents (Art 227); as a special right of employment relationships, it appears as a mandatory element of the scope of protection of the purchasing power of the minimum wage (Article 7, IV.), as a limit for risks in the workplace (Article 7, XXII.); as a limit to the freedom of expression advertising (Article 220, § 3, II.); as administrative and legislative duty of all federal units (Article 23, II, Article 24, XII and Article 30, VII), as a priority public policy (Art. 34, VII, e; Art. 35, e; Art. 166 § 9o e 10o, Art. 167, IV, Art. 198 § 2o); as a condition to get special type of retirement benefit (Article 40, § 4, III.), as a special law arrangement for public policies on social security (Art 194.); as the right to be assisted by the special social security budget (Article 195, § 2.); as a right that requires the creation of a special administrative framework, called the Unified Health System (Art. 198, Art. 200).

In turn, the right of income protection through social insurance mechanisms appears connected to the concept of pension benefits as well as the social assistance rights. Both are as much itemized as the right to health. They are fundamental rights (Art 6), and autonomous constitutional rights (Art. 201, Art. 203). Pension benefits are described as a special right of employment relationships, since it is compulsory to protect the minimum wage's purchasing power (Art. 7, IV, Art. 201, § 11). Moreover, it is a special right to domestic workers (Art. 7, § single, Article 201, § 12); a special collective right for unionized workers (Art. 10); a special right to public servants (Article 40); they are an Union administrative competence (Article 21, VIII); but there is a legislative competence for all the federal units (Article 24, XII); they are a limit to the budgetary policy (Article 167, XI.); and an instrument of economic policy (Article 179). They are part of the public policies arrangement for social security (Art 194), which means, among others, the right to be assisted by the special social security budget (Art. 195, § 2).

The right to social assistance (or collective assistance or social care) was established as a particular fundamental right to those who live under particular circumstance of social vulnerability (which was equivocally labeled by the Art. 6 as “helpless people,” and by the Art. 203 as “needy people”). It is noteworthy that the Constitution prescribes a particular duty to the State of paying a benefit (a minimum wage) to elderly and persons with a disability who prove to be unable to afford their own support or having it afforded by the household, according to the law (Article 203, V.). Furthermore, social care is also treated as a special right of the array of public policies for social security (Art. 194), as a right to be assisted by the special social security budget (Art. 195, § 2), as a service that can be provided by non- governmental

organizations (Article 195, IV, § 7.); as a public policy competence of all federal units (Art. 195, IV, § 10) to be carried out with the resources of the special budget of social security (Art. 204).

It is of particular interest to clarify that by opting for a long and meticulous set of written social rights as well as for an open approach to fundamental rights, the Constituent (1988) assumed to be doing simply the basic floor, that is, the *first step* for the new democracy. That is to say that a so deeply analytic text shall not in any way whatsoever be interpreted as a final work. Further political articulation would be necessary. Therefore, the Constituent decision of enlarging the *Bill of Rights* is full of significance for the political conflict Brazil has been addressing over the last three decades. It sounds as if from 1988 onwards the main issues of the political realm had been moved from the democratic arena to the legal one; furthermore, as if citizenship has become synonym of being interpreter of the Constitution.

Considering Latin America contemporary history, one may suppose that the option for this prominent position of itemizing human dignity and fundamental social rights in a Constitution might be explained as a democratic reaction against a conservative society used with dictatorship, torture, slavery, genre inequality and many other expressions of violations to human dignity. After all, and unfortunately, all these practices have been very common within Latin American societies.

In spite of being somehow appropriate, this view does not take the whole landscape. Even though part of constitutional changes may be explained in terms of a political reaction against uncivilized common practices of the past, there were others interests at stake: the universalization of citizenship was the pivotal one. Indeed, neither dignity, nor fundamental rights were more important than citizenship for the Brazilian constitutional transition in the end of the 80's. Nonetheless, citizenship was meant not only in terms of freedom from dictatorship or direct elections, but also as an aim to be achieved through a broad conception of social rights.⁴ Therefore, one must not set aside these two ambitions of the Brazilian democratic transition: overcome autocratic governments along with enlarging the meaning of citizenship by adding social rights in the scope of citizenship. In fact, once one is aware of this second ambition it becomes easier to understand why a compatible welfare philosophy toward interpreting this Constitution is of utmost significance.

If the implementation of the constitutional human right of social security has claimed a huge reinvention of the public institutional design set forth in the Constitution, in order to enforce the new perspective of constitutional rights, it has also raised up huge political and theoretical dissents no less challenging. For instance, as a matter of fact, Brazilian constitutional

⁴ The content of such rights is stated by the Article 6 of the Charter. Education, health, food, work, housing, transportation, leisure, security, pension rights, protection of motherhood and childhood, and assistance to the most vulnerable are social rights, as set forth by this Constitution.

theory has been engaged with a dialogue with human rights very recently, no more than twenty years ago (PIOVESAN, 1996). Notwithstanding, even today it is widely spread within Brazilian theory of law that an almost pure dissociation between constitutional and human rights should be admitted, even though grounded on predominantly formal reasons (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 300-303).

Apart these theoretical challenges, there is a wide acceptance of the fact that these are times of both economic and political structural changes that profoundly affected the aspiration of universal coverture of welfare rights. There have been setbacks across the world resulting from fiscal adjustments initiated from 2010 onwards. For instance, “in 2014, 122 countries are limiting their public expenditures in terms of GDP, at a time when populations are most in need.” (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2014, p. 5).

While is on the way a new era of low rate of economic growth with increasing of productivity and innovation, along with higher levels of uncertainty and unemployment, human rights approach has transformed itself. From a system of positive fundamental rights to a set of tools concerned with a new approach inside this new scenario. That is why enlarging human capabilities, reducing inequalities in order to create more resilient societies within a sustainable development environment is nowadays the path for the realization of human rights (UNITED NATIONS, 2015, p. 16).

These different sides of the picture might well indicate that both the theoretical as well as empirical research on social security human rights ask for a new kind of constitutional approach to welfare rights. A new approach for social security rights must be able to explain the necessary reinterpretation of the right to health care, social care and pensions benefits driven not only by the principles of citizenship or dignity, but also in harmony with the challenges that are arising in the wake of the crisis of 2012: social security rights have now to be seen as a tool for building more resilient societies, more equitable, more free, more innovative in order to help national and global recovery based on a sustainable human development.

To summarize: these are times of great complexity, a moment that claims not only for scientific innovation so as to enhance existing ties between social security, constitutional ideals and new assumptions that comes from the new global agenda. It is also extremely necessary to consolidate a new philosophy for the constitutional right to healthcare, social care and social insurance as rights implied with the social security human right, which is a tool for the enlargement of. To summarize: these are times of great complexity, a moment that claims not only for scientific innovation so as to enhance existing ties between social security, constitutional ideals and new assumptions that comes from the new global agenda. It is also extremely necessary to consolidate a new philosophy for the constitutional right to healthcare,

social care and social insurance as rights implied with the social security human right, which is widely recognized as pivotal tool to the enlargement of human capabilities, to decreasing inequalities and to creating more resilient societies.

Now, it is also important to take note that over the course of last years, democratic mechanisms were not very much developed in Brazil in order to develop this new agenda. Putting this in better words, not as much as Brazilians expected so as to achieve the constitutional aims within this new context. In reality, up to now Brazilian society could not overcome old prejudices with basic republican values, namely, equal worth of every person, freedom of press and the need to clearly separate state and private interests.⁵ Thus, during the last 28 years, the theme of human development, universal health protection and livelihood were poorly addressed whether it is by the state or by the civil society, despite the very good outcomes of the period 2002-2012.

Considering the first 15 years of political transition (1988-2003), the public agenda remained heavily concentrated on fiscal reforms so as to combat hyperinflation and reducing public spending, which were critical concerns for recovery of growth, though. If during the last 10 years (2003-2013) the issue of eradication of extreme poverty, child mortality, nutrition, health care, sanitation, decent work, full employment, housing, education, equal citizenship were taken as a priority, notwithstanding, both of these periods were based on fragile political consensus upon the significance and the role of social security for the economic recovery as well as for the building of a more resilient and sustainability society. Quite on the contrary, social security has been seen far more as a mechanism of relieving human suffering.

If political dissension has contributed to the failure in innovating and creating a strong democratic arena with active engagement of civil society in Brazil during the 90's and later on, alternatively Brazilian Constitution as seen above have strengthened the political role of the Judicial Branch as the stage where social conflicts should be addressed.

It is not by chance that several institutional and procedural innovations were created in order to protect the new set of fundamental rights, but eventually it has strengthened the so-called "*judicialization of politics*". It is quite clear today that the main features of this judicial empowerment stems primarily from the long list of fundamental rights set forth in the Constitution; secondly, it has also to do with the expansion of the Supreme Court power to realize several forms of concentrated judicial reviews – somehow following the Austrian and German model – along with new ways of dialogs with civil society, through public hearings

⁵ These republican shortfalls must be labeled as the Brazilian dilemma of being an "Unfinished Republic". On this particular dilemma, see: Faoro (2007).

and *amicus curiae* mechanisms.⁶ Furthermore, a new design for collective actions (VIANA et al., 1998) along with empowerment for the Public Prosecuting Attorneys has made visible differences in terms of claims for judicial intervention in public policies – not only in cases of arbitrary omissions, though.

Whatever it is, all this represent innovations that have strengthened judicial arena in order to protecting the large constitutional conception of citizenship, as well as the constitutional design of institutions that came up with. Now, what is crucial is to observe that this outstanding empowerment of judicial arena was carried out without corresponding trade-offs with the political arena. Therefore, Brazil did not develop equivalent political mechanisms that could also strength political ties of civil society whether it is in local, whether it is in regional or in national contexts.

If we take social care services, it is easy to see how late is the Brazilian social dialogue on collective protection. Despite all endeavors carried out over the last five decades so as to overcome emergential “short term” visions – oftenly labeled as “*assistencialista*” – it is only from 2005 onwards that it becomes feasible create an institutionalization for the social dialog involving municipalities as well as national policies.⁷ Taking this into account, it is necessary to recognize that current principles of social care should be defined as socially based principles.

Within the healthcare policies, the history of social dialog is much better. However, only from 1986 onwards emerged conditions for a social dialog in order to define health as a proper fundamental right. From the field of healthcare brought up a set of principles stemming from a wide public debate carried on during many Health National Conferences. In this context, it is of particular significance is the VIII Health National Conference (1986), which designed the features of the right to health as a universal right to be held by the society as a whole through the tax system, and the Single System of Health, as a decentralized public organization to be the main institution entrusted with the responsibility for increasingly build up these fundamental principles for any kind of policies on health (CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE, 2013, p. 26). Two years later these principles democratically discussed were set forth in the Constitution. Taking this into account, it is easy to recognize that current principles of health care should be defined as socially based principles.

Social Insurance, in turn, is quite the opposite of the health and the social care system. It has a history of extreme bureaucratization and centralized rulings, with very few experience

⁶ On this issue, see information available at Supreme Court international homepage: <www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_en_us&idConteudo=120199>.

⁷ The Fourth National Conference on Social Assistance (2003) is known as the landmark of a new era for social care rights in Brazil. However, only in 2011 entered into force the Single System of Social Assistance through the Federal Law n. 12.435. Moreover, only in 2014, Brazil left the Hunger Map Mundi. For further informations, see the II Ten-year Plan for Social Assistance (2016-2026). Available at: <<https://blogcnas.org/x-conferencia-nacional/>>.

with democratic decision making. Since its beginning up to the Constituent moment, Social Insurance has been treated as a matter of State. Furthermore, it has been treated over the decades as a synonym of social security. Because of the lack of social dialog on social insurance, Brazil has one extremely uneven model, with strong disparities between the public servants insurance and the general social security. Taking this into account, it is tough to recognize that current principles of social insurance could be defined as socially based principles.

2 Judicial review in the political arena

An international document of pivotal significance to see part of the new commitments for the Brazilian Judicial Branch, in terms of welfare rights, is the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR), of 1966, which Brazil formally joined in 1991⁸. Upon this Covenant is established one of the most important principles for the interpretation of social fundamental rights: that is the duty for progressive realisation of the Covenant, according to the available resources, which is the well known principle of the *progressiveness* (Article 2). The meaning and the scope of this principle must be interpreted in two senses: firstly, it indicates that not all social rights are immediately applicable; secondly, it gives raise to a duty for all Branches: ensuring progressive enhancements in the realisation of these rights (ABRAMOVICH; COURTIS 2002; COURTIS 2008; KONKAR 2009; TRINDADE 1991; KERSTENETZKY, 2012).

It is also worth noting that all constitutional interpretation of fundamental human rights might maximize the protection of the dignity of the human being, because such a principle has a preferential position. This is enshrined, for instance, in the Ethical Code of the Brazilian Magistrates which prescribes, in the Article 32, that the knowledge and the empowerment of the Judges acquire a special intensity when it is related to issues, techniques and attitudes *that addresses toward the maximum protection of human rights and to the development of constitutional values*. Likewise, Federal Supreme Court ruled something very similar:

The Magistrates and the Courts, in the exercise of their interpretative activity, especially in the realm of international treaties on human rights, must observe a basic principle (like that one announced in Article 29 of the American Convention on Human Rights), consistent with attributing primacy to the norm that reveals itself more favourable to the human being, in order to provide as much intense protection as possible. (STF. Habeas Corpus n. 98.893 MC/SP. 09.06.09).

Therefore, in order to understand the so called *judicialization of politics* in Brazil it is necessary to realize that the constitutional human rights and dignity of human being set

⁸ Brazil joined ICESCR via Legislative Decree number 226 (1), on December, 12 1991.

therein have, so as to speak, a status of predominance (even though relative) within the legal reasoning. This is the *ethos* of the so called, *citizen constitution*: ensuring optimal protection for human beings through fundamental rights. Needless to say that whatever the choice made individuals or by authorities, its legal ground must be in accordance with the imperative expectations that stem from this constitutional system. Therefore, ensuring such expectations is the institutional mission of the Brazilian Judicial Branch.

This first glance suffice to realize that there are formal reasons to acknowledge that the Constitution has sparked three main new trends that have received relatively little attention from Brazilian legal and political theory so far. In order to put it briefly:

- (1) *A constitutional strengthening of the Judicial Branch's republican roles.* That means that Judicial Branch plays a more broadly role within the checks and balances system. Nonetheless, this *strengthened republican role* must be divided in two parts:
 - (1.1) *Judicial Branch has become a guardian of the responsiveness:* It was entitled by the Constitution to assure the borders of the Rule of Law insofar it is allowed to reviewing all sorts of abusive decisions, whether it is political or private, whether it is by action or by omission regarding binding legal commands.
 - (1.2) *Judicial Branch has become a guardian of the progressiveness:* It was entitled by the Constitution to assure optimal implementation of all fundamental rights albeit an increasing interference upon political matters might be at stake.

Evolving judicial interpretation is part of this. Actually, it is a necessary tool to carry out the control of progressiveness as well as responsiveness. Beyond any reasonable doubt, evolving judicial interpretation is not an arbitrary creation oriented by general rules. Instead, judicial interpretation evolves whenever the semantic realm of the constitutional or statute provisions ought to be updated toward better implementing the aims of a Constitution. Better yet, whenever the imperative expectations of such a system of rights ought to be. Consequently, politics are not allowed to be arbitrary in implementing the Constitutional aims in two ways: positive and negative. That is to say, Government is not allowed to take a positive action so as to issue any measure by law or decree against the Constitution (which is quite expected in democracies). By contrast, in this system, Government is not allowed to remain inert, that is, taking a negative action when the Constitution prescribe a positive action through a binding rule. Whenever this is the case, Judicial Branch may act as a mechanism of reviewing progressiveness, responsiveness, as well as non arbitrary answers on the part of state (or companies and persons).

Taking all this into account, it appears to be that although Brazil is a country where constitutional rights of persons are still differentiated from human rights by formal reasons, where proportionality test is not officially embraced by the Courts, Judicial Branch is stronger than ever to intervene in the political arena based on a large set of competences. In the following discussion of *Leading cases*, we hope to clarify how Brazilian Superior Courts act in the realm of fundamental social rights touching sensitively the political arena.

3 Slavery

The first Case to be analyzed in order to reveal these trends mentioned above is the Supreme Court Ruling⁹ on the Extraordinary Appeal n. 398.041, 2006, where, for the first time after the slavery abolition in the nineteenth century (1888), Federal Supreme Court decided a dispute upon the theme of slave labor. The pivotal Opinion was held by the Justice Joaquim Barbosa, the Rapporteur of the Case, which led the Court to re-evaluate precedents and render an innovative decision based on the optimal application of the principle of inherent dignity of human being.

On January 1992, a farmer from Pará State was prosecuted for forcing several people of working in sub-human conditions, clearly in breach of the Criminal Code's Articles 149 and 203. After condemnation in a Federal Court Trial, the Regional Court of Appeal ruled the Federal Judge had no Jurisdiction for the case (rather, a State Judge would have) and overturned the entire process. Shortly after, the Federal Prosecutor insisted on his interpretation concerning the Federal Jurisdiction for such a matter, and lodged an Appeal to the Federal Supreme Court, now claiming for another review grounded in Art. 109, Parag. 5º which provides jurisdiction

⁹ It is worthy to clarify the Brazilian Judicial Branch organization. It is set forward on the Constitution, at Article 92. The following are the bodies of the Judicial Branch:

- 1 - the Federal Supreme Court;
- 2 - the National Council of Justice;
- 3 - the Superior Court of Justice;
- 4 - the Federal Regional Courts and the Federal Judges;
- 5 - the Labour Courts and Judges;
- 6 - the Electoral Courts and Judges;
- 7 - the Military Courts and Judges;
- 8 - the Courts and Judges of the States, of the Federal District and of the Territories.

The Federal Supreme Court, the National Council of Justice, and the Superior Courts have their seat in the Federal Capital. The Federal Supreme Court and the Superior Courts have their jurisdiction over the entire Brazilian territory. Article 95. Judges enjoy the following guarantees:

- 1 - life tenure, which, at first instance, shall only be acquired after two years in office, loss of office being dependent, during this period, on deliberation of the court to which the judge is subject, and, in other cases, on a final and unappealable judicial decision;
- 2 - irremovability, save for reason of public interest;
- 3 - irreducibility of compensation, with some exception regarding taxation.

On the other hand, Judges are forbidden to:

- 1 - hold, even when on paid availability, another office or position, except for a teaching position;
- 2 - receive, on any account or for any reason, court costs or participation in a lawsuit;
- 3 - engage in political or party activities;
- 4 - receive, on any account or for any reason, financial aid or contribution from individuals, and from public or private institutions, save for the exceptions set forth in law;
- 5 - practice law in the court or tribunal on which they served as judges, for a period of three years following their retirement or discharge

for Federal Judges to decide upon serious human rights violations. In accordance with the Federal Prosecutor, degradate someone to slavery ought to be seen as a crime not only against individual (which is a matter for State Courts), but also against organization of work (which is a matter for Federal Courts). Thus, the relevant constitutional issue was to know if this interpretation was correct and then which would be the Court with jurisdiction to decide such a crime: federal or state one.

Justice Joaquim Barbosa's Opinion reviewed debates over a *leading case* from 1979 which, for almost thirty years, guided the Supreme Court case law in terms of the meaning and contours of the competence to decide crimes against the organization of work. By 1979, the Supreme Court held that whenever the circumstances reveal serious repercussions over the *general interest* of workers in having a national organization of work institutions, that is to say, in avoiding its disorder, jurisdiction is to be with Federal Courts. Nevertheless, Justice Joaquim Barbosa made a proposition based on a necessity of evolving to enlarge the meaning of the so called "organization of work". This was so because the Court should implement new constitutional aims to the case so as to include in it serious damages to human being in a broader sense: that means, the right to be free, self-determination and dignity as a human person. "Whatever the conduct carried out within the context of work relations, if it violates the system of institutions as well as workers, by striking the more significant constitutional values, it falls into the scope of crimes against the organization of work." (p. 8).

According to this strongly evolving Opinion, there is no way to interpret constitutional fundamental rights without guidance from the principle of human dignity, which was labeled by him as *the axiological element that gives meaning to the entire constitutional framework, the very centre of gravity for the entire legal order*. Having said that, Justice Joaquim Barbosa was actually stating that reasons to overcome the *relative prominence* of human dignity in labor contexts should be the strongest, not only formal ones. Therefore, the Court might not surrender to formal aspects, such as that set forth in legislation that provides an absolute separation between individual freedom and organization of work, whenever facing the need to ensure responsiveness and effectiveness for the principle of human dignity.

4 Collective labour rights

Another very significant constitutional decision laid down by the Brazilian Supreme Court, now grounded on *abusive legislative omission*, is the case raised with the Writ of Injunction¹⁰

¹⁰ According to Article 5, LXXI, a writ of injunction will be granted whenever the lack of a ruling norm makes the exercise of rights and constitutional freedoms and the prerogative inherent in nationality, sovereignty and citizenship unviable.

n. 670-9-ES,¹¹ whose Rapporteur was Justice Gilmar Mendes. In this case Supreme Court reviewed the civil servants constitutional right to go on strike. Supreme Court recognized, on the one hand, that civilian polices are entitled to a regulation enabling them to exercise this constitutional right and, on the other, recognized the legislative omission of the State in regulating this right in accordance with Article 37, VII¹² of the Brazilian Constitution.

The innovative aspect of this ruling lies on the fact that, for the first time, Supreme Court has fulfilled the lack of Laws by delivering a very *decision with general effects*. Akin to a Law, this decision has enabled all civil servants to the exercise of the constitutional right, although the lack of a statute passed by the legislative body. The *ultra partes* effects of the decision touched every civil servant in Brazil. More precisely, Supreme Court has extended the effects of a general law to go on strike (called “The private sector Law to strike”) to civil servants and edited, accordingly, several particular rules concerning federal judges’ jurisdiction in this particular circumstance to match particularities for municipal, state and federal civil servants – thus, putting apart the Labor Judicial Branch.

Many elements of an arbitrary omission from Legislative Branch were pointed out by the Supreme Court. We further note that, despite of all appearances of a careless judicial activism, it is hard to deny the features of an exemplary self restraint that was raised with this ruling. For instance, in several earlier and similar cases, the Court has insistently notified Legislative Branch to deliver satisfactory rules for this circumstance; in many others, the Court has recognized the binding effects of the constitutional guarantee called Writ of Injunction, that means that decisions laid down on this type of proceeding *ought* to be observed by Legislative Branch; in still several others, the Court recognized the *abusive omission* and declared such a circumstance by establishing Legislative Branch’s *culpable delay*.

This is a typical decision that, for many reasons, highlights the republican role of the Judicial Branch as well as its role of guardian of the *responsiveness* of the State. In summary, it was a Ruling by which it became pretty clear that arbitrary exercise of power is unbearable, whether it is by positive or by negative action. Moreover, it was affirmed that Brazilian Republic cannot survive with the absence of good constitutional reasons among the Branches. Therefore, Judiciary ought to intervene by fulfilling the lack of rules whenever an abusive omission on the part of the Legislative Branch causes a violation of a constitutional fundamental right.

¹¹ Ruled on October 25th, 2007, in a “en banc” Court.

¹² Art. 37, VII – The right to strike will be exercised in the terms of in the limits established on specific law.

5 Access to medicines: blocking public budget and joint responsibility of federal entities

The choice of National Constituent Assembly (1988) of enshrining the right to health as a universal and fundamental one is another indication of the attempt to *enlarge* the right to be treated as a human being in Brazil. Therefore, both Supreme Court as well as Superior Court of Justice have recognized the *judicialization of the right to health* as a phenomenon that will involve all civil society. Accordingly, many judicial innovations in this field have to do with the *right of access to medicines* as well as the *right to hospital treatment in serious circumstances*. Thus, basically healing measures.

Many of these decisions, however, represent drastic measures often involving intervention on budgetary planning. For instance, Superior Court of Justice has repeatedly stressed that the Civil Procedure Code allows Judges evaluate, in some concrete cases, the most appropriate way to make fundamental rights effective. Such an understanding also allows critical rulings where negligence on the part of Executive Branch might be resulting in serious damages to health or life. Furthermore, Superior Court of Justice has also held that whenever there is a dispute between the fundamental right to health and immunity of public assets to private seizure, the former prevails over the latter. This is the case when the acquisition of medicines is urgent.¹³ Any refusal on the part of the State of providing a medicinal drug of essential use, moreover, available at the public system of health and whose lack risks the life or health, constitutes a breach of the Constitution. On the one hand, this is so because life and health are goods strongly protected by the Charter, on the other, because such circumstances are extremely serious as well as urgent. These are the reasons why rulings ordering a delivering of medicinal drugs have been often upheld by the Court. Accordingly, it is fair to state that this is, to some extent, a recognition that government authorities do not hold the monopoly toward evaluating convenience and opportunity in public expenditure field. Consequently, even if a Court order the blocking of a state's bank account, this type of measure, which is equivalent to seizure of private property, is meant as part of the rule set out in Art. 301 of the Civil Procedure Code. Judiciary is therefore supposed to be legally allowed to determine such special measures for implementing an urgent protection for health or life.

On the part of the Supreme Court, it has repeatedly held that in exceptional circumstances the order to deliver drugs to people without economic resources to buy them can be based upon a direct interpretation of the Constitution because “no interpretation of programmatic constitutional rules are allowed to make it an inconsequential constitutional

¹³ SCJ. REsp 832.935, Reporting: Justice Teori Albino Zavascki, DJ 30.6.2006

promise”¹⁴. As for the joint responsibility of Municipalities, States and Union Federal, Supreme Court has already set that it is consistent with the draft of a *Precedent* which proposes binding effects to judicial understandings of joint responsibility of the Federation entities in implementing health actions.

Conversely, although there are constitutional provisions establishing formal duties for all federation entities so as to implement the right to health, this matter oftenly raises sensitive issues such as doubts on constitutional distribution of competences, not only between the Branches, but also between federal political units; not to mention the complex issue regarding the budget availability of the State. Nevertheless, the Supreme Court has convicted jointly Municipalities, States and the Federal Government to provide required health treatments based on Art. 23, II¹⁵ of the Constitution as well as upon the Federal Law n. 8.080 / 90, Art. 7, XI.¹⁶

In an remarkable case,¹⁷ the 5th Federal Regional Court convicted jointly the Union, the State of Ceará as well as the municipality of Fortaleza to provide a very particular medicine drug to a young girl with a disease called Niemann-Pick type C so as to enable her survival as well as to improve her quality of life. As a consequence, federal government appealed the decision to argue that the Court order simply breached the principle of Separation of Powers. Furthermore, likewise inferior rules of the Unified Health System (SUS), as well as simply dismissed the Administration’s exclusive role to define its policies, which would represent a improper interference of the Judicial Power to the competencies related to policies. The Supreme Court, however, has considered that the Federal Government had no reason. Concerning the possibilities for Judicial Power interventions, the Court invoked a previous decision handed down in ADPF 45 MC/DF, so as to state that in case of unreasonable State omission, it is fair the judicial intervention.

As for the argument that the joint conviction of the Union, States and Municipalities would cause disorder to the federal constitutional system, the Court held that previous decisions¹⁸ made clear that health is a national matter, then the existence of this joint responsibility in the field of health is part of the constitutional duties of the State as a whole. Summarily, all federated units are obliged to build a model of cooperation and coordination of joint actions in the field of public health.

¹⁴ FSC, Extraordinary Appeal n. 232.335-RS, Rapporteur: Justice Celso de Mello, 01.08.2000

¹⁵ Article 23. The Union, the states, the Federal District and the municipalities, in common, have the power... II – to provide for health and public assistance, for the protection and safeguard of handicapped persons;

¹⁶ Article 7. Public actions or services on health, private services hired or under cooperation agreement to this purpose, which are part of the Unified Healthcare System (UHS), ought to be developed according to the guidelines set forth on Article 198 of the Federal Constitution, observing the following principles: XI – combine financial, technological, material and human resources from Federal Government, States, Federal District and Municipalities so as to provide services and assistance in health for people;

¹⁷ STA AgR 175 / EC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010, Supreme Court. Injunctive relief suspension n.175, Decision of 17.03.2010.

¹⁸ FSC. RE 195192 / RS, 31.3 DJU .2000 and RE 255627 / RS, DJU, 23.2.2000, RE/RN 566.471, DJE of 7.12.2007.

6 Equipment and materials for hospitals

Another leading case that is worth discussing comes from the Superior Court of Justice (SCJ) also in the field of Public Health.¹⁹ This case dealt with the provision of equipment and materials for a university hospital as an obligation of the State with the universal fundamental right to health. In the decision, the Supreme Court held that social rights might not be conditioned by the mere administrator's will.

According to Min. Humberto Martins, Rapporteur, the principle of Separation of Powers was originally designed to protect fundamental rights. Hence, it might not be used as an impediment to the realization of social rights, which are also fundamental constitutional rights in Brazil. Conversely, a correct interpretation of the argument of this principle requires that all Powers operate within the limits granted by the law. Whenever one of the Powers strays from the purpose of the Law, it ought to be seen as a violation of the Rule of Law. In such cases, the Judicial Branch intervention so as to protect the Rule of Law is nothing more than a constitutional duty. In short, whenever the government abuses of its competences (beyond or less) the principle should not apply.²⁰

7 Day-care centers and pre-schools

A further leading case of significant consequences is the Appeal that upheld a decision from a Trial Court that obliged the municipality of Santo André, São Paulo State, of creating new posts in municipal day-care centers and pre-schools for children, subject to daily fines. The Appeal lodged by the municipality of Santo André argued, in short, that local government is entitled to formulate policies by assessing convenience and opportunities of the circumstances. Thus, irrespective the matter, it would be a serious infringement to the constitutional model of separation and distribution of Powers, if Judiciary cross the line of a strict examination of the legality and legitimacy of government actions.

The first Chamber of the Superior Court of Justice did not recognize this perspective, though. This is so because the administrator has no discretion in the face to constitutionally enshrined rights.

Infant education to children of up to 5 (five) years of age in day-care centers and pre-schools is enshrined in constitutional provisions as well as reproduced in Article 54 of

¹⁹ SCJ, REsp 1041197-MS, judged on 08/25/2009.

²⁰ SCJ, REsp 1041197-MS. Rapporteur: Justice Humberto Martins, 25 August 2009. Also see: FSC, ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg at RE 595.595-SC, DJe 29/5/2009; From SCJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004.

the Child and Youth Statute. [...] It seems unreasonable that inferior rights set forward in regulations such as circulars, ordinances, interim measures as well as in ordinary laws may have immediate effect, while constitutional rights, inspired by the highest ethical and moral values of the nation, are to be relegated to a second place. [...] The right to infant education in day-care centers and pre-schools is established in a so strong manner precisely because it is a duty whose obligor is the State.

[...]

This is a duty, however, that state does not have to support by accommodating children in private schools. What the sovereign State promises for itself or for its delegates is fulfilling the duty of education through the offer of public day-care centers and pre-schools for children.²¹

8 Social insurance rights

Within this matter, there are two cases that drawn much critical attention. At a first glance, both would have delivered non-evolving judicial orientations as well as no protection for progressiveness. Nevertheless, both tell us much more than this.

8.1 Taxation on pension income

In deciding the Direct Action of Unconstitutionality n. 2.010 (1999), Federal Supreme Court has forbidden *taxation* on civil servants' pension. Thus, only after the Constitutional Amendment n. 41, on December, 19th 2003 it became possible to tax such incomes.²² On the part of Petitioners, they alleged that the State was responsible for violation of the right to property, the right to judicial protection, and the right to a progressive development of economic, social, and cultural rights. In this respect, the State alleged that Constitutional Amendment n. 41/03 was motivated by the social security deficit and the increasing of the life expectancy for Brazilian citizens, as well as the need to maintain the financial balance of the State and to ensure the right of all citizens to receive a pension. Therefore, it was a fair and reasonable measure. According to the Ruling n. 3.105, 2004 (Direct Action of Unconstitutionality) the Supreme Court held that in Brazil there is no any rule protecting public servants' pension against any taxation. More precisely, there would not exist an absolute immunity for any kind of incomes and revenues from taxation.

In a first glance it appears to be contradictory to the welfare rights, however, in this particular case taxation might be recognized as an appropriate tool of enhancing social

²¹ SCJ. RE n. 575.280 - SP. Rapporteur: Justice José Delgado. Rapporteur for the Ruling: Justice Luiz Fux. First Chamber. 2 September 2004.

²² It was decided at the ADIs 3.105 and 3.128, reported by Justice Ellen Gracie, En banc, DJ 18.2.2005. Also, AI-AgR 699.887, Rapporteur: Justice Ricardo Lewandowski, First Chamber, DJ 22.5.2009; RE-ED 504.068, Rapporteur: Justice Cármen Lúcia, First Chamber, DJ 26.6.2009; RE-ED 593.586, Justice Joaquim Barbosa, Second Chamber, DJ 29.10.2009; RE-ED 392.121, written by Justice Celso de Mello, Second Chamber, DJ 25.6.2010.

welfare. The decision was based on the financial informations upon the fiscal expenditures. Such informations explained the remaining large differences existing between the pensions paid to the servants of the State and all the other Brazilians. So it was not difficult to infer that huge disparities were taking place, and that a significant part of civil servants received very high pensions and incompatible with the state paying availability. Thus, the changes allowed taxing higher pensions and thereby increased the financial protection of social benefits.

8.2 Survivors vs *tempus regit actum* principle

At the Ruling n. 415.454-4 (Extraordinary Appeal) dismissed on 2007, the Supreme Court issued another of its significant and controversial decisions on pension matters. It was established rules on the effects of pension law over time and asserted a very controversial version of the so called principle *tempus regit actum*. Here the Court held that reviewing the amounts paid by Social Security to holders of death pension benefit should be strictly balanced with the principle of legal certainty (Art. 5. XXXVI, Constitution) as well as the budget availability of the Brazilian state. These are limits set out in Article 195, § 5 of the Constitution which prescribe that: *No benefit or service of social security may be created, increased or extended without a corresponding source of full funding*. The Court addressed an Appeal filed against a Ruling delivered by the Court of Appeal from Santa Catarina State. Based on the principle of equal protection, such state Court decided that pension received by a survivor ought to be readjusted on the basis of the parameters laid down in Art. 28 of the Federal Law n. 9.032, 28 April 2005. Thus, the constitutional issue set forth in the Appeal was to know whether the new parameters to calculate pension benefits would reach all benefits already paid by Social Security or only new ones. In other words, these new ones would be all those beneficiaries who have not received such a benefit yet, and henceforth will receive it from April, 28th 2005 onwards, that is, from the date of the enactment of the aforementioned Law. Supreme Court, on its part, held that Trial Courts when ordered readjustment for pre-existing benefits grounded on the new Act²³ incorrectly applied the principle of *acquired rights* within the welfare rights. Conversely, benefits ought to be calculated according to what is established in the legislation in force on the date on which the right is technically acquired (*tempus regit actum*). New laws, thus, benefit only new situations. In short, the Court held that on matters concerning pension rights, similarities between past and present situations are not sufficient

²³ Federal Act No. 9.032, dated 28 April 1995, stated in its Article 28 that the value of the benefit annuity, *including one governed by a special norm* and one derived from a work accident, except for family benefits and maternity benefits, *will be calculated on the basis of the baseline salary*. This same law revoked Article 75 of Act 8.213, dated 24 July 1991, which stated: the monthly value of a

to justify progressive interpretations in favour to the former. That is to say: it does exist a clear limitation for progressiveness within the field of social security: availability of funds.

Conclusions

What is the limit of this model? What is the philosophy of social security that stem from it?

Firstly, Judicial Review has played a central role in the political debate on social security over the last three decades. The judicial control of all the welfare rights in terms of responsiveness by the public policies as well as of their progressive implementation, seemed to have been guided a) by a broad conception of binding normativity, not much attached with legal rules; b) by an increasing consideration of proportionality issues, albeit without an uniformed manner to do so; c) by an increasing influence from constitutionalism and human rights approach, however in an uneven manner according to the fields of law; e) by a new view upon the political role of Judicial Branch.

To some extent, Brazilian Courts appear to be guardians of a supposed morality set forth in the Constitution. If in the past Courts were only veto players within the System of Powers, today it is not the case anymore. Perhaps it would be also fair to state that such strong transformation of the Brazilian system of checks and balances, which strongly touched the way social conflicts came to be solved, is underpinned on five characteristics: (1) existence of a long and detailed constitutional Bill of Rights with a multidimensional vision of fundamental rights; (2) recognition of a strict connection between lack of *citizenship* and lack of *dignity* of the human being; (3) a wide spread model of constitutional judicial review system, once all Judges play the role of constitutional guardians, not only Supreme Court; (4) particular constitutional *Actions* allowing Public Prosecuting Attorneys claim for Judicial intervention in public policies in case of arbitrary omissions or in classical cases of exceeding constitutional limits; (5) Public overture of the Supreme Court to television, public hearings and *amicus curiae*.

From the point of view of accumulated experiences with this model, it seems to reveal its formula: it is a model of protecting fundamental rights highly dependent on the Judicial Branch as well as slightly dependent on social democratic institutionality. Mechanisms of control of responsiveness are concentrated primarily on the Judicial Branch, not in civil society. Therefore, we maintain that despite of the massive presence of social security rights in the

survivor's benefit will be: a) constituted by a share, relative to the family of 80% (eighty per cent) of the value of pension that the insured received or had the right to had he been retired on the date of his death, plus some shares of 10% (ten per cent) of the value of the same pension for his dependants, up to a maximum of 2 (two); and b) 100% (one hundred per cent) of the baseline salary or of the contribution salary in force on the day of the accident, whichever is more beneficial, in the case when death takes place as a consequence of a work accident. The conflict arose because the new Act admitted, expressly, that the benefits of the annuity *should be calculated* on the basis of the baseline salary. In this way, the new more beneficial federal Act altered the basis of

Constitution, what eventually brought up from the Constituent Assembly was not properly a social-democratic system, that is to say, one that provides strong *social* control mechanisms of responsiveness to civil society, whether it is parties, unions, associations, universities, churches, NGO and alike.

Furthermore, civil institutions capable to controlling public policies on social security, even though within regional or local interests have not been duly regarded as a major matter for social protection. Likewise, political mechanisms invented to promote dialogue (or competition) between federal entities are clearly insufficient to join forces with civil society. Moreover, political control of key economic institutions, such as Public Prosecution, Court of Auditors, Central Bank or Public Banks, none of this have received innovative formulas of social dialogue. In addition, the shortfalls in terms of social engagement also reach the key institutions of the system of economic and social rights. As previously stated on this study, Brazil has opted for a universal health care system. Notwithstanding this is not yet a system able to creating citizenship identities for all. Quite on the contrary, it is still conceived as a system for needy poor people. The Brazilian middle class practically does not search for the public system of hospital care and pharmacies. After these years of experience, public health system, in spite of visible enhancements particularly during the last 15 years, is not yet a mechanism of equal protection for all.

On the part of social care services, and in spite the very relevant innovations with the so labeled *Bolsa Família* Program, which has decreased significantly extreme poverty in Brazil, the few significant improvements towards a more social controlled direction of policies focused on the poorest are very recent and have not been properly institutionalized. In turn, Social Insurance democratization is not a reality whatsoever.

Thus, as a matter of conclusion we may affirm that the Brazilian model of social security is strongly established in Constitution, which also strengthened the Judicial Branch as a guardian of its responsiveness. However, this is not a model with an explicit philosophy of social protection. It is neither a social-democratic model because of the insufficient development of civil society mechanisms, nor a liberal model because of the heavy presence of the state as provider of welfare.

If a social cohesion was achieved during the years 1985 up to 1993 and if a certain philosophy of social security emerged up from the Constitution, over the last years Brazilian democracy did not renew the alliance of classes to confirm that early model or to improve it. That is why, to a certain extent, it can be said that over the course of the last three decades Brazil failed to advance a crucial issue: the political agreement on a model to the expansion of individual freedom, resilience of its communities, sustainability of its model of production

and consumption. The lack of a philosophy for development, resilience and social protection is clear. Brazil is for while a very uneven society with an inspiring set of fundamental rights established in its Constitution, which is protected by a strong Judicial Branch. Nevertheless, it is deprived of an updated political philosophy on the social protection necessary for the upcoming challenges. On one hand, this is one more sign of the underdevelopment of this very dynamic society, on the other, it is also an invitation to think.

References

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução L. C. Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

CASTRO, C. A.; LAZZARI, J. B. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ESPING-ANDERSEN, G. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Polity Press, 2012.

FAORO, R. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

FLEURY, S. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. *Revista de Administração Pública*, v. 3, n. 39, p. 449-469, maio/jun. 2005.

FLEURY, S. *Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina*. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1994.

HEREDERO, A. G. *Social security as a human right*. Strasbourg: Council of Europe, 2007.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Social security and the rule of law*. International Labour Organization, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Geneva: ILO, 2011.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Social Security: a new consensus*. International Labor Organization. Geneva: ILO, 2001

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *World Social Protection Report: 2014/2015: building economic recovery, inclusive development and social justice*. Geneva: ILO, 2014.

IPEA. *Políticas Sociais: acompanhamento e análise: 20 anos da Constituição Federal*. Brasília, DF: IPEA, 2008.

ISSA. *Social Security Coverage extension in the BRICS*. ISSA, 2013.

KERSTENETZKY, C. L. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão*. Rio de Janeiro: Campus, 2012

KONKAR, P. The evolution of international and european law in the field of social rights. *Revista europea de derechos fundamentales*, p. 193-204, 2009.

LANGFORD, M. *Social Rights Jurisprudence: emerging trends and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAVARIS, J. A. *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito, 2011

STRAPAZZON, C. L. Âmbito de proteção de direitos fundamentais de seguridade social: Expectativas imperativas de concretização. In: SARLET, I. W.; STRAPAZZON, C. L. *Constituição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRAPAZZON, C. L. *Primeiros elementos para uma teoria constitucional do direito humano fundamental de segurança social*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

STRAPAZZON, C. L.; SERRAMALERA, M. B. *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

TRINDADE, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos* (Vol. I). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

UNITED NATIONS. *Human Development Report - 2015*. UNDP, 2015.

UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT. *Transformative Social Policy*. Geneve: ONU, 2006.

VIANNA, L. V. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.