

O DIÁLOGO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À DIVERSIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL*

HIDEMBERG ALVES DA FROTA**

SUMARIO

INTRODUÇÃO.—I. BALIZAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO E PRETORIANO SUL-AFRICANO.—II. CASOS CCT 38/96 (*S v LAWRENCE*), CCT 39/96 (*S v NEGAL*) E CCT 40/96 (*S v SOLBERG*).—III. CASO CCT 4/00 (*CHRISTIAN EDUCATION SOUTH AFRICA v MINISTER OF EDUCATION*).—IV. CASO CCT 36/00 (*PRINCE v LAW SOCIETY OF THE CAPE OF GOOD HOPE*).—V. CASO CCT 40/03 (*JULEIGA DANIELS v ROBIN GRIEVE CAMPBELL N.O. AND OTHERS*).—VI. CASOS CCT 60/04 E CCT 10/05 (*MINISTER OF HOME AFFAIRS AND ANOTHER v FOURIE AND ANOTHER*).—VII. CASO CCT 51/06 (*MEC FOR EDUCATION: KWAZULU-NATAL AND OTHERS v PILLAY*).—VIII. CASO CCT 83/08 (*HASSAM v JACOBS N.O. AND OTHERS*).—IX. CONCLUSÃO.—X. REFERÊNCIAS.

RESUMEN

Este artigo analisa os principais precedentes da Corte Constitucional da África do Sul concernentes ao diálogo entre a liberdade religiosa e ao direito à diversidade. Enfoca-se a fundamentação constitucional dos respectivos acórdãos. Almeja-se propiciar aos juristas de língua portuguesa subsídios para a análise doutrinal e o aperfeiçoamento jurisprudencial de controvérsias congêneres.

Palavras-chaves: jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul; liberdade religiosa; direito à diversidade.

* À Melina Alves da Frota. Mais do que minha irmã biológica, uma filha espiritual. Ao nascer, divisor de águas em minha vida. Trouxe ao meu cotidiano colorido novo, a gratificação existencial precoce da paternidade. Obrigado pela oportunidade de aprender lições diárias de simplicidade, compaixão, liderança, otimismo, persistência e assertividade. Obrigado pela alegria que traz à nossa família. Que Deus ilumine sua carreira médica e continue a abençoar sua caminhada evolutiva.

** Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas.

ABSTRACT

This article reviews the main precedents of the Constitutional Court of South Africa concerning the dialogue between religious freedom and the right to diversity. It is emphasized the constitutional basis of those judgments. It is intended to give legal support to the doctrinal analysis and improvement of case-law done by Portuguese-spoken jurists concerning similar controversies.

Key words: Constitutional Court of South Africa case-law; religious freedom; right to diversity.

INTRODUÇÃO

Nas décadas de 1990 e 2000, a Corte Constitucional da África do Sul enfrentou polêmicas complexas envolvendo a liberdade religiosa e o direito à diversidade, atinentes à autonomia normativa e disciplinar das instituições educacionais privadas, à índole laica e pluralista do Estado, à legislação penal antitóxicos e à situação de hipossuficiência, exclusão social ou vulnerabilidade socioeconômica de pessoas que possuem orientação sexual ou comungam de valores culturais e religiosos minoritários.

Em meio a questões tão multifacetadas, a exemplo dos efeitos sucessórios de casamento muçulmano monogâmico e poligínico, do consumo de maconha em cultos rastafáris, do reconhecimento jurídico do matrimônio homoafetivo¹, da aplicação de castigos corporais em educandários cristãos e da proibição ao uso de ornamento religioso hindu em colégio de elite feminino, a Corte de Johannesburgo tem firmado posições instigantes e, na maioria dos casos, progressistas (embasadas em motivações substanciais), as quais consubstanciam o estado da arte no estudo do multiculturalismo na seara dos direitos fundamentais e do diálogo entre a liberdade religiosa e o direito à diversidade.

Após se traçar pequeno bosquejo das balizas da liberdade religiosa e do direito à diversidade no Direito Constitucional da África do Sul, passe-se ao exame dos principais precedentes do Tribunal Constitucional sul-africano relativos à interação entre liberdade religiosa e direito à diversidade², expostos em ordem cronológica, com o fito de facilitar a análise da

¹ No Brasil, Dias tem sido influente jurista a preconizar a locução união homoafetiva, em vez de união homossexual, a ponto de alterar (na quarta edição) o título de sua monografia a respeito de tal temática. Cf. DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, passim.

² Casos CCT 38/96 (*S v Lawrence*), CCT 39/96 (*S v Negal*) e CCT 40/96 (*S v Solberg*); caso CCT 4/00 (*Christian Education South Africa v Minister of Education*); caso CCT 36/00 (*Prince v Law Society of the Cape of Good Hope*); caso CCT 40/03 (*Juleiga Daniels v Robin*

paulatina evolução da construção pretoriana em referência, resplendendo-se os fundamentos invocados pela Corte de Johannesburgo, de modo que sirvam de semente de reflexão para o desenvolvimento de novas pesquisas jurídicas no âmbito da dogmática lusófona e de subsídio para o eventual enfrentamento de matérias correlatas pelos Poderes Judiciários e Tribunais Constitucionais de língua oficial portuguesa.

I. BALIZAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO E PRETORIANO SUL-AFRICANO

Relativamente ao tema *sub examine* cumpre sobressair estes aspectos da Carta de Direitos Fundamentais (*Bill of Rights*)³ da Constituição da República da África do Sul de 1996 (*Constitution of the Republic of South Africa — Act 108 of 1996*)⁴:

(1) Vislumbra a dignidade como caractere inerente a todas as pessoas humanas e agasalha o direito de *todos* os seres humanos de terem sua dignidade respeitada e protegida — seção 10⁵.

(2) Positiva a igualdade de todos perante a lei, e preceitua que a todos sejam dados, pela lei, iguais proteção e benefícios — seção 9(1). Como desdobramento do princípio da isonomia, (a) preconiza o direito ao pleno e igualitário gozo de todos os direitos e liberdades, assim como a alvorada de medidas estatais (inclusive legislativas) voltadas à proteção ou ao desenvolvimento de pessoas e grupos de pessoas prejudicados por discriminações injustas⁶, bem como à prevenção ou coibição de condutas discriminatórias injustas — seção 9(2)(4) —, e proíbe discriminações diretas ou indiretas (pelo Estado e por pessoas em geral) baseadas em critérios de raça, gênero, sexo, gravidez, estado conjugal, origem étnica ou social,

Grieve Campbell N.O. and Others); casos CCT 60/04 e CCT 10/05 (*Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*); caso CCT 51/06 (*MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay*) e caso CCT 83/08 (*Hassam v Jacobs N.O. and Others*).

³ A Carta de Direitos Fundamentais constitui o Capítulo 2 (*Chapter 2*) do texto constitucional sul-africano de 1996.

⁴ Constitution of the Republic of South Africa (1996). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶ No âmbito da legislação infraconstitucional sul-africana, a Lei da Igualdade (*Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act — Act 4 of 2000*) regulamenta, em seu Capítulo 2, a proibição de injusta discriminação de raça (seção 7.^a), gênero (seção 8.^a) e deficiência (seção 9.^a), bem como a proibição a discursos de ódio (seção 10) e ao emprego da liberdade de expressão, em suas múltiplas vertentes (tais quais suas dimensões artística, científica e acadêmica), para fins de discriminação injusta (seções 11 e 12). Cf. ÁFRICA DO SUL. Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000 (Act n. 4, 2000). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=68207>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

cor, orientação sexual, idade, deficiências, religião, consciência, crença, cultura, linguagem e nascença — seção 9(3)(4)⁷.

(3) Inculpe o direito à liberdade de consciência, religião, pensamento, crença e opinião — seção 15(1) —, ao mesmo tempo que permite ao Direito Legislativo reconhecer os efeitos jurídicos de matrimônios celebrados sob o pálio de normas religiosas ou de tradições — seção 15(3)(a)(i)(ii)⁸.

(4) Franqueia a todas as pessoas humanas o direito de escolherem a linguagem e a vida cultural de sua preferência, bem como de se dedicarem às atividades culturais, religiosas e linguísticas das respectivas comunidades a que pertencem, desde que não violem dispositivos da Carta dos Direitos Fundamentais — seções 30 e 31⁹.

(5) Impõe que os temperamentos aos direitos fundamentais sejam realizados tão só por normas de aplicação geral e caso se revelem limitações razoáveis e justificáveis em uma sociedade aberta e democrática, estribada na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade, tendo em conta todos os fatores relevantes, averiguando-se, inclusive (enumeração exemplificativa), (a) a natureza do direito objeto de relativização, (b) a importância da finalidade da limitação, (c) a natureza e a extensão da limitação, (d) o liame entre a limitação e seu propósito, e (e) a existência de meios menos restritivos de se alcançar a finalidade almejada — seção 36 (1)¹⁰.

(6) E apregoa a interpretação judicial da Carta de Direitos Fundamentais pautada na promoção de valores que tenham como substrato o fomento a uma sociedade aberta e democrática esteada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade, assim como a interpretação judicial do ordenamento jurídico infraconstitucional sul-africano e de fontes do Direito Internacional e Comparado à luz do espírito, do sentido e dos desígnios da Carta de Direitos Fundamentais, além de acolher direitos e liberdades que, a despeito da falta de expressa previsão no texto constitucional, respaldam-se no Direito Judiciário, Consuetudinário ou Legislativo, contanto que harmônico com a Carta dos Direitos Fundamentais — seção 39 (1)(2)(3)¹¹.

Na Corte Constitucional da África do Sul, no caso CCT 36/00 (*Prince v Law Society of the Cape of Good Hope*), o *Chief Justice Sandile Ngcobo* divisiu a proteção da diversidade como pilar de uma sociedade livre e

⁷ *Constitution of the Republic of South Africa* (1996). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹ *Ibid.*, loc. cit.

aberta, desdobramento da dignidade de todos os seres humanos inerente ao reconhecimento constitucional da pluralidade linguística, cultural, religiosa e social da África do Sul e à previsão, também esculpida no corpo da atual Carta Magna sul-africana, da liberdade religiosa e da proibição das variadas formas de discriminação, redundando-se na necessidade de acomodar todos os credos que vicejam na sociedade sul-africana (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 49 e 79, de 25 de janeiro de 2002)¹².

Nos casos CCT 38/96 (*S v Lawrence*), CCT 39/96 (*S v Negal*) e CCT 40/96 (*S v Solberg*) — julgados em bloco —, a Justice Kate O'Regan entendeu que a chancela do Estado à determinada religião, em detrimento dos demais credos, representa ameaça à liberdade de religião, mormente em uma sociedade como a sul-africana, em que se faz presente expressiva diversidade religiosa cuja proteção constitucional seria implícita à cláusula constitucional (Carta dos Direitos Fundamentais, seção 14) assecuratória do direito à vida privada (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, §§ 123 a 129)¹³.

No mesmo julgamento, o Justice Albie Sachs vislumbrou as liberdades de opinião e de expressão como consecutórias da tônica da ordem constitucional sul-africana no binômio abertura e diversidade, corolárias da faculdade do indivíduo, de forma isolada ou em comunidade, de ser diferente em suas crenças e comportamentos, sem que sofra a imposição estatal de sacrificar os direitos ínsitos à cidadania¹⁴, estendidos a todos os sul-africanos (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, §§ 145 e 147)¹⁵.

¹² ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

¹³ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Cases CCT 38/96, CCT 39/96 and CCT 40/96. Rebecca Lawrence (Appellant In CCT 38/96), Rodney Gordon Negal (Appellant In CCT 39/96) and Magdalena Petronella Solberg (Appellant In CCT 40/96) versus the State (First Respondent) and the Minister of Trade and Industry (Second Respondent). Heard on: 6 May 1997. Decided on: 6 October 1997. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

¹⁴ A cidadania, dilucida Valerio de Oliveira Mazzuoli, concerne ao «espaço político onde toda e qualquer manifestação reivindicatória de direitos se exterioriza», isto é, plasma «o direito de lutar por mais direitos», por meio da «politização da sociedade», conjugado com os «deveres de respeito à dignidade do outro, de cooperação para a asserção dos direitos humanos e de colaboração para a formação de um mínimo de senso político nos demais integrantes da comunidade de que se faz parte». Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & cidadania à luz do novo Direito Internacional*. Campinas: Minelli, 2002, p. 107-108, grifo do autor.

¹⁵ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Cases CCT 38/96, CCT 39/96 and CCT 40/96. Rebecca Lawrence (Appellant In CCT 38/96), Rodney Gordon Negal

Nos casos CCT 60/04 e CCT 10/05 (*Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*) — julgados em conjunto —, o referido magistrado frisou que a Constituição sul-africana de 1996 celebra a diversidade nacional, na qualidade de expressão da tolerância e do respeito mútuos entre os sul-africanos, inspirada no ideal da diversidade na unidade¹⁶ (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 60 e 107)¹⁷. Na esteira, no caso CCT 83/08 (*Hassam v Jacobs N.O. and Others*), o *Justice Bess Nkabinde* viu a diversidade social sul-africana como baliza para a interpretação constitucional e asseverou que a Lei Maior de 1996 não apenas tolera, mas celebra a diversidade daquela nação (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 27 e 33)¹⁸.

No caso CCT 4/00 (*Christian Education South Africa v Minister of Education*), Sachs enxergou o princípio da diversidade sob os prismas do direito da pessoa humana de se integrar à determinada comunidade religiosa, cultural e linguística e do dever do Estado de assegurar o exercício

(Appellant In CCT 39/96) and Magdalena Petronella Solberg (Appellant In CCT 40/96) versus the State (First Respondent) and the Minister of Trade and Industry (Second Respondent). Heard on: 6 May 1997. Decided on: 6 October 1997. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

¹⁶ O brocardo unidade na diversidade recorda-nos ensinamento do notável monge, filósofo e iogue hinduísta Swami Vivekananda (pioneiro na promoção do diálogo inter-religioso entre Ocidente e Oriente, no ocaso do século XIX): «Unidade na diversidade é o plano da natureza [...]». Cf. VIVEKANANDA, Swami: *The complete works of Swami Vivekananda*. Kolkata: Advaita Ashrama, 2003, v. 1, p. 17, tradução nossa. Huberto Rohden, ao examinar o pensamento atribuído a Hermes Trimegisto, reflexiona: «O universo é, pois, uma profunda unidade com distinção — e uma vasta diversidade sem separação. Unidade sem variedade seria monotonia. Variedade sem unidade seria caos. Unidade com variedade é harmonia.» Cf. ROHDEN, Huberto: *O pensamento filosófico da antiguidade: o drama milenar do homem em busca da verdade integral*. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, [s.n.], v. 1, p. 189-190, grifo do autor. (Coleção Filosofia Universal)

¹⁷ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 60/04. Minister of Home Affairs (First Applicant), Director-General of Home Affairs (Second Applicant) versus Marié Adriaana Fourie (First Respondent), Cecelia Johanna Bonthuys (Second Respondent) with Doctors for Life International (First Amicus Curiae), John Jackson Smyth (Second Amicus Curiae), The Marriage Alliance of South Africa (Third Amicus Curiae). Case CCT 10/05. Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others (Applicants) versus Minister of Home Affairs (First Respondent), Director-General of Home Affairs (Second Respondent), Minister of Justice and Constitutional Development (Third Respondent). Heard on: 17 May 2005. Decided on: 1 December 2005. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

¹⁸ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 83/08 [2009] ZACC 19. Fatima Gabie Hassam (Applicant) versus Johan Hermanus Jacobs N.O. (First Respondent), Master of the High Court (Second Respondent), Mariam Hassam (Third Respondent), Mariam Hassam N.O. (Fourth Respondent), Minister for Justice and Constitutional Development (Fifth Respondent) with Muslim Youth Movement of South Africa (First Amicus Curiae) and Women's Legal Centre Trust (Second Amicus Curiae). Heard on: 19 February 2009. Decided on: 15 July 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

desse direito individual e de permitir a tais comunidades que pratiquem, de forma livre, sua religião, cultura e idioma (acórdão do caso CCT 4/00, § 23)¹⁹. No caso CCT 51/06 (*MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay*), o então *Chief Justice* Pius Langa, além de frisar o múnus estatal de agasalhar a diversidade, contextualizou a ode constitucional à diversidade como passo fundamental na ruptura, pela África do Sul, com seu passado de intolerância e exclusão (acórdão do caso CCT 51/06, §§ 65, 75 e 77)²⁰.

Tais ponderações, ventiladas no seio da Corte de Johannesburg, forjaram o que Lourens du Plessis nomina a jurisprudência da diferença (*jurisprudence of difference*), conjunto de arestos da Corte Constitucional da África do Sul que, debruçados sobre controvérsias relacionadas à liberdade religiosa e ao direito à diversidade, sedimentaram construção pretoriana a atalhar preconceitos arraigados no imo do corpo social, com vistas a facilitar a inserção, no âmago da sociedade, de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente marginalizados²¹.

A tendência doutrinal do Tribunal Constitucional sul-africano se harmoniza com a incumbência dos Estados democráticos e liberais de coadjuvarem «os grupos em desvantagem»²², de modo que possam «preservar a sua cultura contra as interferências das culturas majoritárias»²³, explica Quintino Lopes Castro Tavares, a ressaltar o imperativo do Poder Público de resguardar o direito à diferença, ao respeitar a «identidade singular de

¹⁹ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 4/00. Christian Education South Africa (Appellant) versus Minister of Education (Respondent). Heard on: 4 May 2000. Decided on: 18 August 2000. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

²⁰ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 51/06. MEC For Education: Kwazulu-Natal (First Applicant), Thulani Cele: School Liaison Officer (Second Applicant), Anne Martin: Principal of Durban Girls' High School (Third Applicant), Fiona Knight: Chairperson of the Governing Body of Durban Girls' High School (Fourth Applicant) versus Navaneethum Pillay (Respondent) with Governing Body Foundation (First Amicus Curiae), Natal Tamil Vedic Society Trust (Second Amicus Curiae) and Freedom of Expression Institute (Third Amicus Curiae). Heard on: 20 February 2007. Decided on: 5 October 2007. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

²¹ DU PLESSIS, Lourens: Religious freedom and equality as celebration of difference: a significant development in recent South African constitutional case-law. *PER [Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad]*, Potchefstroom, v. 12, n. 4, oct.-dec. 2009, p. 11/360, 30/360, 31/360. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/journals/PER/2009/17.html>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

²² TAVARES, Quintino Lopes Castro: Multiculturalismo. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005. Cap. 3, p. 101.

²³ *Ibid.*, loc. cit.

cada um, independente de seu sexo, raça ou etnia»²⁴ e as «atividades práticas e modos de ver o mundo que são objeto de uma valoração singular ou inseparáveis dos membros dos grupos (principalmente os) em desvantagem»²⁵, tendo-se em mira o resguardo «ao plano de vida de cada um, sua construção social inerente e inseparável de si mesmo, construída por força dos valores que compartilha e do grupo no qual está inserido ou com o qual é identificado»²⁶, já que «o indivíduo cria a sua referência identitária»²⁷ lastreada «no que recebe de seu grupo de pertença, projeto de conscientização sobre si mesmo, e no que extrai nas relações sociais da realidade do dia a dia»²⁸.

O apreço da Corte de Johannesburgo pela diversidade ecoa um olhar multiculturalista, que busca compreender «o outro» pondo-se, tanto quanto possível, no lugar «do outro» (voto do *Justice* Lourens Ackermann no caso CCT 11/98, § 22, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* ²⁹), ou seja, do diferente e do excluído.

Com efeito, o multiculturalismo repele — lembra Tavares — a sujeição do «nosso próprio modo de vida ao outro, apenas porque ele tem um estilo de viver diferente ou porque provém de uma outra cultura»³⁰, consciência de que «devemos combater as falhas e os erros existentes em cada cultura, mas não podemos confundir a luta contra os erros e a opressão com a condenação das culturas a que os outros pertencem»³¹.

II. CASOS CCT 38/96 (*S v LAWRENCE*), CCT 39/96 (*S v NEGAL*) E CCT 40/96 (*S v SOLBERG*)

Em 6 de outubro de 1997, nos casos CCT 38/96 (*S v Lawrence*), CCT 39/96 (*S v Negal*) e CCT 40/96 (*S v Solberg*) — julgados em bloco —, a

²⁴ *Ibid.*, p. 102.

²⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁶ *Ibid.*, p. 103.

²⁷ *Ibid.*, p. 102.

²⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁹ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 11/98. The National Coalition for Gay and Lesbian Equality (First Applicant) and the South African Human Rights Commission (Second Applicant) versus The Minister of Justice (First Respondent), the Minister of Safety and Security (Second Respondent) and the Attorney-General of the Witwatersrand (Third Respondent). Heard on: 27 August 1998. Decided on: 9 October 1998. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

³⁰ TAVARES, Quintino Lopes Castro: Multiculturalismo. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005. Cap. 3, p. 112-113.

³¹ *Ibid.*, p. 112.

Corte Constitucional da África do Sul, capitaneada pelo voto do então Presidente³² Arthur Chaskalson (secundado pelo Vice-Presidente Pius Langa e pelos *Justices*³³ Lourens Ackermann e Johann Kriegler), assentou que os recorrentes *não* lograram demonstrar que a proibição legal (positivada na seção 90 da Lei do Álcool — *Liquor Act*, ato legislativo também denominado *Liquor Act 27 of 1989*) de que *grocery stores* (nesse contexto, mercearias, lojas de conveniência e congêneres) vendam vinho aos domingos (proibição estendida ao Dia do Natal e à Sexta-Feira da Paixão ou Sexta-Feira Santa) infringiria a liberdade religiosa, de crença e opinião nem a liberdade de livre iniciativa (insculpidas nas seções 14 e 26, respectivamente, da Constituição sul-africana interina de 1993) e, *ad argumentandum tantum*, caso restasse, de fato, comprovada, no álbum processual, a existência da referida interdição estatal à liberdade do exercício de atividade econômica, não estaria evidenciado, naqueles autos, que tal intervenção do Estado não fora justificável nem razoável (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, §§ 105 a 108 c/c §§ 1º, 6º, 7º, 97 e 98)³⁴.

³² Sob a égide da seção 97(2)(a) da Constituição interina da África do Sul de 1993 (*Constitution of the Republic of South Africa – Act 200 of 1993*), a Corte Constitucional sul-africana tinha como dirigente maior o *Presidente*, sendo reservado o título de *Chief Justice* à autoridade máxima da Suprema Corte da África do Sul (*Supreme Court of South Africa*), nos termos da seção 97(1) da mesma Constituição. Com a promulgação da Constituição sul-africana de 1996 (*Constitution of the Republic of South Africa – Act 108 of 1996*), a Suprema Corte sul-africana foi abolida, sua Divisão de Apelação (*Appellate Division of the Supreme Court of South Africa*), convertida na Suprema Corte de Apelação (*Supreme Court of Appeal*), seguindo-se o disposto no art. 16(3)(a) do Anexo 6: Disposições Transitórias (*Schedule 6: Schedule 6: Transitional Arrangements*), e esta se tornou a mais alta instância judiciária sul-africana em matérias não constitucionais, na esteira do disposto na seção 97(2) da multicitada Constituição de 1996, ao passo que as divisões provinciais e locais da antiga Suprema Corte foram convoladas em *High Courts* – conforme determinou o art. 16(3)(a) do mesmo Anexo 6 da Lei Fundamental sul-africana de 1996 –, transformando-se em tribunais de segunda instância da Justiça Comum. Mais adiante, por meio da nova redação dada à seção 167(1) da Constituição sul-africana de 1996 pela seção 11 da Sexta Emenda Constitucional de 2001 (*Constitution Sixth Amendment Act of 2001*, originalmente nominada Lei 34 de 2001 – *Act 34 of 2001*), a autoridade máxima da Corte Constitucional passou a ser referida por *Chief Justice of South Africa*. Cf. ÁFRICA DO SUL. *Constitution of the Republic of South Africa (1993)*. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/93cons.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2011; Id. *Constitution of the Republic of South Africa (1996)*. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2011; WIKIPEDIA. *High Courts of South Africa*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/High_Courts_of_South_Africa>. Acesso em: 14 fev. 2011; Id. *Constitution of South Africa*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_South_Africa>. Acesso em: 14 fev. 2011.

³³ Cargo que corresponde no organograma judiciário brasileiro, guardadas as devidas proporções, ao de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

³⁴ ÁFRICA DO SUL. *Constitutional Court of South Africa*. Cases CCT 38/96, CCT 39/96 and CCT 40/96. Rebecca Lawrence (Appellant In CCT 38/96), Rodney Gordon Negal (Appellant

No referido *decisum*, Chaskalson frisou que o domingo é o dia da semana mais apropriado para se reduzir, por meio de tais limitações legais, o consumo de bebidas alcoólicas, por constituir o dia da semana em que a maioria dos sul-africanos não desempenha múnus laboral, e assim o fazem por razões de conveniência secular (não por dever religioso), seguindo prática já cristalizada no seio da sociedade como de cunho temporal, em face de padrão adotado pelo ordenamento jurídico ao longo dos anos de reservar ao domingo o principal período semanal de descanso dos que atuam no mercado de trabalho, aspecto presente, *verbi gratia*, em avenças trabalhistas, em contratos de prestação de serviço, na praxis negocial e em dispositivos das legislações provinciais sul-africanas, a transcender motivos de fundo religioso e a abarcar indivíduos de credos não cristãos e ideologias não religiosas, inclusive pessoas naturais que, aos domingos, em vez de se dedicarem à atividade religiosa, voltam-se apenas ao lazer (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, § 106 c/c §§ 95 a 96)³⁵.

Chaskalson pontuou que a seção 90 da Lei do Álcool não sujeita (de modo direto ou indireto) pessoas físicas e jurídicas em geral à observância compulsória do *Sabbath* cristão, e não limita os direitos à escolha do credo religioso e à manifestação pública de crenças religiosas nem bane o funcionamento, aos domingos, de estabelecimentos que comercializam bebidas alcoólicas, já que, nesse caso, a interdição dominical à venda de vinho não impede a comercialização, aos domingos, de outros produtos, pelas lojas sujeitas a tais restrições, e, de outra banda, a proibição parcial à venda dominical de bebidas alcoólicas não atinge todos os estabelecimentos empresariais — permite-se a venda de vinho, *exempli gratia*, por hotéis a seus hóspedes, por restaurantes a seus clientes que lá se encontrem em refeição, por adegas a seus frequentadores e por clubes a seus membros e aos convidados destes (arts. 54(1), 57, 61 e 65 da Lei do Álcool), além de outras hipóteses de venda de vinho aos domingos (não elencadas de forma explícita no diploma legislativo em perspectiva) poderem, excepcionalmente (seção 20(b)(viii) c/c seção 22(2)(b) da Lei do Álcool), ser deferidas pelo *liquor board*, o órgão colegiado administrativo competente, na África do Sul, para adotar tais deliberações (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, §§ 90, 97, 99 e 105)³⁶.

In CCT 39/96) and Magdalena Petronella Solberg (Appellant In CCT 40/96) versus the State (First Respondent) and the Minister of Trade and Industry (Second Respondent). Heard on: 6 May 1997. Decided on: 6 October 1997. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

³⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

III. CASO CCT 4/00 (*CHRISTIAN EDUCATION SOUTH AFRICA V MINISTER OF EDUCATION*)

Em 18 de agosto de 2000, no caso CCT 4/00 (*Christian Education South Africa v Minister of Education*), a Corte Constitucional da África do Sul, com arrimo na manifestação do *Justice Albie Sachs* (cujo pronunciamento também foi, a exemplo do que ocorreu na circunstância em referência, o voto condutor do caso CCT 40/03, bem assim dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, precedentes da Corte de Johannesburgo igualmente analisados neste trabalho), seguido pelo *Chief Justice Arthur Chaskalson* e pelo *Deputy Chief Justice Pius Langa*, bem assim pelos *Justices Richard Goldstone, Tholie Madala, Yvonne Mokgoro, Sandile Ngcobo, Kate O'Regan e Zak Yacoob*, além do *Acting Justice*³⁷ *Edwin Cameron*, cancelou a proibição legal (estatuída na seção 10 da Lei das Escolas da África do Sul de 1996 — *South African Schools Act (the Schools Act) of 1996*) de aplicação de punições corporais por escolas sul-africanas (acórdão do caso CCT 4/00, § 52 c/c §§ 32, 38, 42 a 43 e 50 a 51)³⁸.

À época congregando 196 (cento e noventa e seis) escolas privadas sul-africanas, com o total de cerca de 14.500 alunos, todas voltadas à educação de tônica evangélica, a associação civil intitulada *Christian Education South Africa* rutilou que a interdição legal ao castigo físico de âmbito educacional (seja a punição física executada diretamente por agentes da escola, seja a reprimenda corporal de aplicação delegada, pelo educandário, aos pais do aluno ou aluna) seria afrontosa ao direito individual, parental e comunitário à livre prática da religião cristã — desdobramento da conjugação dos direitos fundamentais capitulados nas seções 14 (direito à vida privada), 15 (liberdade religiosa, de crença e opinião), 29 (autonomia das instituições educacionais privadas), 30 (direito à prática do idioma e da vida cultural da sua escolha) e 31 (direitos ínsitos às comunidades culturais, religiosas e linguísticas) da Constituição sul-africana de 1996³⁹ —, haja vista que a sanção corporal se fundamentaria na Bíblia Sa-

³⁷ *Acting Justice* é o título dado, no âmbito do Pretório Excelso da África do Sul, ao jurista que desempenha, de modo interino, as atribuições de magistrado da Corte Constitucional, o qual, a exemplo do atual (ano-base: 2011) *Justice Edwin Cameron*, pode, posteriormente, ser nomeado para o quadro permanente de juízes da Corte de Johannesburgo. Cf. ÁFRICA DO SUL. *Justice Cameron*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicecameron/index1.html>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

³⁸ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 4/00. *Christian Education South Africa (Appellant) versus Minister of Education (Respondent)*. Heard on: 4 May 2000. Decided on: 18 August 2000. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

³⁹ ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa (1996). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

grada (Provérbios 19:18, 22:6, 22:15 e 23:13-14, assim como Deuterônimo 6:4-7, ambos livros do Antigo Testamento) e, por conseguinte, integraria o *éthos* do autêntico cristianismo, tal como concebido e cultivado por aqueles estabelecimentos educacionais (acórdão do caso CCT 4/00, §§ 2º, 4º, 5º e 7º)⁴⁰.

Diante de tal eixo argumentativo articulado pela parte autora, a Corte de Johannesburgo conferiu primazia à salvaguarda da dignidade e da integridade físico-emocional das crianças, dos adolescentes e dos jovens sul-africanos, de maneira que todos eles (cristãos ou não) recebam igual cuidado e respeito (acórdão do caso CCT 4/00, § 42)⁴¹.

À luz do art. 36(1) da Constituição sul-africana de 1996, o Pretório Excelso da África do Sul vislumbrou como razoáveis e justificáveis em uma sociedade aberta e democrática (norteada pelos princípios da dignidade humana, liberdade e igualdade) tais limitações legislativas impingidas à liberdade religiosa e ao poder punitivo das instituições escolares (acórdão do caso CCT 4/00, § 32)⁴².

Salientou que essas restrições estatais à esfera privada — a par de não obstarem, de forma geral, os pais de fé cristã de criarem seus filhos de acordo com as crenças do cristianismo, mas apenas impedirem os genitores de atribuírem aos educandários (*in casu*, colégios de educação religiosa cristã) a faculdade de sujeitar o alunado a castigos corporais — concorrem para se (a) prevenir abusos físicos e emocionais no ambiente escolar, (b) reduzir a condescendência estatal com condutas violentas e (c) transformar, de forma significativa, a consciência cívica sul-africana (acórdão do caso CCT 4/00, §§ 38 e 50)⁴³.

Resplendeu, ainda, quer a dificuldade (de ordem prática) de o Estado monitorar a execução, em ambiências escolares, de sanções corporais cuja dosimetria apresentaria variações no modo como são graduadas pelas diversas instituições e educadores (aumentando-se a probabilidade de que a subjetividade propicie exageros), quer a vulnerabilidade dos educandos (situação de hipossuficiência), que (com seus pais) teriam de enfrentar prováveis animosidades da escola e da comunidade, ao noticiarem excessos na aplicação, por educadores, de punições corporais (acórdão do caso CCT 4/00, § 50)⁴⁴.

⁴⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴² *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴³ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 4/00. Christian Education South Africa (Appellant) versus Minister of Education (Respondent). Heard on: 4 May 2000. Decided on: 18 August 2000. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁴⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

E ponderou a importância de que as escolas de educação religiosa atuem tendo em mira não apenas a propagação dos valores religiosos e culturais da comunidade em que se encaixilham o educandário e seu corpo discente como também a necessidade de que os educandos sejam preparados para o universo plural da vida em uma sociedade aberta (a qual não se adstringe às cercanias da comunidade em que se inserem tais estudantes), o que implicaria, dentre outros aspectos, as instituições escolares ajustarem seus códigos disciplinares a normas jurídicas de caráter secular, promanadas de diplomas legislativos (como a impugnada Lei das Escolas da África do Sul de 1996), atos estatais, na visão da Corte de Johannesburgo, desprovidos de feito discriminatório (acórdão do caso CCT 4/00, § 51)⁴⁵.

IV. CASO CCT 36/00 (*PRINCE V LAW SOCIETY OF THE CAPE OF GOOD HOPE*)

Em 25 de janeiro de 2002, no caso CCT 36/00 (*Prince v Law Society of the Cape of Good Hope*), o *Justice* Sandile Ngcobo (acompanhando dos *Justices* Yvonne Mokgoro e Albie Sachs, bem como do *Acting Justice* Mbuyiseli Madlanga) representou o pensamento minoritário da Corte Constitucional da África do Sul, ao propor fosse declarada inconstitucional a seção 4(b) c/c parágrafo primeiro da Parte III do Anexo 2 da Lei de Drogas e Tráficos de Drogas de 1992 (*Drugs and Drug Trafficking Act 140 of 1992*) e a seção 22A(10)(a) c/c Anexo 8 da Lei de Controle de Substâncias Mediciniais e Correlatas de 1965 (*Medicines and Related Substances Control Act 101 of 1965*), no que tange à vedação do uso e da posse de *Cannabis* (maconha, conhecida na África do Sul como *dagga*)⁴⁶, no contexto da prática (de boa-fé) da religião rastafári, por adeptos desse credo (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 90, a, e 91, de 25 de janeiro de 2002⁴⁷)⁴⁸.

⁴⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁶ § 91 do acórdão de 25 de janeiro de 2002 do caso CCT 36/00. Cf. ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁴⁷ O acórdão de 25 de janeiro de 2002 consiste no julgamento definitivo da Corte Constitucional da África do Sul relativamente ao *meritum causae* do caso CCT 36/00. Porém, não se trata do primeiro aresto da Corte de Johannesburgo atinente ao caso CCT 36/00: antes, por meio de acórdão de 12 de dezembro de 2000 (§ 40), a Corte franqueou a ambas as partes a oportunidade de trazerem a lume maiores subsídios para o exame conclusivo do caso, o que culminou com o *decisum* de 25 de janeiro de 2002. Nesse sentido, cf. ÁFRICA DO SUL.

Ngcobo se posicionou pela suspensão da vigência⁴⁹ da declaração de inconstitucionalidade por 12 (doze) meses, anelando proporcionar ao Parlamento a oportunidade de reformar ambos os diplomas legislativos, no que se revelaram, no contexto em questão, incompatíveis com a ordem constitucional de 1996 (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 90, b, de 25 de janeiro de 2002)⁵⁰.

Ambas as disposições legais mostraram-se, aos olhos de Ngcobo, desarrazoadas e desproporcionais para o alcance da legítima finalidade de interesse governamental («legitimate government interest») da qual foram imbuídas pelo legislador sul-africano (prevenir o consumo e o tráfico de drogas psicoativas capazes de gerar dependência física, química ou psicológica), por não consubstanciarem medidas legislativas de intervenção mínima (intervenção estatal adstrita à medida do indispensável) na liberdade religiosa dos adeptos da religião rastafári (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 26, 52 a 53, 77, 81 a 83 e 86, de 25 de janeiro de 2002)⁵¹.

Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 16 November 2000. Decided on: 12 December 2000. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011; Id. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00.

Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁴⁸ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁴⁹ Acolhe-se a ponderação de que a vigência alude ao intervalo de tempo durante o qual dada norma jurídica possui força vinculante, ao passo que o vigor concerne à efetividade dos seus efeitos jurídicos. Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo: *Novo curso de direito civil*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008, p. 56, 59, 65.

⁵⁰ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁵¹ *Ibid.*, loc. cit.

Ngcobo argumentou que tais dispositivos legais afrontam a dignidade humana e retiram a proteção estatal aos praticantes da religião rastafári, dado o seu conteúdo genérico em demasia (de abrangência excessivamente ampla), a criminalizar todas as hipóteses de consumo religioso da cânabis (feito somente por sacerdotes e determinados fiéis do sexo masculino, excluídas as mulheres e os menores de idade), inclusive as circunstâncias em que o uso restrito, no âmbito do culto rastafári no lar ou no templo, poderia, a exemplo da sua utilização para fins medicinais, de análise acadêmica e de pesquisa científica, ser objeto de efetivo controle pela Administração Pública, sem que representasse (comprovada ou necessariamente) risco inaceitável à saúde coletiva nem individual, ou, a depender da circunstância, risco sanitário nenhum (nesse último caso, mencionou-se, a título exemplificativo, no âmbito dessa tessitura sacra, o tradicionalmente esporádico e módico fumo de cânabis em liturgias, a queima da maconha — em cerimônias religiosas no lar ou no templo —, para convertê-la em incenso, o emprego da *Cannabis* em banhos sagrados — no lar — e o rito de se curvar perante uma planta cânabe — vegetal sagrado e de função fulcral na religião rastafári —, em ato de oração), desde que os requisitos para a utilização religiosa da maconha (incluindo-se o modo de obtenção, a finalidade, a quantidade e o local de consumo) sejam esculpados em lei formal⁵² (*statute*) e haja a apropriada regulamentação e infraestrutura administrativa de autorização e fiscalização estatais (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 18 a 21, 26, 51, 55, 58 a 64, 66 a 70, 73 a 74, 77 a 79, 81 a 83 e 87, de 25 de janeiro de 2002)⁵³.

Porém, na circunstância em debate, o posicionamento majoritário da Corte de Johannesburgo foi capitaneado pela dissidência aberta pelo voto conjunto do *Chief Justice* Arthur Chaskalson e dos *Justices* Lourens Ackermann e Johann Kriegler, aderida pelos *Justices* Richard Goldstone e

⁵² Lei formal no sentido de integrar o Direito Legislado, por ter se submetido ao devido processo legislativo. Lei em sentido formal ou orgânico: «[...] ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa.» Lei em sentido material: «[...] norma geral, abstrata e obrigatória» a ordenar a coletividade. O ato estatal pode ser lei do ponto de vista formal (ter «forma de lei») e/ou material (possuir «a substância do ato legislativo», sendo «regra geral e impessoal de conduta, imperativamente imposta para o ordenamento da vida coletiva»). Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra: *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: 2005, p. 25-26.

⁵³ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

Zak Yacoob, apertada maioria dissidente (5 contra 4)⁵⁴ que considerou constitucional a incidência da restrição legal e genérica ao uso e à posse da cânabis sobre adeptos da religião rastafári, ante a impossibilidade fática (inexequibilidade) de se formular meio-termo (solução de permeio) que, de um lado, contemplasse a eficaz fiscalização (pelo Poder Público sul-africano e pelas autoridades religiosas rastafáris) do consumo controlado de maconha, para fins estritamente religiosos (no lar e em cerimônias religiosas coletivas, em uma comunidade religiosa tradicionalmente difusa e descentralizada, com organização institucional incipiente), e, de outra banda, não consubstanciasse exceção que, pela via oblíqua (reflexamente), (a) incentivasse o narcotráfico, (b) enfraquecesse a eficácia social da legislação antitóxica, (c) potencializasse riscos à saúde de seguidores da religião rastafári, (d) estabelecesse injustificável tratamento diferenciado entre os usuários da *Cannabis* adeptos da religião rastafári e os consumidores de maconha não adeptos do referido credo, (e) e, ao determinar fossem controlados o uso e a posse de cânabis por praticantes da religião rastafári, impusesse restrição excessiva à liberdade religiosa, por meio da supervisão estatal das práticas espirituais rastafáris relacionadas à *Cannabis* (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 101, 111, 118, 127 e 130 a 142, de 25 de janeiro de 2002)⁵⁵.

V. CASO CCT 40/03 (*JULEIGA DANIELS V ROBIN GRIEVE CAMPBELL N.O. AND OTHERS*)

Em 11 de março de 2004, no caso CCT 40/03 (*Juleiga Daniels v Robin Grieve Campbell N.O. and Others*), a Corte Constitucional da África do Sul, estribada no voto do *Justice* Albie Sachs (acompanhado do *Chief Justice* Arthur Chaskalson e do *Deputy Chief Justice* Pius Langa, bem como dos *Justices* Lourens Ackermann, Yvonne Mokgoro, Sandile Ngcobo, Kate O'Regan e Zak Yacoob), perfilhou interpretação extensiva da legislação sucessória, de modo que os conceitos de cônjuge (*spouse*) adotado pela Lei

⁵⁴ DU PLESSIS, Lourens: Religious freedom and equality as celebration of difference: a significant development in recent South African constitutional case-law. *PER [Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad]*, Potchefstroom, v. 12, n. 4, oct.-dec. 2009, p. 19/360. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/journals/PER/2009/17.html>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

⁵⁵ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

da Sucessão Legítima⁵⁶ de 1987 (*Intestate Succession Act 81 of 1987*) e de sobrevivente (*survivor*) abraçado pela Lei de Sustento dos Cônjuges Sobreviventes (*Maintenance of Surviving Spouses Act 27 of 1990*) abrangessem o consorte sobrevivente (cônjuge supérstite) de matrimônio islâmico monogâmico (acórdão do caso CCT 40/03, § 40, nº 1, *a e b*)⁵⁷.

Desse modo, almejou a Corte de Johannesburgo prestigiar conceito amplo de cônjuge, à luz da acepção acolhida pelo senso comum e pelo princípio da justiça («in terms of common sense and justice»), consentâneo com os valores constitucionais da igualdade, da tolerância e do respeito à diversidade («equality, tolerance and respect for diversity»), inclusive em harmonia com a promoção da igualdade substancial entre homens e mulheres e com o combate à hegemonia cultural e racial, escoimando a exegese de tais disposições legais de ressaibos discriminatórios do passado recente da África do Sul, em linha de coerência com a progressiva tendência inclusiva das leis sul-africanas — não apenas da legislação já formulada sob a influência da Era da Democracia Constitucional como também de atos legislativos precursores da ordem constitucional de 1996, concebidos antes do término do regime de segregação racial (*apartheid*) — de conferir expreso reconhecimento e resguardo legal aos matrimônios muçulmanos (acórdão do caso CCT 40/03, §§ 19, 21, 22, 25 e 27)⁵⁸.

Além disso, o Pretório Excelso austro-africano intencionou também homenagear a finalidade precípua de ambos os diplomas legislativos impugnados: proporcionar à viúva hipossuficiente (em estado de vulnerabilidade socioeconômica) o amparo mínimo, em face da morte do consorte monogâmico, visando a evitar que corra o risco de ser futuramente despejada do imóvel em que morou durante parcela expressiva do casamento, e

⁵⁶ Mais conhecida no Brasil como sucessão legítima, a *intestate succession* concerne à sucessão *ab intestato* (*ab intestato defuncto*), intestada, não testamentária, sem testamento, por disposição de lei, legal, legítima ou legitimária, ou seja, aquela regida apenas pelas normas legais, na ausência ou nulidade de testamento (manifestação de última vontade do *de cuius*). Nessa vereda, cf. SIDOU, J. M. Othon: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 797-799; SILVA, De Plácido: *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1.342-1.343; FIUZA, César: *Direito civil*: curso completo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 999.

⁵⁷ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 40/03. Juleiga Daniels (Applicant) versus Robin Grieve Campbell N.O. (First Respondent), Melissa Fourie N.O. (Second Respondent), Soraya Daniels (Third Respondent), Adelah Jakoet (Fourth Respondent), Shahieda Manuel (Fifth Respondent), Mogamat Sharief Manuel (Sixth Respondent), Sarah Daniels (Seventh Respondent), Minister of Justice and Constitutional Development (Eighth Respondent), Registrar of Deeds (Ninth Respondent) and Master of The High Court (Tenth Respondent). Heard on: 6 November 2003. Decided on: 11 March 2004. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁵⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

almejando assegurar a ela a renda oriunda de quinhão que, pelo menos, tenha valor correspondente ao quinhão de filho (acórdão do caso CCT 40/03, §§ 5º, 22 e 23)⁵⁹.

Cuida-se de profilaxia a poupar a viúva de depender da boa vontade da família de lhe assistir (acórdão do caso CCT 40/03, §§ 23 e 3º)⁶⁰, prevenindo-se ou se atenuando (exemplo hipotético nosso) eventuais conflitos entre a viúva e a família constituída pelo *de cuius* antes de se casar com a que seria a sua futura viúva.

Tem-se como pano de fundo cultural a tradição patriarcal sul-africana (vigorosa na comunidade muçulmana) de que o marido, na qualidade de «chefe de família», seja o «provedor do lar», em nome do qual se registra o patrimônio do casal, sem que a esposa, ao longo do matrimônio, adquira a autonomia financeira para se sustentar às próprias expensas (acórdão do caso CCT 40/03, § 22)⁶¹.

A Corte Constitucional sul-africana ressaltou que o acórdão em análise não deveria ser interpretado como espécie de reconhecimento geral dos efeitos jurídicos do matrimônio islamita. Caberia à discricionariedade legislativa definir quais outros aspectos do Direito muçulmano (*Shari'a* ou *Sharia*) seriam admissíveis no ordenamento jurídico da África do Sul (acórdão do caso CCT 40/03, § 26)⁶².

VI. CASOS CCT 60/04 E CCT 10/05 (*MINISTER OF HOME AFFAIRS AND ANOTHER V FOURIE AND ANOTHER*)

Em 1º de dezembro de 2005, nos casos CCT 60/04 e CCT 10/05 (*Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*) — julgados em conjunto —, a Corte Constitucional da África do Sul, novamente esteada no voto do *Justice* Albie Sachs (a que aderiram o *Chief Justice* Pius Langa e o *Deputy Chief Justice* Dikgang Moseneke, bem como os *Justices* Yvonne Mokgoro, Sandile Ngcobo, Thembile Skweyiya, Johann van der Westhuizen e Zak Yacoob), teve por incompatível com a seção 9(3) Constituição sul-africana de 1996 (em que se proscvem diversas espécies de discriminações injustas, dentre elas a que se baseia na orientação sexual) o conceito de matrimônio haurido do *common law* clássico, sedimentado na jurisprudência tradicional da África do Sul, pois que tal construção pretoriana obsta casais homossexuais de desfrutarem do mesmo regime jurídico, direitos e deveres conferidos aos casais heterossexuais (acórdão dos

⁵⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁶¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁶² *Ibid.*, loc. cit.

casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 162, nº 2, alínea *b*, c/c §§ 3º, 4º, 118, 120 e 122)⁶³.

Ao mesmo tempo, declarou inconstitucional a acepção restritiva de marido (*husband*) e cônjuge (*spouse*) acolhida pela seção 30(1) da Lei Matrimonial de 1961 (*Marriage Act 25 of 1961*), porquanto o indicado diploma legislativo incumbira à autoridade matrimonial celebrar o casamento valendo-se da fórmula clássica dessa cerimônia, em que se indaga ao nubente (sexo masculino) se aceita a nubente (sexo feminino) como sua esposa e se esta (sexo feminino) aceita aquele (sexo masculino) como seu marido, sem que fosse contemplada em tal formalidade a hipótese de se perguntar de um(a) nubente se este(a) aceitaria casar com outro(a) nubente do mesmo sexo e, portanto, sem se prever a possibilidade de que a cerimônia matrimonial redundasse no advento de um casamento monogâmico constituído por dois maridos ou por duas esposas (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 162, nº 1, alínea *c*, e nº 2, alíneas *b* e *c*, c/c §§ 3º, 4º, 117 a 118 e 120)⁶⁴.

A Corte de Johannesburgo suspendeu por 12 (doze) meses a entrada em vigência da declaração de inconstitucionalidade da Lei Matrimonial de 1961, com vistas a franquear ao Parlamento a oportunidade de reformar o apontado diploma legislativo, sob pena da Corte, encerrado tal interstício, impor a adoção de interpretação extensiva da seção 30(1) da aludida Lei Matrimonial, com o propósito de que a fórmula matrimonial agasalhada em tal dispositivo legal abarque o casamento civil entre pessoas naturais do mesmo gênero. Ressaltou-se que essa exegese ampliativa traria impacto orçamentário mínimo, preservaria os mecanismos institucionais já consolidados, engrandeceria a proteção jurídica à família, não imporiria às autoridades e instituições eclesiásticas a adoção, no âmbito religioso, do casamento homoafetivo, não obstaria casais heterossexuais de se casarem conforme suas convicções religiosas e consoante o procedimento jurídico que reputarem o mais adequado, e permitiria às autoridades matrimoniais se absterem de celebrar a cerimônia de consórcio homoafetivo, em caso de escusa de consciência (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 162, nº 2, alíneas *d* e *e*, c/c §§ 11, 122, 156 e 159)⁶⁵.

⁶³ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 60/04. Minister of Home Affairs (First Applicant), Director-General of Home Affairs (Second Applicant) versus Marié Adriaana Fourie (First Respondent), Cecelia Johanna Bonthuys (Second Respondent) with Doctors for Life International (First Amicus Curiae), John Jackson Smyth (Second Amicus Curiae), The Marriage Alliance of South Africa (Third Amicus Curiae). Case CCT 10/05. Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others (Applicants) versus Minister of Home Affairs (First Respondent), Director-General of Home Affairs (Second Respondent), Minister of Justice and Constitutional Development (Third Respondent). Heard on: 17 May 2005. Decided on: 1 December 2005. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁶⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁵ *Ibid.*, loc. cit.

O aresto em referência teve como principal antecedente, no âmbito da própria Corte Constitucional da África do Sul, o *decisum* relativo ao caso CCT 11/98 (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*), julgado em 9 de outubro de 1998, oportunidade em que a Corte de Johannesburgo, capitaneada pelo voto do *Justice* Lourens Ackermann (acompanhado pelo Presidente Arthur Chaskalson e pelo Vice-Presidente Pius Langa, bem como pelos *Justices* Richard Goldstone, Johann Kriegler, Yvonne Mokgoro, Kate O'Regan and Zak Yacoob), decretou a inconstitucionalidade da legislação sul-africana a criminalizar relações sexuais consensuais e privadas entre pessoas do gênero masculino, estribada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, assim como no direito à vida privada e na histórica situação social de desvantagem e preconceito em que se encontram os homossexuais masculinos, discriminados e punidos por força da orientação sexual que lhes é aspecto ínsito (indissociável) de sua condição e vivência humana (acórdão do caso CCT 11/98, § 106 c/c §§ 22 a 32)⁶⁶.

No presente aresto, o Pretório Excelso sul-africano sustentou a juridicidade e a constitucionalidade de se proceder à positivação, de preferência pela via legislativa, do direito ao matrimônio homoafetivo. Entendeu que a regulação do casamento homoafetivo, por intermédio de lei formal, rende aplauso quer à legitimidade do Parlamento, colhida do voto popular⁶⁷, para enfrentar e, se for o caso, normatizar, de maneira perene, matérias polêmicas e sensíveis (cabendo, nesse contexto, o primado revitalizador da lei formal sobre aspectos inconstitucionais e antiquados do *common law*, Direito Consuetudinário de forte repercussão jurisprudencial nos ordenamentos filiados ao sistema de matriz anglo-saxônica ou a uma variante híbrida, que matiza a influência anglófona, em menor ou maior grau, com elementos jurídicos de procedência de outras culturas jurídicas, a exemplo

⁶⁶ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 11/98. The National Coalition for Gay and Lesbian Equality (First Applicant) and the South African Human Rights Commission (Second Applicant) versus The Minister of Justice (First Respondent), the Minister of Safety and Security (Second Respondent) and the Attorney-General of the Witwatersrand (Third Respondent). Heard on: 27 August 1998. Decided on: 9 October 1998. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

⁶⁷ Mesmo em ordenamentos jurídicos moldados por parâmetros hauridos do *common law*, a exemplo das ordens jurídicas dos Estados Unidos da América e da República da África do Sul, o Direito Legislado continua a ressonar a soberania popular e a amálgama da miríade de valores, ideologias e interesses do corpo social. Sobre a questão da *legitimidade da lei formal*, cf. FROTA, Hidemberg Alves da: *O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo*, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 27-28.

do que ocorre na África do Sul⁶⁸, na Índia⁶⁹, nas Filipinas⁷⁰ e em Israel⁷¹), quer à segurança e à estabilidade jurídicas⁷², sem prejuízo da observância, pelo Poder Legislativo, das balizas jurídicas delineadas pela Corte de Johannesburgo no julgado em comento, inclusive quanto à necessidade da Casa Parlamentar não procrastinar a adoção da medida legislativa cabível (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 122, 136, 138, 139, 147, 155 e 156)⁷³.

Dentre os fundamentos invocados na circunstância vertente pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, além dos supracitados, destacam-se estes:

(a) A crescente pluralidade de formações familiares na coletividade sul-africana hodierna (espelho de conjuntura cada vez mais global e do direito de ser diferente quanto ao funcionamento da mecânica familiar), o imperativo constitucional de se reconhecer a histórica, injusta e ainda ponderosa discriminação (não somente sul-africana como também plurinacio-

⁶⁸ TRAKMAN, Leon: Legal traditions and international commercial arbitration. *University of New South Wales Faculty of Law Research Series: Sydney*, The Berkeley Electronic Press, 2007, p. 12. Working Paper 29. Disponível em: <<http://law.bepress.com/unswwps/flrps/art29>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

⁶⁹ MENSKI, Werner: Postmodern Hindu Law. *SOAS Law Department Occasional Papers*, London, 2001, p. 33. Disponível em: <<http://www.casas.org.uk/papers/pdfpapers/pomolaw.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

⁷⁰ CARLOTA, Salvador T.: The three most important features of the Philippine legal system that others should understand. In: *IALS Conference — learning from each other: enriching the law school curriculum in an interrelated world*. Suzhou: Soochow University, Kenneth Wang School of Law, 2007. p. 177. Disponível em: <<http://www.ialsnet.org/meetings/enriching/index.html>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

⁷¹ TRAKMAN, Leon: *Op. cit., loc. cit.*

⁷² Oportuno, nesse aspecto, recordar a lição do filósofo, pensador social e jurista britânico Jeremy Bentham (1748-1832) — consignada na obra de 1828 denominada *Da organização judiciária e da codificação* (originalmente publicada em francês, sob o título *De l'organisation judiciaire et de la codification*) — de que o *common law* (nessa acepção, entendido como o *Direito Judiciário*) não contempla o mesmo grau de segurança das leis escritas, no sentido de não facultar ao destinatário da norma — explica o jusfilósofo e cientista político italiano Norberto Bobbio (1909-2004) — a mesma possibilidade de «prever as consequências das próprias ações». Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 97, grifo nosso. (Coleção Elementos de Direito)

⁷³ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 60/04. Minister of Home Affairs (First Applicant), Director-General of Home Affairs (Second Applicant) versus Marié Adriaana Fourie (First Respondent), Cecelia Johanna Bonthuys (Second Respondent) with Doctors for Life International (First Amicus Curiae), John Jackson Smyth (Second Amicus Curiae), The Marriage Alliance of South Africa (Third Amicus Curiae). Case CCT 10/05. Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others (Applicants) versus Minister of Home Affairs (First Respondent), Director-General of Home Affairs (Second Respondent), Minister of Justice and Constitutional Development (Third Respondent). Heard on: 17 May 2005. Decided on: 1 December 2005. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

nal) contra homossexuais (da qual provêm as restrições ao casamento homoafetivo encastoadas, *a contrario sensu* e de forma velada, no Direito Positivo interno, o qual, de modo omissivo, por meio do silêncio da lei, contribui para se marginalizarem tais uniões e deixá-las invisíveis à luz da legislação do Direito da Família, o que incentiva a eficaz manutenção de tais ranços sociais), a premência de se positivarem abrangentes marcos jurídicos reguladores dos direitos familiares de homossexuais e a evolução legislativo-jurisprudencial sul-africana em torno da progressiva (conquanto lenta) ampliação do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, a ecoar a tendência legislativa de crescente combate às discriminações em geral e a servir de reflexo jurídico da conjuntura planetária contemporânea, singrada pela paulatina aceitação da existência fática de relacionamentos afetivo-sexuais duradouros entre pessoas naturais do mesmo sexo e da integridade de tais relações interpessoais, na qualidade de uniões amorosas credoras da mesma deferência que se credita aos casamentos e às uniões estáveis heteroafetivas (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 57, 59, 76, 78 a 82, 108, 113, 115, 116 e 156)⁷⁴.

(b) A ruptura, pela Constituição da República da África do Sul de 1996, com o passado sul-africano de intolerância, de exclusão, de discriminação, de autoritarismo e de repressão (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 59)⁷⁵.

(c) Por mais respeitáveis, ponderáveis e representativas do pensamento social majoritário que sejam determinadas crenças religiosas, tais convicções e dogmas não podem presidir a interpretação constitucional do Poder Judiciário, sob pena de que, caso assim proceda, a magistratura — além de ofender a diversidade cultural sul-africana — substitua (indevidamente) o clérigo na dicção de normas religiosas e na análise de controvérsias teológicas, e catalise injustas discriminações da maioria contra minoria(s), em vez de garantir a coexistência respeitosa entre as esferas secular e religiosa e os múltiplos matizes ideológicos que vicejam na sociedade. O estudo dos preconceitos nutridos pela corrente majoritária do corpo social contra filamentos minoritários da coletividade pode servir de subsídio para se buscarem soluções de compromisso que preservem ou promovam os direitos da minoria com o maior apoio possível da maioria, mas não é admissível que os preconceitos do *mainstream* sirvam de eixo argumentativo para o Estado privar segmentos minoritários da sociedade de direitos fundamentais ínsitos à condição de pessoas humanas (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 88 a 98 e 113)⁷⁶.

⁷⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁶ *Ibid.*, loc. cit.

(d) A necessidade, promanada do espírito da Constituição sul-africana de 1996, quer de unir e fortalecer a África do Sul (por meio do apreço pela diversidade e pelo pluralismo nacionais, assim como pela acomodação e administração, de maneira justa e razoável, de intensas e profundas diferenças de visões de mundo, de estilos de vida e de concepções sobre a natureza humana a grassarem entre diversos componentes do corpo social), quer de promover a igualdade, a liberdade e a dignidade de todas as pessoas humanas, aperfeiçoar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, impulsionar o desenvolvimento de uma sociedade democrática, aberta, universalista, solidária e igualitária, que reconhece a diversidade humana (genética, social, linguística, cultural, religiosa e sexual), acolhe os seres humanos tais como são e aceita todas as diferenças entre os componentes da espécie *homo sapiens sapiens*, partindo-se do pressuposto de que todas as pessoas humanas merecem igual respeito, consideração, tratamento digno e proteção jurídica, sendo também passíveis de iguais deveres e responsabilidades, vedadas as práticas de homogeneização ou inferiorização cultural, de preponderância de um seguimento da sociedade sobre outras parcelas do corpo social, bem assim de exclusão, marginalização e estigmatização (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 48, 60, 61, 75, 95 e 149)⁷⁷.

(e) A indispensabilidade de salvaguardar os casais homossexuais da excessiva interveniência do Estado em sua vida privada (prevenindo-se, nessa vereda, sanções jurídicas pautadas na orientação sexual e procedimentos estatais que fortaleçam preconceitos sociais) e, mais do que isso, a imprescindibilidade de lhes contemplar o anseio de que possam sair da clandestinidade, trazer a lume, sob o sol do meio-dia, de forma livre de repressão e aberta ao olhar público, a vida comum, sem se escamotear os plenos contornos dessa união afetivo-sexual, assegurando-lhes que sejam tratados como iguais (em relação às pessoas heterossexuais e uniões heteroafetivas) e acolhidos com igual dignidade pela ordem legal, conferindo-lhes tratamento isonômico no tocante aos casais heterossexuais, sob os ângulos dos direitos e também dos deveres, a fim de não serem estatuídas novas desigualdades, agora em sentido contrário, fonte de inevitável ressentimento e tensão sociais (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 78, 137 e 149)⁷⁸.

(f) O amplo, intenso e real impacto negativo (não apenas de cunho prático como também de cunho simbólico, inclusive do ponto de vista da integridade moral e do sentimento de autodesvalor) sobre os casais do mesmo gênero, ante a ausência da chancela, pela ordem jurídica sul-afri-

⁷⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁸ *Ibid.*, loc. cit.

cana, do casamento homoafetivo (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 62, 63, 74, 78, 81, 122, 151 e 152)⁷⁹.

(g) A omissão legislativa em tela reforça, de forma dissimulada, crenças sociais discriminatórias de que os casais homossexuais, sob as ópticas biológica e moral, possuiriam (ou mereceriam estar em) situação de inferioridade, comparados aos seus homólogos heterossexuais (subestimando-se, assim, a capacidade dos homossexuais de agirem de forma amorosa, ética, comprometida e responsável, e se robustecendo, no âmago de tais pessoas, a perda de autoestima, em virtude da percepção de que, por força de sua orientação sexual, são desvalorizados e desrespeitados pelo corpo coletivo e ordenamento jurídico), e, por outro lado, priva-os seja de liberdades intrínsecas aos direitos de autodeterminação, de autodefinição e de escolha, seja da proteção isonômica ao seu relacionamento afetivo-sexual perene e dos benefícios inerentes à disciplina jurídica do matrimônio, incluindo-se os (1) direitos e deveres dos cônjuges — *verbi gratia*, de assistência mútua —, (2) o regime de bens e as disposições legais pertinentes à separação e ao divórcio (inclusive meação dos bens havidos na constância do casamento), (3) os efeitos sucessórios e previdenciários, (4) as cláusulas legais de salvaguarda ao cônjuge hipossuficiente, (5) a legitimidade que a formalização da união, sob o manto do matrimônio, confere ao casal, aos olhos não apenas dos próprios consortes e de suas famílias como também da sociedade e do Estado, (6) a maior facilidade (menores entraves burocráticos) que o vínculo matrimonial propicia à interação de ambos, na condição de casal, com a Administração Pública e com os prestadores de serviços de natureza privada — nesse último caso, relativamente, *exempli gratia*, à aposentadoria conjunta, a plano de saúde e a seguro de vida (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 63 a 73, 78 e 151)⁸⁰.

VII. CASO CCT 51/06 (*MEC FOR EDUCATION: KWAZULU-NATAL AND OTHERS V PILLAY*)

Em 5 de outubro de 2007, no caso CCT 51/06 (*MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay*), a Corte Constitucional, arrimada no pronunciamento do *Chief Justice* Pius Langa (endossado pelo *Deputy Chief Justice* Dikgang Moseneke, assim como pelos *Justices* Tholie Madala, Yvonne Mokgoro, Sandile Ngcobo, Bess Nkabinde, Albie Sachs, Thembile Skweyiya e Johann van der Westhuizen, além do *Acting Justice* Mahomed Navsa), enxergou injusta discriminação na recusa do corpo diretor de

⁷⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

escola feminina de nível médio da elite⁸¹ da cidade de Durban⁸² (*Governing Body of Durban Girl's High School* — DGHS) de não excetuar à estudante Sunali Pillay a vedação disciplinar (prevista no Código de Conduta do educandário em tela) ao uso, por seu alunato, de ornamentos corporais (salvo um brinco por orelha, com determinadas especificações, além de relógio de pulso compatível com o uniforme escolar e pulseiras ou colares médicos), uma vez que, na referida circunstância *in concreto*, a aluna empregava *piercing* nasal (*nose stud*), a título de decoração corporal de motivo cultural e religioso, prática recorrente no ramo do hinduísmo do qual é seguidora, vinculado ao contexto cultural e religioso da comunidade tâmil da África do Sul, oriunda da «Índia meridional e do Norte e Oeste do Ceilão (Sri Lanka)»⁸³ (acórdão do caso CCT 51/06, § 119, n° 3, alínea *a*, *c/c* §§ 2°, 5°, 23, 60 e 90)⁸⁴.

Após assim declarar, a Corte de Johannesburgo determinou ao colégio secundarista que reformasse seu Código de Conduta, mediante a prévia consulta aos corpos docente e discente daquela instituição escolar, assim

⁸¹ DU PLESSIS, Lourens: Religious freedom and equality as celebration of difference: a significant development in recent South African constitutional case-law. *PER [Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad]*, Potchefstroom, v. 12, n. 4, oct.-dec. 2009, p. 24/360. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/journals/PER/2009/17.html>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

⁸² Mostra-se simbólico o fato de que o litígio em liça teve como epicentro a cidade de Durban (onde se situa a supracitada escola de ensino médio), metrópole da África do Sul famosa por sua expressiva comunidade de descendentes de imigrantes indianos, palco, no início do século XX, do movimento de direitos civis e resistência não violenta à opressão do Império britânico liderado pelo então jovem advogado Mohandas Karamchand Gandhi (1869-1948), que seria, anos depois, o notável líder espiritual da independência indiana, o «Mahatma» (grande alma), retratados (seja o Mahatma Gandhi, seja a comunida indiana da África do Sul) no premiado filme biográfico *Gandhi* (1982), dirigido por Richard Attenborough e estrelado por Ben Kingsley. Cf. ATTENBOROUGH, Richard: *Gandhi*: edição de 25º aniversário. 1982. Londres: Goldcrest Films, 1982. 2 vídeo-discos (191 min): NTSC, son., color. Para mais informações sobre a presença indiana na África do Sul, cf. ÍNDIA. High Level Committee on the Indian Diaspora. *Report of the High Level Committee on the Indian Diaspora*. New Delhi: Ministry of External Affairs, 2001, p. 71-78. Disponível em: <<http://indiandiaspora.nic.in/contents.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

⁸³ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS: *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

⁸⁴ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 51/06. MEC For Education: Kwazulu-Natal (First Applicant), Thulani Cele: School Liaison Officer (Second Applicant), Anne Martin: Principal of Durban Girls' High School (Third Applicant), Fiona Knight: Chairperson of the Governing Body of Durban Girls' High School (Fourth Applicant) versus Navaneethum Pillay (Respondent) with Governing Body Foundation (First Amicus Curiae), Natal Tamil Vedic Society Trust (Second Amicus Curiae) and Freedom of Expression Institute (Third Amicus Curiae). Heard on: 20 February 2007. Decided on: 5 October 2007. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

como aos pais dos educandos, de modo que passasse a conter dispositivos que excetuassem, por razões religiosas ou culturais, o cumprimento dos deveres e proibições insculpidos em tal ato normativo (acórdão do caso CCT 51/06, § 119, nº 3, alínea b)⁸⁵.

Depreende-se do aresto em liça o posicionamento da Corte Constitucional da África do Sul em favor de que o princípio da acomodação razoável (*reasonable accomodation*) seja homenageado por atos normativos das searas pública e privada (em especial, os que guardem nexos com direitos sociais, econômicos e culturais e os que, no afã de promoverem uma finalidade legítima — *in casu*, a disciplina escolar —, possam, como efeito colateral indesejado, mas real, interferir de forma excessiva no espectro das liberdades públicas e, ao fazê-lo, reforçarem fatores de exclusão social), encerrando em seu conteúdo preceitos que potencializem o acolhimento público e privado da diversidade humana, ao agasalharem mecanismos jurídicos justamente de acomodação razoável, no âmbito de diversos setores da vida em sociedade, de grupos sociais minoritários ou em posição de hipossuficiência, ou seja, positivando-se dispositivos normativos (desdobrados em políticas públicas e/ou institucionais e medidas administrativas voltadas à consecução de ações afirmativas⁸⁶) que possibilitem (estribados nas particularidades de cada caso concreto) sejam feitos ajustes em regras, procedimentos, rotinas administrativas e práticas recorrentes, a fim de que tais adaptações viabilizem a inclusão no seio da sociedade de (e o exercício isonômico dos direitos fundamentais por) segmentos historicamente marginalizados (a exemplo de portadores de deficiência física e vítimas de discriminação de gênero ou de preconceito étnico, racial, religioso ou cultural), nem que isso importe maiores dispêndios de recursos e o

⁸⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁶ As ações afirmativas (terminologia norte-americana), também chamadas de ações positivas ou discriminações positivas (nomenclatura europeia), consubstanciam políticas sociais dos setores público e privado direcionadas ao implemento de medidas de promoção concreta da igualdade substancial ou material (transcendendo-se a mera igualdade formal), a fim de que, dando-se tratamento diferenciado a segmentos da sociedade minoritários, hipossuficientes ou vulneráveis do ponto de vista social e econômico, seus componentes obtenham (comparados com os segmentos majoritários da coletividade) iguais oportunidades de desenvolvimento integral como pessoas humanas e cidadãos, eliminando-se paulatinamente as diversas espécies de exclusões e marginalizações sociais decorrentes das múltiplas espécies de discriminação (a exemplo das discriminações por raça, etnia, religião, gênero, idade, nacionalidade, deficiência física, doença mental, condição socioeconômica e procedência geográfica). Cf. GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da: As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEIMNÁRIO INTERNACIONAL, 2001. *As minorias e o direito*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal; AJUFE, 2003. p. 89-90. (Série Cadernos do CEJ, v. 24) Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

enxerto, em normas jurídicas, de cláusulas de exceção (bem como a alvorada de expressa previsão de devido procedimento jurídico para se pleitear o deferimento de uma exceção à determinada restrição de liberdade), por intermédio das quais se possam atenuar situações de desigualdade e vulnerabilidade sociais (acórdão do caso CCT 51/06, §§ 38, 72 a 80 e 100, 108, 110 e 111)⁸⁷.

Verificou-se que a discente autora da ação judicial (à época assistida por sua genitora) integra uma identificável comunidade sul-africana (originária de imigrações provenientes da região sulina da Índia) cujo traço distintivo radica na mescla de características religiosas, linguísticas, geográficas, étnicas e artísticas de origem hindu-tâmil, dentro as quais se inclui, no caso daquela educanda e de outras jovens (após vivenciarem a primeira menstruação), o procedimento (adotado pela jurisdicionada) de inserção (a título permanente) de *piercing* nasal esquerdo, emblema da fertilidade feminina e marco do rito de passagem em direção ao prelúdio da vida adulta, ornamento que a Srta. Pillay se recusara a retirar de seu rosto durante a jornada diária de aula, porque, ante o alto valor simbólico (comprovado pela Corte Constitucional sul-africana, ao compulsar o acervo probatório daqueles autos) que tal adorno possuía para ela (independente de ter ou não a igual importância para outros membros da comunidade tâmil da África do Sul), desvencilhar-se dele, mesmo que durante tão só o horário letivo de cada dia útil e independente do seu uso ser obrigatório ou não no âmbito do hinduísmo tâmil, significaria (muito mais do que parcialmente restringir-se o modismo social cada vez mais em voga do uso, pela juventude contemporânea, de *piercings*) sujeitá-la à grave ofensa à sua identidade cultural e religiosa, na qualidade de pessoa integrante da referida comunidade, a qual alegava, de modo plausível (tendo em vista sua formação religiosa e cultural, bem como sua perseverança na defesa de seus valores, diante da exposição pública, da insensibilidade da escola e do transcurso do litígio judicial), usá-lo, não por estarem na moda os *piercings*, mas movida somente pelas razões culturais e religiosas declinadas no caderno processual (acórdão do caso CCT 51/06, §§ 11, 50, 58, 60, 85 a 86, 89 a 90 e 106)⁸⁸.

⁸⁷ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 51/06. MEC For Education: Kwazulu-Natal (First Applicant), Thulani Cele: School Liaison Officer (Second Applicant), Anne Martin: Principal of Durban Girls' High School (Third Applicant), Fiona Knight: Chairperson of the Governing Body of Durban Girls' High School (Fourth Applicant) versus Navaneethum Pillay (Respondent) with Governing Body Foundation (First Amicus Curiae), Natal Tamil Vedic Society Trust (Second Amicus Curiae) and Freedom of Expression Institute (Third Amicus Curiae). Heard on: 20 February 2007. Decided on: 5 October 2007. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁸⁸ *Ibid.*, loc. cit.

O Pretório Excelso da África do Sul (*a*) buscou evitar uma separação demasiado rígida entre as fronteiras da cultura e da religião, (*b*) acentuou a necessidade de se averiguar, caso a caso, o peso de dada prática cultural e/ou religiosa para determinada pessoa e (*c*) teve a cautela de se abster de esposar uma definição simplória e excessivamente estreita ou abstrata de cultura, ciente de que cada ser humano exprime ao seu modo a própria identidade cultural (*exempli gratia*, participando de ritos iniciáticos, entoando cânticos e/ou trajando vestimentas ou adornos tradicionais), e cõns-cio de que crenças e práticas podem ser puramente de jaez religioso ou apenas de natureza cultural, mas também podem denotar cunho tanto reli-gioso quanto cultural, em situações em que, a exemplo da circunstância *sub examine*, a fé e as crenças do indivíduo ressoam costumes que, por sua vez, ecoam as crenças religiosas ou espirituais da comunidade que atravessam o universo vivencial e forjaram a formação cultural daquela pessoa (acórdão do caso CCT 51/06, §§ 47, 49, 54, 88 e 91)⁸⁹.

Constatou-se o cometimento de injusta discriminação pela *Durban Girl's High School* e o déficit de neutralidade no Código de Conduta de tal educandário (ainda que sua formulação tenha se respaldado em *prévia* consulta a educadores, educandos e aos pais destes, e tal escola tenha ado-tado ações louváveis de ode à diversidade cultural e religiosa), ao permitir às alunas portarem adornos cujo uso restara consolidado no seio do filão majoritário da sociedade sul-africana (*verbi gratia*, brincos na orelha, de formato convencional), e, ao mesmo tempo, vedar o emprego de ornamen-tos de significativo e tradicional valor cultural e/ou religioso em credos e culturas minoritárias no corpo social austro-africano (ilustrado pelo *pier-cing* nasal hindu-tâmil), política institucional a colidir com a proteção da Constituição sul-africana de 1996 a todas as expressões culturais e/ou reli-giosas, socialmente majoritárias ou minoritárias, tenham elas natureza compulsória ou facultativa (as práticas e as crenças culturais e/ou religio-sas, independente de possuírem caráter obrigatório ou opcional para seus adeptos, gozam de igual amparo constitucional), contanto que, a exemplo do caso em apreço, possuam densidade axiológica (*ad exemplum*, de cará-ter cultural e/ou religioso) para quem as adota (de acordo com as singula-ridades de cada pessoa e peculiaridades do contexto fático examinado), já que, em caso afirmativo (tendo peso valorativo para o indivíduo em ques-tão), afiguram-se de importância central para a identidade e, por conse-guinte, para a dignidade da pessoa humana que as professa, o que as torna fulcrais não apenas para se assegurar o respeito à liberdade do ser huma-no de dar vazão a suas convicções pessoais como também para que lhe seja garantido o tratamento isonômico no exercício de seus direitos funda-

⁸⁹ Ibid., loc. cit.

mentais, comparado com os demais componentes da coletividade (inclusive as pessoas vinculadas a grupos majoritários), segundo uma concepção de ordem constitucional arrimada na tríade intercomplementar da dignidade humana, igualdade e liberdade, compromissada com a promoção e a celebração da diversidade (acórdão do caso CCT 51/06, §§ 44, 55, 62 a 68, 82 a 83, 86, 88, 90, 91 e 113 c/c § 5º)⁹⁰.

VIII. CASO CCT 83/08 (*HASSAM v JACOBS N.O. AND OTHERS*)

Em 15 de julho de 2009, no caso CCT 83/08 (*Hassam v Jacobs N.O. and Others*), a Corte Constitucional da África do Sul, por meio do voto condutor do *Justice Bess Nkabinde* (ladeado pelo então *Chief Justice Pius Langa* e pelo *Deputy Chief Justice Dikgang Moseneke*, bem como pelos *Justices Edwin Cameron, Yvonne Mokgoro, Sandile Ngcobo, Kate O'Regan, Albie Sachs, Thembile Skweyiya, Johann van der Westhuizen e Zak Yacoob*), alicerçou-se na proibição a discriminações religiosas contida na seção 9(3) da Constituição sul-africana de 1996, ao plantear interpretação extensiva da seção 1º da Lei da Sucessão Legítima de 1987 (*Intestate Succession Act 81 of 1987*), com o fito de inserir no raio de alcance do referido diploma legislativo o resguardo a mulheres que enviuvaram no bojo de casamento muçulmano poligínico (consórcio de um marido com várias esposas — poliginia⁹¹), de maneira que, na sucessão legítima decorrente da morte do esposo poligínico, (a) o quinhão do filho do *de cujus* seja calculado dividindo-se o valor monetário do espólio pelo número de filhos sobreviventes ou que possuam descendentes vivos, somado ao número de esposas do morto, (b) o *quantum* máximo do quinhão de cada esposa sobrevivente ao falecido marido poligínico corresponda ao valor do quinhão do filho ou à importância fixada periodicamente pelo Ministro da Justiça e do Desenvolvimento Social da África do Sul, mediante ato publicado na imprensa oficial, e (c), se o quinhão for insuficiente para contemplar o quantum estipulado pelo indigitado Ministro, o espólio seja igualmente dividido entre as esposas sobreviventes (acórdão do caso CCT 83/08, § 57, nº 3.1, nº 3.2 e nº 3.3, alíneas a, b e c, c/c § 49)⁹².

⁹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁹¹ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS: *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Em mesmo sentido: SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 636.

⁹² ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 83/08 [2009] ZACC 19. Fatima Gabie Hassam (Applicant) versus Johan Hermanus Jacobs N.O. (First Respondent), Master of the High Court (Second Respondent), Mariam Hassam (Third Respondent), Mariam Hassam N.O. (Fourth Respondent), Minister for Justice and Constitutional Development (Fifth Respondent) with Muslim Youth Movement of South Africa (First Amicus Curiae) and

A declaração de inconstitucionalidade retroagiu a 27 de fevereiro de 1994, excetuada a incidência de seus efeitos *ex tunc* sobre os bens cuja propriedade fora transferida antes de proferido esse aresto, salvo se a pessoa a quem se transferiu o domínio estava ciente, quando da celebração do negócio jurídico, de que o bem se encontrava sujeito à impugnação nos moldes como fora ventilada na ação judicial julgada naqueles autos (acórdão do caso CCT 83/08, § 57, nº 3.4)⁹³.

A Corte de Johannesburgo franqueou a potenciais interessados o direito de protocolizarem reclamação perante aquele Tribunal, caso pretendam solicitar adaptações no teor da decisão judicial em testilha, se, por ventura, detectarem relevantes problemas de ordem administrativa ou prática no adimplemento dessa ordem judicial (acórdão do caso CCT 83/08, § 57, nº 4)⁹⁴.

Para o Tribunal Constitucional da África do Sul, com espeque no voto do *Justice* Nkabinde, não se tratava, *in casu*, de examinar a constitucionalidade dos matrimônios poligínicos nem de o Poder Judiciário se imiscuir no enfrentamento de controvérsias religiosas ou culturais, muito menos de cogitar a admissibilidade, no ordenamento jurídico sul-africano, de normas decursivas do Direito muçulmano, mas de atentar para a situação de vulnerabilidade socioeconômica da viúva cujo casamento muçulmano transcorrer sob a égide da poliginia, uma situação de desigualdade, em comparação com o status jurídico das demais viúvas sul-africanas (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 17 e 49)⁹⁵.

Nesse lançamento, a Corte Constitucional da África do Sul frisou o histórico preconceito social, disseminado na legislação e na jurisprudência sul-africanas anteriores à ordem constitucional de 1996, contra a comunidade islâmica, sua cultura e religião, notadamente no que se refere à poliginia muçulmana, que, aos olhos dessa mentalidade monoculturalista (eurocêntrica), firmada na manutenção da supremacia socioeconômica, política e cultural da comunidade de ascendência europeia (mormente, anglo-saxônica e africâner — nesse caso, a comunidade de descendentes dos antigos colonizadores bôeres, máxime imigrantes neerlandeses — «holandês»⁹⁶ —

Women's Legal Centre Trust (Second Amicus Curiae). Heard on: 19 February 2009. Decided on: 15 July 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁶ «Os Países Baixos são comumente conhecidos em português (e também noutros idiomas) como Holanda, todavia esta é uma denominação considerada imprópria [...], pois 'Holanda' é apenas uma das regiões dos Países Baixos, hoje formada pelas províncias da Holanda Setentrional e Holanda Meridional.» Cf. WIKIPÉDIA. Holanda (topônimo). Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Holanda_\(topônimo\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Holanda_(topônimo))>. Acesso em: 25 dez. 2010.

e franceses huguenotes⁹⁷), seriam «imorais», «incivilizadas» e «retrógradas», e, destarte, não poderiam receber amparo do ordenamento jurídico sul-africano, pensamento que se refletiria no tratamento detrimetoso da Lei Matrimonial de 1961 às viúvas em sede de casamento poligínico e no repúdio da jurisprudência sul-africana tradicional aos efeitos jurídicos de tal matrimônio (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 25 e 33)⁹⁸.

Entendeu a Corte Maior austro-africana que os resquícios, no ordenamento jurídico daquele país, da discriminação pautada no estereótipo da suposta falta de «moralidade» e «civilidade» do casamento islâmico poligínico, sob o ângulo da cultura e dos valores eurocêntricos (incensada pela jurisprudência clássica da África do Sul, irmanada com o regime de segregação racial, a vicejar em parcela majoritária do século XX), dificultava que fosse propiciado a esse grupo de viúvas muçulmanas a suficiente e igualitária proteção da legislação infraconstitucional, mesmo no contexto do Direito sul-africano de então, já sob o pálio tanto da nova ordem constitucional quanto do acórdão paradigma da Corte de Johannesburgo no su-
pracitado precedente *Daniels* (caso CCT 40/03 — *Juleiga Daniels v Robin Grieve Campbell N.O. and Others*, a reconhecer os efeitos sucessórios do casamento islâmico monogâmico, em caso de viuvez), na medida em que a Lei Matrimonial permanecia a estabelecer, em relação às viúvas, tratamento diferenciado (1) entre as de casamento civil e islâmico, (2) entre as de casamento islâmico monogâmico e poligínico e (3) entre as de casamento poligínico consuetudinário (tribal) e muçulmano (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 25, 31, 33 e 36)⁹⁹.

Como resultado dessa tríplice diferenciação — percebeu a Corte Constitucional — conferia-se às viúvas em sede de matrimônio islâmico poligínico disciplina legal mais restritiva do que o estatuto jurídico das demais viúvas (inclusive das viúvas em sede de casamento muçulmano monogâmico), a reforçar o estado de desigualdade das islâmicas casadas sob o regime da poliginia, as quais sofriam discriminação não apenas em virtude do histórico preconceito social contra o matrimônio islâmico poligínico (discriminação quanto ao status marital) e o credo muçulmano (discrimi-

⁹⁷ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS: *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

⁹⁸ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 83/08 [2009] ZACC 19. Fatima Gabie Hassam (Applicant) versus Johan Hermanus Jacobs N.O. (First Respondent), Master of the High Court (Second Respondent), Mariam Hassam (Third Respondent), Mariam Hassam N.O. (Fourth Respondent), Minister for Justice and Constitutional Development (Fifth Respondent) with Muslim Youth Movement of South Africa (First Amicus Curiae) and Women's Legal Centre Trust (Second Amicus Curiae). Heard on: 19 February 2009. Decided on: 15 July 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

⁹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

nação de natureza religiosa e cultural) como também em razão da desigualdade de gênero a elas sujeita (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 31, 33, 34, 36, 37, 39, 42 e 43)¹⁰⁰, uma vez que:

(a) As restrições da Lei Matrimonial aplicáveis às esposas de marido poligínico não se estendem a este (acórdão do caso CCT 83/08, § 34)¹⁰¹.

(b) O Direito islâmico permite determinadas hipóteses de poliginia e proscree, de forma absoluta, a poliandria¹⁰², ou seja, o homem muçulmano, com base no *Sharia*, pode ser poligâmico (ter até quatro mulheres, caso possa tratá-las de forma justa), mas a mulher, não, em hipótese alguma (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 34, 38 e 46)¹⁰³.

(c) No seio da comunidade muçulmana da África do Sul, a desigualdade tem ainda, recorde-se, a faceta do patriarcado, porquanto as esposas, por vezes, dependem, para sobreviver, da renda auferida pelo marido, e, demais disso, em regra, a esposa não tem ascendência sobre o consorte (não possui o poder de influenciá-lo) quanto à escolha de estabelecer ou não vínculo conjugal, em paralelo, com uma segunda ou uma terceira esposa (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 37 e 38)¹⁰⁴.

A Corte de Johannesburgo se esteou na premissa de que os tratamentos diferenciados, quando plasmas discriminações injustas e injustificáveis (indevida desigualdade perante a lei e à igual proteção da lei), não se adéquam à ordem constitucional vigente, máxime à Carta dos Direitos Fundamentais inserta no bojo da Constituição sul-africana de 1996, *lex fundamentalis* vinculada ao constitucionalismo transformativo (transformative constitutionalism), é dizer, a uma interpretação constitucional comprometida com o fomento de uma sociedade ancorada em valores democráticos e pluralistas, bem como na justiça social, nos direitos humanos fundamentais, na igualdade, na dignidade humana e na celebração (em vez da mera

¹⁰⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰² Poliandria significa o «estado de uma mulher casada simultaneamente com vários homens». Cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS: *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM. Em mesmo sentido: SILVA, De Plácido: *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1.056; SIDOU, J. M. Othon: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 635.

¹⁰³ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 83/08 [2009] ZACC 19. Fatima Gabie Hassam (Applicant) versus Johan Hermanus Jacobs N.O. (First Respondent), Master of the High Court (Second Respondent), Mariam Hassam (Third Respondent), Mariam Hassam N.O. (Fourth Respondent), Minister for Justice and Constitutional Development (Fifth Respondent) with Muslim Youth Movement of South Africa (First Amicus Curiae) and Women's Legal Centre Trust (Second Amicus Curiae). Heard on: 19 February 2009. Decided on: 15 July 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

¹⁰⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

aceitação) da diversidade como fator de conagração nacional, de maneira que — inferiu a Corte Constitucional da África do Sul — o casamento poligínico celebrado em consonância com os ditames da fé muçulmana reveste-se de igual significação atribuída aos consórcios civis e aos matrimônios africanos consuetudinários — tribais (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 24 a 30, 33, 37, 39 e 46)¹⁰⁵.

IX. CONCLUSÃO

1 Nos casos CCT 38/96 (*S v Lawrence*), CCT 39/96 (*S v Negal*) e CCT 40/96 (*S v Solberg*), destaca-se o voto do então Presidente Arthur Chaskalson, o qual assentou que os recorrentes não lograram demonstrar que a proibição legal de que *grocery stores* (nesse contexto, mercearias, lojas de conveniência e congêneres) vendam vinho aos domingos (proibição estendida ao Dia do Natal e à Sexta-Feira da Paixão ou Sexta-Feira Santa) infringiria a liberdade religiosa, de crença e opinião nem a liberdade de livre iniciativa e, *ad argumentandum tantum*, caso restasse, de fato, comprovada, no álbum processual, a existência da referida interdição estatal à liberdade do exercício de atividade econômica, não estaria evidenciado, naqueles autos, que tal intervenção do Estado não fora justificável nem razoável (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, §§ 105 a 108 c/c §§ 1º, 6º, 7º, 97 e 98).

2 No referido *decisum*, Chaskalson frisou que o domingo é o dia da semana mais apropriado para se reduzir, por meio de tais limitações legais, o consumo de bebidas alcoólicas, por constituir o dia da semana em que a maioria dos sul-africanos não desempenha múnus laboral, e assim o fazem por razões de conveniência secular (não por dever religioso), seguindo prática já cristalizada no seio da sociedade como de cunho temporal, em face de padrão adotado pelo ordenamento jurídico ao longo dos anos de reservar ao domingo o principal período semanal de descanso dos que atuam no mercado de trabalho, a transcender motivos de fundo religioso e a abarcar indivíduos de credos não cristãos e ideologias não religiosas (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, § 106 c/c §§ 95 a 96).

3 Em tal aresto, Chaskalson pontuou que a seção 90 da Lei do Álcool não sujeita (de modo direto ou indireto) pessoas físicas e jurídicas em geral à observância compulsória do *Sabbath* cristão, e não limita os direitos à escolha do credo religioso e à manifestação pública de crenças religiosas nem bane o funcionamento, aos domingos, de estabelecimentos que comercializam bebidas alcoólicas, já que, nesse caso, a interdição dominical à venda de vinho não impede a comercialização, aos domingos, de

¹⁰⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

outros produtos, pelas lojas sujeitas a tais restrições, e, de outra banda, a proibição parcial à venda dominical de bebidas alcoólicas não atinge todos os estabelecimentos empresariais (acórdão dos casos CCT 38/96, 39/96 e 40/96, §§ 90, 97, 99 e 105).

4 No caso CCT 4/00 (*Christian Education South Africa v Minister of Education*), a Corte de Johannesburgo chancelou a proibição legal de aplicação de punições corporais por escolas sul-africanas, ao reputá-la razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática (norteadas pelos princípios da dignidade humana, liberdade e igualdade), e conferir primazia à salvaguarda da dignidade e da integridade físico-emocional das crianças, dos adolescentes e dos jovens sul-africanos (em detrimento da filosofia educacional esposada por determinados educandários cristãos, favoráveis ao castigo corporal como medida pedagógica), de maneira que todos eles (cristãos ou não) recebam igual cuidado e respeito e, ao mesmo tempo, haja a prevenção à violência física e psicológica no ambiente escolar e no corpo social, e os alunos sejam educados com a perspectiva de que coexistem em uma sociedade plural, em meio a um mosaico de valores, ideologias e crenças, não necessariamente os que são comungados pela comunidade em que cresceram (acórdão do caso CCT 4/00, §§ 32, 38, 42 a 43 e 50 a 52).

5 No caso CCT 36/00 (*Prince v Law Society of the Cape of Good Hope*), o entendimento minoritário da Corte Constitucional da África do Sul, baseado no voto do *Justice Ngcobo*, posicionou-se pela declaração de inconstitucionalidade da seção 4(b) c/c parágrafo primeiro da Parte III do Anexo 2 da Lei de Drogas e Tráficos de Drogas de 1992 (*Drugs and Drug Trafficking Act 140 of 1992*) e da seção 22A(10)(a) c/c Anexo 8 da Lei de Controle de Substâncias Medicinais e Correlatas de 1965 (*Medicines and Related Substances Control Act 101 of 1965*), no que tange à vedação do uso e da posse de *Cannabis*, no contexto da prática (de boa-fé) da religião rastafári, por não consubstanciarem medidas legislativas de intervenção mínima na liberdade religiosa dos adeptos da religião rastafári, dado o seu conteúdo genérico em demasia, a criminalizar todas as hipóteses de consumo religioso da cânabis (feito somente por sacerdotes e determinados fiéis do sexo masculino, excluídas as mulheres e os menores de idade), inclusive as circunstâncias em que o uso restrito, no âmbito do culto rastafári no lar ou no templo, poderia, a exemplo da sua utilização para fins medicinais, de análise acadêmica e de pesquisa científica, ser objeto de efetivo controle pela Administração Pública, sem que representasse risco inaceitável à saúde coletiva nem individual, ou risco sanitário nenhum, desde que os requisitos para a utilização religiosa da maconha (incluindo-se o modo de obtenção, a finalidade, a quantidade e o local de consumo) sejam esculpido em lei formal e haja a apropriada regulamentação e in-

fraestrutura administrativa de autorização e fiscalização estatais (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 18 a 21, 26, 51 a 53, 55, 58 a 64, 66 a 70, 73 a 74, 77 a 79, 81 a 83, 86 a 87, 90, a, e 91, de 25 de janeiro de 2002).

6 Porém, na circunstância em debate, o posicionamento majoritário da Corte de Johannesburgo foi capitaneado pela dissidência aberta pelo voto conjunto do *Chief Justice* Arthur Chaskalson e dos *Justices* Lourens Ackermann e Johann Kriegler, aderida pelos *Justices* Richard Goldstone e Zak Yacoob, apertada maioria dissidente (5 contra 4) que considerou constitucional a incidência da restrição legal e genérica ao uso e à posse da cânabis sobre adeptos da religião rastafári, ante a impossibilidade fática (inexequibilidade) de se formular meio-termo que, de um lado, contemplasse a eficaz fiscalização (pelo Poder Público sul-africano e pelas autoridades religiosas rastafáris) do consumo controlado de maconha, para fins estritamente religiosos (no lar e em cerimônias religiosas coletivas, em uma comunidade religiosa tradicionalmente difusa e descentralizada, com organização institucional incipiente), e, de outra banda, não consubstanciase exceção que, pela via oblíqua (reflexamente), (a) incentivasse o narcotráfico, (b) enfraquecesse a eficácia social da legislação antitóxico, (c) potencializasse riscos à saúde de seguidores da religião rastafári, (d) estabelecesse injustificável tratamento diferenciado entre os usuários da *Cannabis* adeptos da religião rastafári e os consumidores de maconha não adeptos do referido credo, (e) e, ao determinar fossem controlados o uso e a posse de cânabis por praticantes da religião rastafári, impusesse restrição excessiva à liberdade religiosa, por meio da supervisão estatal das práticas espirituais rastafáris relacionadas à *Cannabis* (acórdão definitivo do caso CCT 36/00, §§ 101, 111, 118, 127 e 130 a 142, de 25 de janeiro de 2002).

7 No caso CCT 40/03 (*Juleiga Daniels v Robin Grieve Campbell N.O. and Others*), o Pretório Excelso sul-africano perfilhou interpretação extensiva da legislação sucessória, de modo que os conceitos de cônjuge (*spouse*) adotado pela Lei da Sucessão Legítima de 1987 (*Intestate Succession Act 81 of 1987*) e de sobrevivente (*survivor*) abraçado pela Lei de Sustento dos Cônjuges Sobreviventes (*Maintenance of Surviving Spouses Act 27 of 1990*) abrangessem o consorte sobrevivente de matrimônio islâmico monogâmico, visando a proporcionar à viúva muçulmana hipossuficiente o amparo mínimo, em face da morte do consorte monogâmico, para evitar que corra o risco de ser futuramente despejada do imóvel em que morou durante parcela expressiva do casamento, e para assegurar a ela a renda oriunda de quinhão que, pelo menos, tenha valor correspondente ao quinhão de filho, considerando os valores constitucionais da igualdade, tolerância e do respeito à diversidade, da promoção da igualdade substancial

entre homens e mulheres e do combate à hegemonia cultural e racial, além do pano de fundo cultural da tradição patriarcal sul-africana (vigorosa na comunidade muçulmana) de que o marido, na qualidade de «chefe de família», seja o «provedor do lar», em nome do qual se registra o patrimônio do casal, sem que a esposa, ao longo do matrimônio, adquira a autonomia financeira para se sustentar às próprias expensas (acórdão do caso CCT 40/03, §§ 5º, 19, 21 a 23, 25, 27 e 40, nº 1, a e b).

8 Nos casos CCT 60/04 e CCT 10/05 (*Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*) — julgados em conjunto —, o Tribunal Constitucional da África do Sul teve por incompatível com a seção 9(3) Constituição sul-africana de 1996 (em que se proscrevem diversas espécies de discriminações injustas, dentre elas a que se baseia na orientação sexual) o conceito de matrimônio extraído do *common law* clássico, sedimentado na jurisprudência tradicional da África do Sul, pois que tal construção pretoriana obsta casais homossexuais de desfrutarem do mesmo regime jurídico, direitos e deveres conferidos aos casais heterossexuais (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 162, nº 2, alínea b, c/c §§ 3º, 4º, 118, 120 e 122).

9 Ao mesmo tempo, nos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, declarou inconstitucional a aceção restritiva de marido (*husband*) e cônjuge (*spouse*) acolhida pela seção 30(1) da Lei Matrimonial de 1961 (*Marriage Act 25 of 1961*), porquanto o indicado diploma legislativo incumbira à autoridade matrimonial celebrar o casamento valendo-se da fórmula clássica dessa cerimônia, em que se indaga ao nubente (sexo masculino) se aceita a nubente (sexo feminino) como sua esposa e se esta (sexo feminino) aceita aquele (sexo masculino) como seu marido, sem que fosse contemplada em tal formalidade a hipótese de se perguntar de um(a) nubente se este(a) aceitaria casar com outro(a) nubente do mesmo sexo e, portanto, sem se prever a possibilidade de que a cerimônia matrimonial redundasse no advento de um casamento monogâmico constituído por dois maridos ou por duas esposas (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 162, nº 1, alínea c, e nº 2, alíneas b e c, c/c §§ 3º, 4º, 117 a 118 e 120).

10 Dentre os fundamentos invocados na circunstância vertente pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, além dos supracitados, destacam-se estes:

(a) A previsão legal do casamento homoafetivo traria impacto orçamentário mínimo, preservaria os mecanismos institucionais já consolidados, engrandeceria a proteção jurídica à família, não imporia às autoridades e instituições eclesásticas a adoção, no âmbito religioso, do casamento homoafetivo, não obstaría casais heterossexuais de se casarem conforme suas convicções religiosas e consoante o procedimento jurídico que reputarem o mais adequado, e permitiria às autoridades matrimoniais se abste-

rem de celebrar a cerimônia de consórcio homoafetivo, em caso de escusa de consciência (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 162, nº 2, alíneas *d* e *e*, c/c §§ 11, 122, 156 e 159).

(*b*) A crescente pluralidade de formações familiares na coletividade sul-africana hodierna, o imperativo constitucional de se reconhecer a histórica, injusta e ainda ponderosa discriminação contra homossexuais, a premência de se positivarem abrangentes marcos jurídicos reguladores dos direitos familiares de homossexuais e a evolução legislativo-jurisprudencial sul-africana em torno da progressiva ampliação do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, a ecoar a tendência legislativa de crescente combate às discriminações em geral e a servir de reflexo jurídico da conjuntura planetária contemporânea, singrada pela paulatina aceitação da existência fática de relacionamentos afetivo-sexuais duradouros entre pessoas naturais do mesmo sexo e da integridade de tais relações interpessoais, na qualidade de uniões amorosas credoras da mesma deferência que se credita aos casamentos e às uniões estáveis heteroafetivas (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 57, 59, 76, 78 a 82, 108, 113, 115, 116 e 156).

(*c*) A ruptura, pela Constituição da República da África do Sul de 1996, com o passado sul-africano de intolerância, de exclusão, de discriminação, de autoritarismo e de repressão (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 59).

(*d*) A impossibilidade de crenças religiosas presidirem a interpretação constitucional do Poder Judiciário, sob pena de afronta à diversidade cultural e de ingerência na dicção de normas religiosas e na análise de controvérsias teológicas, assim como de catálise de injustas discriminações da maioria contra minoria(s) (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 88 a 98 e 113).

(*e*) A necessidade, promanada do espírito da Constituição sul-africana de 1996, quer de unir e fortalecer a África do Sul (por meio do apreço pela diversidade e pelo pluralismo nacionais, assim como pela acomodação e administração, de maneira justa e razoável, de intensas e profundas diferenças de visões de mundo, de estilos de vida e de concepções sobre a natureza humana a grassarem entre diversos componentes do corpo social), quer de promover a igualdade, a liberdade e a dignidade de todas as pessoas humanas, aperfeiçoar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, impulsionar o desenvolvimento de uma sociedade democrática, aberta, universalista, solidária e igualitária, que reconhece a diversidade humana (genética, social, linguística, cultural, religiosa e sexual), acolhe os seres humanos tais como são e aceita todas as diferenças entre os componentes da humanidade, partindo-se do pressuposto de que todas as pessoas humanas merecem igual respeito, consideração, tratamento digno e

proteção jurídica, sendo também passíveis de iguais deveres e responsabilidades, vedadas as práticas de homogeneização ou inferiorização cultural, de preponderância de um seguimento da sociedade sobre outras parcelas do corpo social, bem assim de exclusão, marginalização e estigmatização (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 48, 60, 61, 75, 95 e 149).

(f) A indispensabilidade de salvaguardar os casais homossexuais da excessiva interveniência do Estado em sua vida privada e a imprescindibilidade de lhes contemplar o anseio de que possam retirar a vida comum da clandestinidade, assegurando-lhes que sejam tratados como iguais (em relação às pessoas heterossexuais e uniões heteroafetivas) e acolhidos com igual dignidade pela ordem legal, conferindo-lhes tratamento isonômico no tocante aos casais heterossexuais, sob os ângulos dos direitos e também dos deveres, a fim de não serem estatuídas novas desigualdades, agora em sentido contrário, fonte de inevitável ressentimento e tensão sociais (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 78, 137 e 149).

(g) O amplo, intenso e real impacto negativo (prático, moral e psicológico) sobre os casais do mesmo gênero, ante a ausência da chancela, pela ordem jurídica sul-africana, do casamento homoafetivo (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 62, 63, 74, 78, 81, 122, 151 e 152).

(h) A omissão legislativa em tela reforça, de forma dissimulada, crenças sociais discriminatórias de que os casais homossexuais possuem ou merecem estar, sob as ópticas biológica e moral, em situação de inferioridade, comparados aos seus homólogos heterossexuais, e, por outro lado, priva-os seja de liberdades intrínsecas aos direitos de autodeterminação, de autodefinição e de escolha, seja da proteção isonômica ao seu relacionamento afetivo-sexual perene e dos benefícios inerentes à disciplina jurídica do matrimônio (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, §§ 63 a 73, 78 e 151).

11 No caso CCT 51/06 (*MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay*), a Corte Constitucional sul-africana enxergou injusta discriminação na recusa do corpo diretor de escola feminina de nível médio de não excetuar à estudante de ascendência tâmil a vedação disciplinar ao uso de ornamentos corporais, uma vez que a aluna empregava piercing nasal, a título de decoração corporal que, para ela, possuía alta significação cultural e religiosa, e, portanto, desvencilhar-se do adorno, mesmo que durante tão só o horário letivo de cada dia útil, sujeitava a educanda à grave ofensa à sua identidade cultural e religiosa, na qualidade de pessoa integrante da referida comunidade hindu-sul-africana (acórdão do caso CCT 51/06, §§ 2º, 5º, 11, 23, 50, 58, 60, 85 a 86, 89 a 90, 106 e 119, nº 3, alínea a).

12 Depreende-se do aresto em liça o posicionamento da Corte Constitucional da África do Sul em favor de que o princípio da acomodação razoá-

vel seja homenageado por atos normativos das searas pública e privada (em especial, os que guardem nexos com direitos sociais, econômicos e culturais e os que, no afã de promoverem uma finalidade legítima, possam, como efeito colateral indesejado, mas real, interferir de forma excessiva no espectro das liberdades públicas e, ao fazê-lo, reforçarem fatores de exclusão social), encerrando em seu conteúdo preceitos que potencializem o acolhimento público e privado da diversidade humana, ao agasalharem mecanismos jurídicos justamente de acomodação razoável, no âmbito de diversos setores da vida em sociedade, de grupos sociais minoritários ou em posição de hipossuficiência, ou seja, positivando-se dispositivos normativos (desdobrados em políticas públicas e/ou institucionais e medidas administrativas voltadas à consecução de ações afirmativas) que possibilitem (estribados nas particularidades de cada caso concreto) sejam feitos ajustes em regras, procedimentos, rotinas administrativas e práticas recorrentes, a fim de que tais adaptações a viabilizem a inclusão no seio da sociedade de (e o exercício isonômico dos direitos fundamentais por) segmentos historicamente marginalizados (a exemplo de portadores de deficiência física e vítimas de discriminação de gênero ou de preconceito étnico, racial, religioso ou cultural), nem que isso importe maiores dispêndios de recursos e o enxerto, em normas jurídicas, de cláusulas de exceção (bem como a alvorada de expressa previsão de devido procedimento jurídico para se pleitear o deferimento de uma exceção à determinada restrição de liberdade), por intermédio das quais se possam atenuar situações de desigualdade e vulnerabilidade sociais (acórdão do caso CCT 51/06, §§ 38, 72 a 80 e 100, 108, 110 e 111).

13 No caso CCT 83/08 (*Hassam v Jacobs N.O. and Others*), a Corte de Johannesburgo alicerçou-se na proibição a discriminações religiosas contida na seção 9(3) da Constituição sul-africana de 1996, ao plantear interpretação extensiva da seção 1º da Lei da Sucessão Legítima de 1987 (*Intestate Succession Act 81 of 1987*), com o fito de inserir no raio de alcance do referido diploma legislativo o resguardo a mulheres que enviuvaram no bojo de casamento muçulmano poligínico, de maneira que, na sucessão legítima decorrente da morte do esposo poligínico, (a) o quinhão do filho do de cujus seja calculado dividindo-se o valor monetário do espólio pelo número de filhos sobreviventes ou que possuam descendentes vivos, somado ao número de esposas do morto, (b) o quantum máximo do quinhão de cada esposa sobrevivente ao falecido marido poligínico corresponda ao valor do quinhão do filho ou à importância fixada periodicamente pelo Ministro da Justiça e do Desenvolvimento Social da África do Sul, mediante ato publicado na imprensa oficial, e (c), se o quinhão for insuficiente para contemplar o *quantum* estipulado pelo indigitado Ministro, o espólio seja igualmente dividido entre as esposas sobreviventes (acórdão do caso CCT 83/08, § 57, nº 3.1, nº 3.2 e nº 3.3, alíneas a, b e c, c/c § 49).

14 No acórdão em testilha, o Pretório Excelso da África do Sul atinou com a situação de vulnerabilidade socioeconômica da viúva cujo casamento muçulmano transcorreria sob a égide da poliginia, uma situação de desigualdade, em comparação com o status jurídico das demais viúvas sul-africanas (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 17 e 49). Nesse lanço, a Corte Constitucional da África do Sul frisou que o histórico preconceito social contra a comunidade islâmica, sua cultura e religião, dificultava que fosse propiciado a esse grupo de viúvas muçulmanas a suficiente e igualitária proteção da legislação infraconstitucional (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 25, 31, 33 e 36).

15 No mencionado precedente, notou a Corte Constitucional que se conferia às viúvas em sede de matrimônio islâmico poligínico disciplina legal mais restritiva do que o estatuto jurídico das demais viúvas (inclusive das viúvas em sede de casamento muçulmano monogâmico), a reforçar o estado de desigualdade das islâmicas casadas sob o regime da poliginia, as quais sofriam discriminação não apenas em virtude do histórico preconceito social contra o matrimônio islâmico poligínico (discriminação quanto ao status marital) e o credo muçulmano (discriminação de natureza religiosa e cultural) como também em razão da desigualdade de gênero a elas sujeita (acórdão do caso CCT 83/08, §§ 31, 33, 34, 36, 37, 39, 42 e 43).

X. REFERÊNCIAS

- ÁFRICA DO SUL: Constitution of the Republic of South Africa (1993). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/93cons.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2011.
- (1996). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2011.
- Constitutional Court of South Africa. Cases CCT 38/96, CCT 39/96 and CCT 40/96. Rebecca Lawrence (Appellant In CCT 38/96), Rodney Gordon Negal (Appellant In CCT 39/96) and Magdalena Petronella Solberg (Appellant In CCT 40/96) versus the State (First Respondent) and the Minister of Trade and Industry (Second Respondent). Heard on: 6 May 1997. Decided on: 6 October 1997. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
- Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 16 November 2000. Decided on: 12 December 2000. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
- Case CCT 36/00. Garreth Anver Prince (Appellant) versus the President of the Law Society of the Cape of Good Hope (First Respondent), the Law Society of the Cape of Good Hope (Second Respondent), the Secretary of the Law Society of the Cape of Good Hope (Third Respondent), the Minister of Justice

- (Fourth Respondent) and the Attorney-General of the Cape of Good Hope (Fifth Respondent). Heard on: 17 May 2001. Decided on: 25 January 2002. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
- Case CCT 40/03. Juleiga Daniels (Applicant) versus Robin Grieve Campbell N.O. (First Respondent), Melissa Fourie N.O. (Second Respondent), Soraya Daniels (Third Respondent), Adelah Jakoet (Fourth Respondent), Shahieda Manuel (Fifth Respondent), Mogamat Sharief Manuel (Sixth Respondent), Sarah Daniels (Seventh Respondent), Minister of Justice and Constitutional Development (Eighth Respondent), Registrar of Deeds (Ninth Respondent) and Master of The High Court (Tenth Respondent). Heard on: 6 November 2003. Decided on: 11 March 2004. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
 - Case CCT 51/06. MEC For Education: Kwazulu-Natal (First Applicant), Thulani Cele: School Liaison Officer (Second Applicant), Anne Martin: Principal of Durban Girls' High School (Third Applicant), Fiona Knight: Chairperson of the Governing Body Of Durban Girls' High School (Fourth Applicant) versus Navaneethum Pillay (Respondent) with Governing Body Foundation (First Amicus Curiae), Natal Tamil Vedic Society Trust (Second Amicus Curiae) and Freedom of Expression Institute (Third Amicus Curiae). Heard on: 20 February 2007. Decided on: 5 October 2007. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
 - Case CCT 60/04. Minister of Home Affairs (First Applicant), Director-General of Home Affairs (Second Applicant) versus Marié Adriaana Fourie (First Respondent), Cecelia Johanna Bonthuys (Second Respondent) with Doctors for Life International (First Amicus Curiae), John Jackson Smyth (Second Amicus Curiae), The Marriage Alliance of South Africa (Third Amicus Curiae). Case CCT 10/05. Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others (Applicants) versus Minister of Home Affairs (First Respondent), Director-General of Home Affairs (Second Respondent), Minister of Justice and Constitutional Development (Third Respondent). Heard on: 17 May 2005. Decided on: 1 December 2005. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
 - Case CCT 83/08 [2009] ZACC 19. Fatima Gabie Hassam (Applicant) versus Johan Hermanus Jacobs N.O. (First Respondent), Master of the High Court (Second Respondent), Mariam Hassam (Third Respondent), Mariam Hassam N.O. (Fourth Respondent), Minister for Justice and Constitutional Development (Fifth Respondent) with Muslim Youth Movement of South Africa (First Amicus Curiae) and Women's Legal Centre Trust (Second Amicus Curiae). Heard on: 19 February 2009. Decided on: 15 July 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
 - Case CCT 4/00. Christian Education South Africa (Appellant) versus Minister of Education (Respondent). Heard on: 4 May 2000. Decided on: 18 August 2000. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
 - Case CCT 11/98. The National Coalition for Gay and Lesbian Equality (First Applicant) and the South African Human Rights Commission (Second Applicant) versus The Minister of Justice (First Respondent), the Minister of Safety and Security (Second Respondent) and the Attorney-General of the Witwatersrand (Third Respondent). Heard on: 27 August 1998. Decided on: 9 October 1998. Disponível em: <<http://www.saflii.org>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

- *Justice Cameron*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicecameron/index1.html>>. Acesso em: 18 fev. 2011.
- Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000 (Act n. 4, 2000). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=68207>>. Acesso em: 09 mar. 2011.
- ATTENBOROUGH, Richard: *Gandhi*: edição de 25º aniversário. 1982. Londres: Goldcrest Films, 1982. 2 vídeo-discos (191 min): NTSC, son., color.
- BOBBIO, Norberto: *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. (Coleção Elementos de Direito)
- CARLOTA, Salvador T.: The three most important features of the Philippine legal system that others should understand. In: *IALS Conference — learning from each other: enriching the law school curriculum in an interrelated world*. Suzhou: Soochow University, Kenneth Wang School of Law, 2007. p. 177. Disponível em: <<http://www.ialsnet.org/meetings/enriching/index.html>>. Acesso em: 5 mar. 2011. p. 177-178.
- DIAS, Maria Berenice: *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.
- DU PLESSIS, Lourens: Religious freedom and equality as celebration of difference: a significant development in recent South African constitutional case-law. *PER [Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad]*, Potchefstroom, v. 12, n. 4, p. 10-34, oct.-dec. 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/journals/PER/2009/17.html>>. Acesso em: 09 mar. 2011.
- FAGUNDES, Miguel Seabra: *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FIUZA, César: *Direito civil*: curso completo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FROTA, Hidemberg Alves da: *O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Princiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo: *Novo curso de direito civil*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da: As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL, 2001. *As minorias e o direito*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal; AJUFE, 2003. p. 85-124. (Série Cadernos do CEJ, v. 24) Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2011.
- ÍNDIA. High Level Committee on the Indian Diaspora: *Report of the High Level Committee on the Indian Diaspora*. New Delhi: Ministry of External Affairs, 2001. Disponível em: <<http://indiandiaspora.nic.in/contents.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2011.
- INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS: *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: *Direitos humanos & cidadania à luz do novo Direito Internacional*. Campinas: Minelli, 2002.
- MENSKI, Werner: Postmodern Hindu Law. *SOAS Law Department Occasional Papers*, London, p. 1-42, 2001. Disponível em: <<http://www.casas.org.uk/papers/pdfpapers/pomolaw.pdf>> Acesso em: 5 mar. 2011.

- ROHDEN, Huberto: *O pensamento filosófico da antigüidade: o drama milenar do homem em busca da verdade integral*. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, [s.n.], v. 1.
- SIDOU, J. M. Othon: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- SILVA, De Plácido: *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TAVARES, Quintino Lopes Castro: Multiculturalismo. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005. Cap. 3, p. 89-124.
- TRAKMAN, Leon: Legal traditions and international commercial arbitration. *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*: Sydney, The Berkeley Electronic Press, 2007. Working Paper 29. Disponível em: <<http://law.bepress.com/unswwps/flrps/art29>>. Acesso em: 5 mar. 2011.
- VIVEKANANDA, Swami: *The complete works of Swami Vivekananda*. Kolkata: Advaita Ashrama, 2003, v. 1.
- WIKIPEDIA. Constitution of South Africa. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_South_Africa>. Acesso em: 14 fev. 2011.
- High Courts of South Africa. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/High_Courts_of_South_Africa>. Acesso em: 14 fev. 2011.
- WIKIPÉDIA. Holanda (topônimo). Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Holanda_\(topônimo\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Holanda_(topônimo))>. Acesso em: 25 dez. 2010.