

## DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM CORTES CONSTITUCIONAIS: O CASO GROOTBOOM – TRADUÇÃO E COMENTÁRIOS<sup>1</sup>

### SOCIAL RIGHTS IN CONSTITUTIONAL COURTS: GROOTBOOM'S CASE – TRANSLATION AND REMARKS

Carlos Luiz Strapazzon\*  
Robison Tramontina\*\*

**Resumo:** Neste trabalho apresentamos a versão em língua portuguesa do célebre e multicitado caso *Grootboom*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul, em 04 de outubro de 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 por atuação insuficiente do Estado na realização de políticas públicas em caso de escassez declarada de recursos. Além disso, é extremamente relevante notar como a Corte se apoiou na interpretação corrente dos direitos humanos sociais para interpretar o texto constitucional e, assim, declarar o dever do Estado sul-africano de conceber e tomar medidas aptas e implementar um plano razoável de habitação adequada para todos, inclusive para os que se encontram em situação desesperadora. O estudo do caso é, particularmente, importante porque ilumina o caminho dos debates acerca das condições de efetivação dos direitos constitucionais em contexto de crise e de escassez de recursos estatais.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Direitos sociais. Controle judicial de omissões.

**Abstract:** This paper provides not only critical remarks, but also a version into Portuguese language to one of the most famous constitutional cases of the contemporary constitutionalism: the Grootboom Case, which was decided by the Constitutional Court of South Africa on December 17, 1999. It addresses a case which has stimulated huge debates worldwide upon the scope of the judicial review, notably higher courts, when facing circumstances of declared scarcity of public resources along with negligent omissions, or simply insufficient measures adopted by the public authorities within dramatic situations such as those of people completely deprived of a mere shelter to live. Concerned with the implementation of constitutional social rights as well as human fundamental rights, this case is an order toward adopting adequate policies to implement such rights in a reasonable manner. All comments aim contextualizing many intriguing constitutional issues associated to the development of a theory of constitutional social rights from a human rights perspective to developing countries.

**Keywords:** Human rights. Social rights. Judicial review.

\* Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Editor-Chefe da Espaço Jurídico Journal of Law. strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

\*\* Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; robison.tramontina@unoesc.edu.br

<sup>1</sup> A tradução deste caso somente 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.

## 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 recursos<sup>2</sup>

O caso *Grootboom* é uma das mais famosas decisões de Corte Constitucional sobre direitos sociais.<sup>3</sup> 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 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.<sup>4</sup>

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 (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 da mais alta relevância, pois, até então, *shelter* era entendido 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.

<sup>2</sup> 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 Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.

<sup>3</sup> O caso *Grootboom* chamou a atenção de toda a comunidade internacional de pesquisadores sobre direitos sociais fundamentais. Para outros estudos e aplicações, ver: Liebenberg (2001); Seleokane (2003) e Sunstein (2001)

<sup>4</sup> 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.

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

Nesse contexto, a Corte não apenas 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 Econômicos, 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 Econômicos, Sociais e Culturais –, mas, também, na história social de *Irene Groothoorn* e seus pares, os apelados.

O fundamento sociopolítico 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 o porquê de 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 corresponsável pela situação desoladora dos assentados que se encontravam em Wallacedene: 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 socioeconômicos são justiciáveis.<sup>5</sup> Para aprofundar o tema, invocou o célebre *Certification Judgment*,<sup>6</sup> 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*<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Depois, assentou que é seu dever considerar o direito internacional e o direito estrangeiro como fontes de interpretação do *Bill of Rights* sul-africano.<sup>9</sup> Extraiu, então, que é obrigação da África do Sul realizar o *mínimo essencial*<sup>10</sup> 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).

<sup>5</sup> Esse entendimento vem da interpretação proferida no *Certification Judgment*, Case CCT 23/96, 06 setembro de 1996.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 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).

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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 ao 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, considerando-se as necessidades dos grupos mais vulneráveis.

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 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.”<sup>11</sup> Este caso se relaciona com a realização destas aspirações, vez que diz respeito à obrigação constitucional estatal concernente à 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 dessas pessoas. Isso recorda, também, que ao menos que a situação desfavorável dessas comunidades seja aliviada, as pessoas poderão sentir-se tentadas a fazer justiça com as próprias mãos, na busca de escaparem dessas 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.

---

<sup>11</sup> Ver Seção 1 (a) da Constituição.

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 decidiu se mudar e, ilegalmente, ocupou 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. Essas são as pessoas cujos direitos constitucionais devem ser determinados neste caso.
  
4. A Sra. Irene Grootboom e os outros apelados<sup>12</sup> 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 fosse concedido um certo nível de alívio<sup>13</sup> *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 água (mesmo que através de transporte), seria o mínimo a ser concedido.”<sup>14</sup> Os apelantes, que representam todas as esferas governamentais responsáveis pela moradia,<sup>15</sup> insurgiram-se 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, no qual 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.

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

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

<sup>14</sup> Idêntico a 293<sup>a</sup>.

<sup>15</sup> 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.

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.<sup>16</sup> 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 razão de estabelecer a preferência para as “*peças 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. Esse 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. Em razão da 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.<sup>17</sup> 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, 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 R 500 por mês.<sup>18</sup> Cerca de metade da população era composta por crianças, e todas viviam em cabanas. Não havia água encana-

<sup>16</sup> 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*.

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

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

da, 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, 20 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, seria 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 08 de dezembro de 1998, obteve uma ordem de despejo contra os invasores, na *Corte dos Magistrados*. Mesmo após serem intimados da ordem de 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 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.<sup>19</sup> A validade da ordem de despejo nunca foi impugnada e deve ser aceita como

<sup>19</sup> 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

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. Isso aconteceu prematura e desumanamente: como resquício dos despejos ao estilo do *apartheid*. Os lares dos apelados foram derrubados com tratores e 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 as 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 município<sup>20</sup> e ingressaram com pedido urgente no Tribunal Superior em 31 de maio de 1999. Como indicado anteriormente, o 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 do Tribunal Superior. A seguir, considerações serão feitas a respeito do direito à moradia adequada, insculpido na Seção 26 da Constituição, e acerca da 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, analisadas. Finalmente, os argumentos dos apelados a respeito da conduta dos apelantes diante daqueles 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*:
  - a) abrigo temporário adequado ou moradia para os apelados e suas crianças, enquanto aguardassem a obtenção de acomodação permanente;

---

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.”

<sup>20</sup> 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 somente poderia abrigar 80 pessoas.

- b) ou alimentação básica, abrigo, serviços de saúde e serviços sociais para os apelados que fossem crianças.<sup>21</sup>

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. Essa 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 (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.<sup>22</sup>

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 essa provi-dência*, na pendência de implementação do programa de moradia adequada. Esse pedido foi formulado com fundamento em certos instrumentos internacionais, que serão discutidos mais adiante.<sup>23</sup>

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 de os 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

<sup>21</sup> Acima número 3 em 280F-G.

<sup>22</sup> Acima número 3 em 285A-B.

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

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:

- a) Os autores crianças têm direito a receber abrigo por conta do órgão ou departamento estatal apropriado;
  - b) Os autores que forem genitores dos autores crianças têm direito a ser acomodados com seus filhos nos mencionados abrigos;
  - c) 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;
- (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.<sup>24</sup>

### 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

<sup>24</sup> Acima número 3 em 293H-294C.

(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 razão 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 na qual 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.
- (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: [...] À nutrição básica, abrigo [shelter], serviço básico de saúde e serviços sociais.”

Esses direitos devem ser considerados no contexto do conjunto de direitos socioeconômicos consagrados na Constituição. Eles estabelecem firmemente o direito de acesso à terra,<sup>25</sup> o direito

<sup>25</sup> 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.”

à moradia adequada e a serviços de saúde, alimentação, água e segurança social.<sup>26</sup> Tal conjunto de direitos também incluem os direitos das crianças<sup>27</sup> e o direito à educação.<sup>28</sup>

20. Enquanto a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos tem sido objeto de consideráveis debates políticos e jurisprudenciais,<sup>29</sup> a questão se tais direitos são ou não jus-

<sup>26</sup> Seção 27 estipula:

“(1) Todos tem direito ao acesso à:

- (a) Serviços de saúde, incluindo cuidados com a saúde reprodutiva;
- (b) Comida e água em proporção suficiente; e
- (c) 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.

<sup>27</sup> Seção 28 estipula:

“(1) Toda criança tem direito a:

- (a) Um nome e nacionalidade, desde o nascimento;
- (b) Cuidados parentais ou familiares, ou cuidado alternativo apropriado quando removidas do contexto familiar;
- (c) Nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais;
- (d) Ser protegida contra maus tratos, negligência, abuso ou degradação;
- (e) Ser protegida contra práticas laborais exploratórias;
- (f) Não lhe ser demandadas ou permitidas o desempenho de atividades laborais ou prestação de serviços que:
  - (i) Sejam inapropriados para uma pessoa em idade infantil; ou
  - (ii) Colocam em risco o bem-estar da criança, educação, saúde física ou mental ou o desenvolvimento espiritual, moral ou social;

(g) 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 a ser:

- (i) Mantida separadamente dos outros detentos maiores de 18 anos; e
- (ii) Tratada, mantida em condições que levem em consideração a idade da criança;
- (h) 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
  - (i) 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.”

<sup>28</sup> Seção 29 estipula:

“(1) Todos tem direito à:

- (a) Educação básica, incluindo educação básica para adultos, e
- (b) 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:

- (j) equidade;
- (k) praticabilidade; e

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

(3) Todos têm 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.

<sup>29</sup> 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”

ticiáveis na África do Sul foi decidida em definitivo pelo texto de nossa Constituição, conforme o *Certification Judgement*.<sup>30</sup> 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 têm 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.<sup>31</sup> Essa 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, visando a facilitar uma avaliação contextual da Seção 28 (1) (c).

## 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 legislar e implementar ações

(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.

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

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

razoáveis, na medida dos recursos disponíveis e a efetuar a progressiva realização desse direito. Esses 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. Estes 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 descrito no caso *Chaskalson P em Soobramoney*:<sup>32</sup>

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

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

humana, liberdade e igualdade é o centro de nossa nova ordem constitucional. Enquanto tais condições persistirem, essa aspiração será vazia.<sup>33</sup>

## 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 Constituição<sup>34</sup> obriga a Corte a considerar o direito internacional como uma ferramenta na interpretação da Declaração de Direitos. Em *Makwanyane*<sup>35</sup> *Chaskalson P*, no contexto da Seção 35 (1) da Constituição interina,<sup>36</sup> 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, 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,<sup>37</sup> poderá ser diretamente aplicável.

27. Os *amici* alegaram que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>38</sup> é de grande relevância para o entendimento das obrigações positivas

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Seção 39 da Constituição estipula:

“(1) Na interpretação da Declaração de Direitos, uma Corte, Tribunal ou fórum;

(a) deve promover os valores que subjazem uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade;

(b) deve ter em conta o direito internacional; e

(c) 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.

<sup>35</sup> *S versus Makwanyane e Outro*, 22 no parágrafo 35.

<sup>36</sup> 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.”

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

<sup>38</sup> O Pacto foi assinado pela África do Sul em 03 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.

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 a Seção 26 estipula o *direito ao acesso* à moradia adequada.
- (b) o Pacto obriga os Estados-Partes a tomarem 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).<sup>59</sup> 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

---

Porém, segundo o website da ONU, ainda não foi ratificado pela África do Sul. Consulta em 22 de junho de 2014.)

<sup>59</sup> 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 (1995).

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 desse trecho, 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 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.”<sup>40</sup> Núcleo mínimo obrigatório é, geralmente, determinado considerando-se as necessidades do grupo mais vulnerável, a quem é assegurada a proteção do direito em questão. É nesse contexto que o conceito de núcleo mínimo obrigatório deve ser entendido em direito internacional.

---

<sup>40</sup> Id em 91.

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, 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 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 a seguir, 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 considerar 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.<sup>41</sup> 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. Essa diferença é significativa. Ela reconhece que moradia engloba mais do que tijolos e cimento. Demanda terreno disponível, serviços apropriados, como água encanada e sistema de remoção de esgoto, assim como o financiamento de todos estes, aí inclusa a construção do imóvel. Para uma pessoa poder ter acesso à moradia adequada, todas estas 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 a todas as pessoas de todos os níveis econômicos de nossa sociedade. Políticas estatais relativas à moradia devem, então, considerar 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 por meio de leis de planejamento e acesso a 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 con-

<sup>41</sup> Ver, a este respeito, o julgamento de Certificação, parágrafo 20.

texto 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 obrigação de “tomar ações e medidas legislativas”; de “alcançar a realização progressiva” do direito; e, “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.<sup>42</sup> O último desses pode, como ocorre neste caso, compreender dois níveis.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> Os governos locais têm uma importante obrigação de garantir que os serviços sejam providenciados, de maneira sustentável, às comunidades que governam.<sup>45</sup> Um programa razoável, dessa forma, deve alocar, claramente,

<sup>42</sup> Ver Capítulo 3 da Constituição.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Ver agenda 4 da Constituição.

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

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 deve assumir a responsabilidade de garantir que as leis, políticas, programas e estratégias sejam 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.<sup>46</sup> Ademais, os governos nacional e provincial devem garantir que as obrigações prestacionais impostas pela legislação habitacional sejam cumpridas.<sup>47</sup>
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 podem ser adotadas 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

<sup>46</sup> Ver Seção 214 da Constituição e, em particular, Seções 214 (2) (d) e (f).

<sup>47</sup> Ver Seções 100, 139 e 155 (7) da Constituição.

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.

43. Para determinar se um conjunto de medidas é razoável se faz necessário considerar os problemas de moradia em seu contexto social, 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 em curto, médio e longo prazos. 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 que 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 considerar 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 mediante o 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. Essa frase é oriunda do direito internacional e, em particular, do Artigo 2.1 do PIDESC.<sup>48</sup> O Comitê analisou essa obrigação, nos termos do direito à moradia, conforme se verifica a seguir:

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.<sup>49</sup>

Apesar de a análise feita pelo Comitê ter o objetivo de explicar o escopo das obrigações dos Estados-Partes em razão 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*:<sup>50</sup>

<sup>48</sup> O texto do Artigo 2.1 foi apresentado acima, no parágrafo 27.

<sup>49</sup> Parágrafo 9 do Comentário Geral 3, 1990.

<sup>50</sup> Ver número 23 acima, parágrafo 11.

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 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.<sup>51</sup> Foi explicitado que em 1994 o Estado herdou arranjos habitacionais fragmentados que envolviam 13 fundos habitacionais estatutários, sete ministérios e departamentos de habitação, mais de 20 sistemas de subsídio e mais de 60 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. Estas, 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 apenas uma política habitacional e apenas um sistema de subsídios que têm como alvo as pessoas de baixa renda, independentemente de origem racial. O *White Paper*<sup>52</sup> 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

<sup>51</sup> 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).

<sup>52</sup> O Livro Branco sobre Habitação, de 1994, identificou duas restrições muito importantes ao desenvolvimento habitacional: a falta de uma estratégia geral de habitação e 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 abr. 2016.

que envolvem parcerias público-privadas estão em funcionamento, objetivando assegurar que o fornecimento de casas seja efetivamente financiado.

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 à 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 a:

- (a) Estruturas residenciais permanentes com posse segura, e que garantam privacidade interna e externa e possibilitem proteção adequada contra as intempéries; e
- (b) Água potável, instalações sanitárias adequadas e fornecimento de energia elétrica a 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 a 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 referente à moradia. As funções do governo nacional estão estabelecidas na Seção 3 da Lei.<sup>53</sup> A função dos governos provinciais está estabelecida na Seção 7 da Lei,<sup>54</sup> e as funções dos municípios estão estabelecidas na Seção 9 da

<sup>53</sup> 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

[...]”

<sup>54</sup> Seção 7 estipula:

“(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;

Lei.<sup>55</sup> As responsabilidades do governo local da Metrópole do Cabo e, em particular,

- (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;
- (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.

[...]"

<sup>55</sup> 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 –

- (a) garantir que –
- (i) os habitantes da sua área de jurisdição tenham progressivo acesso à moradia adequada;
  - (ii) condições não conducentes à saúde e segurança dos habitantes desta área jurisdicional sejam prevenidas ou removidas;
  - (iii) serviços de água, saneamento, eletricidade, estradas, drenagem de chuva e transporte sejam fornecidos de maneira economicamente eficiente;
- (b) estabelecer metas de distribuição de habitações em sua área de jurisdição;
- (c) identificar e designar terrenos para o desenvolvimento habitacional;
- (d) criar e manter um ambiente público conducente ao desenvolvimento habitacional que seja financeira e socialmente viável;
- (e) promover a solução dos conflitos resultantes do processo de desenvolvimento habitacional;
- (f) planejar, coordenar, facilitar, promover e possibilitar desenvolvimento habitacional apropriado em sua área de jurisdição;
- (g) prover serviços de empreiteiras, e serviços geradores de renda quando tais serviços não estejam sendo prestados por fornecedores especializados; e
- (h) 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.
- (b) 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 no 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."

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 jurisdi o.<sup>56</sup>

51. O que emerge dos princípios gerais lidos em conjunto com as fun es dos governos nacional, provincial e local   que o conceito de desenvolvimento habitacional tal como proposto   central para a Lei. Desenvolvimento habitacional, como definido, busca prover aos cidadãos e residentes permanentes o acesso a estruturas residenciais permanentes com segurança de posse e garantia de privacidade interna e externa, bem como prover adequada prote o contra os elementos. Ainda mais,   um esforço para garantir o acesso conveniente a oportunidades econ micas e a serviços de saúde, educa o e outros bens sociais. Todos os documentos de política apresentados a este Tribunal são postulados com base na necessidade de desenvolvimento habitacional assim definido. Essa   a ideia central da política de desenvolvimento habitacional.
52. A defini o de desenvolvimento habitacional, bem como os princípios gerais estabelecidos não contemplam qualquer provisão de moradias que não se enquadrem nessa defini o legal de desenvolvimento habitacional. Em outras palavras, não existe estipula o para facilitar o acesso a abrigo temporário para as pessoas que não possuem acesso   terra, não possuem um teto sobre suas cabeças, para as pessoas que vivem em condi es intoleráveis e para as pessoas que estejam enfrentando crises resultantes de desastres naturais, como enchentes e incêndios, ou em virtude de seus lares enfrentarem ameaça de demoli o. 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 defini o de desenvolvimento habitacional da Lei.
53. O que tem sido feito na execu o desse programa   uma grande conquista. Grandes quantias de dinheiro foram gastas, e um número significativo de casas foram construídas.<sup>57</sup> Considerável soma de esforços, energia, recursos e técnica foi e continua a ser empregada no processo de efetiva entrega de moradia.   um programa devotado ao alcance da realiza o progressiva do direito de acesso   moradia adequada.

<sup>56</sup> O acordo   intitulado "Acordo a respeito da aloca o de poderes, deveres e fun es, 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 and the Local Government Transition Act*.

<sup>57</sup> Cerca de 362.160 casas foram construídas ou estavam em constru o entre março de 1994 e setembro de 1997, enquanto um total geral de cerca de 637.190 subsídios foram alocados para projetos em vários estágios de planejamento ou desenvolvimento, até outubro de 1997.

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 considera a falta de moradia na África do Sul por meio 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.
55. Medidas legislativas têm sido adotadas em nível nacional e provincial. Como temos visto, em 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, em nível provincial, deve ser realizado. todas as medidas anteriormente 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 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, 5.701 (um crescimento de 168%), em

1996, e 7.546 (um crescimento de 32%), em 1998. Esses são os resultados de um estudo conduzido pela Região Metropolitana do Cabo.

58. Este 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 desenfreios índices de desemprego e de pobreza. Como apontado anteriormente neste julgamento, um quarto das famílias em Wallacedene não dispõe de qualquer renda, e mais de dois terços recebiam menos de R 500,00 por mês em 1997. Como dito anteriormente, muitas famílias 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 a 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 essa 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.” Entre as importantes características desse programa destacam-se o reconhecimento: da ausência de provisão para pessoas que vivem em condições críticas; do caráter inaceitável dessa condição de famílias viverem em condições críticas; do conseqüente risco de invasões de terras; e 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, 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 (AMSLP) 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, 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, 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, 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 a 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 em médio e longo prazos 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 ne-

cessidade desesperadora. Estes não podem ser ignorados por causa dos objetivos de um programa de médio e longo prazos. É essencial que uma parte razoável do orçamento habitacional nacional seja dedicada a esse 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 estes não puderem

providenciar abrigo aos seus filhos; (b) essa obrigação existe independentemente da, 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 à moradia, de acordo com a Seção 28 (1) (c), enquanto 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 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 nas Seções 25 (5), 26, 27 e 29 está marcadamente ausente 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 o 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.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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 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 de 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 cumprirem suas responsabilidades em relação aos filhos. Dessa forma, a legislação e a *commom Law* impõem aos pais obrigações de cuidar de seus filhos. O Estado reforça a observância dessas obrigações mediante o uso da lei civil e criminal, bem como por meio 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 –
  - (a) Ao cuidado familiar ou parental, ou a cuidado alternativo quando removida do ambiente familiar;
  - (b) À nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais.

<sup>58</sup> Essas seções foram esclarecidas no parágrafo 19 deste julgamento.

<sup>59</sup> Seção 25 (5) determina ao Estado que promova condições que possibilitem aos 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 a serviços de saúde, alimentação suficiente, água e seguridade social, incluindo assistência social adequada se as pessoas estiverem incapacitadas de manterem a si mesmas 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 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 referido na Subseção 1 (c) é primariamente imposta aos pais ou à família e apenas alternativamente ao Estado. Este 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 mecanismos de coerção que visem à manutenção das crianças e sua proteção contra maus tratos, abusos, negligência ou degradação,<sup>60</sup> 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 o 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 por meio 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 circunstâncias deste caso, portanto, não existe obrigação estatal de providenciar

<sup>60</sup> Ver Seção 28 (1) (d).

abrigo aos apelados que são crianças e, por meio delas, aos seus pais, nos termos da Seção 28 (1) (c). A Corte Superior, dessa 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. Essa 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 em um campo de futebol ou no Centro Comunitário de Wallacedene. Devemos, ainda, lembrar-nos 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 terem deixado seus barracos em Wallacedene, é uma dolorosa realidade perceber que as circunstâncias deles não são piores do que as 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. Esse 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 considerada 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 realizarem os direitos do Capítulo 2 da Constituição. Além disso, a Seção 2 (1) (b) obriga todas as esferas governamentais a realizarem relevantes consultas com os indivíduos e comunidades afetadas pelo desenvolvimento habitacional. Ademais, a Seção 9 (1) (e) obriga os municípios a promoverem 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 se mudar 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 circunstân-

cias 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 claro 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 a seguir:

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 (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. Essa 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 à 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 a 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.” A Subseção 2 (a) e (b) concede 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, 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 à moradia adequada.
- (b) O programa deve incluir medidas razoáveis, como as contempladas no Programa Acelerado de Regularização de Terras, sem se restringir exclusivamente a elas, e 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.

Data da Submissão: 09 de maio de 2016

Aceito em: 09 de maio de 2016

