



TRADUÇÃO

A arte do (im)possível? A contribuição do *Justice Froneman* para o desenho de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos^{i-ii-iii-iv-v-vi}

The art of the (im)possible? Justice Froneman's contribution to designing remedies for structural human rights violations

¿El arte de lo (im)possible? La contribución del Justice Froneman al diseño de remedios para violaciones estructurales de derechos humanos

ⁱ LIEBENBERG, Sandra. A arte do (im)possível? A contribuição do *Justice Froneman* para o desenho de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos. Tradução de Isabela Garbin Ramanzini. Revisão da tradução: Lívia Gil Guimarães. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1v. 4, n. 1, p. 433-484, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a412>.

ⁱⁱ Copyright Consent for Professor Sandra Liebenberg from *Constitutional Court Review* with Respect to 'The Art of the (Im)Possible'. The *Constitutional Court Review* is published by NISC (Pty) Ltd of behalf of the owner of the title, Professor Stuart Woolman. The publisher Mike Schramm and the editor-in-chief//owner Stuart Woolman can grant a third party of one time waiver of copyright so long as the source of the original publication is mentioned up front. Em tradução livre: Consentimento de Direitos Autorais à Professora Sandra Liebenberg, da *Constitutional Court Review*, referente ao artigo "The Art of the (Im)Possible". A *Constitutional Court Review* é publicada pela NISC (Pty) Ltd em nome do Professor Stuart Woolman. O editor Mike Schramm e o editor-chefe/proprietário Stuart Woolman podem conceder a terceiros uma renúncia única de direitos autorais, desde que a fonte da publicação original seja mencionada de forma clara e antecipada.

ⁱⁱⁱ Este artigo foi originalmente publicado em inglês como: S. Liebenberg "The Art of the (Im)possible? Justice Froneman's Contribution to Designing Remedies for Structural Human Rights Violations" (2022) 12(1) *Constitutional Court Review* 137-170. DOI: <https://doi.org/10.2989/CCR.2022.0006>.

^{iv} Agradecimentos da autora: Minha profunda gratidão pelos comentários úteis, considerações e sugestões recebidos em vários estágios do desenvolvimento deste artigo vai para os participantes da Conferência *Constitutional Court Review* de 2021, Jason Brickhill, Gideon Basson, David Bilchitz, Meghan Finn, Lauren Kohn e dois pareceristas anônimos.

^v A presente tradução foi realizada de forma independente por Isabela Garbin Ramanzini, e revisada por Lívia Gil Guimarães, com a devida autorização da autora, Sandra Liebenberg, e do Editor-chefe da *Constitutional Court Review*, Stuart Woolman, e do editor Mike Schramm, sem participação desses, seja na revisão ou na supervisão da tradução.

^{vi} Nota de tradução: Algumas expressões da língua inglesa e, particularmente, do sistema jurídico sul-africano colocaram desafios que costumam se impor com frequência ao trabalho de tradução: a inexistência de uma palavra em português que corresponda exatamente ao vocábulo usado no idioma original. Por isso, numa tentativa de preservar ao máximo o sentido original das ideias expressadas e, ao mesmo tempo, aproximar as pessoas falantes da língua portuguesa das realidades sul-africanas, optou-se por utilizar expressões mais afeitas ao sistema legal brasileiro, sempre que possível. Nas poucas hipóteses em que esta alternativa se mostrou pouco eficaz, decidiu-se por manter a expressão em inglês, conforme utilizada na versão original. Quanto à estrutura de referência, as notas de rodapé em algarismos romanos tratam de observações próprias à tradução. As notas de rodapé do texto original, suas respectivas numerações e remissões foram preservadas.

Sandra Liebenberg^{vii}

Stellenbosch University (Stellenbosch, África do Sul)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7432-2131>

E-mail: sliebenb@sun.ac.za

Tradução do texto:

Isabela Garbin Ramanzini^{viii}

Revisão da tradução:

Lívia Gil Guimarães^{ix}

Resumo

As disfunções estruturais de governança impõem um grande obstáculo à concretização dos direitos humanos na África do Sul, em particular dos direitos socioeconômicos consagrados na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*). Esse artigo explora as ferramentas disponíveis nos tribunais sul-africanos para remediar esses tipos de violações estruturais de direitos humanos e a contribuição significativa do *Justice Froneman* para o desenvolvimento desse aparato. O artigo inicia descrevendo esforços para remediar violações estruturais de direitos humanos por outra Corte de vértice no Sul Global, a Corte Constitucional colombiana. A experiência colombiana oferece *insights* importantes sobre os desafios singulares que as violações estruturais de direitos humanos colocam para os litigantes e o Judiciário no desenho e na implementação de medidas de remediação eficazes. Embora os tribunais sul-africanos não tenham a mesma abordagem doutrinária para violações estruturais de direitos humanos que na Colômbia, eles, de fato, dispõem de uma ampla estrutura constitucional para remediar todas as formas de violações de direitos constitucionais. Em seguida, o artigo examina várias ferramentas desenvolvidas na jurisprudência constitucional sul-africana para remediar violações estruturais de direitos humanos. Destaca-se o potencial do monitoramento das

^{vii} Professora Emérita da Cátedra HF Oppenheimer em Direito dos Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de Stellenbosch, África do Sul.

^{viii} Professora Associada do Instituto de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutorado na Harvard Kennedy School e na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ). Assessora, STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9403207488409158>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7056-021X>. E-mail: isabela.garbin@stf.jus.br.

^{ix} Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora voluntária na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora associada do Grupo Constituição, Política e Instituições (Copi) e Coordenadora do Grupo de Pesquisas e Estudos sobre Inclusão na Academia (GPEIA), ambos na USP. Coordenadora de Pesquisas Judiciárias da Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3072761339331439>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7764-3301>. E-mail: liviaquilguimaraes@gmail.com.

medidas de compromisso significativo, e a contribuição do *Justice Froneman* para o desenvolvimento dessas formas de remediação. Na sequência, este artigo considera como o aparato para lidar com violações estruturais de direitos humanos tem sido expandido pelo inovador conjunto de medidas determinadas pelo *Justice Froneman* para remediar uma série de casos decorrentes de uma licitação ilegal realizada pela Agência de Seguridade Social da África do Sul, em 2011, para a gestão do pagamento de benefícios sociais. A seção substantiva final deste artigo baseia-se em estudos e jurisprudência comparados para argumentar que as medidas estruturais participativas são as mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos. Argumenta-se que os elementos essenciais de tais medidas já foram constituídos por duas vertentes da jurisprudência remediadora da Corte – medidas de compromisso significativo e medidas de supervisão que incorporam mecanismos de monitoramento independentes. A promessa das medidas estruturais participativas pode ser aproveitada fundindo essas duas vertentes da jurisprudência remediadora da Corte. Essa seção também explora as ressalvas e estruturas de apoio que devem estar presentes para melhorar suas perspectivas de sucesso. A conclusão sintetiza os argumentos centrais do artigo e propõe uma reflexão sobre as violações estruturais de direitos humanos e o motivo condutor (*leitmotiv*) da democracia participativa no conjunto de decisões do *Justice Froneman*.

Palavras-chave

Mecanismos de monitoramento especializado; compromisso significativo; medidas estruturais participativas; jurisdição de supervisão.

Sumário

1. Introdução. 2. Remediando violações estruturais de direitos humanos a partir de uma perspectiva constitucional colombiana e sul-africana. 3. Ferramentas em desenvolvimento para remediar violações estruturais de direitos humanos ao abrigo da Constituição sul-africana. 3.1 Danos constitucionais. 3.2 Medidas de supervisão. 3.3 Intervenções judiciais em outras esferas de governo. 3.4 Ampliando as lentes remediadoras. 3.5 Medidas de compromisso significativo. 4. Ampliando a caixa de ferramentas: medidas para remediar casos de crise de pagamento de benefícios sociais. 4.1 AllPay 1 e 2. 4.2 Black Sash 1. 5. Medidas estruturais participativas: ampliando o campo do possível. 5.1 A promessa das medidas estruturais participativas. 5.2 Ressalvas e estruturas de apoio. 6. Conclusão.

Abstract

Structural governance dysfunctions pose a major obstacle to the realization of human rights in South Africa, particularly the socio-economic rights entrenched in the Bill of

Rights. This article explores the remedial tools available to the South African courts to redress these kinds of structural human rights violations and Justice Froneman's significant contribution to the development of these tools. It commences by describing efforts to redress structural human rights violations by another apex court in the Global South, the Colombian Constitutional Court. The Colombian experience provides important insights into the unique challenges that structural human rights violations pose for litigants and the judiciary in designing and implementing effective remedies. While South African courts do not have the same doctrinal approach to structural human rights violations as in Colombia, they do enjoy a broad constitutional mandate to remedy all forms of constitutional rights violations. The article then proceeds to examine the various remedial tools that have been developed in South African constitutional jurisprudence to redress structural human rights violations. It highlights the potential of supervisory meaningful engagement remedies, and Justice Froneman's contribution to the development of these remedies. Next, this article considers how the toolbox for addressing structural human rights violations has been expanded by the innovative set of remedies handed down by Justice Froneman in the series of cases arising from an unlawful tender awarded by the South African Social Security Agency in 2011 for the administration of the payment of social grants. The final substantive part of this article draws on comparative scholarship and jurisprudence to argue that participatory structural remedies hold the most promise for redressing structural human rights violations. It argues that the essential elements of such remedies have already been constituted by two strands of the Court's remedial jurisprudence – meaningful engagement remedies and supervisory remedies incorporating independent monitoring mechanisms. The promise of participatory structural remedies can be harnessed by fusing these two strands of the Court's remedial jurisprudence. This part also explores the caveats and support structures that must be in place to enhance their prospects of success. The conclusion synthesises this article's central arguments and reflects on structural human rights violations and the leitmotif of participatory democracy in Justice Froneman's jurisprudence.

Contents

1. Introduction. 2. Remediating Structural Human Rights Violations from a Colombian and South African Constitutional Perspective. 3. Evolving Tools for Redressing Structural Human Rights Violations under the South African Constitution. 3.1 Constitutional Damages. 3.2 Supervisory Remedies. 3.3 Court-ordered Interventions by other Spheres of Government. 3.4 Broadening the Remedial Lens. 3.5 Meaningful Engagement Remedies. 4. Expanding the Toolbox: Remedies in Social Grant Payment Crisis Cases. 4.1 AllPay 1 and 2. 4.2 Black Sash 1. 5. Participatory Structural Remedies: Expanding the Realm of the Possible. 5.1 The

Promise of Participatory Structural Remedies. 5.2 Caveats and Support Structures. 6. Conclusion.

Keywords

Expert monitoring mechanisms; meaningful engagement; participatory structural remedies; supervisory jurisdiction.

Resumen

Las disfunciones estructurales de la gobernanza constituyen un obstáculo importante para la realización de los derechos humanos en Sudáfrica, en particular los derechos socioeconómicos consagrados en la Carta de Derechos (*Bill of Rights*). Este artículo explora las herramientas de remediación disponibles para que los tribunales sudafricanos reparen este tipo de violaciones estructurales de los derechos humanos y la importante contribución del *Justice Froneman* al desarrollo de estas herramientas. Comienza describiendo los esfuerzos para reparar las violaciones estructurales de derechos humanos cometidas por otra Corte vértice del Sur Global, la Corte Constitucional colombiana. La experiencia colombiana proporciona información importante sobre los desafíos únicos que las violaciones estructurales de derechos humanos plantean a los litigantes y al poder judicial en el diseño e implementación de soluciones efectivas. Si bien los tribunales sudafricanos no tienen el mismo enfoque doctrinal sobre las violaciones estructurales de derechos humanos que en Colombia, sí gozan de un amplio mandato constitucional para remediar todas las formas de violaciones de derechos constitucionales. A continuación, el artículo pasa a examinar las diversas herramientas de remediación que se han desarrollado en la jurisprudencia constitucional sudafricana para reparar las violaciones estructurales de los derechos humanos. Destaca el potencial del monitoreo de los compromisos significativos participativos y la contribución del *Justice Froneman* al desarrollo de estas soluciones. A continuación, este artículo considera cómo la caja de herramientas para abordar las violaciones estructurales de los derechos humanos se ha ampliado con el innovador conjunto de soluciones dictadas por el *Justice Froneman* en la serie de casos derivados de una licitación ilegal adjudicada por la Agencia de Seguridad Social de Sudáfrica en 2011 para la administración del pago de subsidios sociales. La última parte sustantiva de este artículo se basa en estudios y la jurisprudencia comparada para argumentar que las soluciones estructurales participativas son las más prometedoras para reparar las violaciones estructurales de los derechos humanos. Argumenta que los elementos esenciales de tales soluciones ya han sido constituidos por dos vertientes de la jurisprudencia de remediación de la Corte: los compromisos significativos participativos y las medidas de supervisión que incorporan mecanismos de monitoreo independientes. La promesa de las soluciones estructurales participativas puede

aprovechase fusionando estas dos vertientes de la jurisprudencia de remediación de la Corte. Esta parte también explora las advertencias y las estructuras de apoyo que deben existir para mejorar sus perspectivas de éxito. La conclusión sintetiza los argumentos centrales de este artículo y reflexiona sobre las violaciones estructurales de los derechos humanos y el motivo de conducción (*leitmotiv*) de la democracia participativa en la jurisprudencia del *Justice Froneman*.

Palabras clave

Mecanismos de seguimiento de expertos; compromiso significativo; remedios estructurales participativos; jurisdicción supervisora.

Índice

1. Introducción. 2. Remediando las Violaciones Estructurales de Derechos Humanos desde una Perspectiva Constitucional colombiana y sudafricana. 3. Herramientas en Desarrollo para Remediar Violaciones Estructurales de Derechos Humanos bajo la Constitución Sudafricana. 3.1 Daños Constitucionales. 3.2 Remedios de Supervisión. 3.3 Intervenciones Judiciales en otras Esferas de Gobierno. 3.4 Ampliando las Lentes Correctivas. 3.5 Medidas de Compromiso Significativo. 4. Ampliando la Caja de Herramientas: Medidas para Remediar Crisis de Pago de Beneficios Sociales. 4.1 AllPay 1 y 2. 4.2 Black Sash 1. 5. Medidas Estructurales Participativas: Ampliando el Campo de lo Posible. 5.1 La Promesa de las Medidas Estructurales Participativas. 5.2 Reservas y Estructuras de Apoyo. 6. Conclusión.

1. Introdução

Todos os dias, um grande número de sul-africanos luta para ter acesso à habitação, água, saneamento, eletricidade e outros serviços sociais a que têm direito ao abrigo da Constituição e da legislação relacionada. Os obstáculos que enfrentam no acesso aos seus direitos constitucionais devem-se, frequentemente, não a decisões legislativas ou políticas substantivas que limitam o acesso aos direitos, nem a atos ou omissões de alguns poucos funcionários públicos recalcitrantes. Em vez disso, essas privações sistêmicas são atribuíveis a uma combinação complexa de fatores que inclui influência política imprópria sobre nomeações do setor público,¹ corrupção e redes de clientelismo, déficits de capacidade e habilidades, má administração

¹ Ver as evidências e conclusões da Comissão Judicial de Inquérito sobre Alegações de Captura do Estado: Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State ('Zondo Commission of Inquiry') on the ANC's cadre deployment committee: Report, Parte VI, vol. 2, 155–175, 228–263.

e restrições de recursos.² Como observa Taylor, essas violações não se devem às omissões individuais de alguns poucos servidores, mas sim '[a]o resultado de bloqueios políticos em instituições públicas que falharam cronicamente em cumprir seu dever constitucional, com autoridades do alto escalão muitas vezes admitindo isso'.³ Alguns também argumentaram que as práticas de gestão do setor privado na Administração Pública e a mercantilização dos serviços públicos por meio de modelos de entrega privatizada e recuperação de custos têm impedido comunidades empobrecidas de acessar serviços públicos de qualidade.⁴ Essas tendências têm operado no sentido de reconfigurar a percepção sobre as pessoas, de titulares de direitos com garantia aos serviços públicos a consumidores de bens de mercado.⁵

A ação cumulativa desses fatores pode caracterizar disfunções estruturais de governança. Essas disfunções de governança fazem com que um grande número de pessoas seja privado de forma contínua dos direitos constitucionalmente garantidos. Por exemplo, os problemas de governança experimentados pelas prefeituras na África do Sul resultaram em muitas comunidades vivenciando problemas sistêmicos na prestação dos serviços básicos que dão concretude aos direitos socioeconômicos, como água, saneamento, moradia e um ambiente saudável⁶. Neste artigo, esses tipos

² Sobre os fatores complexos impedindo a prestação de serviços, ver J Dugard 'Urban Basic Services: Rights, Reality and Resistance' in M Langford, B Cousins, J Dugard & T Madlingozi (eds) *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (2014) 275; A Siddle, TA Koelble *The Failure of Decentralisation in South African Local Government: Complexity and Unanticipated Consequences* (2012).

³ H Taylor 'Forcing the Court's Remedial Hand: Non-Compliance as a Catalyst for Remedial Innovation' (2019) 9 *Constitutional Court Review* 247, 281.

⁴ T Ledger *Access to Basic Services: Enabling Progressive Transformation or Entrenching Poverty and Inequality?* Public Affairs Research Institute Short Report (setembro 2021); ver também MH Maserumule 'To Fix South Africa's Dysfunctional State, Ditch Its Colonial Heritage' *The Conversation* (2 Julho 2018), disponível em: <https://theconversation.com/to-fix-south-africas-dysfunctional-state-ditch-its-colonial-heritage-99087>; J Cronin 'Why the South African State is Incapacitated' *New Frame* (25 Agosto 2021), disponível em: <https://www.newframe.com/why-the-south-african-state-is-incapacitated/>; B Ngcaweni 'The Evolution of Local Governance Requires Fresh Thinking' *Sunday Times* (31 outubro 2021) 22.

⁵ UN Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, *Privatization and Human Rights*, UN Doc. A/73/396, 26 setembro 2018; Special Rapporteur on the Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation, *Risks and Impacts of the Commodification and Financialization of Water on the Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation*, UN Doc. A/76/159, 16 julho 2021. Para um estudo recente sobre os impactos negativos sobre os direitos humanos da privatização do sistema de saúde no Quênia, ver: The Economic and Social Rights Centre – Hakijamii and the Centre for Human Rights and Global Justice at New York University School of Law *Wrong Prescription: The Impact of Privatizing Healthcare in Kenya* (2021), disponível em <https://chrgj.org/wrong-prescription-privatizing-healthcare-kenya/>. Pelo argumento de que tais modelos também estão inscritos na fundamentação de algumas das principais decisões da Corte Constitucional sobre direitos socioeconômicos, ver M Pieterse 'Procedural Relief, Constitutional Citizenship and Socio-Economic Rights as Legitimate Expectations' (2012) 28 *South African Journal on Human Rights* 359.

⁶ Os resultados gerais de auditoria consistentemente ruins e as falhas na prestação de serviços por parte do governo local em muitas prefeituras da África do Sul são registrados nos relatórios anuais do Auditor-geral da África do Sul:

de violações crônicas de direitos humanos em grande escala, atribuíveis a disfunções de governança, são denominadas “violações estruturais de direitos humanos”. Embora todos os direitos humanos possam ser afetados por falhas estruturais de governança, este artigo se concentra principalmente nos direitos socioeconômicos, dada a escala e a gravidade de sua violação sistêmica no contexto sul-africano. Além disso, gerou-se preponderância na jurisprudência comparada e na literatura sobre as medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos na esfera dos direitos socioeconômicos.

Como os problemas na raiz das violações estruturais de direitos humanos são complexos, policêntricos e muitas vezes intimamente associados a abusos de poder político, é notoriamente difícil para os tribunais criar medidas eficazes para remediar tais violações.⁷ No entanto, a Constituição dá aos tribunais sul-africanos uma estrutura para fornecer ‘reparação adequada’ quando os direitos constitucionais são violados ou ameaçados.⁸ ‘Reparação adequada’, de acordo com a Corte, ‘será, em essência, a reparação necessária para proteger e fazer cumprir a Constituição.’⁹ Como observou sabiamente o *Justice Froneman*, a doutrina da separação de poderes atribui aos tribunais a responsabilidade de declarar inválidas condutas inconstitucionais e de sanar violações à Constituição: ‘Isso significa que a Corte deve fornecer reparação efetiva para violações de direitos constitucionais.’¹⁰ A questão geral que este artigo procura responder é como os tribunais sul-africanos devem elaborar medidas de remediação eficazes para enfrentar os desafios singulares colocados pelas violações estruturais de direitos humanos.

ver, por exemplo: Auditor-General of South Africa *Consolidated General Report on Local Government Audit Outcomes – Municipal Finance Management Act 56 of 2003 (2020–2021)*; K Sithole ‘Municipalities Simply Unfit for Purpose’ *Business Day* (23 Junho 2022) 9; F Ncapayi ‘Water Crisis in Eastern Cape Villages Points to General Collapse of Municipalities across the Country’ *Daily Maverick* (26 Outubro 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-10-26-water-crisis-in-eastern-cape-villages-points-to-general-collapse-of-municipalities-across-the-country/>.

⁷ Como a Corte Constitucional decidiu no caso *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* [2000] ZACC 19, 2001 (1) SA 46 (CC) (*‘Grootboom’*) no parágrafo 42, a adequação no contexto do art. 26, n. 2 (e, conseqüentemente, do art. 27, n. 2) exige que as medidas legislativas “sejam apoiadas por políticas e programas adequados e bem orientados implementados pelo Executivo”.

⁸ Art. 38 da Constituição da República da África do Sul, 1996.

⁹ *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC 6, 1997 (3) SA 786 (CC), 1997 (7) BCLR 851 no parágrafo 19 (*‘Fose’*). No caso *Fose*, a Corte estava interpretando o conceito de ‘reparação adequada’ no art. 7º, n.º 4, alínea a, da Constituição Interina (agora revogada), mas uma associação semelhante é atribuída à mesma frase no art. 38 da Constituição de 1996.

¹⁰ *AllPay Consolidated Investment Holdings (Pty Ltd & Others v Chief Executive Officer, South African Social Security Agency & Others (no. 2)* [2014] ZACC 12, 2014, 2014 (4) SA 179 (CC), 2014 (6) BCLR 641 (CC) (*‘AllPay 2’* ou ‘Decisão de reparação *AllPay*’) no parágrafo 42 (citando *Mvumu & Others v Minister for Transport & Another* [2021] ZACC 1, 2011(2) SA 473 (CC), 2011 (5) BCLR 488 (CC) nos parágrafos 46 e 48, e *Fose*, *ibid* no parágrafo 69).

Esta investigação inicia descrevendo os esforços para remediar violações estruturais de direitos humanos por outra Corte de vértice no Sul Global, a Corte Constitucional colombiana. Além das semelhanças no contexto social e econômico, a Corte Constitucional colombiana oferece *insights* comparativos úteis porque reconheceu e desenvolveu explicitamente doutrinas constitucionais destinadas a remediar o fenômeno central com o qual este artigo está preocupado – violações de direitos constitucionais em larga escala e persistentes devido a disfunções complexas de governança. A experiência colombiana também ilumina os desafios singulares que as violações estruturais de direitos humanos representam para os litigantes e para o Judiciário no desenho e na implementação de medidas de remediação eficazes. Embora os tribunais sul-africanos não tenham a mesma abordagem doutrinária para violações estruturais de direitos humanos como na Colômbia, eles dispõem de uma ampla estrutura constitucional para remediar todas as formas de violações de direitos constitucionais. Esta seção fornece uma visão geral desta estrutura e dos princípios gerais de remediação aplicáveis ao seu exercício no contexto de violações de direitos constitucionais.

O artigo prossegue examinando as várias ferramentas desenvolvidas na jurisprudência constitucional sul-africana para remediar violações estruturais de direitos humanos. Destaca-se o potencial do monitoramento das medidas de compromisso significativo na remediação de violações estruturais de direitos humanos e a contribuição do *Justice Froneman* para o desenvolvimento de tais medidas. Em seguida, o artigo considera como o aparato para lidar com violações estruturais de direitos humanos tem sido ampliado pelo conjunto inovador de medidas determinado pelo *Justice Froneman* para remediar uma série de casos decorrentes de uma licitação ilegal realizada pela Agência Sul-Africana de Seguridade Social (*South African Social Security Agency* – SASSA) em 2011 para a gestão do pagamento de benefícios sociais.¹¹

A seção substantiva final do artigo baseia-se em estudos e jurisprudência comparados para argumentar que as medidas estruturais participativas são as mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos. Argumenta que os elementos essenciais de tais medidas já foram constituídos pela jurisprudência de

¹¹ *AllPay Consolidated Investment Holdings v CEO, SA Social Security Agency* [2013] ZACC 51, 2014 (1) SA 604 (CC), 2014(1) BCLR 1 (CC) (*AllPay 1*); *AllPay 2* (nota 10 acima); *Black Sash Trust v Minister of Social Development (Freedom Under Law NPC Intervening)* [2017] ZACC 8, 2017 (3) SA 335 (CC), 2017 (5) BCLR 543 (CC) (*Black Sash 1*); *Black Sash Trust v Minister of Social Development (Freedom Under Law NPC Intervening)* [2017] ZACC 20, 2017 (9) BCLR 1089 (CC) (*Black Sash 2*); *Black Sash Trust (Freedom Under Law NPC Intervening) v Minister of Social Development & Others* [2018] ZACC 36, 2018 (12) BCLR 1472 (CC) (*Black Sash 3*). Cumulativamente, esses casos serão designados por “casos de crise de pagamento de benefícios sociais”.

compromisso significativo da Corte Constitucional e sua jurisprudência sobre medidas de supervisão e mecanismos de monitoramento independentes. A fusão dessas duas vertentes da jurisprudência remediadora da Corte ampliará o aparato para responder aos desafios singulares colocados pelas violações estruturais de direitos humanos. Este tópico também explora ressalvas e estruturas de apoio que devem estar presentes para maximizar as perspectivas de que essas medidas estruturais participativas estimulem as reformas de governança necessárias para remediar violações estruturais de direitos humanos. A conclusão sintetiza os argumentos centrais do artigo e propõe uma reflexão sobre as violações estruturais de direitos humanos e o motivo condutor (*leitmotiv*) da democracia participativa no conjunto de decisões do *Justice Froneman*.

2. Remediando violações estruturais de direitos humanos a partir de uma perspectiva constitucional colombiana e sul-africana

Cortes em todo o mundo têm se empenhado em lidar com a natureza das violações estruturais de direitos humanos e os desafios de remediação que elas representam. A experiência da Corte Constitucional colombiana é instrutiva nesse contexto, dados seus esforços explícitos para descrever e desenvolver aparatos doutrinários para remediar violações estruturais de direitos humanos. Ela os fez principalmente por meio da sua doutrina do *'estado de cosas inconstitucional'*.¹² A presença de duas circunstâncias leva a Corte a considerar a declaração de *'um estado de coisas inconstitucional'*: (1) uma violação reiterada dos direitos constitucionais de muitas pessoas, que então procuram a Corte para buscar medidas de remediação individuais (no contexto colombiano, o mandado de proteção dos direitos fundamentais – a *acción de tutela* ou *'ação de tutela'*); e (2) a dificuldade de atribuir as violações aos atos ou omissões de uma única autoridade estatal diante do entrelaçamento de um conjunto de causas estruturais. Essas causas estruturais incluem a omissão prolongada das autoridades em cumprir com suas obrigações de garantir direitos; práticas de governança arraigadas e incompatíveis com a Constituição; e a omissão em adotar medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para prevenir ou sanar a violação de direitos. Uma medida de remediação eficaz

¹² O caso seminal para desenvolver essa medida estrutural foi o famoso caso das pessoas deslocadas internamente: Decisão T-025 de 2004 (*IDP*). Para um estudo abrangente do impacto desta decisão e dos litígios subsequentes relacionados, ver C Rodríguez-Garavito *'Beyond Enforcement: Assessing and Enhancing Judicial Impact'* in M Langford, C Rodríguez-Garavito & J Rossi (eds) *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making It Stick* (2017) 75–108.

neste contexto exigiria a intervenção de uma série de entidades estatais (e potencialmente não estatais), a adoção de um plano de ação coordenado e sustentado, e um apoio orçamentário adicional significativo. Outro fator que pode levar a Corte a considerar a declaração de ‘estado de coisas inconstitucional’ é a perspectiva de ver-se sobrecarregada com ações de *tutela* individual pelo grande número de pessoas afetadas pelo problema estrutural relevante.¹³

Quando a Corte Constitucional colombiana declara ‘um estado de coisas inconstitucional’, ela inicia um processo de tentativa de corrigir as causas subjacentes à violação de direitos por meio de um conjunto de medidas estruturais. Essas medidas incluem a imposição de obrigações aos órgãos estatais de produzir relatórios, a realização de audiências públicas, o convite a especialistas e organizações da sociedade civil para auxiliar no monitoramento das medidas da Corte e a determinação de um conjunto de medidas reiteradas de acompanhamento.¹⁴ Como explica Sepúlveda:

Se a Corte considerar que a situação constitui um estado de coisas inconstitucional, ela não espera até que mais petições sejam apresentadas alegando a violação dos mesmos direitos devido às mesmas circunstâncias, mas pede a adoção de medidas que visem proteger não apenas aqueles que entraram com o mandado de segurança, mas todos os indivíduos nas mesmas circunstâncias. Adicionalmente, a Corte tem geralmente determinado que uma série de autoridades estatais empreenda esforços coordenados para remediar a situação e, muitas vezes, exige que um plano de ação seja elaborado e implementado para lidar com a situação.¹⁵

A doutrina da declaração de “um estado de coisas inconstitucional” não é, obviamente, uma característica do direito e da cultura jurídica sul-africana.¹⁶ No entanto, é

¹³ Para uma análise desses fatores e da jurisprudência em que se baseiam, ver D Landau ‘The Colombian Model of Structural Socio-Economic Rights Remedies: Lessons from and for Comparative Experience’ in A Linares-Cantillo (ed) *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights* (2021) 258, 263–266.

¹⁴ Landau (nota 13 acima) em 261–262.

¹⁵ M Sepúlveda ‘Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice’ in M Langford (ed) *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (2008) 144, 148.

¹⁶ Cortes em jurisdições de direito civil, como a Colômbia, estão mais acostumadas a um papel inquisitorial, em comparação a Cortes com fortes influências de *common law*, como a África do Sul. A postura mais ativista da Corte Constitucional colombiana é visível em várias jurisdições do Sul Global que reconhecem direitos sociais e são confrontadas com barreiras estruturais à sua realização: DN Maldonado (ed) *Constitutionalism of the Global South; The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia* (2013); JA Couso, A Huneus & R Sieder (eds) *Cultures of*

útil para entender a natureza das violações estruturais de direitos humanos e as respostas de remediação inovadoras desenvolvidas por outra Corte constitucional no Sul Global que reconhece a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos.

A definição colombiana de violações estruturais de direitos humanos indica que elas tipicamente surgem de um colapso dos processos de governança que levam a disfunções orçamentárias, de planejamento e administrativas. Remediar esse tipo de disfunções institucionais e políticas impõe desafios singulares às Cortes. Nesse contexto, eles não podem mais contar com a implementação confiável de suas decisões por órgãos do Estado.¹⁷ As causas profundas das disfunções sistêmicas são muitas vezes difíceis de diagnosticar, e as etapas necessárias para solucionar essas disfunções tendem a ser profundamente contestadas e policêntricas, atingindo diferentes esferas de governo e departamentos governamentais e, às vezes, também envolvendo atores privados.¹⁸

Fortes intervenções judiciais nesses contextos – como as desencadeadas por um ‘estado de coisas constitucional’ na Colômbia – correm o risco de serem acusadas de excesso judicial, reação política ativa, resistência passiva e distorção da equidade alocativa e eficiência na distribuição de benefícios sociais.¹⁹ Mukherjee e Tuovinen concluem que, quando colocada diante da ‘recalcitrância administrativa’, a Corte acaba sendo ‘confrontada apenas com más escolhas’.²⁰ A nomeação de agentes para auxiliar os tribunais, como os *special masters*,²¹ comissionados ou outros mecanismos de moni-

Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America (2010); R Gargarella, P Domingo & T Roux (eds) *Courts and Social Transformation in New Democracies* (2006).

¹⁷ A decisão histórica da Corte Constitucional sobre a execução de medidas judiciais contra órgãos do Estado é *Nyathi v MEC for the Department of Health, Gauteng* [2008] ZACC 8; 2008 (5) SA 94 (CC); 2008 (9) BCLR 865 (CC).

¹⁸ Litígios recentes têm ilustrado os desafios de fazer com que as diferentes esferas de governo coordenem esforços para garantir o fornecimento de água a várias aldeias rurais no Cabo Oriental: *Khetshemiya & Others v Minister of Water & Sanitation & Others* Case No. 4018/2021 (EHC, Mthatha); E Ellis ‘No Water: Judge Issues Strict Deadlines for Government Co-operation – While Eastern Cape Residents Suffer’ *Daily Maverick* (15 Novembro 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-11-15-no-water-judge-issues-strict-deadline-for-government-cooperation-while-eastern-cape-residents-suffer/>.

¹⁹ Essas dificuldades têm suscitado críticas contundentes às medidas estruturais no contexto da litigância de interesse público nos Estados Unidos: R Sander & D Schoenbrod *Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government?* (2003).

²⁰ G Mukherjee & J Tuovinen ‘Designing Remedies for a Recalcitrant Administration’ (2020) 36 *South African Journal on Human Rights* 386, 408.

²¹ Como no caso *Mwelase & Others v Director-General for the Department of Rural Development and Land Reform* [2019] ZACC 30, 2019 (6) SA 597 (CC) (*Mwelase CC*). O pano de fundo deste julgamento foi uma medida determinada pela Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*), nomeando um *special master* para trabalhar com o Departamento para preparar um Plano de Implementação para o processamento das reivindicações, sujeito à aprovação e supervisão

toramento,²² corre o risco de ‘agravar as patologias que assolam a Administração, ao mesmo tempo em que atrofia a vontade burocrática e a capacidade institucional para tornar-se excessivamente dependente de estímulos externos.’²³

Apesar dessas dificuldades, os tribunais sul-africanos são constitucionalmente obrigados a estabelecer medidas adequadas e, se necessário, desenvolver formas inovadoras para remediar todas as violações de direitos humanos.²⁴ Essa responsabilidade é certamente elevada quando as violações são flagrantes e afetam um grande número de comunidades constantemente desfavorecidas. A reparação efetiva das violações de direitos humanos é essencial não apenas para proteger os valores e interesses que estão no cerne dos direitos humanos,²⁵ mas também para a legitimidade política do projeto constitucional na África do Sul como um todo. Se os mecanismos e procedimentos institucionais estabelecidos pela Constituição não derem efetividade aos direitos constitucionais, eles não exigirão o respeito e a lealdade dos cidadãos, promovendo implicações de longo alcance para o projeto de constitucionalismo na África do Sul. Como observou o *Justice Krieger* no caso *Fose*:

O dano causado pela violação à Constituição é um dano à sociedade como um todo, mesmo quando as implicações diretas da violação são altamente provincianas. O violador de direitos não apenas prejudica uma pessoa em particular, mas impede a plena realização de nossa promessa constitucional.²⁶

Essa compreensão do impacto público mais amplo das violações constitucionais dá origem à dupla função das medidas constitucionais de remediação. Elas não apenas buscam remediar o erro que deu origem à violação específica, mas também

judicial: *Mwelase & Others v Director- General for the Department of Rural Development and Land Reform* [2016] ZALCC 23; 2017 (4) SA 422 (LCC) (*‘Mwelase LCC’*). O Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) anulou a decisão da Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*) nesse aspecto, mas a Corte Constitucional manteve a nomeação do *special master* com poderes especificados na decisão da Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*) (redigido pelo *Justice Cameron* com uma posição minoritária do *Justice Jafta* seguido pelo *Justice (JA) Ledwaba*, discordando sobre os poderes do *special master* para determinar o orçamento no Plano de Implementação).

²² Por exemplo, nos casos dos deslocados internos colombianos (caso IDP) e no caso *People’s Union for Civil Liberties v Union of India Writ Petition (Civil) No. 196 de 2001* (‘Casos do direito à alimentação, Índia).

²³ Mukherjee & Tuovinen (nota 20 acima) 409.

²⁴ *Fose* (nota 9 acima) no parágrafo 69.

²⁵ *Ibid.* (‘Sem medidas efetivas para a violação, os valores subjacentes ao direito consagrado na Constituição não podem ser devidamente defendidos ou reforçados.’)

²⁶ *Ibid.* no parágrafo 95.

prevenir e impedir futuras violações.²⁷ Em outras palavras, elas têm uma inevitável dimensão pública voltada para o futuro.²⁸ Isso se alinha com a descrição do *Justice Froneman* das diferentes dimensões do princípio corretivo subjacente às medidas constitucionais de remediação no caso *AllPay 2*: corrigir os erros que deram origem às violações específicas da Constituição e do Estado de Direito, considerado o impacto da medida de remediação no público em geral e nas futuras práticas de governança.²⁹

Particularmente quando as medidas de remediação buscadas têm um impacto significativo na distribuição de recursos, os tribunais podem ser confrontados com uma tensão entre as dimensões individual e coletiva das decisões remediadoras.³⁰ Essa tensão geralmente surge nos casos em que a *common law* ou os danos constitucionais são reivindicados contra órgãos do Estado como uma forma para remediar condutas ilegais, incluindo violações de direitos constitucionais.³¹ No entanto, embora essa tensão tenha implicações para a escolha e o desenho de medidas, ela não reduz o princípio geral de que os tribunais não podem se furtar de procurar remediar violações estruturais de direitos humanos, apesar de suas complexidades e desafios associados. A Constituição confere amplos poderes aos tribunais para elaborar medidas “justas e equitativas” para remediar violações constitucionais.³² Como o Presidente da Corte Constitucional, *Justice Mogoeng*, sustentou, no caso *Electoral Commission v Mhlope e Outros*:³³

O artigo 172, n.º 1, alínea b, confere aos nossos tribunais poderes de remediação tão amplos que deveriam poder elaborar uma medida adequada ou justa, mesmo para remediar situações excepcionais, complexas ou aparentemente irresolúveis. E as palavras operantes neste artigo são ‘uma ordem justa e equitativa’. Isso significa que quaisquer considerações de justiça e equidade que apontem como solução apropriada para um determinado problema, podem justificadamente ser

²⁷ Ibid no parágrafo 97.

²⁸ Ver as observações do *Justice O’Regan* sobre as diferenças entre litígios de direito privado e direito público: *Ferreira v Levin N.O. & Others; Vryenhoek & Others v Power N.O. & Others* [1995] ZACC 13, 1996 (1) SA 984 (CC), 1996 (1) BCLR 1 (CC) no parágrafo 229.

²⁹ *AllPay 2* (nota 10) nos parágrafos 30–34.

³⁰ C Mbazira *Litigating Socio-Economic Rights in South Africa: A Choice between Corrective and Distributive Justice* (2009) 103–130.

³¹ *Rail Commuters Action Group v Transnet Ltd t/a Metrorail* [2004] ZACC 20, 2005 (2) SA 359 (CC), 2005 (4) BCLR 301 (CC) nos parágrafos 80–81; A Price ‘State Liability and Accountability’ in A Price & M Bishop (eds) *A Transformative Justice: Essays in Honour of Pius Langa* (2015) 313.

³² Art. 172.

³³ [2016] ZACC 15, 2016 (5) SA 1 (CC), 2016 (8) BCLR 987 (CC).

usadas para sanar esse problema. Se a justiça e a equidade seriam mais bem servidas ou promovidas por essa medida de remediação, então ela deveria prevalecer como uma decisão constitucionalmente autorizada, prevista no artigo 172.º, n.º 1, alínea b.³⁴

À luz da descrição da natureza das violações estruturais de direitos humanos, dos desafios particulares que elas representam para reparação judicial e dos princípios constitucionais gerais de remediação esboçados acima, a seção a seguir examina as ferramentas em desenvolvimento que os tribunais sul-africanos têm à sua disposição para remediar violações estruturais de direitos humanos.

3. Ferramentas em desenvolvimento para remediar violações estruturais de direitos humanos ao abrigo da Constituição sul-africana

3.1 Danos constitucionais

Uma medida potencial para remediar violações estruturais de direitos humanos é uma decisão de danos constitucionais.³⁵ Decisões de danos constitucionais são medidas indenizatórias (geralmente convertidas em dinheiro) baseadas diretamente na violação dos direitos constitucionais de uma pessoa ou grupos de pessoas. As decisões de danos constitucionais podem, dependendo das circunstâncias do caso, ter fins compensatórios, punitivos, dissuasores e simbólicos.³⁶ No contexto sul-africano, Bishop distingue entre ‘danos constitucionais diretos’ (indenizações decorrentes diretamente da violação da Constituição) e ‘danos constitucionais indiretos’ (‘indenizações nos termos da lei comum ou de um estatuto que dá efeito a um direito constitucional’).³⁷ A relação entre essas duas categorias de danos no contexto

³⁴ Ibid no parágrafo 132.

³⁵ Sobre precedentes comparativos de danos constitucionais, J Klaaren ‘Judicial Remedies’ em M Chaskalson et al *Constitutional Law of South Africa* (Revision Service 3, 1998) Capítulo 9, 9-10.

³⁶ M Bishop ‘Remedies’ in S Woolman & M Bishop (eds) *Constitutional Law of South Africa* (2nd Ed, 2006) Capítulo 9, 157-162.

³⁷ Ibid em 151.

de violações de direitos constitucionais tem sido objeto de muito debate jurisprudencial e acadêmico na África do Sul.³⁸

No caso *Fose*, o autor da ação buscou a indenização por danos constitucionais, além de pedir indenização por danos morais decorrentes da agressão e tortura nas mãos da polícia.³⁹ O autor da ação pleiteou a indenização por danos constitucionais para punir a polícia pela violação de seus direitos constitucionais e para impedir e prevenir futuras infrações à luz de um suposto padrão generalizado de abusos por membros da delegacia de Vanderbijlpark.⁴⁰ A Corte considerou que a indenização por danos morais constituía uma reivindicação adequada dos direitos do autor e recusou-se a proferir uma decisão de dano constitucional. Apresentou várias razões políticas pelas quais tal indenização era inadequada nas circunstâncias do caso, inclusive expressando dúvidas sobre se os danos constitucionais constituiriam um dissuasor adequado contra a má conduta policial.⁴¹ Também considerou que os escassos recursos do Estado eram mais bem gastos para abordar as causas estruturais e sistêmicas das infrações do que para compensar um demandante individual que já havia sido compensado por suas lesões por meio de uma indenização por danos decorrentes dos abusos.⁴² No entanto, afirmou que “não há razão, em princípio, para que a “reparação adequada” não deva incluir uma indenização por danos, quando tal decisão for necessária para proteger e fazer cumprir os direitos do capítulo 3”.⁴³

Em uma decisão histórica que tratou da intersecção entre os direitos previdenciários e o direito à justa ação administrativa, o *Justice Froneman*, atuando como juiz do Tribunal Superior na divisão do Cabo Oriental (*High Court Judge on the Eastern Cape bench*) reconheceu os danos constitucionais. Essa decisão indenizatória assumiu a forma de pagamentos retroativos de benefício social, juntamente com juros sobre os valores vencidos para compensar o recorrente por atrasos administrativos sistêmicos no processamento de seu pedido de benefício social.⁴⁴ Em

³⁸ Para uma crítica à indenização por danos constitucionais diretos no caso *Life Esidimeni*, de 19 de março de 2018, ver E Zitzke ‘The *Life Esidimeni* Arbitration: Towards Transformative Constitutional Damages’ (2020) 3 *Journal of South African Law/Tdyskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 419.

³⁹ *Fose* (nota 9 acima).

⁴⁰ *Ibid* no parágrafo 14.

⁴¹ *Ibid* no parágrafo 71.

⁴² *Ibid* no parágrafo 72.

⁴³ *Ibid* no parágrafo 60 (referenciando Capítulo 3 da Constituição Interina de 1993).

⁴⁴ *Kate v Member of the Executive Council for the Department of Welfare, Eastern Cape* [2004] ZAECHC 25, [2005] 1 All SA 745 (SE) (*Kate HC*).

sede de recurso, a decisão indenizatória por dano constitucional foi confirmada e mantida pelo Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*).⁴⁵ Em seu voto, redigido para um colegiado unânime, o *Justice (JA) Nugent* expressou a esperança de que a indenização por danos constitucionais facilitaria a responsabilização da legislatura por má gestão sistêmica no pagamento de benefícios sociais por meio do Departamento Provincial, sendo este forçado a buscar fundos adicionais para atender aos pedidos de indenização, além daqueles apropriados para pagamentos de assistência social.⁴⁶ Como aponta Bishop, os danos constitucionais deferidos pelo Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*), no caso *Kate*, não se destinaram a indenizar a recorrente por perdas financeiras, mas sim a indenizá-la pelo desconforto físico e falta de respeito pela sua dignidade humana causados pelo atraso na concessão dos benefícios sociais a que tinha direito. Em suma, os atrasos inconcebíveis no pagamento dos benefícios sociais privam beneficiários, como a Sra. Kate, da assistência estatal vital necessária para aliviar a ‘condição maldita’ da pobreza.⁴⁷

A Corte Constitucional também firmou uma decisão indenizatória de danos constitucionais no julgamento do caso *Presidente da República da África do Sul/Modderklip Boerdery (Pty) Ltd* (a seguir ‘*Modderklip*’).⁴⁸ A decisão foi proferida no sentido de compensar um proprietário de terras pelo fato de que ele não pôde executar ordens de despejo em virtude da ocupação ilegal de sua propriedade, por uma grande comunidade pobre, sem o fornecimento de alojamentos alternativos aos ocupantes.⁴⁹ A decisão indenizatória de danos constitucionais no caso *Modderklip* foi habilmente elaborada para estimular uma conduta proativa por parte dos órgãos estatais relevantes para resolver a crise dos sem-terra e dos sem-teto da comunidade,⁵⁰ ao mesmo tempo em que protege o princípio do Estado de Direito e o acesso material dos proprietários privados aos tribunais para reivindicar seus direitos de propriedade.

⁴⁵ *MEC for the Department of Welfare v Kate* [2006] ZASCA 49, 2006 (4) SA 478 (SCA), [2006] 2 All SCA 455 (SCA) (*‘Kate SCA’*).

⁴⁶ *Ibid* no parágrafo 32. No caso *Njongi v MEC, Department of Welfare, Eastern Cape* [2008] ZACC 4, 2008 (4) SA 237 (CC), 2008 (6) BCLR 571 (CC), a Corte Constitucional confirmou uma decisão do Tribunal Superior (*High Court*) que condenou a recorrente a restituir quantias e juros de mora sobre os montantes em atraso após a cessação ilegal do seu subsídio de invalidez.

⁴⁷ Bishop (nota 36 acima) em 169 referenciando *Kate SCA* (nota 45 acima) no parágrafo 33.

⁴⁸ [2005] ZACC 5, 2005 (5) SA 3 (CC), 2005 (8) BCLR 786 (CC).

⁴⁹ *Ibid* nos parágrafos 47–51.

⁵⁰ *Ibid* no parágrafo 49.

No entanto, o pedido de dano constitucional como potencial ferramenta remediadora no contexto específico de casos de direitos socioeconômicos tem sido questionado pela jurisprudência constitucional recente. O julgamento da Corte Constitucional no caso *Residents of Industry House contra Minister of Police* (a seguir '*Residents of Industry House*')⁵¹ abordou se uma decisão indenizatória de dano constitucional seria uma reparação adequada para as violações dos direitos dos residentes à dignidade e à privacidade decorrentes de uma operação policial realizada sem mandado, nos termos da Lei 68, de 1995, relativa aos serviços policiais da África do Sul. A Corte considerou inconstitucionais partes relevantes da lei. Ao julgar improcedente o pedido de danos constitucionais, a *Justice Mhlantla*, seguida pela maioria, considerou que as decisões de danos constitucionais devem satisfazer o limiar da '*medida de remediação mais adequada*' disponível para reivindicar direitos constitucionais com o devido peso atribuído a outras medidas alternativas disponíveis na *common law* e nos estatutos⁵² (sublinhados no original). *In casu*, ela sustentou que a decisão indenizatória de danos constitucionais não era uma medida adequada, pois os requerentes dispunham de recursos alternativos "tão eficazes e mais apropriados", por meio de um pedido de indenização nos termos da Lei de Promoção da Justiça Administrativa 3, de 2000 (*Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000- PAJA*), bem como uma ação de responsabilização (*delictual claim*) contra os órgãos estatais relevantes.⁵³ Ela prosseguiu:

Diante das muitas demandas prementes sobre o fisco, não é adequado utilizar recursos públicos escassos para pagar indenizações a particulares para fins de efetivação de direitos conferidos à população em geral, quando existem outros meios eficazes de defesa da Constituição. Esses recursos seriam mais bem gastos para enfrentar a privação estrutural e sistêmica e as condições deploráveis sob as quais a maioria das pessoas continua a viver há 27 anos na ordem democrática.⁵⁴

Em um julgamento subsequente, *Thubakgale e Outros contra Prefeitura Metropolitana de Ekurhuleni e Outros*,⁵⁵ a maioria rejeitou um pedido de danos constitucionais de um grupo de pessoas empobrecidas contra a prefeitura de Ekurhuleni.

⁵¹ [2021] ZACC 37, 2022 (1) BCLR 46 (CC). O *Justice Jafta* redigiu um voto concorrente em separado na questão dos danos constitucionais, o qual foi seguido pelo Presidente da Corte Mogoeng e pelos *Justices Madlanga, Mhlantla, Tshiqi e (JA) Mathopo*.

⁵² *Ibid* no parágrafo 118.

⁵³ *Ibid* no parágrafo 120.

⁵⁴ *Ibid* no parágrafo 121.

⁵⁵ [2021] ZACC 45, 2022 (8) BCLR 985 (CC) ('*Thubakgale*').

O pedido de danos constitucionais baseava-se na omissão sistêmica da prefeitura em efetivar o subsídio habitacional estadual aprovado ao transferir a posse e a propriedade das arquibancadas e casas a eles destinadas na área de Tembisa. A decisão por maioria, redigida pelo *Justice Jafta*, rejeitou o pedido de dano constitucional por uma série de fundamentos. Entre eles, o princípio da subsidiariedade constitucional;⁵⁶ o trânsito em julgado das decisões judiciais, tendo em conta o fato de os recorrentes terem requerido e obtido do Tribunal Superior (*High Court*) a medida de entrega das casas, que foi confirmada em recurso pelo Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*);⁵⁷ pedido juridicamente impossível, na medida em que “[um] pedido de indenização por descumprimento de uma única decisão interlocutória judicial não é conhecido no nosso direito”,⁵⁸ e que dispunham de uma medida de remediação alternativa adequada, a saber, a instauração de um procedimento de desacato contra a prefeitura por descumprimento das decisões judiciais anteriores relacionadas.⁵⁹ O *Justice Jafta* deu mais um passo ao considerar que a decisão indenizatória de danos constitucionais não era uma medida de remediação competente para fazer valer os direitos socioeconômicos previstos nos arts. 26 e 27 da Constituição, uma vez que esses direitos socioeconômicos qualificados não deram origem a ‘danos individuais’ e, por consequência, ‘traduziram-se em uma ação de indenização exigível em seus próprios termos’.⁶⁰ Em suma, ele sustentou que os direitos socioeconômicos só poderiam ser efetivados por meio do modelo de revisão de razoabilidade endossado na jurisprudência relevante.⁶¹

O voto dissidente do *Justice Majiedt* (seguido pelos *Justices Khampepe*, *Theron* e *(JA) Tlaletsi*) discordou de que os danos constitucionais não eram uma medida competente para remediar violações flagrantes de direitos socioeconômicos, como as que ocorreram no presente caso. Ele sustentou que o teste para a “reparação adequada” é se a medida de remediação relevante, incluindo os danos constitucionais, constituía uma medida eficaz com base nos fatos e nas circunstâncias preponderantes no caso.⁶² Depois de considerar medidas de remediação alternativas, como procedimentos de desacato, decisões declaratórias, decisões estruturais e outras medidas alternativas em contratos, responsabilidade civil e direito de propriedade, o *Justice*

⁵⁶ Ibid nos parágrafos 178–179.

⁵⁷ Ibid nos parágrafos 180–186.

⁵⁸ Ibid no parágrafo 190.

⁵⁹ *Thubakgale* (nota 55 acima) no parágrafo 193.

⁶⁰ Ibid no parágrafo 169 lido com parágrafo 166.

⁶¹ Ibid no parágrafo 167.

⁶² Ibid no parágrafo 43, parágrafos 46–47.

Majiedt concluiu que, na sua percepção, a decisão de danos constitucionais eram a única medida de remediação eficaz nas circunstâncias.⁶³

Felizmente, a parte da decisão do *Justice Jafta* que sustenta que os danos constitucionais nunca podem ser uma medida adequada para remediar violações dos direitos socioeconômicos nos arts. 26 e 27 não se mantém como precedente vinculante devido ao voto parcialmente concorrente do *Justice Madlanga* (seguido pela *Justice Mhlantla*).⁶⁴ Embora concordasse que a decisão indenizatória de danos constitucionais não fosse uma medida de remediação adequada nas circunstâncias do caso,⁶⁵ discordou da questão da exclusão total dos danos constitucionais como medida de remediação possível sempre que estivessem em causa direitos socioeconômicos. Ele endossou a sustentação da *Justice Mhlantla* no caso *Residents of Industry House* no sentido de que ‘os danos constitucionais devem ser a *medida de remediação mais adequada* disponível para reivindicar direitos constitucionais’.⁶⁶

Assim, a medida inovadora dos danos constitucionais para remediar disfunções de governança que prejudicam direitos socioeconômicos iniciada pelo *Justice Froneman* em no Tribunal Superior (*High Court*), no caso *Kate*, continua a fazer parte do aparato de remediação dos tribunais sul-africanos.⁶⁷ No entanto, a recente jurisprudência da Corte Constitucional sugere que sua aplicação será limitada a circunstâncias em que não há outra medida de remediação apropriada, disponível para reivindicar os direitos constitucionais dos requerentes. Até o momento, os litigantes na África do Sul e os tribunais não experimentaram formas mais inovadoras de reconhecimento de danos constitucionais, como as ‘reparações em espécie’⁶⁸ ou os

⁶³ *Thubakgale* (nota 55 acima) no parágrafo 78.

⁶⁴ Assim, seis juízes (*Justices Madlanga, Mhlantla, Majiedt, Khampepe, (JJ) Theron e (AJ) Tlaletsi*) concordaram que, em circunstâncias apropriadas, os danos constitucionais poderiam constituir uma medida hábil para remediar violações de direitos socioeconômicos, enquanto três juízes (*Justice Jafta, o Presidente da Corte Mogoeng e Justice Tshiqi*) descartaram essa possibilidade.

⁶⁵ *Thubakgale* (nota 55 acima) no parágrafo 198. O *Justice Madlanga* referiu-se, a esse respeito, à existência de procedimento de desacato judicial (*contempt of court*) para fazer cumprir a decisão do Tribunal Superior (*High Court*) relativa à entrega das casas.

⁶⁶ *Ibid* no parágrafo 197 citando *Residents of Industry House* (nota 51 acima) no parágrafo 118.

⁶⁷ *Kate HC* (nota 44 acima).

⁶⁸ A questão de saber se os serviços médicos em espécie podem ser determinados como compensação por despesas médicas futuras (a chamada ‘defesa de saúde pública’) em ações de responsabilidade por negligência médica em estabelecimentos públicos de saúde tem sido considerada na jurisprudência constitucional recente. Um caminho para o desenvolvimento futuro de regras de *common law*, como a regra “de uma vez por todas” e a regra de que as indenizações por negligência médica devem ser pagas em dinheiro, foi aberto pelo voto do *Justice Froneman*, para uma Corte unânime, no caso *MEC, Health and Social Development, Gauteng v DZ obo WZ* [2017] ZACC 37, 2018 (1) SA 335 (CC), 2017 (12) BCLR 1528 (CC). Ver ainda a subsequente decisão da Corte Constitucional no caso *MEC, Health,*

‘danos preventivos’.⁶⁹ Esses tipos de medidas transformadoras têm muito a oferecer na remediação de violações socioeconômicas estruturais e na mitigação de algumas das desvantagens associadas às decisões de indenização financeira individual como medida para remediar violações estruturais de direitos humanos.

3.2 Medidas de supervisão

Outra ferramenta disponível para remediar violações estruturais de direitos humanos na África do Sul é a combinação de medidas obrigatórias com o exercício da jurisdição de supervisão pelos tribunais. Estas assumem a forma de o governo ser obrigado a apresentar relatórios periódicos ao tribunal sobre a implementação das medidas obrigatórias. Medidas de supervisão desse tipo geralmente também dão aos requerentes a oportunidade de comentar os relatórios estatais, e o tribunal pode determinar novas medidas após o exame dos relatórios relacionados e dos argumentos das partes.⁷⁰ Roach e Budlender argumentaram que as medidas obrigatórias juntamente com a supervisão judicial não devem se limitar a situações de intransigência governamental deliberada, mas serem estendidas a situações em que o governo não tem competência ou capacidade para cumprir as medidas pertinentes.⁷¹ Em vez de ser vista como ‘uma punição do governo por desafiar a Constituição’, eles argumentam que a jurisdição de supervisão deve ser vista como um meio de ajudar o governo a cumprir efetivamente a Constituição.⁷²

Os tribunais sul-africanos geralmente estão dispostos a determinar esse tipo de medida nos seguintes casos de direitos socioeconômicos. O primeiro é nas situações em que o Estado foi obrigado a remediar uma violação do dever negativo

Gauteng v PN [2021] ZACC 6, 2021 (6) BCLR 584. Ainda é uma questão em aberto se o potencial desenvolvimento da *common law* nos danos contemplado nessas decisões ajudaria ou dificultaria os esforços para responsabilizar o governo por disfunções sistêmicas no setor de saúde pública na África do Sul.

⁶⁹ W Trengove ‘Judicial Remedies for Violations of Socio-Economic Rights’ (199) 1 *Economic & Social Rights Review in Africa* 8, 10–11.

⁷⁰ S Viljoen & S Makama ‘Structural Relief – A Context-Sensitive Approach’ (2018) 34 *South African Journal on Human Rights* 209; S Liebenberg *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution* (2010) 424–434; M Bishop (nota 36 acima) em 179–196.

⁷¹ K Roach & G Budlender ‘Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When Is It Appropriate, Just and Equitable?’ (2005) 122 *South African Law Journal* 325, 348–349.

⁷² *Ibid* 349.

de respeitar os direitos socioeconômicos⁷³ por meio da adoção de certas medidas positivas. O exemplo mais comum desses tipos de medida de supervisão tem sido o monitoramento do fornecimento de alojamentos alternativos após o despejo ilegal de pessoas de suas casas.⁷⁴ Em segundo lugar, em vários casos, os tribunais têm supervisionado a implementação dos deveres positivos impostos pelos direitos socioeconômicos “imediatamente realizáveis”⁷⁵, como o direito à educação básica.⁷⁶ Em terceiro lugar, as medidas de supervisão são frequentemente utilizadas quando um órgão de Estado não cumpre seus deveres constitucionais ou legislativos ou medidas judiciais anteriores, e as consequências do descumprimento são graves.⁷⁷ Isso é consistente com o argumento de Roach e Budlender de que uma medida de supervisão deve ser considerada por um tribunal ‘quando as consequências de, até mesmo, um descumprimento de boa-fé forem tão graves, que o tribunal deva se esforçar para garantir o cumprimento efetivo da medida judicial’.⁷⁸

Como mencionado acima, as medidas de supervisão geralmente são projetadas para garantir o cumprimento de um conjunto de medidas obrigatórias. No entanto, a dificuldade enfrentada pelos tribunais é que certos tipos de medidas obrigatórias podem correr o risco de serem excessivamente prescritivas, em circunstâncias em que há um domínio legítimo de escolha política que deve ser acordado com os outros poderes ou ser aberto à deliberação democrática. Isso normalmente ocorre quando há mais de uma opção política adequada disponível para sanar as violações constitucionais identificadas na fase de mérito do litígio. A prescrição de uma medida política

⁷³ Sobre a natureza das violações deste dever negativo e o modelo de revisão aplicado pela Corte Constitucional, ver Liebenberg (nota 70 acima) 214–218.

⁷⁴ Por exemplo, ver: *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes* [2009] ZACC 16, 2010 (3) SA 454 (CC), 2009 (9) BCLR 847 (CC) (*Joe Slovo*); *Pheko v Ekurhuleni Metropolitan Municipality* [2011] ZACC 34, 2012 (2) SA 598, 2012 (4) BCLR 388 (CC) (*Pheko 1*); *Pheko v Ekurhuleni Metropolitan Municipality (No 3)* [2016] ZACC 20, 2016 (10) BCLR 1308 (CC) (*Pheko 3*).

⁷⁵ *Governing Body of the Juma Masjid Primary School v Essay NO* [2011] ZACC 13, 2011 (8) BCLR 761 (CC) (*Juma Masjid*) no parágrafo 37.

⁷⁶ Por exemplo, ver: *Section 27 v Minister of Education* 2013 (2) SA 40 (GNP); *Madzodzo v Minister of Basic Education* [2014] ZAECMHC 5, 2014 (3) SA 441 (ECM), [2014] 2 All SA 339 (ECM); *Basic Education for All v Minister of Basic Education* 2014 (4) SA 274 (GP); *Tripartite Steering Committee v Minister of Basic Education & Others* [2015] ZAECGHC 67; 2015 (5) SA 107 (ECG); [2015] 3 All SA 718 (ECG); *Equal Education v Minister of Basic Education* [2020] ZAGPPHC 306, 2021 (1) SA 198 (GP), [2020] 4 All SA 102 (GP) (*Equal Education*).

⁷⁷ Exemplos são as medidas de supervisão emitidas nos casos de crise de pagamento de benefícios, *All Pay 2* (nota 10 acima) e *Black Sash 1* (nota 11 acima) e *Equal Education* (nota 76 acima). O último caso dizia respeito à suspensão inconstitucional e ao não reestabelecimento do Programa Nacional de Alimentação Escolar para alunos que estudavam em casa durante o lockdown de Covid-19: ver F Veriava & N Ally ‘Legal Mobilisation for Education in the Time of Covid’ (2021) 37 *South African Journal on Human Rights* 230, 236–244.

⁷⁸ Roach & Budlender (nota 71) 333.

específica nessas circunstâncias levanta questões sobre a legitimidade institucional, a competência do tribunal e o respeito à doutrina da separação de poderes.⁷⁹ Além disso, a solução política ótima pode ser contestada entre as partes e diferentes soluções políticas podem ter implicações policêntricas para outras partes interessadas não representadas no litígio específico.⁸⁰ Finalmente, os tribunais podem ter restrições de capacidade institucional no monitoramento de um conjunto complexo de medidas de supervisão sem o auxílio de um mecanismo de apoio institucional.⁸¹ O potencial das medidas estruturais participativas que incorporam medidas de supervisão para enfrentar essas dificuldades é discutido na seção 3.3 abaixo.

O próximo tópico considera as intervenções determinadas pelos tribunais de uma esfera de governo em outra, como uma medida potencial para remediar violações estruturais de direitos humanos.

3.3 Intervenções judiciais em outras esferas de governo

Dadas as dificuldades associadas à remediação de violações estruturais de direitos humanos, não é surpreendente que os litígios de interesse público na África do Sul tendam a se concentrar em violações específicas de direitos socioeconômicos nas esferas de habitação, saúde, água, seguridade social e educação. O litígio iniciado em 2019 pelo Movimento dos Povos Desempregados na Divisão do Cabo Oriental do Tribunal Superior (*Eastern Cape Division of the High Court*) constituiu uma nova tentativa de remediar violações sistêmicas de direitos socioeconômicos devido à má administração e má gestão financeira da prefeitura local de Makana ao longo de vários anos. Estas disfunções de governança resultaram numa interrupção na prestação dos serviços básicos que a prefeitura está constitucionalmente obrigada a prestar às comunidades, nos termos dos arts. 26, 28 e 28, n° 1, alínea *c*, bem como dos arts. 152, n° 1, e 153, alínea *a*, da Constituição. Os requerentes buscaram uma medida judicial dirigida ao Executivo provincial do Cabo Oriental para intervir na prefeitura local de Makana e nomear um administrador ‘competente e experiente’.

⁷⁹ SP Sturm ‘A Normative Theory of Public Law Remedies’ (1991) 79 *The Georgetown Law Journal* 1355, 1362–1363. Como argumenta Sturm, no contencioso de direito público ‘as normas de responsabilidade não ditam o conteúdo da medida’, mas fornecem ‘apenas os objetivos e limites da decisão de remediação’ (em 1363, notas de rodapé omitidas).

⁸⁰ *Ibid* em 1364–1365.

⁸¹ Taylor (nota 3 acima) 253–255.

O Tribunal Superior (*High Court*) concordou que este era um caso apropriado para proferir uma decisão obrigando o Executivo provincial a intervir, nos termos do art. 139 da Constituição combinado com disposições relevantes da Lei de Gestão das Finanças Municipais do Governo Local 56, de 2003. Os objetivos dessa intervenção eram dois: (1) a implementação de um plano de recuperação, destinado a garantir a capacidade da prefeitura de Makana de fornecer serviços básicos e cumprir seus compromissos financeiros; e (2) a dissolução do Conselho municipal da prefeitura de Makana e a nomeação de um administrador, para dar efetividade ao plano de recuperação e garantir a continuidade do funcionamento da prefeitura.⁸² Não havia componentes de monitoramento nas decisões do Tribunal Superior (*High Court*).

Embora o Tribunal Superior (*High Court*) tenha recusado o recurso,⁸³ o Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) posteriormente admitiu o recurso do Primeiro-Ministro da Província do Cabo Oriental contra as decisões do Tribunal Superior (*High Court*) relativas à dissolução do Conselho e à nomeação de um administrador. O recurso culminou em um acordo de entendimento entre as partes, que foi feito por meio de decisão do Tribunal Superior (*High Court*). Nos termos desta decisão, o governo provincial comprometeu-se a elaborar relatórios trimestrais ao Tribunal Superior (*High Court*) sobre a implementação de um plano de recuperação financeira para a prefeitura.⁸⁴ A decisão não inclui a dissolução do Conselho e a nomeação de um administrador, como foi determinado no julgamento inicial do Tribunal Superior (*High Court*). No entanto, prevê esta última possibilidade, caso o Conselho Executivo provincial decida que tal medida se tornou necessária.⁸⁵ Nesse caso, o dever de informar permanece intacto.⁸⁶

As intervenções de uma esfera de governo em outra tendem a ser politicamente contestadas e não têm um bom histórico de sucesso na resolução de problemas

⁸² *Unemployed Peoples Movement v Premier, Province of the Eastern Cape & Others* [2020] ZAECGHC 1 ('*Unemployed Peoples Movement*').

⁸³ *Unemployed Peoples Movement v Premier for the Province of the Eastern Cape & Others* (553/2019) [2020] ZAECGHC 47, 2020 (5) BCLR 573 (ECG) (21 Maio 2020).

⁸⁴ Decisão no caso *The Premier, Province of the Eastern Cape & Others v Unemployed Peoples Movement* Case No. 995/2020 (SCA); Versão final do Plano de Recuperação Financeira preparado pela Prefeitura Local de Makana, janeiro 2022 (documentos arquivados com a autora). Ver também E Ellis 'Judge to Oversee the Financial Recovery of "Failed" Makana Municipality' *Daily Maverick* (14 March 2022), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2022-03-14-judge-to-oversee-the-financial-recovery-of-failed-makana-municipality/>.

⁸⁵ Decisão no caso *The Premier, Province of the Eastern Cape & Others v Unemployed Peoples Movement* (nota 84 acima) no parágrafo 7.

⁸⁶ *Ibid.*

sistêmicos.⁸⁷ Chamberlain e Masiangoako identificam problemas relacionados à *expertise*, capacidade e resistência enfrentadas pelos gestores,⁸⁸ bem como à exclusão e, às vezes, perseguição direta de organizações da sociedade civil envolvidas nos pedidos de intervenções.⁸⁹ É muito cedo para avaliar os resultados do caso *Movimento dos Desempregados*. A mobilização e as parcerias formadas por uma série de organizações da sociedade civil e atores políticos em torno deste caso fortalecem as perspectivas de sucesso do acordo de ajustamento descrito acima.⁹⁰

3.4 Ampliando as lentes remediadoras

Outro instrumento à disposição dos tribunais para responder a violações estruturais de direitos humanos é o que chamo de “ampliação das lentes remediadoras da Corte”. Essa abordagem tem suas raízes no princípio remediador estabelecido no caso *Fose* de que a reparação efetiva para violações da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) é uma reparação que ‘reivindicará’ direitos constitucionais e ‘impedirá’ futuras violações.⁹¹ Em outras palavras, ao exercer sua discricionariedade remediadora, um tribunal deve se esforçar para solucionar os danos aos direitos humanos sofridos pelos litigantes vencedores, ao mesmo tempo em que busca evitar uma repetição de violações semelhantes no futuro.⁹² Assim, uma consideração importante na avaliação da eficácia das medidas para remediar casos de direitos humanos é se elas respondem tanto à situação dos litigantes em particular, quanto às reformas institucionais, legislativas e políticas mais amplas, necessárias para prevenir futuras violações semelhantes.

⁸⁷ L Chamberlain & T Masiangoako ‘Third Time Lucky? Provincial Intervention in the Makana Local Municipality’ (2021) 138 *South African Law Journal* 423.

⁸⁸ *Ibid* em 454–455.

⁸⁹ *Ibid* em 456–459.

⁹⁰ As organizações envolvidas na luta em curso em Makhanda para resolver as falhas na prestação de serviços formaram o Círculo de Unidade Makhanda. Em 2020, junto com a prefeitura, eles aderiram ao movimento Parceria Governo Aberto. Essa parceria visa buscar soluções sustentáveis para os problemas de governança em Makhanda por meio de processos de participação cívica, compartilhamento de informações e colaboração. S Ntlabezo & Z Kota ‘Makhanda Crisis: Inclusive, Transparent and Participatory Governance Processes Could Be the City’s Last Chance’ *Maverick Citizen* (27 Junho 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-06-27-makhanda-crisis-inclusive-transparent-and-participatory-governance-processes-could-be-the-citys-last-chance/>.

⁹¹ *Fose* (nota 9 acima) no parágrafo 97.

⁹² Isso é semelhante à ‘medida de não-repetição’ ou ‘recomendações gerais’, que complementam as medidas individuais na abordagem de reparação dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas: V Krsticevic & B Griffey ‘Remedial Recommendations’ in M Langford, B Porter, R Brown & J Rossi (eds) *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary* (2016) 327, 338–339.

A aplicação deste princípio é ilustrada por dois casos que tratam da contestação entre os Departamentos Provinciais de educação e os órgãos de direção escolar sobre os poderes de tomada de decisão nas escolas. As decisões relevantes tiveram sérias implicações para os direitos dos estudantes à educação, nos termos do art. 29 da Constituição. Nestes casos, a Corte Constitucional olhou para além do enquadramento formal do litígio que lhe foi submetido para elaborar medidas destinadas a corrigir as questões estruturais implícitas que põem em perigo o direito dos alunos à educação.

O primeiro caso, *Chefe de Departamento: Mpumalanga Department of Education contra Hoërskool Ermelo* (a seguir '*Hoërskool Ermelo*'),⁹³ dizia respeito à tentativa de retirada, pelo Departamento Provincial de Educação competente, do poder de direção de uma escola em determinar a sua própria política linguística e a transferência desse poder para uma comissão provisória nomeada pelo Departamento Provincial. A Corte Constitucional considerou que a forma como a intervenção tinha ocorrido era processualmente injusta e contrária às disposições da Lei das Escolas Sul-Africanas 84, de 1996 (Lei das Escolas). Isso eliminou a questão jurídica direta que se colocava perante a Corte. No entanto, a questão mais ampla em jogo era a exclusão efetiva de estudantes negros falantes da língua inglesa de escolas públicas historicamente brancas no Distrito de Ermelo, por meio da adoção de políticas linguísticas exclusivamente africâner pelos seus órgãos governamentais. A escassez de vagas escolares para os alunos que escolhiam o inglês como língua de instrução, combinada com sua exclusão das escolas de língua exclusivamente africâner, menos lotadas, perpetuou as profundas disparidades educacionais da era do *apartheid*. O Vice-Presidente (*Deputy Chief Justice* - DCJ) Moseneke formulou as seguintes observações em relação à ampla discricionariedade remediadora conferida aos tribunais pelo art. 172, nº 1, alínea *a*, da Constituição:

Esta ampla e flexível competência remediadora em litígios constitucionais permite a um tribunal determinar uma medida que colocaria a substância acima da mera forma, identificando o litígio subjacente real entre as partes e exigindo que as partes tomassem medidas destinadas a resolver o litígio de forma consistente com as normas constitucionais. Em vários casos, esta Corte considerou justo formular medidas para facilitar uma resolução substantiva do litígio subjacente entre as partes. Às vezes, decisões dessa natureza tomaram a forma de interditos estruturais ou medidas de supervisão. Essa abordagem é valiosa e promove

⁹³ [2009] ZACC 32, 2010 (2) SA 415 (CC), 2010 (3) BCLR 177 (CC).

a justiça constitucional, particularmente ao garantir que as próprias partes se tornem parte da solução.⁹⁴

De acordo com essa abordagem, a Corte determinou que o corpo diretivo da escola revisasse e determinasse uma nova política linguística à luz da interpretação da Corte do art. 29, n. 2, da Constituição, que trata do direito à educação em uma língua oficial de sua escolha.⁹⁵ O corpo diretivo da escola foi instruído a informar a Corte sobre o procedimento que havia sido seguido para revisar sua política linguística, e fornecer uma cópia do mesmo. O chefe do Departamento Provincial de Educação também foi orientado a apresentar um relatório ao tribunal, expondo as medidas que o Departamento havia tomado para satisfazer a provável demanda por uma escola de inglês ou similar na área.⁹⁶

O alargamento das lentes remediadoras para além das questões jurídicas explícitas também ocorreu no julgamento subsequente da Corte no caso *Chefe de Departamento, Departamento de Educação, Província do Estado Livre contra Welkom High School; Chefe de Departamento, Departamento de Educação, Free State Province v Harmony High School* ('*Welkom High School*').⁹⁷ A disputa surgiu a partir de políticas sobre gravidez formuladas pelos órgãos diretivos escolares de duas escolas que efetivamente excluíram alunas grávidas por períodos prolongados, durante e após a gravidez. A maneira pela qual o Departamento Provincial de Educação procurou obrigar a readmissão dos alunos à escola, instruindo os diretores escolares a ignorar as políticas de gravidez adotadas pelos órgãos diretivos da escola, foi considerada contrária aos procedimentos e à Lei da Escola.⁹⁸ No entanto, adotando uma abordagem semelhante à do caso *Hoërskool Ermelo*, a Corte (por meio da *Justice Khampepe*) considerou que seria omissa se não abordasse as graves questões que o caso levantou sobre a constitucionalidade das políticas relevantes em matéria de gravidez.⁹⁹ Após

⁹⁴ Ibid no parágrafo 97 (notas de rodapé omitidas).

⁹⁵ O art. 29, n. 2, tem a seguinte redação: Todas as pessoas têm o direito de receber educação na língua ou nas línguas oficiais da sua escolha nos estabelecimentos de ensino públicos, sempre que essa formação seja razoavelmente praticável. A fim de garantir o acesso efetivo e a implementação desse direito, o Estado deve considerar todas as alternativas educacionais viáveis, incluindo instituições de médio porte, considerando:

- (a) equidade;
- (b) viabilidade; e
- (c) a necessidade de reparar os resultados de leis e práticas racialmente discriminatórias do passado.

⁹⁶ *Hoërskool Ermelo* (nota 93 acima) no parágrafo 106.

⁹⁷ [2013] ZACC 25, 2014 (2) SA 228 (CC), 2013 (9) BCLR 989 (CC).

⁹⁸ Ibid no parágrafo 105.

⁹⁹ Ibid no parágrafo 107.

uma análise das políticas relevantes, a Corte considerou que as políticas sobre gravidez, em questão *'prima facie'*, violavam vários direitos constitucionais,¹⁰⁰ incluindo o direito contra a discriminação injusta em razão da gravidez e do sexo, nos termos do art. 9, n. 3, e o direito à educação básica no art. 29, n. 1, alínea a.¹⁰¹

A Corte rejeitou o recurso do Departamento Provincial de Educação e manteve a decisão do Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) de que o Departamento não tinha autoridade para instruir os diretores escolares a agir de forma contrária às políticas adotadas pelos órgãos governamentais relevantes. No entanto, considerou que, nas circunstâncias, era necessário determinar medidas acessórias, dado o profundo efeito que essas políticas sobre gravidez poderiam ter sobre os direitos das crianças que não eram parte no processo e que nunca poderiam contestar políticas semelhantes de forma independente.¹⁰² Advertiu que sua discricionariedade para determinar a reparação com base em reivindicações não diretamente levantadas pelas partes não era ilimitada e tinha que ser “exercida com cautela e de forma judicial para garantir que a justiça seja feita”.¹⁰³ Por conseguinte, a Corte determinou aos órgãos de direção escolar revisar suas atuais políticas sobre gravidez à luz dos princípios enunciados na decisão e informar à Corte sobre os procedimentos seguidos para rever as políticas relevantes e fornecer cópias da revisão das políticas sobre gravidez à Corte. Também determinou que as partes “se envolvessem significativamente” umas com as outras para dar efeito a essas medidas.¹⁰⁴

Essas decisões que promovem o ‘alargamento das lentes remediadoras’ levantam a questão a respeito do mecanismo pelo qual as violações de direitos humanos implícitas devem ser remediadas nas circunstâncias em que esteja disponível uma gama de opções políticas razoáveis para remediar as violações em causa. Decisões excessivamente prescritivas neste contexto não apenas levantariam questões acerca

¹⁰⁰ Ibid no parágrafo 112. Fredman tem criticado a decisão por sua conclusão provisória quanto à violação dos direitos constitucionais dos estudantes e por não fazer o suficiente para “criar uma vantagem firme para os direitos em questão”. S Fredman ‘Procedure of Principle: The Role of Adjudication in Achieving the Right to Education’ (2014) 6 *Constitutional Court Review* 165, 179–180 & 197.

¹⁰¹ Uma série de outros direitos constitucionais também foram implicados: *Welkom High School* (nota 97 acima) nos parágrafos 113–116.

¹⁰² Ibid no parágrafo 119.

¹⁰³ Ibid no parágrafo 107.

¹⁰⁴ Ibid no parágrafo 128. Para uma crítica ao fracasso da Corte, no caso *Welkom High School* (nota 97 acima), em exigir uma gama mais ampla de participação das partes interessadas no desenho das políticas relevantes em matéria de gravidez, ver S Liebenberg ‘Remedial Principles and Meaningful Engagement in Education Rights Disputes’ (2016) 19 *Potchefstroom Electronic Law Journal* 1, 25–26.

da legitimidade institucional dos tribunais, mas também privariam os titulares de direitos e outras partes interessadas de ter voz na escolha e no desenho das políticas relevantes. É neste contexto que as medidas de ‘compromisso significativo’, discutidas na próxima parte, têm um papel importante a desempenhar.

3.5 Medidas de compromisso significativo

Como observado, a Corte, no caso *Welkom High School*, determinou o “compromisso significativo” na revisão das políticas escolares sobre gravidez, que fossem contrárias à Constituição. Em seu voto, a *Justice Khampepe* justificou a medida de compromisso significativo referindo-se aos princípios da governança cooperativa na Constituição e ao esquema de competências estabelecidas na Lei das Escolas.¹⁰⁵ A medida de compromisso significativo em casos de direitos educacionais, como o *Welkom High School*, tem suas origens na jurisprudência anterior sobre moradia e despejos da Corte Constitucional.¹⁰⁶ Neste último contexto, ela tem se destacado como um fator de controle de constitucionalidade de despejos ou de políticas e legislação habitacional,¹⁰⁷ bem como por fazer parte das medidas remediadoras da Corte.¹⁰⁸

Embora o *Justice Froneman* não tenha introduzido a doutrina do compromisso significativo na jurisprudência de direitos socioeconômicos da África do Sul, ele desempenhou um papel significativo no desenvolvimento de suas justificativas

¹⁰⁵ *Hoërskool Ermelo* (nota 93 acima) nos parágrafos 120–126.

¹⁰⁶ S Liebenberg ‘The Participatory Democratic Turn in South Africa’s Social Rights Jurisprudence’ in KG Young (ed) *The Future of Economic and Social Rights* (2019) 187.

¹⁰⁷ Até agora, o compromisso significativo tem sido um fator no padrão de revisão aplicado pela Corte Constitucional em três contextos diferentes relacionados à habitação e despejo: (1) para avaliar se uma ordem de despejo é justa e equitativa em termos de legislação subsidiária, como a Lei de Prevenção de Despejo Ilegal e Ocupação Ilegal de Terras 19 de 1998 (*Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful occupation of land Act 19 of 1998*); (2) para avaliar se as medidas pertinentes adotadas pelos órgãos do Estado são “razoáveis” nos termos do art. 26, n. 2; e (3) para avaliar se a legislação que autoriza o despejo de pessoas das suas casas ou se a demolição de casas é consistente com o art. 26. Exemplos de jurisprudência que invocam compromisso significativo como padrão de revisão nesses contextos são: *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* [2004] ZACC 7, 2005 (1) SA 217 (CC), 2004 (12) BCLR 1268 (CC) (*Port Elizabeth Municipality*) nos parágrafos 44–45; *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township & 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg* [2008] ZACC 1, 2008 (3) SA 208 (CC), 2008 (5) BCLR 475 (CC) (*Olivia Road*) nos parágrafos 17–18; *Abahlali baseMjondolo Movement SA v Premier of the Province of KwaZulu-Natal* [2009] ZACC 31, 2010 (2) BCLR 99 (CC) nos parágrafos 113–115, 127–128.

¹⁰⁸ Exemplos incluem: *Joe Slovo* (nota 74 acima) nos parágrafos 5–7; *Olivia Road* (nota 107 acima) decisão interina no parágrafo 5 lida com parágrafos 24–30; *Pheko 1* (nota 74 acima) no parágrafo 53; *Schubart Park Residents Association v City of Tshwane Metropolitan Municipality* [2012] ZACC 26, 2013 (1) SA 323 (CC), 2013(1) BCLR 68 (CC) (*Schubart Park*) no parágrafo 53.

e aplicações substantivas para remediar violações de direitos humanos.¹⁰⁹ O tema da participação e do compromisso é um fio condutor que atravessa várias das decisões do *Justice Froneman*. No caso *Albutt contra Centre for the Study of Violence and Reconciliation* (a seguir '*Albutt*')¹¹⁰, a Corte (por meio do Presidente da Corte Ngcobo) sustentou que as vítimas de graves violações dos direitos humanos durante a era do *apartheid* tinham direito a uma audiência nos pedidos de perdão presidencial de pessoas condenadas por crimes alegadamente praticados por motivações políticas, mas que não tinham participado no processo da Comissão de Verdade e Reconciliação. Em seu voto concorrente em separado,¹¹¹ o *Justice Froneman* discorreu sobre o papel da democracia participativa no desenvolvimento de uma compreensão exclusivamente sul-africana do princípio do Estado de Direito. Ele observou que a democracia participativa tem raízes profundas nas tradições africanas pré-coloniais e também facilitou a transição para a democracia na África do Sul.¹¹² A participação individual das vítimas foi o único meio racional de efetivar o propósito do processo de anistia sob a Lei de Verdade e Reconciliação 34, de 1995.¹¹³ Assim, em decisões que impactaram na unidade nacional, como os indultos presidenciais no presente caso, seria irracional considerar a participação das vítimas essencial ao processo de anistia, mas não nos indultos de 'unidade nacional'.¹¹⁴ O motivo condutor (*leitmotiv*) da democracia participativa e seu lugar central na constituição da nova ordem política e jurídica sob a Constituição é evidente neste voto concorrente do *Justice Froneman*.

No caso *Bengwenyama Minerals (Pty) Ltd contra Genorah Resources (Pty) Ltd* (a seguir '*Bengwenyama Minerals*'),¹¹⁵ o *Justice Froneman* (redigindo para uma Corte unânime) elaborou os propósitos da consulta e compromisso de boa-fé no contexto do reconhecimento de direitos de prospecção a terceiros em terras de propriedade de uma comunidade, nos termos da Lei de Desenvolvimento de Recursos Minerais e Petrolíferos 28, de 2022 (*Mineral and Petroleum Resources Development Act 28 of 2022-MRDA*). Sustentou que a notificação e a consulta subsequente serviram a vários

¹⁰⁹ O conceito de 'compromisso significativo' foi expressamente introduzido na jurisprudência sobre direitos socioeconômicos com o voto do *Justice Yacoob*, para uma Corte unânime, no caso *Olivia Road* (nota 107 acima) nos parágrafos 9–30. Suas raízes podem ser rastreadas em decisões anteriores sobre despejos, como o voto do *Justice Sachs* no caso *Port Elizabeth Municipality* (nota 107 acima) nos parágrafos 39–47.

¹¹⁰ [2010] ZACC 4, 2010 (3) SA 293 (CC), 2010 (5) BCLR 391 (CC).

¹¹¹ Os *Justices Cameron* e *Van der Westhuizen* foram favoráveis ao voto do *Justice Froneman*.

¹¹² *Albutt* (nota 110 acima) nos parágrafos 91–92.

¹¹³ *Ibid* no parágrafo 90.

¹¹⁴ *Ibid*.

¹¹⁵ [2010] ZACC 26, 2011 (4) SA 113 (CC), 2011 (3) BCLR 229 (CC).

propósitos: ampliaram a compreensão do impacto que o reconhecimento do direito de prospecção teria sobre a comunidade;¹¹⁶ abriram a possibilidade de chegar-se a um acordo sobre a utilização do imóvel entre a comunidade e o requerente do direito de prospecção;¹¹⁷ e geraram ‘as informações necessárias’ para que a tomada de decisão informada pudesse ocorrer.¹¹⁸ A relação entre consulta e processos de tomada de decisão justos é devidamente resumida pelo *Justice Froneman* da seguinte forma:

O processo de consulta e o seu resultado são partes integrantes do processo de equidade, porque a decisão não pode ser justa se o administrador não teve plena consideração do que aconteceu durante o processo de consulta, a fim de determinar se a consulta foi suficiente para tornar processualmente justo o deferimento do pedido.¹¹⁹

A falta de consulta adequada, combinada à falha em conceder uma audiência à comunidade ou em cumprir os outros requisitos do PAJA e do MRDA, levou à anulação da decisão de deferimento da licença de prospecção.

Em seu voto no caso *Schubart Park*¹²⁰, o *Justice Froneman* expandiu a aplicação das medidas de compromisso significativo, do seu contexto habitual de serem incorporadas em medidas de fornecimento de alojamento alternativos, após pedidos de despejo. Ele sustentou que um compromisso significativo também poderia constituir uma reparação adequada nos termos do art. 38 da Constituição, em um contexto em que uma autoridade local foi ordenada a restaurar a posse de um grupo de pessoas que haviam sido ilegalmente removidas de suas casas.¹²¹ De maneira notável, o *Justice Froneman* enfatizou a dignidade e a igualdade afirmando aspectos de compromisso significativo por meio da crítica à abordagem “de cima para baixo” da prefeitura em suas relações com os moradores, e por considerá-los como “incômodos sociais desagradáveis”.¹²² A prefeitura foi, portanto, ordenada a se envolver com os requerentes em todas as etapas do processo de reocupação e informar o Tribunal Superior (*High*

¹¹⁶ Ibid no parágrafo 64.

¹¹⁷ Ibid no parágrafo 65.

¹¹⁸ Ibid no parágrafo 66.

¹¹⁹ Ibid no parágrafo 66.

¹²⁰ *Schubart Park* (nota 108 acima) também por unanimidade na Corte.

¹²¹ Ibid no parágrafo 42.

¹²² Ibid no parágrafo 50 (citando *Port Elizabeth Municipality* (nota 107 acima) no parágrafo 41).

Court) sobre o progresso no reestabelecimento dos ocupantes em suas casas.¹²³ Sua contribuição a esse respeito reside tanto na expansão do contexto de seu uso como uma medida de remediação, bem como na sua ênfase em tratar grupos vulneráveis e desfavorecidos como participantes iguais em processos de compromisso.

No caso *Welkom High School* discutido acima, os *Justices Froneman* e *Skweyiya* redigiram voto concorrente em separado no qual elaboraram as justificativas teóricas e o papel específico que o compromisso significativo poderia desempenhar em um caso em que os melhores interesses das crianças estavam em jogo. Eles sustentavam que as questões envolvendo crianças eram ‘eminentemente do tipo em que se deve arranhar a superfície para chegar à real substância profunda’.¹²⁴ Eles vincularam o compromisso significativo ao motivo condutor (*leitmotiv*) constitucional da democracia participativa decorrente do caso *Médicos pela Vida Internacional contra Presidente da Assembleia Nacional* (*Médicos pela Vida*)¹²⁵ e seus subsequentes. Deveres de compromisso significativo também poderiam ser derivados de uma série de direitos constitucionais que ‘exigem o envolvimento substantivo e o compromisso das pessoas em decisões que podem afetar suas vidas’.¹²⁶ Em um nível mais amplo, a participação e o compromisso foram centrais para o projeto constitucional, um reflexo da “revolução negociada” da África do Sul.¹²⁷ Além disso, o compromisso e a participação ‘encontram reconhecimento particular’ no princípio constitucional da governança cooperativa, no capítulo 3 da Constituição.¹²⁸ O voto procedeu à análise de como o chefe do Departamento Provincial de educação e os órgãos de direção escolar não cumpriram os requisitos de cooperação e compromisso de forma diligente e de boa-fé, prejudicando assim o melhor interesse dos estudantes envolvidos. O compromisso significativo e a governança cooperativa foram, portanto, vistos como mecanismos para evitar litígios acrimoniosos e garantir que os direitos e os melhores interesses dos estudantes fossem protegidos em todos os processos de tomada de decisão.¹²⁹

¹²³ Ibid nos parágrafos 51–53.

¹²⁴ *Welkom High School* (nota 97 acima) no parágrafo 130.

¹²⁵ *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* [2006] ZACC 11, 2006 (6) SA 416 (CC), 2006 (12) BCLR 1399 (CC).

¹²⁶ Ibid no parágrafo 139.

¹²⁷ Ibid (citando *Mashavha v President of the Republic of South Africa* [2004] ZACC 6, 2005 (2) SA 476 (CC), 2004 (12) BCLR 1243 (CC) no parágrafo 20).

¹²⁸ Ibid no parágrafo 140.

¹²⁹ Ibid no parágrafo 162 (referindo ao art. 41, 1, h, vi, da Constituição) e parágrafos 166–167.

Três papéis importantes podem ser desempenhados pelo compromisso significativo no contexto de elaboração de medidas para remediar violações de direitos constitucionais, conforme depurado do conjunto de decisões do *Justice Froneman*. Em primeiro lugar, [o compromisso significativo] afirma a importância de ouvir as vozes daqueles diretamente afetados por violações de direitos humanos, dando expressão aos valores constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da liberdade.¹³⁰ Em segundo lugar, [o compromisso significativo] promove a governança cooperativa como resposta-padrão para a resolução de conflitos entre órgãos do Estado. Como foi sustentado no voto concorrente do *Justice Froneman* no caso *Albutt*, a tomada de decisão participativa também se alinha aos sistemas de valores dos povos tradicionais e às práticas de governança.¹³¹ Em terceiro lugar, o compromisso significativo facilita soluções práticas e acomodações entre os polos em uma disputa e outras partes interessadas relevantes. Esta última faceta é particularmente importante para a resolução de disputas socioeconômicas complexas e policêntricas. Como será argumentado na seção 4 abaixo, essas justificativas para um compromisso significativo podem ser aproveitadas na elaboração de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos.

Apesar de suas vantagens, as medidas de compromisso significativo colocam um conjunto distinto de desafios institucionais para os tribunais. As medidas de compromisso são frequentemente atreladas aos tipos de medidas de supervisão discutidas na seção anterior.¹³² No entanto, os tribunais, muitas vezes, não têm a capacidade de sustentar a supervisão dos processos de compromisso, particularmente quando esses processos ocorrem durante um longo período. Além disso, geralmente é difícil para os tribunais garantir que os processos de compromisso entre os polos e outras partes interessadas sejam justos, especialmente em contextos em que há disparidades significativas de poder entre os participantes.¹³³ Finalmente, os tribunais podem não ter experiência para avaliar os resultados dos processos de

¹³⁰ Sobre as justificativas baseadas em valores para a participação, ver S Liebenberg 'Participatory Justice in Social Rights Adjudication' (2018) 18 *Human Rights Law Review* 623, 625–628.

¹³¹ Para uma elaboração dessas ligações, ver TW Bennett junto de AR Munro & PJ Jacobs *Ubuntu: An African Jurisprudence* (2018) 124–158.

¹³² Ver decisões citadas na nota 107 acima.

¹³³ Sobre as disparidades de poder e desigualdades entre os participantes em processos participativos, ver: MC Dorf & CF Sabel 'A Constitution of Democratic Experimentalism' (1998) 98(2) *Columbia Law Review* 267, 408–410; B Ray *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa's Second Wave* (2016) 316–322; S Mahomed 'Extra-Judicial Engagement in Socio-Economic Rights Realisation: Lessons from #FeesMustFall' (2020) 36 *South African Journal on Human Rights* 49, 63–66.

compromisso, particularmente quando esses resultados são baseados em evidências técnicas e periciais complexas ou conflitantes.¹³⁴

Esses desafios dão origem à necessidade de mecanismos para apoiar e auxiliar os tribunais na supervisão de medidas participativas, como as medidas de compromisso significativo.¹³⁵ As medidas de remediação tomadas pelo *Justice Froneman* em suas decisões na Corte para enfrentar os casos de crise de pagamento de benefícios sociais¹³⁶ abriram caminho para o desenvolvimento de mecanismos inovadores para apoiar os tribunais no monitoramento de medidas complexas de supervisão. Esses votos também ilustram como uma variedade de ferramentas pode ser empregada em diferentes estágios em litígios prolongados para remediar violações estruturais de direitos humanos. É a um exame dessas medidas que me dedico a seguir.

4. Ampliando a caixa de ferramentas: medidas para remediar casos de crise de pagamento de benefícios sociais

Os fatores que deram origem à crise de pagamento de benefícios sociais exemplificam muitos dos problemas sistêmicos de governança que expõem as pessoas a violações estruturais de direitos na África do Sul. Eles incluíam: a falta de capacidade do Estado para concretizar direitos constitucionais levando à dependência de uma entidade comercial para fazê-lo; a nomeação da entidade comercial por meio de procedimentos de contratação ilícitos; uma relação disfuncional entre a chefe política do Departamento relevante (a Ministra do Desenvolvimento Social) e a Agência de Seguridade Social da África do Sul (*South African Social Security Agency - SASSA*), a entidade estatal responsável pela prestação de serviços na linha da frente; a rotatividade de pessoal e transitoriedade de liderança na SASSA; e o descumprimento de medidas judiciais anteriores. Essas decisões são analisadas a seguir, centrando-se principalmente nas suas dimensões de remediação.

¹³⁴ A complexidade técnica e a prova pericial conflituosa em relação à identificação de terrenos alternativos adequados para a realocação da comunidade resultaram na decisão no caso *Pheko 3* (nota 74 acima) em que a Corte Constitucional transferiu a supervisão do processo de realocação para o Tribunal Superior (*High Court*).

¹³⁵ R Maphosa 'Are Judicial Monitoring Institutions a Legitimate Remedy for Addressing Systemic Socioeconomic Rights Violations?' (2020) 36 *South African Journal on Human Rights* 362; Taylor (nota 3 acima) em 253–274.

¹³⁶ Nota 11 acima.

4.1 *AllPay 1 e 2*

O litígio chegou inicialmente à Corte Constitucional como um recurso de uma parte vencida, a *AllPay Consolidated Investment Holdings (Pty) Ltd (AllPay)*, contra uma decisão do Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*). A última decisão havia rejeitado a tentativa da *AllPay* de fazer com que uma licitação concedida pela SASSA à *Cash Payment Services (Pty) Ltd (CPS)* fosse declarada inválida e anulada.¹³⁷ A licitação era para o pagamento de benefícios sociais, nos termos da Lei de Assistência Social 13, de 2004, a aproximadamente 15 milhões de sul-africanos empobrecidos, por um período de cinco anos. Em seu primeiro voto para uma Corte Constitucional unânime quanto ao mérito, [no caso] *AllPay 1*, o *Justice Froneman* adotou uma abordagem rigorosa e principiológica para a revisão de irregularidades processuais no procedimento licitatório. Ele afirmou que o público tinha um interesse vital em que os procedimentos de contratação fossem conduzidos de maneira justa, equitativa, transparente, competitiva e econômica.¹³⁸ O recurso foi julgado procedente e o contrato de cinco anos entre a SASSA e a CPS declarado constitucionalmente inválido.¹³⁹ No entanto, o dilema enfrentado pela Corte era que, simplesmente declarar o contrato inválido, colocaria em risco a entrega de benefícios sociais a milhões de beneficiários altamente vulneráveis, muitos deles crianças. A declaração de nulidade do contrato foi, portanto, suspensa para permitir o pagamento ininterrupto de benefícios sociais, enquanto se aguardava a determinação de uma solução justa e equitativa.¹⁴⁰

Em um voto separado sobre a questão das medidas de remediação no caso *AllPay 2*,¹⁴¹ o *Justice Froneman* (novamente para uma Corte unânime) declarou o contrato entre a SASSA e a CPS inválido e determinou que o procedimento de licitação fosse executado mais uma vez, sob uma nova e independente Comissão de Avaliação de Licitações (*Bid Evaluation Committee*).¹⁴² No entanto, a lente remediadora foi ampliada para levar em conta as importantes dimensões de interesse público do caso. Assim, o *Justice Froneman* considerou que o interesse público devia ser apreciado não

¹³⁷ *AllPay 1* (nota 11 acima) nos parágrafos 1–3.

¹³⁸ *Ibid* no parágrafo 4.

¹³⁹ *AllPay* tinha procurado produzir provas relativas à corrupção nos procedimentos de licitação, mas essas provas não foram admitidas por várias razões pelos tribunais, incluindo a Corte Constitucional. Ver M du Plessis & A Coutoudis 'Considering Corruption through the *AllPay* Lens: On the Limits of Judicial Reviews, Strengthening Accountability, and the Long Arm of the Law' (2016) 4 *South African Law Journal* 755, 759–762.

¹⁴⁰ *AllPay 1* (nota 11 acima) nos parágrafos 96, 98.

¹⁴¹ *All Pay 2* (nota 10 acima).

¹⁴² A duração do novo certame deveria ser de cinco anos. *Ibid* nos parágrafos 42–46.

apenas em relação às consequências imediatas da decisão de nulidade – a anulação do contrato entre a SASSA e a CPS –, mas também quanto ao efeito da decisão em futuras questões de contratação pública e de seguridade social.¹⁴³ De importância crítica foi a implementação justa do direito à seguridade social no art. 27 da Constituição.¹⁴⁴ Nesse sentido, para evitar que a decisão de nulidade interrompesse o regular pagamento dos benefícios sociais, a Corte suspendeu a declaração de nulidade do contrato até a realização de uma nova licitação ou, no caso de não ser realizado um novo certame, à prestação de informações sobre quando a SASSA estaria pronta a assumir a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios sociais, nos termos do contrato com a CPS, até 31 de março de 2017.¹⁴⁵

O julgamento quanto às medidas de remediação do caso *AllPay* é altamente significativo visto que responsabiliza um ator privado pelo cumprimento de obrigações constitucionais. Tanto a SASSA como a CPS tinham argumentado que era inadequado suspender a declaração de nulidade enquanto se aguarda a conclusão de um novo procedimento licitatório. O efeito, argumentavam, seria o de obrigar uma entidade privada a assumir obrigações constitucionais para com os beneficiários de subvenções sociais e obrigar a Corte a celebrar um contrato entre as partes ou a alterar o contrato existente.¹⁴⁶ Essa linha de argumentação foi rejeitada sob o argumento de que a CPS havia assumido as responsabilidades constitucionais de um órgão do Estado em seu contrato com a SASSA para desempenhar a função essencialmente pública de administrar o pagamento de benefícios sociais em todo o país.¹⁴⁷ Durante o período da suspensão, o contrato permaneceria operacional e a CPS permaneceria vinculada às suas obrigações contratuais e constitucionais.¹⁴⁸ Mesmo após a dissolução do contrato, mas antes da nomeação de outro prestador de serviços, a Corte considerou que a CPS continuaria a arcar com obrigações constitucionais. Isso decorreria do dever negativo dos particulares de respeitar os direitos socioeconômicos, não interferindo ou diminuindo seu gozo.¹⁴⁹ Isso implicava que a

¹⁴³ Ibid no parágrafo 32.

¹⁴⁴ Ibid no parágrafo 74. O art. 27, n. 1, alínea c, dá a todos o direito de acesso à 'segurança social, incluindo se não puderem sustentar-se a si próprios e aos seus dependentes, a assistência social adequada'. O art. 27, n. 2 requer que o Estado tome 'medidas legislativas e outras adequadas, dentro dos seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva' deste direito (e dos outros direitos socioeconômicos no art. 27, n. 1).

¹⁴⁵ *All Pay 2* (nota 10 acima) no parágrafo 78.

¹⁴⁶ Ibid no parágrafo 61.

¹⁴⁷ Ibid nos parágrafos 52–56.

¹⁴⁸ A Corte deixou claro que possíveis descumprimentos futuros das obrigações da CPS estariam sujeitos aos poderes constitucionais de sanção da Corte previstos no art. 172 da Constituição, que se estendiam além das medidas contratuais para o inadimplemento. *All Pay 2* (nota 10 acima) no parágrafo 63.

¹⁴⁹ Ver *Juma Musjid* (nota 75 acima) no parágrafo 58.

CPS não poderia simplesmente, nas palavras do *Justice Froneman*, “ir embora: ela tem a obrigação constitucional de garantir que um sistema de pagamento viável permaneça em vigor até que um novo esteja operacional”.¹⁵⁰ Além disso, a Corte considerou que, embora a invalidação do contrato existente não devesse resultar em qualquer prejuízo para a CPS, também não deveria beneficiá-la a partir do contrato inválido. Por conseguinte, as medidas de remediação da Corte incluíam um cômputo orçamentário, pela CPS, dos rendimentos recebidos e do lucro líquido auferido ao abrigo do contrato concluído.

Finalmente, a Corte justificou a imposição de um interdito estrutural, exigindo que a SASSA apresentasse um relatório à Corte em cada uma das etapas cruciais do novo procedimento de licitação, com base na necessidade de implantar um processo de “responsabilização disciplinada”, dada “a importância do direito à seguridade social e o impacto e o potencial prejuízo para um grande número de beneficiários”.¹⁵¹

4.2 *Black Sash 1*

Na sequência do julgamento do caso *AllPay 2*, a SASSA comunicou à Corte, em novembro de 2015, que tinha decidido não realizar uma nova licitação. Informou à Corte que assumiria o pagamento dos benefícios sociais e que poderia fazê-lo até o prazo de 31 de março de 2017, data em que o contrato com a CPS caducou. Com base nessas informações, a Corte deu provimento à medida de supervisão.¹⁵² Posteriormente, verificou-se que a SASSA estava ciente, desde abril de 2016, de que não seria capaz de cumprir esse compromisso.¹⁵³ Nem a SASSA nem a Ministra do Desenvolvimento Social, Bathabile Dlamini, informaram a Corte dessa situação. Também falharam em se dirigir à Corte a fim de obter autorização para regularizar a situação.

A Corte só tomou conhecimento desses acontecimentos no final de fevereiro de 2017, quando a SASSA ingressou com um pedido urgente, solicitando autorização à Corte para tomar novas medidas a fim de garantir o pagamento de benefícios sociais a partir de 1º de abril de 2017. O plano da SASSA era celebrar um novo contrato com a CPS sem um procedimento de licitação pública, como exige o art. 217 da

¹⁵⁰ *All Pay 2* (nota 10 acima) no parágrafo 66.

¹⁵¹ *Ibid* no parágrafo 71.

¹⁵² *Black Sash 1* (nota 11 acima) nos parágrafos 3–4.

¹⁵³ A Ministra do Desenvolvimento Social alegou que só tomou conhecimento dessa situação em outubro de 2016.

Constituição.¹⁵⁴ A SASSA procurou depois retirar o pedido mediante instruções da Ministra e apresentou um novo “relatório de acompanhamento”.

Nessa conjuntura, a Black Sash Trust, uma organização não governamental (ONG) envolvida há muitos anos em serviços de aconselhamento comunitário e defesa dos direitos de seguridade social, solicitou à Corte Constitucional participação direta no processo. Nesse pedido, solicitou uma série de medidas judiciais, incluindo o monitoramento judicial em curso na Corte sobre o pagamento de benefícios sociais a partir de 1º de abril de 2017 (ou seja, após a data de caducidade do contrato com a CPS). Outras ONGs, *Freedom under Law* e *Corruption Watch*, bem como os Correios da África do Sul, também receberam autorização para ingressar no processo como requerentes ou *amici curiae*.

Na sua decisão, no pedido de intervenção da Black Sash, [no caso] *Black Sash 1*, a Corte (por meio do Justice Froneman) considerou que a intenção da SASSA de celebrar um novo contrato com a CPS prejudicava os ‘dois pilares fundamentais’ das medidas de remediação da Corte no caso *AllPay 2* – a repetição de um novo procedimento licitatório compatível com a Constituição, caso contrário, a assunção da SASSA quanto à responsabilidade pelo próprio pagamento dos benefícios sociais.¹⁵⁵ Além disso, [a SASSA] tinha renegado a sua garantia à Corte, em novembro de 2015, de que assumiria o pagamento dos benefícios sociais até 31 de março de 2017. Foi com base nesta garantia que a Corte retirou a medida de supervisão que tinha proferido no caso *All Pay 2*. Essa situação exigia a responsabilização pública, e o julgamento, nesse caso, constituiria “a parte judicial dessa responsabilidade”.¹⁵⁶

A Corte procedeu com a determinação de um conjunto de medidas de remediação inovadoras e de amplo alcance, que consistiam em seis elementos principais. Em primeiro lugar, declarou que a SASSA e a CPS tinham a obrigação constitucional de assegurar o pagamento de benefícios sociais aos beneficiários a partir de 1º de abril de 2017 até que uma entidade, que não a CPS, pudesse fazê-lo e que a sua não realização violaria os direitos de acesso dos beneficiários à assistência social,

¹⁵⁴ Verificou-se que a CPS tinha alertado a SASSA em maio de 2016 de que o processo de pagamento estava em risco e que, para evitar perturbações, poderia ser melhor para a SASSA prolongar o atual contrato da CPS. A SASSA obteve igualmente três pareceres jurídicos diferentes no sentido de que deveriam dirigir-se ao tribunal e informá-lo da situação, especialmente de que a SASSA não estava em condições de assumir o pagamento dos benefícios sociais a partir de 1 de abril de 2017. *Black Sash 1* (nota 11 acima) no parágrafo 20.

¹⁵⁵ *Ibid* no parágrafo 11.

¹⁵⁶ *Ibid* no parágrafo 14.

nos termos do art. 27, n.º 1, alínea *c*, da Constituição (a decisão declaratória).¹⁵⁷ Em segundo lugar, suspendeu a declaração de nulidade do contrato por um período de 12 meses, a partir de 1º de abril de 2017 (a decisão de suspensão de nulidade).¹⁵⁸ Em terceiro lugar, determinou que a SASSA e a CPS assegurassem o pagamento de benefícios sociais aos beneficiários por um período de 12 meses, nos mesmos termos e condições que os do contrato vigente entre eles, sujeito a uma série de condições (a decisão obrigatória condicional).¹⁵⁹ Em quarto lugar, a Corte ordenou à Ministra do Desenvolvimento Social e à SASSA que apresentassem relatórios trimestrais sobre declarações tomadas em juízo, expondo como planejava garantir o pagamento de benefícios sociais após o término do período de 12 meses e especificando as medidas precisas que tomaria para garantir que todos os benefícios sociais fossem pagos quando o prazo chegasse.¹⁶⁰ A Corte especificou ainda que esses relatórios devem incluir os prazos relevantes para os resultados que formam parte do plano, informações sobre se os prazos relevantes foram cumpridos e, em caso negativo, as razões e o que estava sendo feito para remediar a situação. Todas as alterações substanciais nas circunstâncias referidas nos relatórios deveriam ser imediatamente comunicadas à Corte (as decisões de relatório e de monitoramento).¹⁶¹ Em quinto lugar, a Corte estabeleceu um processo no qual o Auditor-Geral, bem como os profissionais jurídicos independentes e peritos técnicos nomeados, avaliariam e apresentariam relatórios trimestrais à Corte sobre a execução do pagamento dos benefícios sociais durante o período de 12 meses. Eles também eram obrigados a relatar as medidas tomadas pela SASSA para executar um procedimento de licitação competitivo para um novo contratante pagar benefícios sociais ou para assumir o pagamento em si (a decisão do mecanismo de monitoramento independente).¹⁶² Finalmente, a Corte determinou que a Ministra fosse convocada a demonstrar por que razão ela não deveria ser

¹⁵⁷ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação subparágrafo 4). Em um voto concorrente em separado, o *Justice Madlanga* considerou que teria simplesmente imposto uma medida direta à CPS, enquanto um órgão de estado, para continuar a cumprir a obrigação constitucional de assegurar o pagamento ininterrupto dos benefícios sociais. Ele teria seguido essa via mais direta do que a ‘rota tortuosa’ de determinar a prorrogação do contrato ilícito para além de 31 de março de 2017, com a sua concomitante nulidade, o que obrigaria assim à suspensão da decisão de nulidade durante o período estendido, a fim de assegurar o pagamento ininterrupto dos benefícios sociais. (parágrafos 77–81).

¹⁵⁸ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 5).

¹⁵⁹ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 6). As condições relacionadas à proteção da privacidade dos dados pessoais dos beneficiários de subvenções obtidos no processo de pagamento; autorização à CPS para solicitar ao Tesouro Nacional que faça recomendação sobre o preço do contrato durante o período de prorrogação de 12 meses do contrato; e o arquivamento de uma declaração auditada verificada pela CPS após o término do período de contrato estendido.

¹⁶⁰ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 7).

¹⁶¹ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafos 7-9).

¹⁶² Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafos 11-12).

incluída no processo em sua capacidade pessoal e não deveria pagar as despesas do requerimento do próprio bolso (decisão de inclusão).¹⁶³

Ao proferir essas medidas de longo alcance, a Corte reconheceu que estava lidando com uma situação excepcional.¹⁶⁴ Foi confrontada não apenas com uma violação flagrante do Estado de Direito por meio do descumprimento de suas medidas no caso *All Pay 2* e dos subsequentes compromissos assumidos com a Corte, mas também com a iminente violação em larga escala do direito à seguridade social de milhões de pessoas desfavorecidas.¹⁶⁵ Este claramente não era um caso em que a Corte pudesse delegar a um órgão de Estado, a SASSA, o cumprimento de suas obrigações ou exercer uma leve persuasão. Nas palavras discretas do *Justice Froneman*, “é necessário mais”.¹⁶⁶ Ao mesmo tempo, ele reconheceu que, embora o poder remediador da Corte fosse amplo, “não é ilimitado e a decisão que tomamos hoje ultrapassa seus limites”.¹⁶⁷

No caso *Black Sash 2*,¹⁶⁸ a Ministra foi incluída no processo a título pessoal, e foi determinado pela Corte Constitucional um inquérito para apuração dos fatos por um árbitro judicial sobre o seu papel nos acontecimentos que levaram ao julgamento no caso *Black Sash 1*.¹⁶⁹ Em 27 de setembro de 2018, a Corte Constitucional proferiu uma nova decisão, *Black Sash 3*,¹⁷⁰ para lidar com o resultado do relatório de inquérito de apuração de fatos pelo árbitro, o *Justice (JP) Ngoepe*. Nesta decisão, a Corte considerou que a Ministra Bathabile Dlamini tinha induzido a Corte a erro ao não revelar que tinha estabelecido fluxos de trabalho paralelos que lhe reportavam diretamente durante os acontecimentos que deram origem à decisão no caso *Black Sash 1*. Sua conduta ao obstruir as responsabilidades do Departamento de Desenvolvimento Social no cumprimento de suas responsabilidades de proteger os direitos previdenciários dos beneficiários foi antiética e ficou lamentavelmente aquém dos valores e princípios básicos que regem a Administração Pública, nos termos do art. 195 da Constituição.¹⁷¹

¹⁶³ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 13).

¹⁶⁴ Ibid no parágrafo 43 (citando *Electoral Commission v Mhlope* [2016] ZACC 15, 2016 (5) SA 1 (CC), 2016 (8) BCLR 987 (CC)).

¹⁶⁵ Ibid nos parágrafos 57–61.

¹⁶⁶ Ibid no parágrafo 62.

¹⁶⁷ Ibid no parágrafo 51.

¹⁶⁸ *Black Sash 2* (nota 11 acima).

¹⁶⁹ O *Justice (JP) Ngoepe* foi posteriormente nomeado para conduzir o inquérito de apuração de fatos nos termos do art. 38, da Lei 10 das Cortes Superiores de 2013.

¹⁷⁰ *Black Sash 3* (nota 11 acima).

¹⁷¹ Ibid nos parágrafos 13–15.

Ela foi, portanto, condenada a pagar 20% das custas judiciais da *Black Sash Trust* e da *Freedom under Law* em sua capacidade pessoal. A Corte também determinou que uma cópia do Relatório de Inquérito e de sua decisão fosse encaminhada ao Diretor Nacional do Ministério Público, para analisar se a Ministra Dlamini mentiu sob juramento e, em caso afirmativo, se deveria ser processada por crime de falso testemunho.¹⁷²

Os desdobramentos da crise de pagamento de benefícios sociais continuam a reverberar. No segundo semestre de 2018, a SASSA anunciou que havia “eliminado” com sucesso o CPS e migrado o pagamento de benefícios sociais para os Correios da África do Sul.¹⁷³ A grande maioria dos pontos de pagamento em dinheiro foi fechada, e o restante colocado sob a gestão dos Correios. Os beneficiários agora recebem seus benefícios sociais por meio dos Correios ou de bancos comerciais e varejistas.¹⁷⁴ Em 9 de março de 2022, a ex-Ministra Dlamini foi condenada, sob a acusação de falso testemunho por fornecer provas falsas sob juramento no inquérito de apuração de fatos estabelecidos nos termos do caso *Black Sash 2*.¹⁷⁵ A CPS está em falência e, de acordo com relatos da mídia, ainda não entregou aos auditores as suas declarações para verificar os lucros obtidos com o contrato ilícito com a SASSA.¹⁷⁶

Essa série de decisões e medidas que as acompanham ilustra como uma variedade de medidas de remediação pode ser empregada em diferentes fases do litígio na tentativa de induzir o cumprimento, por órgãos de entidades estatais e privadas, de suas obrigações constitucionais. A nomeação do mecanismo de monitoramento independente no caso *Black Sash 1* para auxiliar a Corte na supervisão de suas decisões de monitoramento constitui um desenvolvimento importante na jurisprudência remediadora da África do Sul.¹⁷⁷ Como mencionado acima, esse mecanismo foi criado para auxiliar a Corte a monitorar e avaliar o cumprimento de suas medidas de supervisão

¹⁷² Ibid no parágrafo 18.

¹⁷³ ‘MPs Relieved after Sassa Briefing on Social Grant Payments’ *News24* (9 Novembro 2018), disponível em <https://www.news24.com/SouthAfrica/News/mps-relieved-after-sassa-briefing-on-social-grant-payments-20181108>.

¹⁷⁴ R Davis ‘South Africa’s Social Grants: New System, New Problems’ *Daily Maverick* (8 outubro 2019), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2019-10-08-sas-social-grants-new-system-new-problems/>.

¹⁷⁵ N Njilo ‘Court Finds Bathabile Dlamini Guilty of Perjury’ *Business Day* (9 Março 2022), disponível em <https://www.businesslive.co.za/bd/national/2022-03-09-court-finds-bathabile-dlamini-guilty-of-perjury/>.

¹⁷⁶ T Broughton ‘CPS Has Still Not Revealed How Much Profit It Made From Social Grants Contract’ *GroundUp* (18 Novembro 2021), disponível em <https://www.groundup.org.za/article/cps-has-still-not-revealed-how-much-profit-it-made-sassa-contract/>.

¹⁷⁷ De acordo com Taylor (nota 3 acima), as ‘raízes remediadoras’ deste aspecto da decisão no caso *Black Sash 1* podem ser traçadas à nomeação de um auditor independente como agente nomeado pela Corte no caso *Madzodzo v Minister of Basic Education* [2014] ZAECMHC 5, 2014 (3) SA 441 (ECM) em 260–261. Ela também discute a nomeação de um ‘claims administrator’ no caso *Linkside v Minister of Basic Education* [2015] ZAECGHC 36 em 265–268.

relacionadas tanto à implementação do pagamento de benefícios sociais durante o período de 12 meses, quanto à transição para um novo sistema de pagamento. Incluía expressamente a possibilidade de o Auditor-geral e o painel de peritos apresentarem regularmente à Corte um relatório sobre as medidas que tomaram, ‘os resultados das suas avaliações e quaisquer recomendações’ que considerassem necessárias.¹⁷⁸

Outro desenvolvimento nos mecanismos de apoio às Cortes na supervisão das medidas para remediar disfunções administrativas que levam a violações de direitos constitucionais é a nomeação de *special masters*. Pouco antes do julgamento da Corte Constitucional no caso *Black Sash 1*, a Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court - LCC*) previu a nomeação de um *special master* para auxiliá-la no monitoramento de um plano para remediar problemas administrativos sistêmicos no processamento das reivindicações de propriedade de terras de arrendatários trabalhadores sob a Lei 3, de 1996, do Departamento de Desenvolvimento Rural e Reforma Agrária.¹⁷⁹ O *special master* recebeu poderes extensivos em relação à execução das medidas de supervisão da LCC. Posteriormente, a Corte Constitucional confirmou os poderes da LCC para nomear um *special master* com amplos poderes.¹⁸⁰ No seu voto, seguido pela maioria, o *Justice Cameron* observou que os ‘poderes de elaboração de planos’ e de ‘projeção orçamentária’ conferidos ao *special master* pela LCC eram mais extensos do que os conferidos ao ‘comitê de especialistas de alto nível’ no caso *Black Sash 1*.¹⁸¹ No entanto, a maioria manteve esses poderes com base no fato de serem necessários ‘para corrigir falhas institucionais persistentes que resultaram repetidamente no descumprimento de decisões judiciais’.¹⁸² O *Justice Cameron* observou que uma medida de remediação do tipo que a LCC concedeu:

reconhece a nossa responsabilidade conjunta, enquanto país, pela sustentação, crescimento e reforço das nossas instituições. E reconhece nossa cumplicidade judicial na disfunção institucional e sistêmica que impede a consecução de objetivos e aspirações constitucionais comuns.¹⁸³

¹⁷⁸ *Black Sash 1* (nota 11 acima). Decisão de remediação no parágrafo 12, subparágrafo 4.

¹⁷⁹ *Mwelase LCC* (nota 21 acima).

¹⁸⁰ *Mwelase CC* (nota 21 acima) (*Justice Jafta* em voto dissidente juntamente ao *Justice (JA) Ledwaba*). O Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) havia dado provimento ao recurso do Departamento contra a nomeação de um *special master* nos casos *Director-General for the Department of Rural Development and Land Reform v Mwelase; Mwelase v Director-General for the Department of Rural Development and Land Reform* [2018] ZASCA 105, 2019 (2) SA 81 (SCA).

¹⁸¹ *Mwelase CC* (nota 21 acima) no parágrafo 38.

¹⁸² *Ibid* no parágrafo 70.

¹⁸³ *Ibid*.

Mecanismos independentes, como aqueles no julgamento dos casos *Black Sash 1* e *Mwelase*, desempenham um papel vital na assistência aos tribunais para monitorar e avaliar medidas de monitoramento destinadas a remediar violações estruturais de direitos humanos.

As decisões do *Justice Froneman* nos casos de crise de pagamento de benefícios sociais deram o *imprimatur* de nossa mais alta Corte a uma série de ferramentas inovadoras para remediar violações estruturais de direitos humanos. Igualmente importante é o poder simbólico de a Corte estar disposta a lidar diretamente com os desafios de corrigir disfunções sistêmicas de governança que colocam em risco os direitos socioeconômicos.

Na parte seguinte, argumento que as medidas estruturais participativas são as mais promissoras na busca por remediar violações estruturais de direitos humanos. As bases teóricas e práticas para tais medidas foram estabelecidas em duas vertentes da jurisprudência do *Justice Froneman* – sua jurisprudência de compromisso significativo e as medidas de monitoramento combinadas com um mecanismo de monitoramento independente no julgamento do caso *Black Sash 1*.

5. Medidas estruturais participativas: ampliando o campo do possível

5.1 A promessa das medidas estruturais participativas

Estudos de Direito Constitucional comparado sugerem que as medidas mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos são aquelas que combinam um elemento significativo de participação das partes interessadas juntamente com a supervisão judicial e o apontamento de agentes de monitoramento independentes.¹⁸⁴ As medidas participativas visam recrutar a experiência e

¹⁸⁴ Ver, por exemplo: Dorf & Sabel (nota 133 acima) at 267; Sturm (nota 79 acima); C Sabel e WH Simon 'Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds' (2003) 117 *Harvard Law Review* 1016; A Klein 'Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Economic and Social Rights' (2008) 39 *Columbia Human Rights Law Review* 351; C Rodríguez-Garavito 'Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America' (2011) 89 *Texas Law Review* 1669; S Parmar & N Wahi 'India: Citizens, Courts, and the Right to Health: Between Promise and Progress?' in AE Yamin & S Gloppen (eds) *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (2011) 155; N Angel-Cabo & DL Parmo 'Latin American Social Constitutionalism: Courts and Popular Participation' in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 85; R Gargarella 'Deliberative Democracy, Dialogic Justice and the Promise of Social and Economic

o conhecimento daqueles afetados pelas violações de direitos, que são capazes de contribuir para chegar a soluções sustentáveis para problemas complexos, policêntricos.¹⁸⁵ Essas medidas de remediação também aumentam a dignidade e a autonomia, o que, por sua vez, promove a adesão e a confiança mútua nos acordos deliberativos alcançados.¹⁸⁶ A afirmação da dignidade das pessoas como titulares de direitos também contraria a tendência dos modelos privatizados de prestação de serviços, de considerá-las como consumidoras de bens de mercado, e não como destinatárias dos serviços públicos a que têm direito. Os benefícios afirmativos da dignidade e da autonomia da democracia participativa e os benefícios instrumentais deles derivados estão interligados.¹⁸⁷

Medidas participativas bem desenhadas que incluam agentes de monitoramento especializados também podem ajudar a aliviar a capacidade institucional, as limitações epistêmicas e os desafios de legitimidade que os tribunais enfrentam ao tentar remediar violações estruturais. Em vez de impor soluções políticas detalhadas às partes, a Corte exige que os atores governamentais relevantes, grupos afetados, partes interessadas da sociedade civil e especialistas colaborem na elaboração e implementação de normas para remediar os problemas estruturais em questão.

O recrutamento de pessoas diretamente afetadas por violações estruturais de direitos humanos e de organizações que as apoiam facilita a democracia participativa baseada em direitos. Angel-Cabo e Parmo descrevem o papel de tribunais, como a Corte Constitucional colombiana, no contexto de declarações de “um estado de

Rights’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 105; L Chenwi ‘Democratizing the Socio-Economic Rights Enforcement Process’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 178; P Chitalkar & V Gauri ‘India: Compliance with Orders on the Right to Food’ in M Langford, C Rodriguez-Garavito & J Rossi (eds) *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance* (2017) 288; C Rodriguez-Garavito ‘Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication’ in KG Young (ed) *The Future of Economic and Social Rights* (2019) 233; Landau (note 13 above) 258. Um relato importante da aplicação de abordagens experimentalistas democráticas no Direito Constitucional sul-africano é S Woolman *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa’s Basic Law* (2013). Outro registro importante acerca das medidas estruturais participativas com base na jurisprudência sobre compromisso significativo da Corte Constitucional é B Ray *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa’s Second Wave* (2016).

¹⁸⁵ Sturm (nota 79 acima) 1364–1365. Para aplicações dos modelos de Sturm de recursos participativos de direito público, ver Mbazira (nota 30 acima) 183–192; S Liebenberg ‘Remedial Principles and Meaningful Engagement in Education Rights Disputes’ (2016) 19(1) *Potchefstroom Electronic Law Journal*; Maphosa (nota 135 acima) em 367–371.

¹⁸⁶ J Nedelsky ‘Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities’ (1989) 1 *Yale Journal of Law & Feminism* 7; Liebenberg (nota 130 acima) em 625–628 (e fontes ali citadas).

¹⁸⁷ Ver os comentários do Justice Sachs no caso *Port Elizabeth Municipality* (nota 107 acima) nos parágrafos 39–41; e do Justice Froneman no caso *Schubart Park* (nota 108 acima) parágrafo 49.

coisas inconstitucional”,¹⁸⁸ como ‘ignitores do diálogo’.¹⁸⁹ Eles atribuem o relativo sucesso de vários casos colombianos na mediação de violações estruturais de direitos humanos à abertura do diálogo para além dos canais formais do governo ‘para incluir aqueles diretamente afetados no diálogo’.¹⁹⁰ Ao fazer isso, os titulares de direitos, movimentos sociais, organizações da sociedade civil e especialistas com capacidade a influenciar as reformas estruturais necessárias são impulsionados a resolver as causas profundas das violações sistêmicas de direitos.¹⁹¹ Escrevendo a partir do contexto sul-africano, Brand observa:

Técnicas de compromisso, se cuidadosamente desenvolvidas pelos tribunais, alcançam exatamente o tipo de mudança de perspectiva de uma visão binária para uma visão triangular dos problemas institucionais no controle de constitucionalidade... Permitem que os tribunais, quando confrontados com questões políticas contestadas ou questões tecnicamente complexas em litígios de direitos socioeconômicos, se voltem não apenas para os outros poderes do Estado, mas também para o “povo soberano” para sua solução.¹⁹²

Esses tipos de medidas participativas são particularmente úteis em situações em que a disfunção institucional não pode ser efetivamente remediada por medidas judiciais “de uma vez por todas” e quando uma gama de opções políticas está disponível para solucionar a disfunção. Nestas circunstâncias, é indesejável, do ponto de vista da separação de poderes, que os tribunais imponham medidas de prescrição política pormenorizadas às partes, pelo menos não nas primeiras fases do litígio. Caso os órgãos estatais não se envolvam de boa-fé com as partes interessadas ou não cumpram medidas anteriores, seria justificável que as medidas judiciais subsequentes se tornassem gradualmente mais fortes e prescritivas.¹⁹³

¹⁸⁸ Ver Parte II acima.

¹⁸⁹ Angel-Cabo & Parmo (nota 184 acima) em 100–103.

¹⁹⁰ *Ibid* em 101.

¹⁹¹ *Ibid* em 101–102.

¹⁹² D Brand ‘Judicial Deference and Democracy in Socio-Economic Rights Cases in South Africa’ in S Liebenberg & G Quinot (eds) *Law and Poverty: Perspectives from South Africa and Beyond* (2012) 172, 195.

¹⁹³ Sobre esse acirramento do Poder Judiciário nos modelos experimentalistas democráticos de litigância, ver F Michelman ‘Constitutionally Binding Social and Economic Rights as a Compelling Idea: Reciprocating Perturbations in Liberal and Democratic Constitutional Visions’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 277, 288–289.

O objetivo final das medidas estruturais participativas é induzir mudanças de longo prazo na cultura e na prática de uma instituição, a fim de remediar as violações atuais e futuras de direitos humanos. Suas perspectivas de sucesso são muito maiores quando há um corpo de movimentos sociais e organizações da sociedade civil comprometido em apoiar os litigantes, monitorar a execução das medidas judiciais, engajar-se com os agentes judiciais, e mobilizar-se para aproveitar as oportunidades criadas pelo litígio.¹⁹⁴

O potencial das medidas participativas para induzir esse tipo de mudança na cultura e nas práticas institucionais é bem ilustrado por litígios em tribunais estaduais dos Estados Unidos visando remediar disfunções crônicas em agências de proteção à criança. Problemas sistêmicos na forma como essas agências operavam resultaram na retirada imprópria de crianças dos cuidados familiares ou na priorização da preservação da família em detrimento da segurança individual das crianças, com consequências trágicas. Uma solução sustentável para esses problemas sistêmicos exigiu uma série de reformas políticas iterativas, monitoramento contínuo e ampla colaboração entre uma série de partes interessadas, incluindo grupos de pais, organizações de bem-estar infantil, especialistas, advogados e funcionários empáticos nas agências de proteção infantil pertinentes. Noonan, Sabel e Simon descrevem o papel do tribunal neste litígio da seguinte forma:

A abordagem Alabama-Utah permite que o tribunal induza uma agência que falhou consistentemente em cumprir suas responsabilidades a se reformar em colaboração com as partes interessadas lesadas, de uma forma que seja responsável e transparente. Longe de impor o tipo de regime rígido e arbitrário que alguns críticos das decisões estruturais temem, inibe-se a rigidez administrativa e a arbitrariedade ao induzir a agência a desenvolver suas capacidades de se avaliar e responder à experiência.¹⁹⁵

¹⁹⁴ CR Epp *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats and the Creation of the Legalistic State* (2010); Ray (nota 184) 333–344, 358–366; Rodríguez-Garavito (nota 184 acima) 250–258; F Veriava & N Ally (nota 77 acima) 232–236; S Wilson *Human Rights and the Transformation of Property* (2021) 137–138. Para análises das organizações envolvidas em litígios de interesse público na África do Sul, ver T Madlingozi 'Post-Apartheid Social Movements and Legal Mobilisation' in M Langford, B Cousins, J Dugard & T Madlingozi (eds) *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (2014) 92; J Dugard, T Madlingozi & K Tissington 'Rights- compromised or Rights-Savvy? The use of Rights-Based Strategies to Advance Socio-Economic Struggles by Abahlali baseMjondolo, the South African Shack-Dwellers' Movement' in H Aliviar Garcia, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 23; J Brickhill 'Introduction: The Past, Present and Promise of Public Interest Litigation in South Africa' in J Brickhill (ed) *Public Interest Litigation in South Africa* (2018) 3.

¹⁹⁵ KG Noonan, CF Sabel & WH Simon 'Legal Accountability in the Service-Based Welfare State: Lessons from Child Welfare Reform' (2009) 34 *Law & Social Inquiry* 523, 559.

Em outras palavras, o objetivo final das medidas estruturais participativas deve ser estimular as agências governamentais pertinentes a internalizar um conjunto de valores e procedimentos operacionais alinhados às suas obrigações constitucionais. No contexto do litígio Alabama-Utah, foi desenvolvida uma ferramenta distinta de monitoramento de diagnóstico (Quality Service Review (QSR)) que serviu tanto para orientar a tomada de decisões internas, quanto para promover a responsabilização externa perante o público.¹⁹⁶

Por último, as medidas participativas também podem ajudar a prevenir contra o perigo de que as comunidades e grupos diretamente afetados por significativas violações dos direitos humanos sejam marginalizados em litígios de interesse público. Por exemplo, o fenômeno do ‘desaparecimento do profissional de interesse público’ tem sido criticado em certos aspectos da litigância de interesse público na Índia.¹⁹⁷

Como esta seção procurou demonstrar, as medidas estruturais participativas oferecem um conjunto distinto de vantagens para remediar violações estruturais de direitos humanos. As bases desse tipo de medida já foram lançadas no Direito Constitucional sul-africano. Os principais elementos constitutivos são o compromisso significativo da jurisprudência da Corte Constitucional Sul-Africana¹⁹⁸, combinado com a supervisão judicial e mecanismos de monitoramento independentes. Como ilustrado acima, o conjunto de decisões do *Justice Froneman* deu uma contribuição significativa para esses blocos de construção.

5.2 Ressalvas e estruturas de apoio

Apesar das vantagens das medidas estruturais participativas, há várias ressalvas que devem ser consideradas, bem como uma série de estruturas de apoio que devem ser implementadas para que possam cumprir seu potencial de remediar violações estruturais de direitos humanos.

¹⁹⁶ Ibid em 542–548.

¹⁹⁷ A Bhuwania *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India* (2017) 39–44. Isso contrasta com o relativo sucesso do litígio sobre o direito à alimentação na Índia, que envolveu forte participação de comunidades, redes da sociedade civil e especialistas confiáveis e experientes nomeados como comissionados pela Corte: Rodríguez-Garavito ‘Empowered Participatory Jurisprudence’ (nota 184 acima) em 250–258; P Chitalkar & V Gauri ‘India: Compliance with Orders on the Right to Food’ in M Langford, C Rodríguez-Garavito & J Rossi (eds) *Social Rights and the Politics of Compliance: Making it Stick* (2017) 288.

¹⁹⁸ Landau observa que a Corte Constitucional colombiana se baseou na jurisprudência da Corte Constitucional sul-africana sobre compromisso significativo em um caso envolvendo violações estruturais do direito das crianças à educação em uma região específica da Colômbia: Decisão T-209 de 2019 (discutida por Landau [nota 13 acima] 273).

Em primeiro lugar, as medidas participativas não devem diluir a responsabilidade dos tribunais de interpretar o conteúdo normativo substantivo e as finalidades dos direitos socioeconômicos pertinentes ao caso. Young e eu argumentamos que as medidas de remediação experimentalistas democráticas correm o risco de “fraqueza normativa”. Essa fraqueza priva as comunidades desfavorecidas da proteção que os direitos substantivamente interpretados proporcionam, em particular no contexto de relações desiguais de poder.¹⁹⁹ O conteúdo normativo dos direitos pertinentes ao caso deve informar os critérios de avaliação do plano concreto de reforma estrutural desenvolvido por meio do compromisso participativo. Rodríguez-Garavito ilustrou que é possível combinar as dimensões substantiva e processual dos direitos socioeconômicos em litígios de reforma estrutural. Ele chama essa forma de litígio de *empowered participatory jurisprudence* (‘jurisprudência participativa empoderada’), descrevendo-a assim:

Conceitualmente, enquadrei a EPJ [jurisprudência participativa empoderada] como uma instância de experimentalismo democrático limitado, pelo qual os tribunais atuam como catalisadores de processos iterativos de solução coletiva de problemas. Tais processos se dão dentro dos parâmetros legais dos DSE [direitos socioeconômicos] substantivos, de um lado, e dos direitos processuais (habilitantes), de outro. Estes últimos destinam-se a facilitar a participação empoderada das vítimas de violações de DSE e seus aliados, bem como outras fontes de poder de compensação na implementação de medidas judiciais e políticas socioeconômicas pertinentes.²⁰⁰

Em segundo lugar, as medidas participativas descritas acima não são uma panaceia para remediar todas as formas de violações estruturais de direitos humanos. Cada caso (e diferentes fases do mesmo caso) é único e requer uma consideração cuidadosa da resposta remediadora suscetível de proporcionar reparação efetiva nas circunstâncias do caso. Por exemplo, pode ser inútil e levar a atrasos inconcebíveis

¹⁹⁹ S Liebenberg & KG Young ‘Adjudicating Social and Economic Rights: Can Democratic Experimentalism Help?’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 237, 247–251. Para críticas semelhantes à diluição do conteúdo normativo dos direitos socioeconômicos por meio de processos participativos, ver: K McLean ‘Meaningful Engagement: One Step Forward or Two Back? Some Thoughts on Joe Slovo’ (2010) 3 *Constitutional Court Review* 223; Fredman (nota 100 acima); D Bilchitz ‘Avoidance Remains Avoidance: Is it Desirable in Socio-Economic Rights Cases?’ (2013) 5 *Constitutional Court Review* 297.

²⁰⁰ Rodríguez-Garavito ‘Empowered Participatory Jurisprudence’ (nota 184 acima) em 257. Isso ressoa com a noção de ‘deliberação limitada’ proposta por Fredman: S Fredman ‘Adjudication as Accountability: A Deliberative Approach’ in N Bamforth & P Leyland (eds) *Accountability in the Contemporary Constitution* (2013) 105, 116–122.

determinar que as partes se comprometam significativamente umas com as outras.²⁰¹ Os casos de crise de pagamento de benefícios sociais discutidos na seção 4 exemplificam essa situação. Determinar um compromisso significativo entre os polos e as partes interessadas pertinentes aos casos não teria servido para nada, dadas as graves violações do Estado de Direito, a conduta de má-fé e o risco iminente enfrentado por milhões de beneficiários de terem os pagamentos de seus benefícios sociais interrompidos. Em outros contextos, os litigantes podem considerar suficiente uma decisão declaratória ou condenatória clara, em vez de buscar uma decisão estrutural.²⁰²

Em terceiro lugar, as bases para medidas estruturais participativas bem-sucedidas devem ser estabelecidas antecipadamente, por meio de uma variedade de iniciativas e sistemas de apoio. Isso inclui treinamento para desenvolver as habilidades de compromisso e disposições de servidores públicos e comunidades; fortalecer as capacidades dos movimentos sociais, da sociedade civil e das organizações profissionais para apoiar os processos de compromisso;²⁰³ e definir um papel apropriado para advogados de interesse público em processos de compromisso.²⁰⁴

Em quarto lugar, o Judiciário deve articular objetivos substantivos para as medidas estruturais participativas que se alinhem com os propósitos e valores normativos dos direitos socioeconômicos pertinentes ao caso. Os resultados do processo de compromisso (como um plano de ação acordado entre as partes) devem ser avaliados em relação a esses padrões substantivos. Além disso, os juízes devem estar preparados para articular e aplicar padrões processuais rigorosos para o compromisso de boa-fé, a fim de garantir que os processos sejam justos, e colocar em prática salvaguardas para evitar distorções causadas por relações desiguais de poder.²⁰⁵

²⁰¹ Isso é exemplificado pela ruptura nas negociações de boa-fé visando a um Memorando de Entendimento entre ONGs e o Departamento de Desenvolvimento Rural e Reforma Agrária no período que antecedeu o despacho de nomeação do *special master* pela LCC no caso *Mwelase LCC* (nota 21 acima). Essa ruptura nas negociações está descrita no caso *Mwelase CC* (nota 21 acima) nos parágrafos 23–26.

²⁰² Ver, por exemplo, a explicação de Veriava sobre as razões de fundo pelas quais os litigantes solicitaram uma decisão declaratória no Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) no litígio dos livros didáticos de Limpopo, em vez de prosseguir com as medidas estruturais determinadas pelos tribunais inferiores: F Veriava ‘The Limpopo Textbook Litigation: A Case Study into the Possibilities of Transformative Constitutionalism’ (2016) 32(2) *South African Journal of Human Rights* 1, 21. O acórdão da SCA é relatado como: *Minister of Basic Education v Basic Education for All* 2016 (4) SA 63 (SCA).

²⁰³ Ver os comentários do *Justice Yacoob* sobre o papel das organizações da sociedade civil no compromisso significativo no caso *Olivia Road* (nota 107 acima) no parágrafo 20.

²⁰⁴ Sturm (nota 79 acima) em 1431–1434; C Menkel-Meadow ‘The Lawyer’s Role(s) in Deliberative Democracy’ (2004–2005) 5 *Nevada Law Journal* 347.

²⁰⁵ Mahomed (nota 133 acima).

Em quinto lugar, não há dúvida de que as medidas estruturais que exigem supervisão e acompanhamento contínuos impõem uma pressão sobre a capacidade e os recursos judiciais. A Corte colombiana estabeleceu uma câmara de acompanhamento e toda uma estrutura burocrática para auxiliar na supervisão de decisões estruturais.²⁰⁶ Os encargos de supervisionar a remediação estrutural em grande escala levaram a Corte a experimentar outros mecanismos.²⁰⁷ Delegar a supervisão aos tribunais inferiores não resolve os problemas de tempo e capacidade limitados, particularmente dadas as restrições de recursos que esses tribunais já enfrentam na África do Sul. Embora agentes de monitoramento independentes ou comissários possam apoiar e auxiliar um tribunal na supervisão das medidas estruturais participativas, eles não podem apropriar-se da responsabilidade final do tribunal de examinar os relatórios pertinentes ao caso e pronunciar-se sobre o cumprimento dos termos de suas decisões.²⁰⁸ É necessária uma extensa pesquisa e deliberação política sobre os tipos de estruturas de apoio judiciário que devem ser criadas para permitir que o Judiciário cumpra sua responsabilidade de elaborar medidas eficazes para remediar violações estruturais de direitos humanos. Este processo deve envolver todas as partes interessadas – o Gabinete do Chefe de Justiça, o Departamento de Justiça e Desenvolvimento Constitucional, os profissionais do direito, os acadêmicos e toda a comunidade jurídica de interesse público.

Finalmente, as medidas estruturais participativas destinadas a enfrentar disfunções de governança dependem de uma compreensão profunda do funcionamento da Administração Pública, incluindo os limites e oportunidades disponíveis em diferentes contextos. Como Heywood salientou recentemente, pouca atenção tem sido dada à Administração Pública e ao seu papel na realização dos direitos socioeconômicos:

Nos últimos anos, mesmo quando a sociedade civil ganha nos tribunais ou nas ruas, as decisões judiciais ou as iniciativas políticas a favor dos pobres muitas vezes são frustradas no momento da implementação. Como resultado, a mudança vem tão lentamente que muitas vezes é tarde demais para milhões de pessoas. A educação é um exemplo. Para um aluno, cada ano perdido é irreversível e causa de desvantagem permanente... Nessa luta, uma coisa que a sociedade civil tem negligenciado até agora é a *capacidade* da Administração Pública de realizar

²⁰⁶ Landau (nota 13 acima) em 266–267.

²⁰⁷ Ibid em 268–273 (o que ele denomina ‘experimentalismo guiado’).

²⁰⁸ Os comentários do Justice Cameron sobre os poderes do *special master* como um agente e sujeito à supervisão da Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*) são instrutivos a esse respeito: *Mwelase CC* (nota 21 acima) nos parágrafos 61–66.

reformas pró-pobres. Essa omissão fatal necessita urgentemente de correção de rumo.²⁰⁹

Aprofundar nossa compreensão da dinâmica política e do ambiente regulatório do serviço público na África do Sul é essencial para propor reformas que contribuam de forma real para soluções práticas e sustentáveis para violações estruturais de direitos humanos.

Já passou da hora de um debate sério sobre a gama de estruturas de apoio referidas nesta seção, para que os instrumentos constitucionais possam ser utilizados com maior eficácia para remediar violações estruturais dos direitos humanos.

6. Conclusão

Este artigo explorou o problema exasperador da elaboração de medidas judiciais eficazes para remediar as disfunções estruturais de governança que levam a violações de direitos humanos em larga escala na África do Sul. Buscou-se demonstrar que a Corte Constitucional sul-africana desenvolveu uma série de ferramentas que podem ser utilizadas na elaboração de medidas destinadas a remediar violações estruturais de direitos humanos. O *Justice Froneman* desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento da medida de compromisso significativo, bem como de medidas de supervisão apoiadas por órgãos de monitoramento especializados. Tenho argumentado que essas duas vertentes do conjunto de decisões de remediação do *Justice Froneman* podem ser fundidas para elaborar os tipos de medidas estruturais participativas que têm se mostrado mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos em outras jurisdições. Embora não sejam uma panaceia, as medidas estruturais participativas são particularmente adequadas para casos que exigem uma gama de reformas políticas iterativas e participação dos titulares de direitos e de uma série de outras partes interessadas. Peritos independentes e órgãos de monitoramento, como os nomeados na decisão no caso *Black Sash I*, desempenham um papel vital em apoiar as Cortes, particularmente em relação ao monitoramento e avaliação dos processos e resultados participativos. O sucesso das medidas estruturais participativas também depende de uma série de estruturas de

²⁰⁹ M Heywood 'Social Justice Needs a Capable State – So What Is Civil Society Doing about It?' *Maverick Citizen: Tuesday Editorial* (7 setembro 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-09-07-social-justice-needs-a-capable-state-so-what-is-civil-society-doing-about-it/>.

apoio, incluindo o desenvolvimento das capacidades participativas das comunidades, dos servidores públicos e das organizações da sociedade civil; o aumento da receptividade e capacidade judicial; e o aprofundamento da nossa compreensão sobre os processos e desafios de governança.

O motivo condutor (*leitmotif*) da tomada de decisão participativa perpassa todo o conjunto de decisões do *Justice Froneman*. Medidas estruturais participativas para remediar disfunções de governança exigem que os órgãos relevantes do Estado se envolvam diretamente com as pessoas cujos direitos têm a obrigação de proteger e realizar. Elas abrem canais de responsabilização direta e aproveitam as capacidades coletivas para solução de problemas de uma série de partes interessadas. Esse modelo de tomada de decisão participativa também aumenta a legitimidade dos acordos coletivos alcançados. Em última análise, esses tipos de medidas participativas ajudam a aprofundar a democracia participativa que, como observou o *Justice Froneman* no caso *Albutt*, têm raízes profundas nas tradições e práticas africanas.²¹⁰

O estabelecimento de mecanismos para uma democracia participativa significativa em todas as esferas de governo pode ajudar a prevenir violações estruturais de direitos humanos e evitar a necessidade de litígios caros e demorados. No entanto, quando ocorrem casos de violações estruturais de direitos humanos, as Cortes devem usar as ferramentas à sua disposição para reivindicar os direitos relevantes. O conjunto de decisões do *Justice Froneman* tem dado uma contribuição vital para expandir o aparato para remediar violações estruturais de direitos humanos. Ao elaborá-lo, ele tem dado às comunidades empobrecidas e àqueles que apoiam suas lutas a esperança de que as medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos podem não ser tão impossíveis quanto inicialmente se imaginava.

²¹⁰ *Albutt* (nota 110 acima).