



MALCOLM LANGFORD

Pesquisador do *Norwegian Centre for Human Rights*, e Diretor, Escritório Internacional, Hakijami (*Economic and Social' Rights Centre*). Este artigo foi apresentado no Encontro Internacional sobre Estratégias da Rede-DESC, entre 1 a 4 de dezembro de 2008 em Nairóbi, e contou com a colaboração de organizações que coordenam a Base de Casos da Rede-DESC; a saber *Centre on Housing Rights and Evictions*, *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)* e *Social Rights Advocacy Centre*. O autor agradece os valiosos comentários de Aoife Nolan y Khulekani Moyo.

Email: malcolm.langford@nchr.uio.no.

## RESUMO

Do ponto de vista histórico, pode-se considerar notável a importância recentemente adquirida pelos direitos econômicos, sociais e culturais (ESC) na jurisprudência comparada e nas estratégias de litígio. Vislumbra-se hoje um processo, ao mesmo tempo, de ampliação e aprofundamento da exigibilidade destes direitos perante tribunais nacionais, o que, embora antes tenha se restringido a poucas jurisdições, hoje pode ser constatado em diversos países de todas as regiões e sistemas jurídicos do mundo. Embora esta tendência nos leve a duvidar de pressupostos tradicionais acerca da não-justiciabilidade dos direitos ESC, ainda restam certas questões conceituais, instrumentais e empíricas a serem respondidas. Este artigo procura apresentar uma visão geral sobre as causas para estas mudanças de cunho sociojurídico, sobre a natureza e o conteúdo da crescente jurisprudência acerca deste tema, sobre evidências empíricas e discussões referentes ao impacto desta jurisprudência, bem como sobre lições decorrentes de estratégias efetivas de litígio. Por fim, este artigo conclui com sugestões para que se possa avançar futuramente nesta seara.

Original em inglês. Traduzido por Thiago Amparo.

Recebido em Outubro de 2009. Aceito em Novembro de 2009.

## PALAVRAS-CHAVE

Justiciabilidade – Direitos sociais – Impacto – Litígio estratégico



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.  
Este artigo está disponível *online* em <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO ÂMBITO NACIONAL: UMA ANÁLISE SOCIO-JURÍDICA

Malcolm Langford

## 1 Introdução: A ascensão da justiciabilidade dos DESC perante cortes nacionais

Do ponto de vista histórico, pode-se considerar notável a importância recentemente adquirida pelos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) na jurisprudência comparada e nas estratégias de litígio. É difícil encontrar julgamentos e decisões sobre o tema na maior parte do século 20, embora a legislação e o direito administrativo já previssem toda uma série de direitos sociais exigíveis (ANNAN, 1988; KING, 2008). Poucos órgãos internacionais poderiam ser citados como importantes neste período como o Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho – OIT (FENWICK, 2008) ou algumas decisões isoladas em jurisdições nacionais como Alemanha, Estados Unidos e Argentina (ALBISA; SCHULTZ, 2008; ACKERMAN, 2004; COURTIS, 2008). Por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu que existe um direito a um nível básico de vida (*Existenzminimum*), e que as universidades deveriam utilizar o máximo de recursos disponível ao oferecer vagas de medicina (Alemanha, *Numerus Clausus I Case*, 1972).

Nas últimas duas décadas, temos testemunhado uma mudança radical. Os DESC parecem haver sido, em parte, resgatados das controvérsias em que estavam imersos, em especial em relação à sua legitimidade, legalidade e justiciabilidade, além de terem recebido, em muitas jurisdições, um lugar de maior destaque no que se refere às atividades de *advocacy*, no discurso de direitos e na jurisprudência (LANGFORD, 2008). Se fôssemos estimar quantas decisões invocaram DESC estabelecidos em normas constitucionais ou internacionais, chegaríamos a um número entre 100 e 200 mil decisões. Hoffman e Bentes (2008) estimam mais de 10.000 casos somente no Brasil. Padrões semelhantes a este podem ser verificados na Colômbia e Costa

---

Ver as notas deste texto a partir da página 132.

Rica (SEPÚLVEDA, 2008; WILSON, 2009). É provável que a tendência continue com a adoção em 2008 de um procedimento de denúncias e investigação sob o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), por parte da Assembléia Geral das Nações Unidas. Este Protocolo Facultativo poderia gerar um maior uso de ferramentas de litígio no âmbito interno, bem como reformas constitucionais, uma vez que exige que primeiro se esgotem os recursos internos, além de desempenhar um papel na promoção da conscientização sobre potencial justiciabilidade dos DESC (MAHON, 2008; LANGFORD, 2009).

A Índia é frequentemente reconhecida como a primeira jurisdição a desenvolver o que poderia ser chamado uma jurisprudência relativamente matura sobre DESC. Após o surgimento na década de 1970 de litígios de interesse público em casos sobre direitos civis e políticos, o direito à vida foi interpretado de forma ampla, incluindo uma série de direitos econômicos e sociais (DESAI; MURALIDHAR, 2000; INDIA, *Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India*, 1984). Em seu primeiro caso de direitos sociais em 1980, a Corte Suprema da Índia determinou que um município cumpra com a obrigação imposta por lei de fornecer água, saneamento básico e sistema de esgoto (INDIA, *Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others*, 1980). No entanto, as decisões e ordens da Corte Suprema, tem sido marcadamente conservadoras, em especial quanto aos direitos ao trabalho, moradia, e à terra, gerando um certo grau de ambigüidade no que diz respeito à experiência indiana (MURALIDHAR, 2008; SHANKA; MEHTA, 2008).

Alguns julgamentos posteriores da Corte Constitucional da África do Sul têm atraído a atenção internacional pela clareza da racionalidade das decisões e por se basear em direitos explicitamente reconhecidos pela constituição. Em *Grootboom*, um caso pioneiro, um grupo de residentes que estavam vivendo à beira de um campo de esporte apresentou uma petição defendendo que o seu direito à moradia estava sendo violado. A Corte determinou que as autoridades do governo não haviam tomado as medidas legislativas e outras que fossem *razoáveis*, dentro dos recursos disponíveis, para implementar progressivamente o direito à moradia, uma vez que os programas do governo não ofereciam auxílio emergencial algum àqueles que não possuíam acesso a um abrigo básico (ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000). Em decisões posteriores, a Corte ordenou a implementação de um programa para prevenir a transmissão, de mãe para filho, do HIV/AIDS (ÁFRICA DO SUL, *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, 2002), declarou a inconstitucionalidade da exclusão de migrantes dos benefícios da seguridade social (ÁFRICA DO SUL, *Mablaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*, 2004a) e, superando a tímida jurisprudência indiana sobre deslocamentos em áreas urbanas, emitiu ordens relativamente concretas em seis casos diferentes para impedir deslocamentos urbanos e assegurar o acesso a programas de reassentamento (ÁFRICA DO SUL, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b; *Jaftha vs. Schoeman and others*, 2005b; *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*, 2005b; *Van Rooyen vs. Stoltz and others*, 2005a; *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Ao mesmo tempo, vários julgamentos, como o do caso *Mazibuko* sobre o direito à água (ÁFRICA

DO SUL, *City of Johannesburg and Others vs. Lindiwe Mazibuko and Others Case*, 2009), sustentam a opinião daqueles que criticam a Corte dizendo que seu enfoque de razoabilidade é por demais frágil em relação às obrigações positivas do Estado, além de ser excessivamente deferente ao Estado (PIETERSE, 2007).

Estas experiências na Índia e na África do Sul simbolizam uma tendência mais ampla e contemporânea de aumento do uso de ferramentas de litígio na América Latina e na Ásia Meridional e, em menor medida, na Europa, América do Norte, Filipinas, e em alguns países africanos (COOMANS, 2006; GARGARELLA, DOMINGO Y ROUX, 2006; LANGFORD, 2008; ICJ, 2007; ODINDO, 2005, MUBANGIZI, 2006). Para ilustrar com um exemplo de uma destas jurisdições, a Corte Constitucional da Colômbia tem utilizado a ação de tutela para emitir milhares de decisões que asseguram o acesso imediato a medicamentos a pessoas vivendo com HIV/AIDS, benefícios de previdência social para indigentes, além de auxílio alimentação para mulheres grávidas sem condições financeiras e desempregadas (SEPULVEDA, 2008). Para abordar as violações sistemáticas de direitos econômicos e sociais, a Corte também desenvolveu a doutrina da “situação inconstitucional” para lidar com violações sistemáticas de direitos econômicos e sociais, como a situação de pessoas internamente deslocadas ou o sistema de saúde disfuncional (YAMIN; PARRA-VERA, 2000).

Embora o foco deste trabalho seja o litígio no âmbito nacional, o aspecto internacional desta questão não poderia ser deixado de lado. Têm se utilizado mecanismos internacionais e regionais e a jurisprudências destes órgãos têm modelado a interpretação dos DESC no âmbito nacional (M. BADERIN, 2007; LANGFORD, 2008b). Por exemplo, a decisão do Comitê Europeu de Direitos Sociais sobre trabalho infantil no caso *Comissão Internacional de Juristas v. Portugal* teve um impacto significativo sobre o direito e a prática em Portugal (COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS, *ICJ vs. Portugal*, 1999). A decisão da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, no caso *SERAC v. Nigéria* é importante por articular de maneira clara as obrigações dos Estados Africanos com relação aos DESC e, embora não tenha sido em grande medida implementada, apresenta diretrizes para a região e os próximos litígios sobre o tema na Nigéria (COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, *Purohit and Moore vs. The Gambia*, 2003)<sup>1</sup>. Até mesmo a Corte Internacional de Justiça tem entrado nesta seara, decidindo que o Estado de Israel violou o PIDESC e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) ao construir o muro de “segurança” e o regime a ele associado (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004). Além dos mecanismos internacionais de direitos humanos, há uma crescente intervenção de movimentos e organizações da sociedade em instrumentos de resolução de controvérsias envolvendo investimentos internacionais, juntamente com o uso do Painel de Inspeção do Banco Mundial e de procedimentos de denúncias das diretrizes da OECD para empresas multinacionais, apesar de seus poderes limitados (PETERSON, 2009; CLARK, FOX & TREAKLE, 2003; CERNIC, 2008).

Este esboço não possui como objetivo traçar um panorama simplista e otimista sobre o tema. Uma quantidade significativa dos Estados, muitos do Sudeste

Asiático, Oriente Médio e Ocidente, têm se negado a constitucionalizar os direitos econômicos, sociais e culturais de maneira que os torne judicializáveis. Isto ocorre apesar do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (Comitê DESC) insistir de maneira veemente que todos os Estados devem promover estas mudanças legislativas, conforme indica o Comentário Geral N. 9, além de fazer recomendações especiais a alguns Estados, como Canadá, Reino Unido e China, ao longo da revisão periódica de seus relatórios (NAÇÕES UNIDAS, 1998; 2002; 2005; 2006). Em outras jurisdições, persistem as objeções filosóficas à justiciabilidade dos DESC, mesmo naqueles estados em que esta justiciabilidade é estabelecida pela própria constituição. A Irlanda é um bom exemplo desta situação (NOLAN, 2008). Na decisão do caso *O'Reilly*, que logo foi ratificada pela Corte Suprema da Irlanda, Costello, Ministro da Corte, declarou que “nenhum árbitro independente, como um tribunal, pode julgar um caso em que se afirma que uma pessoa tenha sido privada do que lhe corresponde” se isto pressupõe decidir sobre a distribuição de recursos públicos para o bem comum (IRLANDA, *O'Reilly*, 1989). Os tribunais do Leste Europeu também têm mostrado semelhante grau de conservadorismo ou o que poderia ser chamado de ativismo neo-judicial. Não estou sugerindo que deveriam ser desconsideradas objeções democráticas ou institucionais sobre o papel das cortes. Em alguns casos ou jurisdições, pode-se ter ido longe demais. Certas doutrinas, como a da separação de poderes, deveriam estabelecer limites para as cortes, embora a questão para muitos seja justamente onde traçar tais limites e se inovações jurisprudenciais, procedimentais ou em relação aos remédios judiciais oferecidos podem responder, na prática, a estas preocupações.

Este artigo procura oferecer um panorama sócio-jurídico sobre a exigibilidade dos DESC no âmbito nacional formulando algumas perguntas sobre suas origens, conteúdo, impacto e estratégias. O ponto de partida deste artigo são as questões que podem ser de particular importância para operadores do direito e movimentos sociais, sem esgotar, entretanto, outras questões de teoria jurídica ou política. A segunda parte deste artigo identifica algumas razões para o surgimento da jurisprudência sobre os DESC e quais obstáculos os defensores de direitos humanos continuam a enfrentar em diversas jurisdições nacionais. Na terceira parte, são analisadas as tendências existentes na jurisprudência utilizando certas categorias, ao passo que na quarta parte as evidências cada vez maiores do impacto gerado por este litígio. A quinta parte apresenta algumas lições-chaves sobre estratégias de litígio, em especial sob o olhar de defensores de direitos humanos. A última parte do artigo repassa brevemente algumas estratégias que poderiam ser efetivas para movimentos e organizações nesta seara.

## 2 Razões para o avanço do litígio sobre DESC

De acordo com um pressuposto comumente aceito no meio jurídico, o volume de litígio sobre DESC é conseqüência da *estrutura jurídica*. Neste sentido, o aumento na quantidade de casos sobre DESC está relacionado claramente com o avanço da constitucionalização dos DESC (SIMMONS, 2009), particularmente na América Latina, Leste Europeu, África e, em menor grau, no Ocidente. No entanto, a jurisprudência sobre DESC não tem emergido, uniformemente, nestas jurisdições,

além de também surgir em outros países que apresentam maiores restrições à justiciabilidade, como, por exemplo, os países da Ásia Meridional.

Charles Epp (1998) procura explicar este fenômeno de maneira diversa, afirmando que o avanço das “revoluções de direitos” (de todos os direitos) por via judicial tem como base a *configuração da sociedade civil*. Epp afirma que “a atenção e o reconhecimento judiciais dos direitos individuais, de forma mais consolidada, surgiu principalmente da pressão de baixo, não de líderes”. Ele destaca “o esforço cauteloso e estratégico de defensores de direitos” que somente foi possível graças ao “suporte institucional para a mobilização jurídica, composto de organizações de defesa de direitos, advogados dedicados à promoção de direitos (...) e fontes de financiamento”. Sem dúvida, no âmbito dos DESC, a maior parte dos casos de grande impacto e dos casos que motivaram o estabelecimento de novos precedentes jurisprudenciais foram apresentados por movimentos sociais, comunidades indígenas, organizações de direitos humanos e de mulheres, bem como grupos que trabalham pelos direitos de crianças, migrantes, minorias, pessoas com deficiência e pessoas que vivem com HIV/AIDS, com um grau considerável de coordenação e suporte. Estes novos atores não-estatais somam-se ao movimento sindical tradicional e, em geral, estão mais dispostos a utilizar os tribunais como instrumentos de mudança social. Em alguns casos, este movimento é formado por “esquerdistas” que tendem a defender “modelos mais reformistas baseados em direitos” (GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006), porém também é formado por organizações tradicionais de direitos civis e políticos que tem incorporado em sua agenda cada vez mais os direitos sociais.

No entanto, casos como o da Costa Rica levantam dúvidas sobre o poder explicativo desta tese. O litígio, neste país, tem proliferado mesmo na ausência de uma estrutura significativa de apoio à mobilização pela via judiciária (WILSON, 2009). Na América Latina e Ásia Meridional, muitos casos têm sido iniciados por petições apresentadas diretamente por particulares e pequenas comunidades que atuam independentemente de qualquer estrutura de suporte à mobilização pela via judiciária. Desta forma, o recurso a tribunais como reação a violações de direitos humanos, incluindo DESC, não pode ser explicado por meio da referência a um único fato. Diversos Estados, com garantias judicializáveis similares, têm seguido trajetórias ímpares (LANGFORD, 2008b). Gauri e Brinks (2008, p. 14) destacam o raciocínio estratégico dos atores relevantes nesta seara: “Os potenciais litigantes, por exemplo, avaliam suas capacidades de ação jurídica e o possível benefício de apresentar, alternativamente, uma ação no âmbito político (ou mesmo ainda recorrer ao mercado)”. Para identificar os meios que podem incentivar a exigibilidade dos direitos sociais, faz-se necessário compreender os fatores múltiplos que levam ao êxito ou ao fracasso essas estratégias. Obviamente, assegurar a inclusão dos direitos DESC como direitos constitucionais e exigíveis, bem como construir uma sociedade civil com financiamentos suficientes e organizada tendem a aumentar a probabilidade de sucesso, sem, no entanto, serem fatores decisivos. Os dois fatores apresentados a seguir parecer ter igual importância.

O primeiro fator é a *configuração institucional* do sistema jurídicos, particularmente a disponibilidade dos tribunais, suas regras processuais, a orientação dos juízes, a existência da jurisprudência sobre direitos civis e políticos. Muitas vítimas

de violações enfrentam sérios obstáculos simplesmente para ter acesso ao sistema judiciário. Este é um problema especialmente grave em zonas periféricas de centros urbanos e em zonas rurais. Segundo um estudo realizado na África do Sul, apenas 1% das evicções de moradores rurais foram acompanhadas de um procedimento judicial, apesar da Constituição sul-africana exigir uma ordem judicial para qualquer desalojamento (SOCIAL SURVEY AFRICA, NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION, 2005). Essa brecha no acesso se agrava com a falta da assistência jurídica<sup>2</sup> dedicada e acessível e a corrupção do sistema judiciário. No Camboja, muitos têm ressaltado a inutilidade das estratégias jurídicas, devido à corrupção sistêmica do poder judiciário. No entanto, cabe destacar que os defensores de direitos humanos, atualmente, têm utilizado estratégias de litígio em face da aparente ausência de outros recursos ou de estratégias alternativas.

Outras jurisdições se caracterizam por possuir regras processuais complexas e inflexíveis exigindo um elevado ônus de prova dos litigantes, uma aversão a procedimentos coletivos ou de interesse público e a formas de produção de provas ou pedidos inovadores (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2008). Alguns destes problemas têm sido abordados. Os tribunais da Índia, Paquistão, Bangladesh, Sri Lanka e Nepal, bem como os tribunais de Costa Rica e Colômbia têm desenvolvido procedimentos de litígio de interesse público que facilitam pedidos individuais e coletivos; por exemplo, ações podem ser iniciadas com uma simples petição (até mesmo via postal) e os tribunais desempenham um papel mais ativo. As constituições de Argentina, Hungria, Nigéria e outros países permitem ações coletivas, ao passo que a Corte Constitucional da Colômbia têm adotado a prática de agrupar ações semelhantes se considerar que se trata de uma situação geral inconstitucional. No entanto, estes tribunais diferem em sua capacidade de lidar com uma carga de trabalho cada vez maior. Os tribunais da Colômbia e Costa Rica têm tido um melhor desempenho do que seus pares da Índia na tramitação de dezenas de milhares de casos, ao passo que a Suprema Corte do Paquistão tem restringido o procedimento de admissibilidade como resultado desta situação de sobrecarga. A Comissão Internacional de Juristas (2008) também observa que nos sistemas continentais [*civil law*], o Estado tem certos privilégios processuais sobre os particulares. Outros argumentam que sistemas tradicionais de direito continental podem estar mais bem preparados do que o sistema anglo-saxão [*common law*] para proporcionar soluções simples e rápidas a casos de autores privados. No entanto, ordens de provimento judicial imediato podem levar tribunais a ignorarem outros potenciais beneficiários, bem como limitações de recurso que poderiam gerar maiores dilemas éticos, jurídicos e institucionais (HOFFMAN y BENTES, 2008), a menos que se leve em conta procedimentos altamente desenvolvidos (ROACH, 2008).

A orientação ou preferências dos juízes também são fatores decisivos. Alguns interpretam os DESC ou parâmetros com relação a estes direitos a partir de um foco teleológico, enquanto outros têm permanecido mais ‘conservadores’, mesmo diante de direitos explicitamente judiciáveis. Um terceiro grupo de juízes parece simplesmente desconhecer a existência de parâmetros e jurisprudência sobre direitos humanos. Estas disparidades são observadas entre as diferentes regiões de um mesmo país; os juízes em áreas afastadas das zonas urbanas tendem a estar menos familiarizados

com os direitos humanos e serem mais conservadores. Esta tendência não é estática. Em um caso inovador sobre o direito à moradia na África do Sul, o autor, advogado, enviou com antecedência à residência do juiz diversos livros sobre o tema, o que parece ter tido certo efeito sobre a decisão final (ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000). Ademais, o poder judiciário tem procurado preservar a sua legitimidade em face do Poder Executivo, que, em geral, possui o poder de nomear os juízes, bem como procura assegurar a implementação das decisões tomadas. Para tanto, as decisões judiciais, em alguns casos, podem ser compreendidas como parte de uma interação histórica mais ampla entre os distintos órgãos do Estado (ROUX, 2009). Esta variável da cultura judicial também é influenciada pelas visões mais gerais sobre a natureza e o alcance dos direitos humanos. Nos países em que os DESC não fazem parte da mitologia fundadora da constituição (em especial, o que diz respeito às constituições anteriores a 1980), estes discursos sociais mais amplos surgem como questões relevantes no âmbito dos tribunais.

Outro fator institucional relevante parece ser a existência da jurisprudência sobre direitos civis e políticos. É mais provável que os tribunais que se sentem confortáveis com o raciocínio jurídico e forma de aplicação de normas de direitos humanos também apliquem este raciocínio ao lidar com os DESC. A proteção adequada dos direitos civis e políticos também contribui para as condições favoráveis para os litígios de direitos sociais, como a liberdade de expressão, processos judiciais efetivos e certo grau de atenção à efetividade dos remédios judiciais. No entanto, o contrário também é possível. Morka (2003) destaca que os litígios pelos DESC na Nigéria durante a ditadura eram melhor recebidos do que os casos sobre direitos civis e políticos (MORKA, 2003, p. 113). Na China, observa-se um fenômeno similar atualmente (TANG, 2007).

Um último conjunto de fatores diz respeito ao *grau de efetividade dos direitos sociais e econômicos*, no limite do máximo de recursos de que dispõe o Estado. A receptividade do poder judiciário a casos relacionados com direitos sociais, particularmente referentes a obrigações positivas, em geral depende de evidências claras da falta de cumprimento por parte do Estado ou de particulares de suas obrigações. O sofrimento desumano em razão da negativa do Estado de dar cumprimento à sua própria legislação e políticas têm gerado grande parte da jurisprudência inovadora em países como África do Sul, Estados Unidos, Índia e Colômbia, mas pode ser uma das razões pelas quais os litígios têm sido pouco frequentes em Estados como Noruega, por exemplo. Como observam paradoxalmente Gauri e Brinks, no âmbito dos direitos econômicos e sociais, os tribunais, frequentemente, atuam como “atores pró-majoritários”, no sentido de que “suas ações estreitam a brecha existente entre os anseios sociais amplamente compartilhados e políticas incompletas ou embrionárias por parte do governo; ou, ainda, entre as ações de empresas privadas e os compromissos políticos assumidos” (GAURI Y BRINKS, 2008, p. 28). Portanto, os casos que abordam o descumprimento sistemático e antigo de obrigações em matéria de DESC possuem maiores chances de êxito quando se trata de uma ineptidão política clara. Uma outra explicação para tanto, embora complementar, seria que, em países com altos níveis de desigualdade social estrutural, é muito difícil para os grupos e

indivíduos marginalizados fazer uso efetivo dos mecanismos de representação. Nestas circunstâncias, pressupondo que os tribunais preservam certo grau de independência, é pouco provável que sejam demasiadamente condescendentes com legislaturas ou executivos elitistas ou majoritários.

### 3 Avanços substantivos quanto à lei e os remédios judiciais e obstáculos conceituais

Se considerarmos a própria jurisprudência, poderíamos notar que um de seus principais 'êxitos' é que seu peso acumulado contribuiu para contestar duas objeções filosóficas antigas à justiciabilidade dos DESC. Estas objeções foram bem expressas por Vierdag que, de forma um tanto circular, ressalta que: (1) *os DESC não são direitos legais*, por não serem inerentemente judicializáveis; e (2) *os DESC não são judicializáveis*, porque envolvem temas de *política e não de direito*. Ao expor sua tese, Vierdag apresentava um exemplo típico e bem conhecido: "a aplicação destas normas [do PIDESC] é uma questão política, não uma questão de direitos", uma vez que um tribunal deve priorizar recursos "ao conceder ou negar a uma pessoa um trabalho, moradia ou educação" (VIERDAG, 1978, p. 69).

Estas críticas conceituais possuem agora um peso menor. Comentaristas como Dennis e Stewart (2004, p. 462) reconhecem que a justiciabilidade é possível mesmo quando ela não lhes parece pessoalmente desejável. Isso se deve à postura de muitos juízes que têm refutado o primeiro argumento, reconhecendo que a inclusão dos DESC em constituições e no direito internacional implica, *ipso facto*, que os direitos são legais. Como afirmou um tribunal: "os direitos sociais e econômicos estão expressamente incluídos na Carta de Direitos; não é aceitável dizer que estes direitos somente existem no papel (...) os tribunais estão obrigados pela Constituição a assegurar que estes sejam protegidos e cumpridos". Ao abordar a diferença entre direito e política expressada na segunda objeção aos DESC, muitos tribunais têm transcendido considerações mais abstratas para aplicar ou adaptar princípios jurídicos existentes a casos específicos. A Corte Constitucional da África do Sul, por exemplo, invoca, portanto, um enfoque gradual clássico do direito anglo-saxão e afirma no caso *Grootboom*: "A questão, portanto, não é se os direitos sociais e econômicos são judicializáveis em face da nossa constituição, mas sim como aplicar estes direitos em um caso específico" (ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000).

Há outras objeções filosóficas e jurídicas que são mais recorrentes e apresentaram razões para determinar os limites ou a forma pela qual a justiciabilidade dos DESC se dará. A primeira delas é a afirmação de que a justiciabilidade dos DESC é *ilegítima do ponto de vista democrático*, o que não se limita necessariamente a direitos sociais e econômicos (WALDRON 2006; BELLAMY 2008). A revisão judicial dos direitos humanos, em especial a revogação de leis, continua a ser um tema controverso em alguns âmbitos. Os DESC tradicionalmente têm sido considerados uma preocupação adicional, dado que exigem que o Poder Legislativo e o Executivo legislem ou estabeleçam prioridades de gastos e políticas públicas. Esta preocupação com as conseqüências dos DESC para a doutrina da separação de poderes, uma das

preocupações recorrentes na teoria democrática, levou um tribunal a declarar que “se os juízes tiverem que realizar tais tarefas, formulando em detalhes as políticas em casos individuais ou em geral e, portanto, dando prioridade a certas áreas da política em detrimento das demais, estariam excedendo as funções a que lhes correspondem” (IRLANDA, *Sinnott*, Justice Hardimann, para. 375-377, 2001)<sup>3</sup>.

A idéia de que a democracia está ameaçada pela justiciabilidade dos direitos humanos tem sido amplamente debatida na ciência política e na teoria do direito. Podem-se encontrar alguns argumentos contra esta objeção em: FABRE, 2000; GARGARELLA, 2006; BILCHITZ, 2007. Estes argumentos, frequentemente, baseiam-se na teoria democrática tradicional (por exemplo, ao afirmar que a revisão judicial dos direitos sociais complementa a democracia de natureza parlamentar ao levar em consideração as minorias e permite aos cidadãos e residentes participar efetivamente no processo democrático, por meio de um acesso adequado à educação, alimentação e etc.); apresentam argumentos substantivos (por exemplo, os DESC devem ser protegidos na qualidade de direitos fundamentais igualmente aos direitos civis e políticos) ou, por fim, procuram ressaltar o papel especificamente jurídico ou deliberativo do Poder Judiciário (sua função de demandar prestação de contas dos outros poderes e não de formular políticas e sua capacidade de servir como fórum para que as pessoas interajam com o Estado com relação aos seus direitos fundamentais de forma mais ponderada). Estas considerações aparecem na jurisprudência, embora gerando resultados diversos. A Corte Federal da Suíça justificou derivar o direito a uma subsistência mínima a partir de uma série de direitos civis e políticos, em parte, com base em argumentos democráticos e substantivos: “A garantia de que as necessidades humanas vitais, como alimento, vestimenta e abrigo, serão satisfeitas é uma condição para a existência e desenvolvimento humanos como tais. Ao mesmo tempo, trata-se de um componente indispensável de um sistema de governo constitucional e democrático” (SUÍÇA, *V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995). Ademais, estabeleceu limites jurídicos estreitos, declarando que interviria apenas caso antes ficasse demonstrado que o Estado havia descumprido seu dever de fornecer um nível mínimo de assistência social para que todas as pessoas, que residem em seu território, possuam um nível de vida adequado (SUÍÇA, *V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995).

A segunda objeção persistente é *institucional*, segundo a qual todos os juízes não possuem capacidade para esta tarefa, já que não apenas carecem dos conhecimentos específicos necessários e de informação sobre questões econômicas e sociais relevantes, como também não estão em posição de resolver as questões políticas em conflito, tampouco lidar com as conseqüências políticas decorrentes de suas decisões. Estas são, claramente, limitações reais. No entanto, pode se argumentar que elas são, em grande parte, relativas e não objeções absolutas. Todas as áreas do direito pressupõem certo nível de conhecimentos específicos e as instituições com funções judiciais têm respondido a este desafio de falta de informação fazendo uso de órgãos especializados, peritos e petições de *amicus curiae*, um fenômeno que tem sido adotado no âmbito de casos sobre DESC. Scott e Macklem (1992) tratam este problema a partir de uma perspectiva positivista, ao argumentar que a justiciabilidade dos direitos sociais desempenha um papel importante ao colocar em domínio público informação que,

em geral, pode não estar disponível ao legislativo: violações concretas de direitos, em especial de grupos marginalizados. Horowitz (1977) ressalta que este argumento, em parte, perde força pelo fato de que os tribunais também tendem a olhar para o passado, ao utilizar precedentes como evidências.

O desafio aparentemente real é o dilema “policêntrico”, como o chamou Lon Fuller (1979), que argumenta que o Poder Judiciário não pode e não deve ocupar-se de situações que tenham repercussão complexas para além das partes e dos fatos perante o tribunal. Críticos da justiciabilidade dos direitos sociais em geral temem que uma decisão judicial que aloque mais recursos para moradia, por exemplo, ponha em perigo o financiamento da saúde ou da polícia (VIERDAG, 1978). O problema destes artigos é que praticamente todas as áreas da justiciabilidade implicam questões policêntricas (KING, 2008). Não obstante, esta objeção têm gerado inovações judiciais e não, como se temia, ativismo ou resignação por parte dos tribunais. A primeira destas abordagens inovadoras é o uso de princípios jurídicos claramente definidos, como razoabilidade, ou a adaptação de procedimentos ou remédios judiciais (CHAYES, 1976; ROACH, 2008). Por exemplo, a ordem da Suprema Corte do Canadá, no caso *Eldridge c. British Columbia*, sobre o fornecimento de serviços de interpretação a pacientes surdos em hospitais, estabeleceu que: “Uma sentença declaratória, diferentemente de uma medida cautelar, é o remédio adequado neste caso, já que o governo possui uma quantidade incontável de opções para retificar a inconstitucionalidade do sistema atual. Não faz parte da função desta Corte determinar como isto se dará” (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

### *3.1 Revogando e limitando direitos*

Em algumas jurisdições, a maioria dos casos sobre DESC reflete outros casos sobre direitos civis e políticos. Isto tem ocorrido em reivindicações antigas por direitos trabalhistas no que diz respeito à liberdade sindical e a demissões injustificadas, embora os tribunais tenham cada vez mais revisto leis sobre o tema. No caso *Aquino*, a Suprema Corte da Argentina revogou uma lei de 1995 que restringia fortemente as indenizações por acidentes de trabalho sob o argumento de que esta violaria toda uma série de normas internacionais, incluindo o PIDESC (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. sl'accidentes ley 9688*, 2004). Mais recentemente, tem crescido significativamente o número de casos relacionados com a negação de acesso a cuidados médicos, ao sistema educacional e à previdência social, sobre deslocamentos forçados e interrupção de serviços básicos ou interferência com o exercício de direitos culturais, em particular de povos indígenas (veja um panorama geral sobre tema em LANGFORD, 2008b). Em muitos casos, os tribunais exigem tanto uma justificativa substantiva quanto o respeito ao devido processo antes que interesses sociais e econômicos essenciais sejam afetados. Por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia ordenou a interrupção da exploração de recursos naturais em territórios indígenas por violações dos direitos de povos indígenas a terras tradicionais, bem como com base em direitos à diversidade étnica e cultural e identidade cultural (SEPÚLVEDA, 2008, p. 158). Alguns casos têm diretamente sobreposto estes argumentos aos direitos civis e políticos. A Suprema Corte de

Bangladesh (BANGLADESH, *Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others vs. Government of Bangladesh and Others*, 2000) determinou que o deslocamento forçado de um grande número de profissionais do sexo e de seus filhos viola seu direito à vida, o que inclui o direito à subsistência e o direito a não ser submetido à busca e apreensão forçadas em seu domicílio.

Embora estes casos possam parecer conceitualmente claros, nota-se que eles desafiam interesses poderosos quanto à autoridade do Estado e interesses econômicos. O resultado é que a jurisprudência nem sempre é coerente. O caso *Repressa Narmada* na Índia é um bom exemplo da resistência do tribunal em dar cumprimento a sua própria decisão em que ordenou uma indenização ou outra forma de subsistência para as pessoas deslocadas (INDIA, *Narmada Bachao Andolan vs. Union of India*, 2000). A jurisprudência também parece sofrer a influência de dois outros fatores. Em primeiro lugar, as características dos autores destas ações. Se as violações afetam a grupos considerados ilegais em função da legislação nacional – por exemplo, pessoas que vivem e trabalham no mercado informal – a resposta do sistema judiciário em alguns países, por vezes, pode ser menos favorável, ao passo que em outros pode ocorrer justamente o oposto se os tribunais e a sociedade consideram que o grupo em questão necessita de uma maior proteção. Em segundo lugar, e ainda relacionado com o primeiro fator, nota-se que naqueles países em que os DESC foram incorporados expressamente pela Constituição, a natureza das decisões emitidas é mais sólida. Na jurisprudência da Ásia Meridional, prover moradias alternativas no caso de deslocamento forçado, é frequentemente formulado como um pedido de remédio judicial (INDIA, *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, 1985). Contudo, em uma série de casos na África do Sul, onde o direito à moradia e a garantia contra deslocamento forçado é constitucionalmente reconhecido, os tribunais têm exigido uma maior justificativa para os deslocamentos e a conseqüente geração de novos desabrigados (ÁFRICA DO SUL, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b): “Em termos gerais, no entanto, um tribunal deveria ser relutante a determinar o deslocamento de pessoas que ocupam de maneira relativamente estável um local, a menos que tenha conhecimento acerca da disponibilidade de uma alternativa razoável, mesmo que seja uma medida provisória até o acesso definitivo à moradia em um programa habitacional formal”. Portanto, a estratégia de litígio deverá levar em consideração o equilíbrio de poder, o direito e as normas morais vigentes que possam influir sobre as classes médias e os poderes judiciais conservadores.

Estes testes substantivos e processuais também estão sendo adotados para proteger não somente os bens, recursos, posições e locais pertencentes a pessoas, comunidades e associações, mas também a manutenção de programas e serviços governamentais. No âmbito internacional, o desmantelamento de programas ou serviços sociais é considerado uma ‘medida regressiva’ e exige que sejam explicitamente considerados os recursos disponíveis em um Estado, além de outras questões substantivas e processuais (NAÇÕES UNIDAS, 1990). Em Portugal, a decisão do governo de pôr fim ao Serviço Nacional de Saúde e aumentar a idade de ingresso no programa de renda mínima foi considerada uma medida regressiva que violou o direito à saúde e à previdência social, respectivamente (PORTUGAL, *Acórdão nº39/84*, 1984a; *Acórdão nº 509/2002*, 1984b). No entanto, estes casos não são muitos e é importante

explorar o porquê: o problema é dispor de “provas suficientes” em um período curto de tempo e, muitas vezes, politicamente turbulento? É mais provável que tribunais tenham para com os governos alto grau de deferência se for alegado que um país está em recessão, por exemplo, ou necessita adotar um novo modelo econômico? Ou se trata do receio que defensores de direitos possuem de ingressar nessa seara? Pensemos no argumento inovador do caso sul-africano, *Florence Mahlangu vs. The Minister For Social Development*, no qual os autores argumentaram que negar estender subsídio para pessoas entre 15-18 anos viola o princípio de implementação progressiva dos direitos.

### 3.2 Limites ao poder de atores privados

Casos sobre DESC estão cada vez mais relacionados com ações de atores não-estatais: desde empresas multinacionais<sup>4</sup> a novos fornecedores de serviços sob a forma de parcerias público-privadas, bem como familiares e líderes tradicionais. Embora a normativa de direitos humanos esteja claramente muito centrada no papel do Estado, algumas constituições e leis permitem a apresentação de demandas diretamente contra atores privados, ao passo que alguns órgãos com competência jurisdicional têm focado no papel de proteção que possui o Estado. Sobre o primeiro grupo, muitos casos dizem respeito ao direito ao trabalho, onde o papel de atores privados é significativo em economias de mercado. A Corte Constitucional da Colômbia determinou que um empregador violou o direito ao trabalho por despedir um empregado logo depois que seu exame de HIV deu positivo e ordenou o pagamento de uma indenização (COLOMBIA, *SU-256*, 1996). No caso *Slaight Communications*, a Suprema Corte do Canadá afirmou que a decisão de um árbitro trabalhista privado deve respeitar a Constituição Canadense, que deve interpretar, de forma mais ampla possível, levando em consideração os direitos contidos no PIDESC (CANADÁ, *Slaight Communications Inc. vs. Davidson*, 1989). No caso *Vishaka v. Estado de Rajasthan*, sobre assédio sexual no ambiente de trabalho, o sistema judiciário da Índia recorreu à CEDAW em busca de diretrizes que permaneceriam vigentes até que o Parlamento sancione uma lei adequada sobre o tema (ÍNDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997).

Com relação à segunda forma, por meio da obrigação de proteger, podemos mencionar exemplos como o primeiro caso decidido pelo Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Em *A.T. v. Hungria* (NAÇÕES UNIDAS, 2003), o Comitê fez recomendações amplas em um caso de violência doméstica, incluindo a reforma da legislação e o fornecimento de serviços de assistência social e de auxílio moradia. No caso *Comunidades Indígenas Maya*, a Comissão Interamericana determinou que Belize violou os direitos à igualdade e à propriedade de populações mayas por ter permitido o desmatamento e a exploração pela indústria de minério, sem consentimento ou sem qualquer processo de consulta com a população local (CIDH, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize*, 2005). Em *Tatad vs. Secretary of the Department of Energy*, a Suprema Corte da Filipinas revogou uma lei de desregulamentação que havia desobrigado as três principais empresas petrolíferas de solicitar permissão para a autoridade reguladora para aumentar os preços. Invocando o direito à eletricidade, a Corte advertiu que um aumento nos preços do petróleo

ameaçaria “multiplicar a quantidade de pessoas corcundas e pedintes” e declarou que não poderia “ignorar seu dever de revogar uma lei que viola a constituição” apesar de que esta lei constitui uma “decisão econômica do Congresso” (FILIPINAS, *Tatad vs. Secretary of the Department of Energy*, 1997). A Corte também apontou que o governo poderia ter atingido o mesmo resultado por meio de uma emenda legislativa, o que fez prontamente.

No entanto, existem diversos obstáculos nesta seara. Em primeiro lugar, casos envolvendo a aplicação horizontal de direitos tendem a ser contratuais e se basear na legislação sobre indenização civil, o que pode ser suficiente para o caso em questão, porém somente em alguns casos normas de DESC previstas na constituição ou em outras leis são efetivamente utilizadas (por exemplo, a lei sobre discriminação), para assegurar que tais normas ou princípios sempre protejam os direitos humanos. Em segundo lugar, os processos de privatização parecem ser questionados com menor frequência do que poderia se pensar, embora outros casos no Egito e Sri Lanka possam ser mencionados, onde processos de privatização do setor de saúde e de abastecimento de água foram interrompidos, em parte, em função de decisões judiciais (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. slaccidentes ley 9688*, 2004). Isto se deve à celeridade e à pouca publicidade com que estes processos se desenrolam e, portanto, à dificuldade de preparar argumentos substantivos. Dado que os direitos humanos, em geral, são considerados neutros quanto à escolha do sistema econômico, carece-se de provas que demonstrem que a privatização afeta negativamente direitos econômicos e sociais, o que, em geral, somente está disponível depois que a privatização é concretizada. Não obstante, alguns movimentos sociais e alguns governos tem feito um uso livre de argumentos mais criativos baseados na obrigação de proteger, com o objetivo de impedir processos de privatização litigando por parâmetros mínimos que, ao final, acabam por dificultar regras que prevêm a geração de lucros (ARGENTINA, *Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. slaccidentes ley 9688*, 2004), ou ainda questionando processos de privatização destacando o seu caráter pouco participativo, além de outros argumentos de ordem procedimental (ÁFRICA DO SUL, *Nkonkobe Municipality vs. Water Services South Africa (PTY) Ltd & Ors*, 2001b).

Em terceiro lugar, os remédios judiciais podem ser mais difíceis de formular no caso dos DESC. Na África do Sul, os deslocamentos por parte dos proprietários são cada vez mais questionados sob o argumento de que violam o direito à moradia, porém atores privados argumentam que não se está respeitando o seu direito à propriedade que as obrigações que dizem respeito ao direito à moradia recaem sobre o Estado. A solução a que se recorre com maior frequência consiste em incluir o governo como terceiro modo de obrigá-lo a explicar os avanços em seu programa habitacional e a fornecer moradia alternativa no caso de despejos (ÁFRICA DO SUL, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) ou, como ocorreu em um caso, pagar uma indenização ao dano à propriedade (ÁFRICA DO SUL, *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Other*, 2005b). Quarto lugar, a proteção aos direitos humanos nem sempre é aplicável caso as leis limitem as obrigações de atores públicos. Por exemplo, as regras para determinar se um prestador privado de serviço é uma autoridade pública ou

não no Reino Unido e, portanto, se está submetido ao *Human Rights Act* têm sido interpretadas de forma conservadora (REINO UNIDO, *Donoghue vs. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd*, 2002a). Não obstante, no caso *Eldridge* no Canadá, a Corte determinou que hospitais, embora sejam não governamentais, constituem fornecedores de serviços de saúde financiados com fundos públicos e oferecem um programa integral de saúde em nome do Estado e, portanto, estão obrigados a respeitar o direito à igualdade estabelecido na Constituição Canadense (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

### 3.3 Exigindo que o Estado dê efetividade aos direitos

Como já dito, o fato dos tribunais ordenarem que Estados e outros atores adotem medidas positivas ocupa o cerne do debate sobre justiciabilidade dos DESC. A jurisprudência atual sobre o tema contém uma série de respostas práticas a estes dilemas, que são um reflexo, em grande medida, da tendência em direitos civis e políticos de impor obrigações positivas (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Airey vs. Ireland*, 1979). De maneira geral, muitos juízes tendem a exigir o cumprimento das duas obrigações estatais chaves identificadas no Comentário Geral No. 3 do Comitê DESC (NAÇÕES UNIDAS, 1990)<sup>5</sup>, ou de uma delas. Estas são a obrigação de *adotar medidas* adequadas para implementar progressivamente a plena realização dos direitos dentro dos recursos disponíveis e a obrigação mínima de assegurar que pelo menos os *níveis mínimos* de cada direito sejam atingidos, recaindo sobre o Estado a obrigação de provar caso afirme não ser possível, por falta de recursos, realizá-lo.

Colômbia é um exemplo de uma jurisdição que adotou e exigiu o cumprimento de ambas as obrigações. A Corte Constitucional tem reconhecido que as obrigações relacionadas aos DESC são de natureza progressiva (COLOMBIA, *SU-111/97*, 1997), porém ressalta que o Estado, no mínimo, “deve elaborar e adotar um plano de ação para implementar os direitos” (COLOMBIA, *T-595/02*, 2002; *T-025/04*, 2004). Da mesma forma, e muito mais frequentemente, a Corte e os tribunais inferiores, recorrem à Ação de Tutela para satisfazer imediatamente às “condições mínimas para a vida digna” de um indivíduo, com base no direito à vida, dignidade e segurança, estreitamente relacionado cada vez mais com os DESC. Este enfoque dualista é evidente na Finlândia, onde as autoridades têm sido advertidas por *não adotar medidas suficientes* para garantir o acesso ao mercado de trabalho para uma pessoa em busca de emprego e por não disponibilizar para as famílias de *modo imediato* um serviço de cuidado infantil” (FINLÂNDIA, *Employment Act Case*, 1997; *Child-Care Services Case*, 1999; *Medical Aids Case*, 2000)<sup>6</sup>. Os tribunais do estado de Nova York anularam a política de financiamento escolar sob o argumento de que esta não fornece uma educação adequada e consideraram uma ‘obrigação positiva do estado’ fornecer serviços de assistência social a todas as pessoas consideradas indigentes de acordo com “parâmetros de necessidade” que o Estado utiliza (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Tucker vs. Toia*, 1997).

Outros tribunais têm seguido apenas um destes caminhos. A Corte Constitucional da África do Sul tem optado pelo primeiro, utilizando o parâmetro

da razoabilidade e negando a idéia de uma obrigação mínima de assegurar a implementação imediata de um nível essencial dos direitos (BILCHITZ, 2002, p. 484, BILCHITZ, 2003, p. 1, LIEBENBERG, 2005, p. 73). As cortes máximas da Hungria e Suíça têm adotado a postura oposta. Negaram adotar qualquer tipo de teste para verificar se o governo tem implementado as medidas necessárias para dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos na Constituição (no caso do primeiro, simplesmente se exige que existe uma lei ou programa sobre o tema, como se vê em: HUNGRIA, *Decision 772/B/1990/AB*, 1991) e, ao contrário, somente analisam se o Estado implemente um nível mínimo do direito em questão (HUNGRIA, *Decision 32/1998 (VI.25) AB; Decision No. 42/2000*). Nota-se que esta ênfase em uma obrigação mínima é particularmente evidente em jurisdições onde os interesses sociais são judicialmente protegidos por meio dos direitos civis e, portanto, a jurisprudência tem se baseado na doutrina alemã de *Existenzminimum* (HUNGRIA, *Case No. 42/2000 (XI.8)*, 2000; ALEMANIA, *BverfGE 40, 121 (133)*, 1975; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Five Pensioners' Case vs. Peru*, 2003; SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kantons Bern*, 1995).

Na maioria das jurisdições, as preocupações acerca da legitimidade democrática e da competência institucional parecem influenciar muitas das decisões judiciais. Em alguns casos, os tribunais usam conceitos para desenvolver uma doutrina aparentemente coerente que pode ser aplicada em casos distintos. A exemplo disso, podem ser citados os tribunais da Colômbia e da África do Sul, que utilizam diferentes conjuntos de critérios para seus respectivos testes. Ao mesmo tempo, é também possível notar o uso arbitrário que os tribunais têm feito destas questões para desconsiderar casos difíceis e evitar lidar, de maneira adequada, das obrigações pertinentes e de como serão aplicadas em casos específicos (COURTIS, 2008, p. 175). É difícil, portanto, prever quais os limites que serão estabelecidos por um tribunal, em especial em casos que implicam a realocação de recursos. No entanto, a jurisprudência sugere que as Cortes tendem a intervir em casos de acordo com os seguintes fatores: (1) a *gravidade* dos efeitos da violação de direitos; (2) a *precisão* da obrigação estatal; (3) a *participação* do governo na violação; e (4) a capacidade do governo de *cumprir* a ordem judicial no que diz respeito aos recursos necessários para tanto (LANGFORD, 2005, p. 89).

É também importante reconhecer que algumas das medidas necessárias podem simplesmente significar o reconhecimento de direitos implícitos, como exigir que o Estado reconheça e proteja os direitos à posse da terra ou ao trabalho (EIDE, 1995, p. 89). A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que a Nicarágua violou o direito à proteção judicial estabelecido pelo artigo 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ao não sancionar uma legislação, tampouco assegurar que as terras dos povos indígenas fossem demarcadas e registradas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, 2001; COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS, *ICJ v. Portugal*, 1999; CANADA, *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)*, 2001a). No caso *Vishaka*, ao que se fez referência anteriormente, a Suprema Corte da Índia emitiu diretrizes vinculantes sobre assédio sexual (ÍNDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997). No entanto, tribunais raramente emitem ordens de alcance amplo que exigem o reconhecimento positivo

de direitos implícitos, uma vez que estes tribunais temem estar intervindo no âmbito da formulação de políticas, o que corresponde ao legislativo. Em muitos casos, o reconhecimento positivo tende a ser mais específico quando relacionado a uma situação particular, por exemplo, o reconhecimento do direito de comunidades marginalizadas à posse da terra. Mesmo uma Corte como a Corte Constitucional da Hungria não tem feito uso de seu mandato específico de determinar o “descumprimento da obrigação de legislar”. Não obstante, os tribunais da Índia e da Colômbia não têm hesitado em emitir ordens de grande impacto em casos em que foram encontradas violações sistemáticas de direitos.

### 3.4 *Direito à igualdade*

O uso do direito à igualdade no âmbito dos DESC tem uma larga trajetória em casos como *Brown vs. Board of Education* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Brown vs. Board of Education*, 1954) e na legislação anti-discriminação. Em outras jurisdições, o fenômeno é mais recente. A jurisprudência cobre uma ampla gama de fatores que não podem ser motivo de discriminação no reconhecimento dos direitos que incluem não somente as características expressamente mencionadas em instrumentos internacionais (ou seja, raça, cor, sexo, idioma, religião, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento), mas também outros aspectos, como idade, deficiência, nacionalidade, orientação sexual<sup>7</sup>. Por exemplo, o Tribunal de Apelação de Versalhes, França, anulou um dispositivo de um acordo coletivo entre os trabalhadores e os empregadores sob o argumento de que proibia a contratação de pessoas com mais de 35 anos de idade (FRANÇA, *Recueil Dalloz*, 1985). Existe, obviamente, o perigo, como sugere implicitamente o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, de se colocar excessiva ênfase em determinar quais são as formas proibidas de discriminação do que considerar a arbitrariedade da classificação (COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, *Karel Des Fours Walderode vs. the Czech Republic*, 2001). O uso de “comparativos” em muitos tribunais nacionais pode ser sempre adequado no caso dos DESC e podem ser particularmente difíceis de encontrar no caso de segregação estrutural de grupos distintos ou discriminação de mulheres em razão da gravidez.

A maioria dos casos tem sido relacionada com a discriminação direta, porém existem vários em que se determinou a existência de uma discriminação indireta com base em razões proibidas (JAYAWICKRAMA, 2002). Os tribunais da Bulgária, por exemplo, têm determinado que o fato de crianças ciganas irem, em sua maioria, a escolas para crianças com deficiência constitui uma discriminação racial (EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, 2005) e a Corte Européia de Direitos Humanos determinou o mesmo com relação à República Checa (CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *D.H. and Others vs. Czech Republic*, 2008). No caso *Kearney c. Bramlea Ltd*, o uso de renda como critério para avaliar os candidatos a locatários de bens foi declarado injustificado (com base no argumento de que não se levava em conta a real disposição e capacidade de pagamento da pessoa em questão) e se determinou que isto constituía uma prática discriminatória por várias razões, incluindo raça, sexo, estado civil, idade e recebimento de subsídio público,

já que afetava desproporcionalmente alguns grupos específicos (CANADÁ, *Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission*, 2001b).

Tem chamado a atenção de alguns tribunais se os direitos ou garantias de igualdade são de natureza substantiva e se estes envolvem obrigações positivas de pôr fim à discriminação. No Paquistão, a Suprema Corte anunciou tal princípio de forma consideravelmente audaz em um período de crescimento dos litígios de interesse público. Em *Fazal Jan v. Roshua Din*, a Corte determinou que o direito constitucional à igualdade impõe obrigações positivas a todos os órgãos do Estado, que devem agir para proteger os interesses de mulheres e crianças (PAQUISTÃO, *Fazal Jan vs. Roshua Din*, 1990). No Canadá, a Suprema Corte desconsiderou os argumentos do governo do estado de British Columbia, que afirmou que o direito à igualdade não exige que o estado aloque recursos do sistema de saúde para tratar desvantagens preexistentes de determinados grupos como surdos e pessoas com problemas de audição (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997, para. 87). Os tribunais no Brasil têm determinado que o direito de crianças à saúde é prioritário e “incluir uma criança ou adolescente em uma lista de espera para atender a outras pessoas equivale legalizar a mais violenta agressão ao princípio da igualdade” (BRASIL, *Resp 577836*, 2003, traduzido). No entanto, outros tribunais, como, por exemplo, na África do Sul e Hungria, tem sido menos receptivos à idéia de priorizar os direitos de crianças no âmbito socioeconômico.

Um dilema constante é se as instituições com competência jurisdicional podem “igualar de baixo” para satisfazer o critério de igualdade no que diz respeito a interesses ou direitos sociais. No Canadá, a Suprema Corte emitiu uma ordem de reparação positiva em casos relacionados com direitos à igualdade, estendendo ou aumentando o alcance de serviços de assistência social, benefícios previdenciários e direitos de posse, mas não descartando a possibilidade de igualar para baixo. Em *Khosa v Minister of Social Development* (ÁFRICA DO SUL, 2004a), a Corte Constitucional da África do Sul adotou uma fórmula para igualar em níveis mais elevados e incluir os residentes permanentes nos programas de assistência social. No entanto, a Corte destacou que a previsão do direito à seguridade social na constituição é um fator para ser levado em consideração ao analisar a falta de razoabilidade da exclusão de residentes permanentes de políticas de assistência social, o que não é comum em todas as constituições.

### 3.5 Avanços em matéria de remédios judiciais

Um êxito significativo neste âmbito tem sido criar a possibilidade de conceder remédios judiciais para além daqueles tradicionalmente encontrados no direito privado, como indenização, restituição, declaração de um ato jurídico como inválido ou ilícito civil. Nesta questão, tem se observado diversas tendências. Em primeiro lugar, alguns tribunais têm exigido que os Estados sigam certo curso de ação para reparar um determinado dano, inclusive por vezes supervisionando o cumprimento destas obrigações. Na Argentina, os tribunais intervêm fortemente para assegurar que as autoridades cumpram com o plano e destinem os recursos orçamentários necessários para fornecer vacinas contra febre hemorrágica argentina, que constituiu uma ameaça para 3,5 milhões de habitantes (FAIRSTEIN, 2005; ARGENTINA,

*Viceconte, Mariela vs. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social slamparo ley 16.986*, 1998). A partir de uma análise da tendência da jurisprudência, Roach e Budlender (2005) afirmam que os tribunais tendem a tomar estas medidas quando as autoridades ou outros responsáveis *não estão dispostos* ou *não são capazes* de cumprir as ordens. Em muitos sentidos, as ordens judiciais inovadoras dadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown v. Board of Education II*, relativas à eliminação da segregação racial nas escolas (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1955) têm sido reconhecidas como precursoras desta nova categoria de remédios judiciais (CHAYES, 1976, p. 1281).

Em segundo lugar, tem-se desenvolvido remédios judiciais mais “dialogais” e “cautelares”. Como exemplo, pode-se citar o maior uso de uma declaração *retardatária* de invalidez de um ato jurídico, por meio da qual os tribunais determinam que ocorreu uma violação, mas retardam o efeito da decisão para dar ao governo tempo para encontrar a melhor forma de reparar o defeito existente na legislação ou na política em questão (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997). A Corte Suprema do Nepal, no caso *Mira Dhungana c. Ministerio de Derecho*, negou-se a declarar a inconstitucionalidade de uma lei que havia dado a um filho uma parte dos bens de seu pai a partir do nascimento, mas não dava o mesmo direito a filhas (pelo menos até que esta completasse 35 anos e permanece até esta idade solteira), e, no lugar da declaração de inconstitucionalidade da lei, exigiu que o Estado, em um prazo de um ano, revisasse a legislação depois de consultar as partes interessadas, inclusive organizações de mulheres. Este exercício jurisdicional baseado no diálogo também é evidenciado pelo maior uso que fazem os tribunais (e, muitas vezes, organismos internacionais) do processo judicial como espaço de diálogo com as partes, o que incluiu instigar que estas encontrem soluções antes que uma decisão final seja tomada (ÁFRICA DO SUL, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Outra estratégia utilizada é a elaboração de recomendações. Por exemplo, os tribunais da Índia e de Bangladesh, por vezes, têm adotado este enfoque no lugar de emitir ordens finais ordenando moradias alternativas no caso de deslocamentos forçados, embora tenham sido criticados por privar as partes de um remédio judicial efetivo de fato (BANGLADESH, *Aino Salish Kendra and others (ASK) vs. Government and Bangladesh and others*, 2001). Aqueles órgãos com competência jurisdicional que incorporam remédios judiciais mistos têm demonstrado maior eficiência. Em casos relativos ao direito à saúde e meio-ambiente e ao direito à alimentação, a Suprema Corte da Índia emitiu uma série de ordens contínuas e provisórias antes de chegar a uma ordem final. Por exemplo, obrigou que as autoridades informassem sobre a execução das ordens que o tribunal havia emitido para ampliação e implementação de maneira eficiente de programas de racionamento de alimentos (ÍNDIA, *People’s Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2001; ÍNDIA, *People’s Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2004). O uso cauteloso de medidas liminares pode ser uma forma de evitar a crítica que recebem as ordens judiciais mais sistemáticas de que não oferecem nada a vítimas em curto prazo (ROACH, 2008, p. 46).

Em terceiro lugar, os defensores de direitos têm sido criativos e têm instigado que cortes emitam ordens de acompanhamento de decisões anteriores a fim de

garantir que estas sejam executadas de maneira eficiente. Na Argentina, Índia e África do Sul, defensores de direitos humanos têm utilizado o sistema penal e sanções existentes em caso de descumprimento dos deveres de funcionários públicos para assegurar a execução de decisões judiciais (HEYWOOD, 2003, p. 7; SWART, 2005, p.215). Em um caso na África do Sul, um juiz ordenou a prisão de um ministro caso a polícia não restabelecesse um assentamento informal dentro de 24 horas depois de seu desmantelamento. Na Índia, a Suprema Corte ameaçou investigar por desacato se não se cumprir com o cronograma de conversão de veículos para uso de combustíveis mais limpos.

#### 4 Há impactos?

Uma das mais sólidas objeções à justiciabilidade dos DESC é que, por meio desta, não é possível satisfazer à expectativa de alcançar a justiça social individual e transformadora. Estas críticas instrumentais variam quanto a sua natureza e muitas se aplicam também a litígios envolvendo direitos civis e políticos. Alguns críticos ressaltam a debilidade dos tribunais para dar efetividade a suas próprias decisões e cada jurisdição parecer possuir, pelo menos, um caso que notavelmente se enquadra nesta categoria. Outras críticas são de natureza mais política e destacam que a estratégia de litígio pode desviar a atenção da construção de novas coalizões para mudança social e que classes médias são mais hábeis no uso do sistema judiciário para dar efetividade aos DESC e obtêm maiores êxitos que as pessoas mais pobres (BELLAMY, 2008; ROSENBERG, 1991). Determinar o impacto real de estratégias de litígio na prática é um exercício complexo, uma vez que depende do critério escolhido para julgar o êxito de tais estratégias, do isolamento de diversos fatores e a comparação com diferentes estratégias. Este desafio metodológico tem resultado em conclusões inteiramente distintas para um mesmo caso. Rosenberg (1991) media o impacto das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos na medida em que satisfaziam as expectativas expressadas em declarações públicas dos advogados envolvidos no caso, algo que Feeley (1992, p. 745) considerou pouco razoável, já que as verdadeiras expectativas das partes poderiam, na realidade, ser bem mais modestas.

Em resposta a esta crítica, podem ser colocadas três questões. Em primeiro lugar, há evidências no sentido de que muitos casos, embora por certo não em todos, geram tanto efeitos diretos, quanto indiretos, como, por exemplo, consolidar precedentes judiciais, influenciar o desenvolvimento da legislação e políticas sobre o tema, canalizar movimentos sociais e conscientizar a respeito do tema, e até mesmo uma decisão desfavorável pode servir para demonstrar a falta de proteção jurídica (LANGFORD; 2008b). Em um estudo quantitativo de cinco países em desenvolvimento, Gauri e Brinks (2008) ficaram ‘impressionados pelo que os tribunais têm sido capazes de fazer’, afirmando, em suma, que ‘legalizar o litígio por direitos sociais e econômicos poderá ter evitado milhares de mortes’ e ‘melhorado a vida de milhares de pessoas’. Certamente podem se encontrar casos que baseiem as críticas feitas. A recente decisão no caso *Chaoulli* no Canadá referente ao direito ao acesso a um seguro de saúde privado talvez ilustre essas críticas e demonstre que, em casos que envolvem como beneficiários a classe média, há uma maior tendência de

que os tribunais decidam de maneira fortemente favorável. Não obstante, é possível fazer referência a diversos julgamentos desfavoráveis envolvendo classe média (ÁFRICA DO SUL, *Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association*, 2001; ÁFRICA DO SUL, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) ou referência a outros casos que envolvam amplas coalizões de grupos distintos, particularmente em casos sobre saúde e educação, nos quais a necessidade ou a existência de políticas universais têm contribuído para esta formação de coalizões mais amplas.

É importante destacar que nem sempre é uma ordem judicial que gera este impacto. Em alguns casos, é a ameaça de um litígio ou o início de procedimentos judiciais que conduz a uma mudança em uma política ou a um acordo entre as partes. É necessário incluir estes casos na equação, embora não haja registros formais destes. No caso da Nigéria, onde o processo judicial pode levar anos, Felix Morka (2005) afirma que os litígios pelos direitos sociais eram utilizados como ferramenta de mobilização da comunidade e como uma plataforma para estabelecer um contato inicial e negociar com o governo e atores não estatais poderosos, como empresas petrolíferas multinacionais, com quem seria de outra maneira impossível dialogar.

Em segundo lugar, ao considerar o impacto, é necessário ter em mente as conseqüências não esperadas, tanto positivas, quanto negativas. Nos primeiros casos envolvendo oficiais de alto escalão na Argentina e na África do Sul suas decisões foram implementadas apenas parcialmente, mas representaram um avanço significativo do ponto de vista jurídico ou da cultura jurídica, assentando as bases para litígios mais bem sucedidos no futuro. Outros resultados podem ser negativos. Rosenberg (1991) ressalta a complacência, em atividades de *advocacy* por políticas públicas, no que diz respeito aos efeitos gerados por decisões judiciais favoráveis, ao passo que Williams (2005) e Scheingold (2005) observam a reação contrária de grupos conservadores nos Estados Unidos frente a estratégias progressivas de reivindicações de efetividade de direitos. Um número excessivo de julgamentos desfavoráveis ao governo pode expor o sistema judiciário a pressões políticas e a indicações de juízes favoráveis ao poder executivo, como demonstra a experiência na Hungria.

Em terceiro lugar, ao pensar sobre o impacto dessas decisões, faz-se necessário perguntar onde se encontra o erro quando nenhum impacto substantivo é encontrado. Trata-se do litígio em si ou do contexto? Em outras palavras, ao criticar estratégias de litígio, pouco se questiona sobre a disponibilidade de estratégias alternativas, como a mobilização, pressão política, negociação ou se o litígio é realmente o último recurso para vítimas. Ou, ainda, pode se culpar por uma decisão errônea o sistema judiciário, se as partes cometem erros chaves em suas estratégias judiciais e não judiciais?

## 5 Lições aprendidas sobre estratégias de litígio

O avanço do litígio em DESC, ao lado de seus êxitos e fracassos na prática, tem conduzido a uma maior reflexão sobre quais estratégias podem ser mais efetivas (ver CIJ, 2008; GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006 e LANGFORD, 2003). Podemos resumir algumas lições aprendidas da seguinte maneira:

### *5.1 Estratégia de defesa mais ampla – movimentos sociais e comunidades*

Muitos consideram essencial a existência de uma atividade de ‘defesa mais ampla’, em particular para os casos que envolvem o interesse público ou grupos marginalizados. A mobilização social, a organização de comunidades, campanhas na mídia e de conscientização e a pressão política são considerados, portanto, fatores indispensáveis para estratégias bem-sucedidas de litígio. Isto gera um sentimento de apropriação da estratégia de litígio, facilita a produção de provas, amplia a legitimidade da reivindicação feita e ajuda a assegurar a aplicação das ordens e dos acordos alcançados. Têm ocorrido muitas mobilizações de grandes proporções em torno de alguns casos como aqueles referentes a benefícios sociais na Hungria, o caso *TAC* na África do Sul e aquele litígio referente ao direito à educação em Kentucky, Texas e Nova York. No entanto, alguns casos têm sido menos bem-sucedidos embora tenham seguido o mesmo modelo, como o caso da represa Narmada na Índia.

Não obstante, é importante evitar o dogmatismo. Grandes campanhas podem ser menos úteis se os litigantes forem vítimas de preconceitos muito enraizados na comunidade. Procedimentos judiciais mais reservados permitem que estas pessoas reivindiquem seus direitos de maneira mais efetiva e permite que governos indecisos deleguem para os tribunais a tarefa de tomar decisões pouco populares. Em outros casos, é possível observar o surgimento de movimentos sociais a partir de casos bem-sucedidos, como o movimento pelo direito à alimentação na Índia (MURALIDHAR, 2008).

As estratégias exitosas de litígio também tendem a designar um importante papel aos autores ou vítimas, o que se considera essencial para o empoderamento destes, o que, sem dúvida, é um indicador de impacto positivo em longo prazo. No Canadá, o *Charter Committee on Poverty Issues* desenvolveu um modelo de litígio responsável, pelo qual o comitê conta em seu conselho com representantes de setores de baixa renda. Na Índia, um advogado, depois de duas décadas de litígios de interesse público, agora se nega a assumir um caso a menos que haja a participação direta da comunidade afetada. No entanto, os grandes casos podem apresentar dificuldades específicas na negociação com seus clientes. Nos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, porém, escritórios de advocacia têm desenvolvido um sistema para gerenciar estes casos, os quais na prática são relativamente pouco freqüentes.

### *5.2 Seleção de casos e procedimentos*

Muitos defensores de direitos humanos aconselham incorporar estratégias de longo prazo na seleção dos primeiros casos. Por exemplo, sugere-se iniciar estratégias de litígio com casos modestos e não com litígios mais ambiciosos. Deve-se, ao mesmo tempo, considerar que casos muito modestos podem prejudicar o desenvolvimento futuro de certa questão jurídica. Há três espécies de seleção de casos que tendem a ser bem-sucedidas na primeira etapa de uma estratégia de litígio: os litígios que se iniciam a partir de reivindicações similares à defesa tradicional de direitos civis e políticos; flagrantes violações ou descumprimentos claros por parte dos governos de sua obrigação de implementar suas próprias políticas; e, por fim,

reivindicações modestas que deixam aberta a possibilidade de desenvolvimento futuro da jurisprudência. Um segundo grupo de decisões diz respeito ao tipo de procedimento a ser utilizado, em particular quando existe a possibilidade de iniciar uma ação tanto individual quanto coletivamente. Alguns defensores e comentaristas advertem, de maneira legítima, contra demandas coletivas uma vez que ONGs e advogados podem eventualmente cooptar a estratégia de litígio (PORTER, 2004) ou ainda podem eliminar a possibilidade de reparações no âmbito internacional, uma que não foram esgotados recursos individuais (MELISH, 2006). No entanto, os procedimentos coletivos podem ser particularmente úteis quando as vítimas individuais temem ou correm o risco de ser hostilizadas por participar em um processo ou quando as vítimas encontram-se dispersas (FAIRSTEIN, 2005). Uma solução possível, utilizada em algumas jurisdições, consiste em incluir entre os litigantes tanto indivíduos, quanto organizações.

### *5.3 Argumentos jurídicos, fáticos e referentes a remédios judiciais*

Os casos bem-sucedidos, em geral, caracterizam-se por uma forte atenção em apresentar argumentos jurídicos de qualidade. No entanto, os tipos de argumentos tendem a variar de forma considerável entre uma jurisdição para outra e, obviamente, resulta difícil classificar-los com precisão. Por exemplo, os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisprudência internacional e comparada têm exercido considerável influência em alguns países e pouca influência em outros. Da mesma forma, alguns casos têm sido bem-sucedidos baseando-se em argumentos jurídicos bem específicos, ao passo que outros têm utilizado argumentos mais ambiciosos e amplos. Não obstante, o fato de que a base de dados da jurisprudência da Rede-DESC, que contém cerca de 100 casos, ter tido 72.000 acessos nos últimos dois anos é uma amostra do forte e crescente interesse que a jurisprudência comparada tem despertado.

As organizações e movimentos com projetos de longo prazo tendem a não se restringir apenas a normas de direitos humanos, mas também dedicam considerável energia no desenvolvimento da legislação existente para otimizar as estratégias jurídicas. Por exemplo, os grupos que trabalham em defesa do direito à moradia nos Estados Unidos promoveram uma campanha a favor de uma nova lei federal que estabelecerá uma série de direitos específicos e concretos para moradores de rua. Ao lado deste projeto, quando os direitos não eram respeitados, a estratégia focava em litigar judicialmente pelos direitos de moradores de rua.<sup>8</sup> No entanto, embora este enfoque em geral seja o ideal, inclusive a partir de uma perspectiva política, nem sempre é uma via possível, particularmente quando grupos envolvidos são altamente marginalizados ou quando existe pouca vontade política em implementar a legislação existente.

Alguns casos de DESC podem apresentar grandes dificuldades quanto à produção de provas. Um exemplo importante é o caso *Kearney* no Canadá, que defensores demonstraram quantitativamente que o critério de renda mínima para o mercado de aluguel de imóvel estava baseada em premissas falsas – a maioria dos inquilinos de baixa renda tinham de fato condições de arcar com aluguéis mais elevados e manter um taxa reduzida de morosidade no pagamento do aluguel

diante de dificuldades financeiras. Desta forma, estatísticas definidas de maneira adequada e mensuráveis têm sido, por vezes, um fator decisivo em certos casos. No entanto, alguns críticos questionam se os tribunais estão dando importância demais ao desenvolvimento de provas quantitativas.

Os defensores de direitos humanos, em geral, mencionam, entre os principais obstáculos para a implementação de decisões favoráveis, a concessão de remédios judiciais frágeis ou inadequados. Correndo o risco de dizer o óbvio, cabe mencionar aqui que a decisão de litigar deve acompanhar uma cuidadosa estratégia quando aos remédios que se pretende obter, o que, por sua vez, deve ser um fator a ser considerado na hora de promover campanhas e decidir estruturá-las em torno de um caso. Embora os tribunais pareçam dispostos a ordenar remédios judiciais que estejam à altura das violações encontradas, a supervisão judicial da execução das decisões pode ser um fator crucial para garantir a efetividade destas. As decisões sobre meio ambiente na Índia e a segregação racial em escolas nos Estados Unidos demoraram anos para serem implementadas, recorrendo diversas vezes ao poder judiciário.

#### *5.4 Preparação para cumprir as decisões judiciais*

Uma erro comum em muitas estratégias jurídicas é a não inclusão de uma preparação adequada para assegurar a efetiva implementação de um acordo ou decisão judicial favorável. Como observado anteriormente, uma estratégia de defesa de direitos e mobilização mais ampla pode assegurar que haja recursos financeiros, humanos, técnicos e uma estratégia “para além dos advogados” para exigir o cumprimento das decisões judiciais. Cada vez mais, defensores de direitos humanos percebem que a implementação de decisões pode exigir tanto ou mais trabalho do que o trabalho de obter uma sentença favorável. Também pode exigir habilidades que estão além dos autores e das partes envolvidas, como, por exemplo, mediadores e trabalhadores comunitários. Os demandantes e seus advogados necessitam planejar, desde o início, a fase posterior à decisão judicial e contar com recursos suficientes para esta tarefa.

## **6 Conclusão**

Esta pesquisa comparativa sobre a justiciabilidade dos DESC revela um campo de pesquisa em transição entre o nascimento e a maturidade. Para muitos Estados no mundo, litígios envolvendo DESC continuam a representar uma pequena e insignificante parte do espectro geral de direitos humanos, de campanhas por justiça social e da jurisprudência. No entanto, em um contexto de pobreza e desigualdade social, unir maior conhecimento sobre direitos, disseminar estratégias de judicialização baseadas em direitos humanos e a crescente independência do poder judiciário tem levado a estratégias de litígio no âmbito dos DESC em países tão distintos como China, Egito, Namíbia, Estados Unidos. Em uma minoria considerável de jurisdições, tem-se alcançado certo grau de maturidade na jurisprudência e no debate sobre estratégias de litígio adequadas, embora não haja unanimidade entre os atores envolvidos, em particular sobre a doutrina jurídica ou a forma de implementação das decisões.

A partir de uma perspectiva histórica, nota-se que muitos dos pressupostos tradicionais segundo os quais os DESC não são direitos jurídicos, e tampouco judicializáveis foram postos em cheque em pouco tempo. Os tribunais no âmbito nacional têm emitido decisões sobre diversas obrigações dos Estados com relação a efetivar os DESC, desde a prevenção de riscos até destinação orçamentária para remediar a desigualdade social e sentenças destinadas a garantir o acesso a serviços essenciais e medicamentos. Esta jurisprudência não está, no entanto, isenta das objeções que afirmam que a justiciabilidade dos DESC é, do ponto de vista democrático, ilegítima, ou gera diversas complicações a partir de uma perspectiva institucional, porém oferece um contexto mais aprofundado para estes debates e sua resolução via judicial.

É fundamental que os entusiastas do desenvolvimento deste novo ramo do direito e da prática jurídica tenham como base os avanços jurisprudenciais e as lições aprendidas a partir de experiências bem-sucedidas de litígio. Isto significa procurar conhecer muitos dos caninhos da justiciabilidade ainda pouco explorados, empreender a árdua tarefa melhorá-los e construir alianças nacionais e transnacionais com diferentes grupos de direitos humanos, movimentos sociais e comunidades, com foco especial em casos que sejam concretos, inovadores e revelem falhas de órgãos políticos. Falta cautela para evita o uso excessivo ou demasiadamente ambicioso do sistema judicial, o que acaba por impedir as chances de ação política ou o desenvolvimento gradual da jurisprudência, ao mesmo tempo exercendo o direito humano fundamental a um remédio efetivo e assegurando que os DESC sejam incorporados à jurisprudência existente e, conseqüentemente, ao espaço político e de políticas públicas dos Estados.

## REFERÊNCIAS

---

### Bibliografia e outras fontes

- ACKERMAN, E. M. 2004. *Colección de análisis jurisprudencial: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: La Ley.
- ALBISA, C.; SCHULTZ, J. 2008. The United States: A Ragged Patchwork. In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 230-249.
- ANNAN, A. 1988. Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and the Rise of the Administrative Presidency. *Cornell Law Review*, v. 73, p. 1108.
- ARANGO, R.; LEMAITRE, J. 2002. (Org.). *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital: Constitutional Case Law on the Minimum Conditions*

- for a Dignified Life. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- BADERIN, M. 2007. **Economic Social and Cultural Rights in Action**. Oxford: OUP.
- BELLAMY, R. 2008. The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review. **European Political Science**, v. 7, n. 1, p. 9-20.
- BILCHITZ, D. 2002. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. **South African Law Journal**, v. 119, p. 484-501.
- \_\_\_\_\_. 2003. Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence. **South African Journal of Human Rights**, v. 19, p. 1-2.
- \_\_\_\_\_. 2007. **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- BYRNE, I.; HOSSAIN, S. 2008. South Asia: Economic and Social Rights Case Law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 125-143.
- CERNIC, J. 2008. Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. **Hanse Law Review**, v. 4, n. 1, p. 71-100.
- CHAYES, A. 1976. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, p. 1281-1316.
- CLARK, D.; FOX, J.; TREAKLE, K. (Org). 2003. **Demanding Accountability: Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel**. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers.
- COOMANS, F. 2006. (Org). **Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems**. Antwerpen: Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights.
- COURTIS, C. 2006. Socio-Economic Rights before the Courts in Argentina. In: COOMANS, F. (Org). **Justiciability of Economic and Social Rights**. Antwerpen: Intersentia, p. 309-354.
- \_\_\_\_\_. 2008. Argentina: Some promising signs. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press.
- CUNEO, I. 2005. The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American System. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 22, n. 1, p. 53-63.
- DENNIS, M.; STEWART, D. 2004. Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? **American Journal of International Law**, v. 98, p. 462-515.

- DESAI, A.; MURALIDHAR, S. 2000. Public Interest Litigation: Potential and Problems. In: KIRPAL, B.N.; DESAI, A.; SUBRAMANIAM, G.; DHAVAN, R.; RAMACHANDRAN, R. (Org.) **Supreme But Not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India**. Nova Délhi: Oxford University Press, p. 159-192.
- DUGARD, J. 2006. Court of First Instance? Towards a Pro-poor Jurisdiction for the South African Constitutional Court. **South African Journal on Human Rights**, v. 22, n. 2, p. 261.
- DURBACH, A. 2008. The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation. In: LANGFORD, M. (Org.) **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 59-71.
- EIDE, A. 1995. The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food. In: \_\_\_\_\_; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Org.). **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff, p. 89-105.
- EPP, C. 1998. **The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective**. Chicago: University of Chicago Press.
- EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE (ERRC). 2005. **Desegregation Court Victory: ERRC Prevails in Court against Bulgarian Ministry of Education on School Segregation of Roma**. Disponível em: [www.errc.org](http://www.errc.org). Último acesso em: 1 Janeiro 2006.
- FABRE, C. 2000. **Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life**. Nova Iorque: Oxford University Press.
- FAIRSTEIN, C. 2005. Positive Remedies: The Argentinean Experience. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 139-151.
- FEELEY, M. 1992. Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors: Review of 'The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?' by Gerald N. Rosenberg. **Law & Social Inquiry**, v. 17, n. 4, p. 745-760.
- FENWICK, C. 2008. **The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights**. Genebra: International Labour Organisation, p. 591-612.
- FREEMAN, C.; HEYDENREICH, C.; LILLYWHITE, S. 2000. **Guide to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises' Complaint Procedure: lessons from past NGO complaints**. OECD Watch. Disponível em: <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/533485>. Último acesso em: 15 Outubro 2008.
- FULLER, L. 1979. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, p. 353-409.
- GALOWITZ, P. 2006. Right to Legal Aid and Economic, Social and Cultural Rights Litigation. In: LANGFORD, M.; NOLAN, A. **Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)**. Genebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- GARGARELLA, R. 2006. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: \_\_\_\_\_; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). **Courts and Social Transformation**

- in **New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 13-34.
- \_\_\_\_\_. DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). 2006. **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate.
- GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Nova Iorque: Cambridge University Press.
- GLOPPEN, S. 2006. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. In: GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Org.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 35-59.
- HEYWOOD, M. 2003. Contempt or compliance? The TAC case after the Constitutional Court judgment. **ESR Review**, v. 4, n. 4, p. 7-10.
- HOFFMAN, F.; BENTES, F. 2008. Accountability for Economic and Social Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. (Org.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 100-145.
- HOROWITZ, Donald. 1977. **The Courts and Social Policy**. Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). 2007. Kenyan and Swedish Sections. **Human rights Litigation and the domestication of human rights standards in Sub Saharan Africa: vol. 1**. Nairóbi: AHRAJ Case Book Series.
- \_\_\_\_\_. 2008. **Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability** Genebra: ICJ.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION (ILO). 1996. **Freedom of Association – Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO**. 5th ed. Genebra: International Labour Organisation.
- JAYAWICKRAMA, J. 2002. **The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press.
- JOSEPH, S. 2008. Liability of Multinational Corporations. In: LANGFORD, M. (Org.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 613-627.
- KING, Jeff. 2008. The Pervasiveness of Polycentricity. **Public Law**, p. 101-124.
- KYRITSIS, D. 2006. Representation and Waldron's Objection to Judicial Review. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 733-751.
- LANGFORD, M. 2003. **Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies**. Genebra: Centre on Housing Rights & Evictions.

- \_\_\_\_\_. 2005. Judging Resource Availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 89-108.
- \_\_\_\_\_.; NOLAN, A. 2006. **Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)**. Genebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- \_\_\_\_\_. 2008a. Hungary: Social rights or market redivivus? In: \_\_\_\_\_. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 250-266.
- \_\_\_\_\_. 2008b. Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. In: \_\_\_\_\_. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 1-45.
- \_\_\_\_\_. 2009. Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol. **Nordic Journal of Human Rights**, v. 27, n. 1 p. 1-28.
- LIEBENBERG, S. 2005. Enforcing Positive Social and Economic Rights Claims: The South African Model of Reasonableness Review. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 73 - 88.
- MAHON, C. 2008. Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. **Human Rights Law Review**, v. 8, n. 4, p. 617-646.
- MELISH, T. 2006. Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas. **New York University Journal of International Law and Politics (JILP)**, v. 39, p. 1.
- MORKA, F. 2003. Entrevista. In: LANGFORD, M. 2003. **Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies**. Genebra: Centre on Housing Rights & Evictions., p. 113.
- MUBANGIZI J. 2006. The Constitutional Protection of Socio-Economic Rights in Selected African Countries: A Comparative Evaluation. **African Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 1, p. 1-19.
- MURALIDHAR, S. 2008. India: The expectations and challenges of judicial enforcement of social rights. In: LANGFORD, M (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 102-124.
- NAÇÕES UNIDAS. 1990. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment No. 3: The Nature of States parties obligations**. U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86.
- \_\_\_\_\_. 1998b. **General Comment 9: The domestic application of the Covenant**. U.N. Doc. E/C.12/1998/24, 19<sup>th</sup> sessão.
- \_\_\_\_\_. 2002. **Conclusions and recommendations: United Kingdom of Great Britain**

- and Northern Ireland - Dependent Territories. U.N. Doc. E/C.12/1/Add.79 (2002). UN Doc.
- \_\_\_\_\_. 2005. **Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: People's Republic of China (including Hong Kong and Macao)**. UN Doc. E/C.12/1/Add.107 (2005).
- \_\_\_\_\_. 2006. **Concluding Observations: Canada**. U.N. Doc. E/C.12/CAN/CO/4-E/C.12/CAN/CO/5 (2006), para. 40.
- \_\_\_\_\_. 2009. **General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights**. UN Doc. E/C.12/GC/20 (2009).
- NOLAN, A. 2008. Ireland: The separation of powers doctrine v. socio-economic rights? In: LANGFORD, M (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 295-319.
- ODINDO, O. 2005. Litigation and Housing Rights in Kenya. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 155-166.
- PETERS, Y. 2005. **Twenty Years of Litigating for Disability Equality Rights: Has it Made a Difference? An Assessment by the Council of Canadians with Disabilities**. Disponível em: <http://www.ccdonline.ca/publications/20yrs/20yrs.htm#IV>. Último acesso em: 13 Novembro 2008.
- PETERSON, L. 2009. **Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration**. Montreal: Rights & Democracy.
- PIETERSE, M. 2007. Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited. **Human Rights Quarterly**, v. 29, n. 3, p. 796-822.
- PORTER, B. 2004. Homelessness, Human Rights, Litigation and Law Reform: A View from Canada. **Australian Journal for Human Rights**, v. 10, n. 2.
- \_\_\_\_\_. 2005. The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 48-55.
- ROACH, K. 2008. The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 46-58.
- \_\_\_\_\_.; BUDLENDER, G. 2005. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable. **South African Law Journal**, v. 122, p. 325-351.
- ROSENBERG, G. 1991. **The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?** Chicago: University of Chicago Press.

- ROUX, T. 2009. Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, p. 106-138.
- SADURSKI, W. 2005. **Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**. Dordrecht: Springer.
- SCHEINGOLD, S. 2004. **The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Social Change**. Ann Arbor: the University of Michigan Press.
- SCOTT, C.; MACKLEM, P. 1992. Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees: Social Rights in a New South African Constitution. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 141.
- SEPÚLVEDA, M. 2008. The Constitutional Court's role in addressing social injustice. In: LANGFORD, M (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 144-162.
- SHANKA; MEHTA, 2008. Courts and Socio-Economic Rights in India. In: GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 146-182.
- SIMMONS, B. 2009. **Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics**. Nova Iorque: Cambridge University Press.
- SOCIAL SURVEYS AFRICA; NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION. 2005. **Summary of the Key Findings from the National Evictions Survey**. Disponível em: [http://www.sarpn.org.za/documents/d0001822/Nkuzi\\_Eviction\\_NES\\_2005.pdf](http://www.sarpn.org.za/documents/d0001822/Nkuzi_Eviction_NES_2005.pdf). Último acesso em: 15 Outubro 2008.
- SUNSTEIN, C. 1993. Against Positive Rights: Why social and economic rights *don't* belong in the new constitutions of post-communist Europe. **East European Constitutional Review**, v. 2, Winter, p. 35-38.
- SWART, M. 2005. Left Out in the Cold? Crafting Constitutional Remedies for the Poorest of the Poor. **South African Journal of Human Rights**, v. 21, p. 215-240.
- TANG, L. 2007. "Half the Sky" but Not Half the Land: Women's Property Rights and Expropriation in Rural China. **InBrief**, Hakijamii Bulletin, no. 1, Set.
- VIERDAG, E. W. 1978. The legal nature of the rights granted by the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. IX, p. 69-105.
- WALDRON, J. 2006. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346.
- WILLIAMS, L. 2005. Issues and Challenges in Addressing Poverty and Legal Rights: A Comparative United States/South African Analysis. **South African Journal of Human Rights**, v. 21, p. 436-472.
- WILSON, B. 2009. Rights Revolutions in Unlikely Places: Costa Rica and Colombia. **Journal of Politics in Latin America**, vol. 1, p. 59-85.

YAMIN, A.; PARRA-VERA, O, 2000. How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court. *PLoS Medicine*, v. 6, n. 2, p. 147-150.

## Jurisprudência

- ÁFRICA DO SUL. 1997. *Soobramoney v. Minister of Health*. KwaZulu-Natal, 1997 (12) BCLR 1696.
- \_\_\_\_\_. 2000. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*. 2000 (11) BCLR 1169 (CC).
- \_\_\_\_\_. 2001a. *Minister of Public Works v. Kyalami Ridge Environmental Association*. 2001 (7) BCLR 652 (CC).
- \_\_\_\_\_. 2001b. *Nkonkobe Municipality v. Water Services South Africa (PTY) Ltd & Ors*, Case No. 1277/2001 (unreported).
- \_\_\_\_\_. 2002. *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (1) 2002 10 BCLR.
- \_\_\_\_\_. 2004a. *Khosa v. Minister of Social Development, Mahlaule v. Minister of Social Development*. 2004 (6) BCLR 569 (CC).
- \_\_\_\_\_. 2004b. *Port Elizabeth v. Various Occupiers*. 2004 (12) BCLR 1268 (CC).
- \_\_\_\_\_. 2005a. High Court. *Florence Mahlangu v. The Minister For Social Development*. Case No. 25754/05 (decisão pendente).
- \_\_\_\_\_. 2005b. *Jaftha v. Schoeman and others, Van Rooyen v. Stoltz and others*. 2005 (1) BCLR 78 (CC).
- \_\_\_\_\_. 2005c. *President of RSA and Another v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*. 2005 (8) BCLR 786 (CC).
- \_\_\_\_\_. 2008. *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. v. City of Johannesburg and Others*. Case CCT 24/07 [2008] ZACC 1.
- \_\_\_\_\_. 2008. High Court of Johannesburg. *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) v. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*. Julgamento não publicado, 12 de set.
- \_\_\_\_\_. 2009. *City of Johannesburg and Others v. Lindiwe Mazibuko and Others* Case. No 489/08 [2009] ZA SCA 20, Decisão de 25 de março.
- ALEMANHA. 1970. Federal Constitutional Court. *Klauss case*. 30 BVERFG E I.
- \_\_\_\_\_. 1972. Federal Constitutional Court. *Numerus Clausus I case*. 33 BVerfGE 303.
- \_\_\_\_\_. 1975. Federal Constitutional Court. *BVERFG E 40*. 121 (133).
- ARGENTINA. 1998. Federal Administrative Court. *Viceconte Mariela v. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*. 2 Jun.
- \_\_\_\_\_. 2004. Supreme Court. *Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S. A. s/ accidentes ley 9688*. 21 set.

BANGLADESH. 2000. High Court. **Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others v. Government of Bangladesh and Others**. 53 DLR (2001) 1, decided on 14 Mar.

\_\_\_\_\_. 2001. Supreme Court of Bangladesh. **Aino Salish Kendra and Others (ASK) v. Government and Bangladesh and Others**. 19 BLD (1999) 488, decided on 29 Jul.

BRASIL. 2003. Superior Court of Justice. **Resp 577836**.

CANADA. 1989. Supreme Court. **Slaight Communications Inc. v. Davidson**. [1989] 1 SCR 1038.

\_\_\_\_\_. 1997. Supreme Court. **Eldridge v. British Columbia**. (1997) 3 S.C.R. 324, decided on 20 Dec.

\_\_\_\_\_. 1998. Ontario Human Rights Commission. **Kearney v. Bramlea Ltd.** (1998) 34 CHRR D/1.

\_\_\_\_\_. 2001a. Supreme Court. **Dunmore v. Ontario (Attorney General)**. [2001] 3 SCR 1016, decided on 20 Dec.

\_\_\_\_\_. 2001b. Supreme Court. **Shelter Corporation v. Ontario Human Rights Commission**. (2001) 143 OAC 54.

\_\_\_\_\_. 2005. Supreme Court. **Chaoulli v. Quebec - Attorney General**. [2005] 1 SCR 791.

COLOMBIA. 1996. Constitutional Court. **SU-256**.

\_\_\_\_\_. 1997. Constitutional Court. **SU-111/97**.

\_\_\_\_\_. 2002. Constitutional Court. **T-595/02**.

\_\_\_\_\_. 2004. Constitutional Court. **T-025/04**.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. 2001. **SERAC v. Nigeria**. Communication No. 155/1996.

\_\_\_\_\_. 2003. **Purohit and Moore v. The Gambia**. Communication No. 241/2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). 2005. **Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize**. Report No. 40/04, Case 12.053, OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev. 1.

COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS. 1999. **ICJ v. Portugal**. No 1/1998.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. 1979. **Airey v. Ireland**. (1979) 2 EHRR 305, decided on 9 Oct.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. **The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua**. (Ser.C) No.79, Judgment on 31 Aug.

\_\_\_\_\_. 2003. H.R. **Five Pensioners' Case v. Peru**. (Ser. C) No. 98, Judgment on Feb. 28.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2004. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Israeli Occupied Territories**. ICJ Reports 136.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1954. Supreme Court. **Brown v. Board of Education**. 347 U.S. 483 (1954).
- \_\_\_\_\_. 1955. Supreme Court. **Brown v. Board of Education II**. 349 U.S. 294 (1955)
- \_\_\_\_\_. 1977. New York Court of Appeals. **Tucker v. Toia**. 43 N.Y.2d 1, 7 (1977).
- \_\_\_\_\_. 1989a. Supreme Court of Texas. **Edgewood Independent School District v. Kirby**. 777 S.W.2d 391 (Tex. 1989).
- \_\_\_\_\_. 1989b. Supreme Court of Kentucky. **Rose v. Council for Better Education**. 790 S.W.2d 186 (Ky. 1989).
- FILIPINAS. 1997. Supreme Court. **Tatad v. Secretary of the Department of Energy**. G. R. No. 124360, 5 Nov.
- FINLÂNDIA. 1997. Supreme Court of Finland. **Employment Act Case**. KKO 1997: 141, Yearbook of the Supreme Court.
- \_\_\_\_\_. 1999. Helsinki Court of Appeals. **Child-Care Services Case**. Case No. S 98/225, 28 October.
- \_\_\_\_\_. 2000. Supreme Administrative Court. **Medical Aids Case**. No. 3118, 27 Nov.
- FRANÇA. 1985. Court of Appeal of Versailles. **Recueil Dalloz**. (1985), 421.
- HUNGRIA. 1991. Constitutional Court. **Decision 772/B/1990/AB**. ABH 1991, 519 at 520.
- \_\_\_\_\_. 1998. Constitutional Court. Decision 32/1998 (VI.25)
- \_\_\_\_\_. 2000. Constitutional Court. Decision 42/2000 (XI.8).
- INDIA. 1980. Supreme Court. **Municipal Council Ratlam v. Vardhichand and others**. **AIR 1980 SC 1622**.
- \_\_\_\_\_. 1984. Supreme Court. **Bandhua Mukti Morcha v. Union of India**. AIR 1984 SC 802.
- \_\_\_\_\_. 1985. Supreme Court. **Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation**. (1985) 3 SCC 545.
- \_\_\_\_\_. 1997. Supreme Court. **Vishaka and others v. State of Rajasthan and others**. (1997) 6 SCC 241.
- \_\_\_\_\_. 1998. Supreme Court. **M.C. Mehta v. Union of India**. (1998) 6 SCC 63.
- \_\_\_\_\_. 2001. Supreme Court. **People's Union for Civil Liberties v. Union of India**. (2001) 5 SCALE 303.
- \_\_\_\_\_. 2004. Supreme Court. **People's Union for Civil Liberties v. Union of India**. (2004) 8 SCALE 759.
- \_\_\_\_\_. 2000. Supreme Court. **Narmada Bachao Andolan v. Union of India**. (2000) 10 SCC 664.
- IRLANDA. 1989. High Court. **O'Reilly** [1989] I.L.R.M. 181, p. 194.
- \_\_\_\_\_. 2001. Supreme Court. **Sinnot** [2001] 2 IR 545.

- NAÇÕES UNIDAS. 2001. Human Rights Committee. **Karel Des Fours Walderode v. the Czech Republic**. (Communication No. 747/1997), Views of 30 October 2001, paragraph 8.3.
- \_\_\_\_\_. 2003. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. **A.T. v. Hungary**. 2/2003.
- NEPAL. 1995. **Mira Dhungana v. Ministry of Law, Justice and Parliamentary Affairs**. 4 S. Ct. Bull 1 (Fagun 1-15, 2052).
- NIGERIA. 2005. High Court. **Gbemre v. Shell Petroelum & Others**. Suit No. FHC/B/C/53/05, Decision of 14 Nov.
- PAQUISTÃO. 1990. Supreme Court. **Fazal Jan v. Roshua Din**. PLD 1990 SC 661.
- PORTUGAL. 1984a. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. **Decision (Acórdão) nº39/84**. April 11.
- \_\_\_\_\_. 1984b. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. **Decision (Acórdão) nº 509/2002**.
- REINO UNIDO. 2002a. Court of Appeal. **Donoghue v. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd**. [2002] 3 WLR 183.
- \_\_\_\_\_. 2002b. Court of Appeal. **R(H) v. Leonard Cheschire Foundation (A Charity)**. [2002] EWCA Civ 266.
- \_\_\_\_\_. 2008. **D.H. and Others v. the Czech Republic**. App. No. 57325/00, 47 EUR. H.R. REP. 3 (2008).
- SUIÇA. 1995. Federal Court of Switzerland. **V v. Einwohnerngemeine X und Regierunsgrat des Kantons Bern**. BGE/ATF 121 I 367, 27 Oct.

## NOTAS

1. Por exemplo, no caso *Gbemre vs. Shell Petroelum and Others* (NIGERIA, 2005), a Suprema Corte da Nigéria citou uma decisão da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos em *SERAC vs. Nigeria*: E ordenou a suspensão das emissões de gás por companhias de petróleo, argumento que violava o direito à vida e dignidade da comunidade Iwherekan (incluindo o direito a um meio-ambiente sadio).
2. Embora haja cada vez mais um reconhecimento da assistência jurídica gratuita como um direito humanos no âmbito dos direitos DESC (GALLOWITZ, 2006; DURBACH, 2008), sua implementação é bem mais aleatória. Embora alguns países tenham incorporado políticas de assistência jurídica que incluem casos não criminais, estas políticas nem sempre são por isso beneficiadas com uma realocação de recursos ou maior financiamento.
3. No entanto, decisão da Corte tem sido

recentemente relativizada (NOLAN, 2008).

4. Desafios com relação às atividades de empresas de grande porte ou multinacionais têm sido superados com certo êxito, ao passo que tentativas de litígio transnacional (processar uma empresa multinacional em seu país de origem) têm levado a muitos acordos, mas não julgamentos (JOSEPH, 2008).
5. Embora a diferença entre estes não seja fácil de discernir (FINLANDIA, Child-Care Services Case, 1999).
6. Para encontrar resumos em inglês de uma grande variedade de casos, ver: <[www.nordichumanrights.net/tema/tema3/caselaw/](http://www.nordichumanrights.net/tema/tema3/caselaw/)>.
7. Esta tendência é também evidente na jurisprudência internacional sobre "outros status" (NACIONES UNIDAS, 2009).
8. Ver [http://www.nlchp.org/about\\_us.cfm](http://www.nlchp.org/about_us.cfm). Último acesso em: 19 outubro, 2009.

---

**ABSTRACT**

---

Viewed in historical perspective, the recent rise of economic, social and cultural (ESC) rights in comparative legal jurisprudence and litigation strategy is remarkable. From a small number of jurisdictions to countries in all regions and legal systems of the world, there has been both a broadening and deepening of domestic judicial enforcement of these rights. While this enterprise casts some doubt on traditional presumptions concerning the non-justiciability of ESC, there remain a number of conceptual, instrumental and empirical questions. This paper seeks to provide an overview of the underlying causes of this socio-legal development, the nature and content of the emerging jurisprudence, the empirical evidence and debates around impact, lessons learned in effective litigation strategy and concludes with some thoughts on how the field could be developed.

---

**KEYWORDS**

---

Social rights – Justiciability – Impact – Litigation strategy

---

**RESUMEN**

---

Desde una perspectiva histórica, el avance de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la jurisprudencia comparada y estrategias de litigio resulta notable. Ha habido una ampliación y profundización de la exigibilidad de estos derechos por vía de los tribunales nacionales, comenzando por un número reducido de jurisdicciones y extendiéndose a países de todas las regiones y sistemas jurídicos del mundo. Si bien esta tendencia arroja dudas sobre las suposiciones tradicionales acerca de la no justiciabilidad de los DESC, sigue habiendo interrogantes conceptuales, instrumentales y empíricos. Este trabajo intenta ofrecer un panorama general que incluye las causas subyacentes de este desarrollo socio-jurídico, el carácter y contenido de la jurisprudencia emergente, las pruebas empíricas y debates en torno al impacto y lecciones aprendidas a partir de las estrategias efectivas de litigio. Como conclusión se ofrecen algunas ideas sobre cómo podría desarrollarse este campo.

---

**PALABRAS CLAVE**

---

Justiciabilidad – Derechos sociales – Impacto – Litigio estratégico