



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

## A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?

João Costa Neto \*

**Resumo:** Há algum tempo, a Corte Constitucional sul-africana tem recebido particular atenção por parte dos constitucionalistas de várias partes do mundo e, por via de consequência, seus julgados têm sido amplamente discutidos por acadêmicos de outros países. O presente texto buscará descrever e esclarecer as principais decisões proferidas pela Corte sul-africana em matéria de direitos fundamentais. Ao final, fez-se um breve balanço do papel desempenhado pela Corte, de modo a aferir se a sua atuação relativa a direitos fundamentais pode, ou não, servir de paradigma para outros países, como o Brasil.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; Corte Constitucional da África do Sul; Tribunal Constitucional Federal alemão; Jurisdição Constitucional.

**Abstract:** The Constitutional Court of South Africa has received particular attention from constitutionalists from various parts of the world and, as a consequence, its decisions have been widely discussed by scholars from other countries. This text seeks to describe and clarify the main cases taken to the South African Court on matters regarding Constitutional Rights. At the end, an assessment is made of the role played by the Court on the protection of Constitutional Rights, in order to ascertain whether its decisions may or may not serve as a model for other countries, such as Brazil.

**Keywords:** Constitutional Rights; Constitutional Court of South Africa; German Federal Constitutional Court; Constitutional Control.

\* Doutorando em Direito Público pela Humboldt-Universität zu Berlin. Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em Direito Romano pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Foi, durante um ano, aluno especial do Mestrado em Filosofia da Universidade de Brasília (UnB). É Professor Substituto de Direito Administrativo e de Direito das Sucessões na UnB e Advogado em Brasília. Student Member da Society for the Promotion of Roman Studies (Fundada em 1910) e da Society for the Promotion of Hellenic Studies (Fundada em 1879). É autor do livro "Dignidade Humana na visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos" (São Paulo: Saraiva, 2014).

Há algum tempo, a Corte Constitucional sul-africana tem recebido particular atenção por parte dos constitucionalistas de várias partes do mundo e, por via de consequência, seus julgados têm sido amplamente discutidos por acadêmicos de outros países.<sup>1</sup> O presente texto buscará descrever e esclarecer as principais decisões proferidas pela Corte sul-africana em matéria de direitos fundamentais. Como se sabe, a atuação da Corte Constitucional sul-africana foi especialmente expressiva nesse campo.

A abolição da pena de morte na África do Sul e a edição da lei que criou a possibilidade de celebração de casamentos homossexuais, por exemplo, foram decorrência direta e imediata de duas decisões judiciais da Corte sul-africana. Ademais, algumas célebres decisões foram proferidas no que se refere aos direitos sociais, incluindo o direito à moradia, o direito à educação e o direito à saúde. Mencione-se, igualmente, que a Corte já analisou outros importantes casos que envolviam a criminalização da prostituição e da maconha (no caso de uso em práticas religiosas rastafári).

Esses e outros julgados serão descritos e sucintamente explicados ao longo deste artigo. Ao final, far-se-á um breve balanço do papel desempenhado pela Corte, de modo a aferir se a sua atuação relativa a direitos fundamentais pode, ou não, servir de paradigma para outros países, como o Brasil.

### **Observações preliminares**

A atual Constituição sul-africana foi aprovada em 1996 e apenas entrou em vigor em 1997. Antes dela, a África do Sul possuiu uma Constituição interina, que foi adotada em abril de 1994. O documento interino – que é verdadeira lei fundamental (*Grundgesetz*), porquanto inicialmente feito a título provisório – previa a sua substituição por outro permanente, mas estipulava uma série de princípios que deveriam ser observados pela Constituição definitiva.

Nesse contexto, a Constituição permanente foi, inclusive, submetida ao crivo da Corte Constitucional, que declarou algumas de suas partes inconstitucionais, à luz dos princípios

---

<sup>1</sup> Cf. SCHNEIDER, Hans-Peter. “Grundrechte in der Verfassung Südafrikas”, in *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013; REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012; MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012. Entre nós, cf., em especial, MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

que, segundo o texto constitucional interino, deveriam ser respeitados. Trata-se do processo denominado *Certificação da Constituição da República da África do Sul*.<sup>2</sup>

É importante notar que a Corte Constitucional sul-africana foi fundada e passou a funcionar com base na Constituição interina de 1994, a qual já previa, em seu texto, um catálogo de direitos fundamentais e uma forma de *judicial review*, isto é, de controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos e dos atos administrativos.

Igualmente relevante é o fato de a Constituição sul-africana não possuir direitos fundamentais com reserva legal. Adotou-se uma cláusula limitativa geral, que é aplicável a todos os direitos fundamentais. Dessa forma, não há direitos fundamentais sem reserva legal, com reserva legal qualificada e com reserva legal simples.<sup>3</sup> Há, tão somente, uma lista de direitos fundamentais, os quais, sem exceção, são limitáveis por meio de uma cláusula geral, prevista na seção 36 da Constituição da República da África do Sul de 1996.<sup>4</sup>

## **Pena de morte**

A primeira decisão genuinamente significativa – e também polêmica – da Corte Constitucional foi *State v Makwanyane and Another*.<sup>5</sup> Nesse caso, declarou-se a inconstitucionalidade da pena de morte na África do Sul. A decisão foi redigida pelo *Justice Arthur Chaskalson*, que foi membro da Corte entre 1994 e 2001 e *Chief Justice* a partir de

---

<sup>2</sup> *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC).

<sup>3</sup> A respeito, cf. HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 3.Auf. München: C.H. Beck, 2011. pp. 111ss.; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/2, 1994. pp. 369ss.; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. pp. 106ss.; BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998; HERMES, Georg. “Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten”, in MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Einzelgrundrechte I*. München: C.F. Müller, 2012. pp. 333ss.

<sup>4</sup> “36. Limitation of rights

1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including:

- a. the nature of the right;
- b. the importance of the purpose of the limitation;
- c. the nature and extent of the limitation;
- d. the relation between the limitation and its purpose; and
- e. less restrictive means to achieve the purpose.

2. Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.”

<sup>5</sup> *State v Makwanyane and Another*, 995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC).

2001 até 2005. Chaskalson viria a desempenhar um papel decisivo na história da África do Sul, na condição de *Chief Justice*.

A abolição da pena de morte foi fruto de uma posição extremamente impopular e contra-majoritária. Estima-se que, logo após a decisão, em 1995, 75% dos sul-africanos desejavam ver reintroduzida a pena de morte no ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

Nenhum dispositivo da Constituição sul-africana proíbe, explicitamente, a pena de morte. Foi necessário invocar, portanto, o direito à vida para fundamentar a decisão.<sup>7</sup> O silêncio da Constituição parece ter sido proposital. Tudo indica que ele foi produto de uma transigência ou solução de compromisso adotada durante o processo constituinte. Decidiu-se, deliberadamente, não solucionar o impasse em torno da pena de morte, já que havia muita polêmica a respeito.<sup>8</sup>

Entretanto, o principal partido sul-africano da era pós-Apartheid, liderado por Nelson Mandela, repudiava, abertamente, a pena capital. O Congresso Nacional Africano (*African National Congress* - ANC) – como o partido é chamado – representa, até hoje, a principal força política na África do Sul. A maior parte dos *Justices* da primeira composição da Corte Constitucional tinha grande afinidade – senão vinculação direta – com o partido. Os *Justices* Arthur Chaskalson e Albie Sachs são exemplos bastante ilustrativos nesse sentido: ambos eram muito ligados a Nelson Mandela – pelo qual foram nomeados para a Corte Constitucional – e envolveram-se abertamente com todo o movimento político que culminou no fim do Apartheid.

Em apertada síntese, a Corte Constitucional entendeu que a pena de morte violava a proporcionalidade. Segundo a decisão, a finalidade da pena de morte é inibir e prevenir o cometimento de crimes violentos; o criminoso, após morto, não pode voltar a praticar crimes.<sup>9</sup> Para tanto, consideráveis são os ônus à liberdade do indivíduo, à sua vida e à sua integridade física. Portanto, a existência de outros métodos menos gravosos que alcancem os fins

---

<sup>6</sup> ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 238

<sup>7</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter. “Grundrechte in der Verfassung Südafrikas”, in *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1170

<sup>8</sup> ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 239ss.

<sup>9</sup> *State v Makwanyane and Another*, 995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC) [184, 236].

almeçados com basicamente a mesma eficiência faz com que uma medida estatal seja inconstitucional.<sup>10</sup>

Os magistrados sul-africanos entenderam que a pena perpétua serviria para os mesmos fins e com praticamente a mesma intensidade. Também o preso condenado a uma pena perpétua está, em regra, impossibilitado de criminar novamente. Ademais, a Corte Constitucional não encontrou provas idôneas a demonstrar que a pena de morte inibia a ocorrência de crimes; que ela diminuía a sensação de impunidade. O governo não teria conseguido provar que a pena de morte promovia esse fim, e tampouco que a pena perpétua não serviria igualmente para esse desiderato.<sup>11</sup>

Discussões sobre a constitucionalidade da pena de morte, ou de outros tipos severos de sanção, são comuns em vários países, o que demonstra que as questões constitucionais enfrentadas pela Corte sul-africana são muito semelhantes àsquelas enfrentadas por outros países.<sup>12</sup> Na Alemanha, por exemplo, houve um amplo debate jurídico sobre a admissibilidade da pena perpétua. O Tribunal Constitucional Federal alemão proferiu, há anos, decisão que decidiu ser a pena perpétua por homicídio qualificado (*Mord*), crime previsto na § 211, (1), do Código Penal alemão (StGB), compatível com a Lei Fundamental.

Entretanto, foi estipulada uma série de pressupostos para a constitucionalidade desse tipo de pena, a serem clara e coerentemente regulados por meio de lei em sentido formal, em homenagem ao princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*).<sup>13</sup> O Tribunal alemão decidiu que a pena perpétua é constitucional desde que permaneça uma chance factível de o preso, por meio de seu próprio comportamento – conforme requisitos previstos em lei em sentido estrito –, voltar a ser livre.<sup>14</sup>

Por outro lado, entende o Tribunal Constitucional Federal alemão que a pena de morte é incompatível com a dignidade humana, pois tal punição nega “(...) uma confissão [ou comprometimento] com o valor básico da vida humana” (*ein Bekenntnis zum grundsätzlichen*

---

<sup>10</sup> CURRIE, Iain; DE WAAL, Johan. *The Bill of Rights Handbook*. Cape Town: Juta, 2013. pp. 168-172.

<sup>11</sup> *State v Makwanyane and Another*, 995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC) [123, 128].

<sup>12</sup> No caso da Suprema Corte americana, cf. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) – proibindo a aplicação de pena de morte a “deficientes mentais” – e *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) – declarando inconstitucional a execução de criminosos que tinham menos de 18 anos na data do crime.

<sup>13</sup> LAMPRECHT, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011. p. 165

<sup>14</sup> BVerfGE 45, 187 – *Lebenslange Freiheitsstrafe*

*Wert des Menschenlebens*), a qual ninguém pode perder, nem mesmo por comportamento tido por socialmente indigno.<sup>15</sup>

Ao nível de Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu, em sentido análogo ao adotado pelo Tribunal Constitucional alemão, que a prisão perpétua só é admissível, se houver revisão periódica. Isso significa que deve sempre permanecer uma possibilidade de o indivíduo deixar de cumprir pena. É plenamente possível que um preso fique durante toda a vida na prisão, mas deve ser-lhe assegurada a possibilidade de ter a punição revista, com base em critérios que não sejam de mera compaixão – como indulto ou graça. O entendimento tende a afetar, principalmente, o Reino Unido e a Holanda.<sup>16</sup>

Conforme se buscará demonstrar, as discussões constitucionais travadas na África do Sul envolvem problemas muito semelhantes aos que surgem em outros ordenamentos jurídicos.<sup>17</sup> Logo, o que ocorre no que tange à pena de morte é análogo a outras áreas do direito constitucional.

## **Liberdade de expressão**

Preliminarmente, há algumas peculiaridades da seção 16 da Constituição sul-africana – que prevê o direito à liberdade de expressão – que devem ser objeto de esclarecimento.<sup>18</sup> Além de a liberdade de expressão poder ser limitada com base na cláusula limitativa geral prevista na seção 36 da Constituição sul-africana, o seu âmbito de incidência também é reduzido, abstrata e aprioristicamente. Isso porque a seção 16 da Constituição afasta qualquer proteção de discurso consistente em propaganda de guerra, incitação a iminente violência ou

---

<sup>15</sup> BVerfGE 18, 112; WEIS, Hubert. *Meine Grundrechte: Bedeutung, Schranken und Rechtsprechung*. 4.Auf. München: DTV, 2004. p. 3

<sup>16</sup> *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09, 130/10 and 3896/10, Grand Chamber [9 July 2009].

<sup>17</sup> MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 9, 10ss., 16, 172.

<sup>18</sup> “16. Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression, which includes

- a. freedom of the press and other media;
- b. freedom to receive or impart information or ideas;
- c. freedom of artistic creativity; and
- d. academic freedom and freedom of scientific research.

2. The right in subsection (1) does not extend to

- a. propaganda for war;
- b. incitement of imminent violence; or
- c. advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm.”

defesa de ódio que seja baseado em raça, etnia, gênero ou religião, e que constitua incitação a fim de produzir dano. Esse tipo de discurso é completamente desprovido de proteção constitucional, de modo que sequer recebe a incidência do dispositivo constitucional.

Trata-se de constatação relevante, porque exige o Estado de justificar eventuais limitações a esse tipo de discurso. Muitas formas de expressão podem ser restringidas, porém, em virtude da garantia constitucional da liberdade de expressão, isso pressupõe obediência aos requisitos da irretroatividade, generalidade, abstração, proteção do núcleo essencial do direito e observância do princípio da proporcionalidade. É o que ocorre com qualquer lei que limite direito fundamental. Todavia, o fato de a Constituição sul-africana já excluir, de antemão, a proteção de certos tipos de discurso implica que a limitação a tais tipos de discurso não estará condicionada aos mencionados requisitos, tradicionalmente intitulados limites dos limites (*Schranken-Schranken*).<sup>19</sup>

Dentre os casos julgados pela Corte Constitucional sul-africana sobre a liberdade de expressão, um dos primeiros foi *Case v. Minister of Safety and Security*. Neste julgado, reformou-se a condenação de vários homens que haviam sido flagrados na posse de fitas de vídeo com conteúdo sexualmente explícito. A conduta violou o *Indecent or Obscene Photographic Matter Act*, de 1967.<sup>20</sup>

Na ocasião, a Corte Constitucional criticou a abrangência do dispositivo que definia o que seria obsceno ou indecente. O *Justice* John Didcott – responsável pela opinião da Corte – apontou que seria possível enquadrar, na definição do dispositivo proibitivo, várias obras de arte, antigas e modernas, inclusive algumas exibidas publicamente em museus e galerias de arte pelo mundo afora. Na opinião da Corte, considerou-se que a condenação violou o direito à privacidade, garantido pela seção 14 da Constituição sul-africana.<sup>21</sup>

Em seu voto concordante, a *Justice* Yvonne Mokgoro deu ênfase distinta ao problema, uma vez que fundamentou suas considerações no direito à liberdade de expressão. Segundo

---

<sup>19</sup> Sobre os limites dos limites, cf., por exemplo, STERN, Klaus. “Einleitung”, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. pp. 55ss.

<sup>20</sup> *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608.

<sup>21</sup> “14. Privacy

Everyone has the right to privacy, which includes the right not to have

- a. their person or home searched;
- b. their property searched;
- c. their possessions seized; or
- d. the privacy of their communications infringed.”

ela, a lei em questão fora editada em pleno regime do Apartheid, o qual era reconhecidamente marcado por uma forma de moral calvinista. Destarte, a “moral pública” foi utilizada como motivo para banir qualquer tipo de representação de divórcio, infidelidade conjugal, cenas amorosas apaixonadas, vida noturna, pessoas vestidas de maneira considerada inadequada, etc.<sup>22</sup>

A *Justice* Mokgoro fez consignar em seu voto que o discurso sexualmente explícito também é protegido constitucionalmente. Assinalou-se, inclusive, que, enquanto o *bill of rights* norte-americano – e especificamente a *First Amendment* – não possui cláusulas que limitem ou autorizem a limitação de direitos fundamentais, a Constituição sul-africana adotou expressamente esse tipo de cláusula. Nesse sentido, a *Justice* conclui que as garantias constitucionais que definem um dado direito devem ser interpretadas generosamente, a fim de perquirir acerca de qualquer limitação constitucionalmente justificável apenas no segundo estágio da análise.<sup>23</sup> Essa constatação revela, claramente, a preferência da *Justice* pela teoria externa dos direitos fundamentais, em detrimento da teoria interna.<sup>24</sup>

Outro ponto crucial do voto concordante é a sua defesa da teoria da autorealização como base do direito à liberdade de expressão.<sup>25</sup> Limitar a tutela constitucional do discurso à esfera política excluiria, por exemplo, a proteção da arte e de outras formas de expressão. Portanto, conquanto reconheça certa plausibilidade no argumento de que a proteção do

---

<sup>22</sup> *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608, par. 10.

<sup>23</sup> *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608, par. 21.

<sup>24</sup> Hodiernamente, é corrente a classificação das teorias dos direitos, sejam eles fundamentais ou não, em internas ou externas (WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10.Auf. München: C.H. Beck, 2012. pp. 229ss.). Interna é a teoria que defende que toda restrição ao direito fundamental gera, *ipso facto*, a sua violação. Desse modo, ela é monádica, porque, para aferir se houve violação do direito, basta saber qual é a abrangência ou suporte fático (*Tatbestand*) dele, e se a medida estatal ingressa na esfera desse suporte fático. Por outro lado, a teoria externa diferencia entre o suporte fático e a limitação, assim como entre a restrição ou interferência admissível e a inadmissível. Em ambos os casos, há um tolhimento do direito fundamental, ou seja, a restrição invade a abrangência ou âmbito de proteção do direito (*Schutzbereich*). Entretanto, do simples fato de a área de proteção ter sido atingida não se pode concluir que houve violação. A existência de uma efetiva violação dependerá de a restrição ou limitação ao direito fundamental ser proporcional e não ferir o seu núcleo essencial – seja ele absoluto ou relativo (nesta última hipótese, confundir-se-á com a máxima da proporcionalidade). Com efeito, a teoria externa é diádica. Em favor da irrelevância de se adotar uma teoria externa ou interna, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. pp. 77ss.

<sup>25</sup> Sobre os fundamentos que justificam a tutela constitucional da liberdade de expressão, cf. MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. “Freedom of Expression”, in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2<sup>nd</sup> ed. Cape Town: Juta, 2013. pp. 14ss; BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2<sup>nd</sup>ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. pp. 1-38.

discurso favorece a busca pela verdade – como epitomada na expressão *marketplace of ideas* – a *Justice* Mokgoro asseverou que a liberdade de expressão é:

*A sine qua non* for every person's right to realize her or his full potential as a human being, free of the imposition of eteronomous Power. Viewed in that light, the right to receive others' expressions has more than mere instrumental utility, as a predicate for the addressee's meaningful exercise of her or his own rights of free expression. It is also foundational to each individual's empowerment to autonomous self-development.<sup>26</sup>

O excerto transcrito acima rechaça a tentativa de dar contornos consequencialistas, utilitaristas, funcionais ou instrumentais à garantia da liberdade de expressão. Não se trata de direito fundamental que possa ser explicado a partir de uma abordagem funcional-democrática. Do contrário, ter-se-ia que admitir que o direito à liberdade de expressão só pode ser gozado por aqueles que possuem direito a voto – pois são os únicos que podem compor a vontade coletiva da sociedade. Também se deveria aceitar que esse direito se restringe meramente à proteção do discurso político. Negar qualquer uma dessas conclusões gera a necessidade de se buscar um outro fundamento que justifique a contento a garantia da liberdade de expressão.

Nesse contexto, a *Justice* Mokgoro defende que a liberdade de expressão não é mera garantia instrumental, mas possui um valor em si mesmo, que é oriundo do fato de ser crucial para a autorealização de todo ser humano. O mero fato de uma opinião ser fruto do exercício autônomo e livre de uma personalidade, dota-a de algum valor jurídico, independentemente do conteúdo daquilo que é exprimido.

O *Justice* Albie Sachs redigiu um terceiro voto, por meio do qual aderiu ao argumento de que houve violação do direito à privacidade – seguindo a opinião da Corte redigida pelo *Justice* John Didcott – e ao argumento de que se violou a liberdade de expressão – conforme o voto concordante da *Justice* Mokgoro.

Um segundo caso relevante no que concerne à liberdade de expressão foi *Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority*. Na espécie, havia uma estação comunitária de rádio cujo locutor dissera que Israel não era um país legítimo, que os judeus não haviam sido mortos em câmaras de gás durante a Segunda Guerra mundial, e que o número de judeus mortos durante aquele conflito bélico não passava de 1 milhão.

---

<sup>26</sup> *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others*, 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608, par. 26.

Por causa do pronunciamento do locutor, a estação de rádio foi punida administrativamente. A Corte chegou à conclusão de que o dispositivo legal no qual se fundou a sanção era excessivamente amplo. Ele proibia a transmissão de “(...) *any material which is indecent or obscene or offensive to public morals or offensive to the religious convictions or feelings of any section of a population or likely to prejudice the safety of the State of the public order or relations between sections of the population.*”<sup>27</sup>

Para os *Justices*, a proibição ia muito além do discurso do ódio (*hate speech*) que fora excluído de antemão da proteção constitucional. Com efeito, tinha-se um dispositivo infraconstitucional que limitava esfera constitucionalmente protegida do discurso. Era necessário, portanto, aferir se as limitações empreendidas pela lei eram proporcionais e cumpriam as exigências da seção 36 da Constituição sul-africana. Em uma parte central da opinião da Corte – redigida pelo *Justice Langa* –, estabeleceu-se que:

The prohibition is so widely-phrased and so far-reaching that it would be difficult to know beforehand what is really prohibited or permitted. No intelligible standard has been provided to assist in the determination of the scope of the prohibition. It would deny broadcasters and their audiences the right to hear, form, and freely express and disseminate their opinions and views on a wide range of subjects. The wide ambit of this prohibition may also impinge on other rights, such as the exercise and enjoyment of the right to freedom of religion, belief and opinion.<sup>28</sup>

Ao final, o dispositivo que fundamentou a sanção foi declarado inconstitucional. A decisão demonstra que o fato de a Constituição da África do Sul retirar de seu alcance algumas formas de discurso do ódio não significa que qualquer espécie de discurso do ódio possa ser irrestritamente proibida. Nem tudo aquilo que pode ser etnicamente ofensivo deve ser considerado ilegal. As restrições ao discurso devem ser direcionadas ao que efetivamente causa dano, e não a qualquer tipo de discurso que possua aptidão para constranger, ofender ou consternar.<sup>29</sup>

Por fim, mencione-se, embora muito ligeiramente, que, no caso *South African Broadcasting Corporation Limited v National Director of Public Prosecutions and Others*, a

---

<sup>27</sup> *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority and Others*, 2002 (4) SA 294; 2002 (5) BCLR 433, par. 22.

<sup>28</sup> *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority and Others*, 2002 (4) SA 294; 2002 (5) BCLR 433, par. 44.

<sup>29</sup> KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 199

Corte Constitucional declarou constitucional a recusa de transmissão de um julgamento criminal na televisão. O julgamento envolvia figuras públicas e possuía relevância nacional, o que não impediu os tribunais inferiores de negar o direito de transmissão às emissoras. Em derradeira instância, a Corte Constitucional decidiu que a necessidade de que os procedimentos e o andamento de uma audiência criminal sejam équos (*fair*) impede a sua transmissão televisiva.<sup>30</sup>

## **Liberdade religiosa**

Um caso sobressai-se dentre aqueles referentes à liberdade religiosa: o caso *Prince*. Nele, um bacharel em direito teve negado o direito de tornar-se advogado pela *South African Law Society*, por causa de duas condenações prévias por posse de maconha. O bacharel afirmou que continuaria a fazer uso da droga como parte de sua prática religiosa, já que era membro da religião rastafári.<sup>31</sup>

O graduado em direito alegou que a proibição legal era excessivamente ampla, sem admitir qualquer exceção com fulcro em crenças religiosas, muito embora houvesse autorização para o uso da cânabis em pesquisas científicas e no tratamento de doentes.

A Corte Constitucional decidiu que conceder exceção com base em crença religiosa implicaria o esvaziamento da proibição criminal, já que qualquer um poderia alegar reserva de consciência para evitar ser punido por uso de drogas ilícitas.<sup>32</sup> O caso envolve uma pletera de questões relacionadas à liberdade religiosa. Uma questão bastante controvertida diz respeito ao grau de confiança que se deve atribuir àquilo que um crente alega ser central em sua religião.<sup>33</sup>

No caso *Prince*, por exemplo, a Corte Constitucional simplesmente não questionou a afirmação de que o uso religioso da maconha fazia parte da iluminação espiritual pregada pela religião rastafári. Todavia, outros tribunais constitucionais, como o Tribunal Constitucional

---

<sup>30</sup> *South African Broadcasting Corporation Limited v National Director of Public Prosecutions and Others*, 2007 (1) SA 523 (CC); 2007 (2) BCLR 167 (CC).

<sup>31</sup> *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133, par. 177.

<sup>32</sup> *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133, par. 129-30, 134.

<sup>33</sup> FARLAM, Paul. “Freedom of Religion, Belief and Opinion”, in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2<sup>nd</sup> ed. Cape Town: Juta, 2013. pp. 34-41

Federal alemão, tendem a adotar um critério híbrido: objetivamente, o tribunal avalia se a crença invocada realmente é central segundo o que prega a religião; subjetivamente, atribui-se certo grau de confiança ao que alega o membro da religião.<sup>34</sup>

Embora a Corte tenha mantido a proibição, frise-se que o *Justice* Albie Sachs escreveu voto dissidente.

## Direitos sociais

A Corte Constitucional sul-africana é particularmente elogiada por suas decisões referentes a direitos sociais, tais como direito à moradia, à educação, à saúde, etc.<sup>35</sup> O primeiro caso célebre julgado pela Corte no que tange aos direitos sociais foi *Soobramooney*. Pode-se dizer que foi um “início agonizante”<sup>36</sup>.

O Sr. Soobramoney sofria de insuficiência renal crônica, associada a problemas cardiológicos e endocrinológicos. Ele ingressou perante a Corte Constitucional, a fim de que o sistema público de saúde fosse compelido a oferecer-lhe diálise renal, com base nas seções 27, (3), e 11 da Constituição sul-africana.<sup>37</sup> <sup>38</sup> De início, os hospitais públicos haviam submetido o Sr. Soobramoney ao processo de diálise, o que havia salvo sua vida. Porém, após um tempo, ele foi informado de que, em virtude da escassez de recursos, apenas 30% dos pacientes com o mesmo problema poderiam ser contemplados.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> BVerfGE 108, 282 (298-299) – *Kopftuchverbot*

<sup>35</sup> Sobre a relevância das diferentes posturas e abordagens em face do direito constitucional estrangeiro, cf. JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009; JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 109-28; JACKSON, Vicki C. “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 54-74.

<sup>36</sup> ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 273

<sup>37</sup> “27. Health care, food, water and social security

1. Everyone has the right to have access to

a. health care services, including reproductive health care;

b. sufficient food and water; and

c. social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.

2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.

3. No one may be refused emergency medical treatment.”

<sup>38</sup> “11. Life

Everyone has the right to life.”

<sup>39</sup> SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 174

Por uma questão de política pública, aqueles que tinham maior chance de obter sucesso em um eventual transplante de rins gozavam de prioridade no que refere à diálise. Exames revelaram que o Sr. Soobramoney tinha pouquíssimas chances de obter resultado positivo em um transplante, o que o condenava a ser dependente da diálise para sempre. Sem esse serviço hospitalar, ele estava fadado a morrer.

A Corte Constitucional entendeu que a negativa, por parte do hospital, não fora desarrazoada. Os elementos de prova indicavam que a política pública era racional e não-discriminatória. Diante da limitação dos recursos disponíveis, a escolha estatal não deveria ser suplantada pela Corte, porquanto não se mostrava inadequada.

O seguinte trecho explicita parte do raciocínio da decisão:

By using the available dialysis machines in accordance with the guidelines more patients are benefited than would be the case if they were used to keep alive persons with chronic renal failure, and the outcome of the treatment is also likely to be more beneficial because it is directed to curing patients, and not simply to maintaining them in a chronically ill condition. It has not been suggested that these guidelines are unreasonable or that they were not applied fairly and rationally when the decision was taken by the Addington Hospital that the appellant did not qualify for dialysis.<sup>40</sup>

Consignou-se, igualmente, que:

The provincial administration which is responsible for health services in KwaZulu-Natal has to make decisions about the funding that should be made available for health care and how such funds should be spent. These choices involve difficult decisions to be taken at the political level in fixing the health budget, and at the functional level in deciding upon the priorities to be met. A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters.<sup>41</sup>

Por fim, a propósito do caráter trágico da situação e do entendimento análogo que pode ser adotado no caso de outros direitos fundamentais sociais, constou da opinião da Corte que:

One cannot but have sympathy for the appellant and his family, who face the cruel dilemma of having to impoverish themselves in order to secure the treatment that the appellant seeks in order to prolong his life. The hard and unpalatable fact is that if the appellant

---

<sup>40</sup> *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 25.

<sup>41</sup> *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 29.

were a wealthy man he would be able to procure such treatment from private sources; he is not and has to look to the state to provide him with the treatment. But the state's resources are limited and the appellant does not meet the criteria for admission to the renal dialysis programme. Unfortunately, this is true not only of the appellant but of many others who need access to renal dialysis units or to other health services. There are also those who need access to housing, food and water, employment opportunities, and social security. These too are aspects of the right to “. . . human life: the right to live as a human being, to be part of a broader community, to share in the experience of humanity.”

The state has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society rather than to focus on the specific needs of particular individuals within society.<sup>42</sup>

Reconheceu-se que a escolha em questão era trágica, mas que a “justiciabilidade” dos direitos sociais encontra limites na parcimônia dos recursos. Aos tribunais, cabe apenas perquirir acerca da razoabilidade das políticas públicas.<sup>43</sup>

Duas decisões impediam o tratamento do Sr. Soobramoney: (1) a decisão do hospital de dedicar os aparelhos de diálise de que dispunha para uma classe de pacientes, ante a impossibilidade de atender a toda a demanda; (2) a decisão do governo da província de KwaZulu-Natal sobre como alocar suas verbas orçamentárias destinadas à saúde. Ambas foram consideradas apropriadas, porquanto não havia elementos que demonstrassem que o governo provincial não tinha considerado a gravidade da situação ao determinar os recursos para os tratamentos renais. Ressalte-se, inclusive, que o valor total destinado a esse tipo de tratamento era considerável em relação ao resto do orçamento para saúde, bem como que o orçamento da saúde como um todo era expressivo em relação às demais despesas.<sup>44</sup>

Decidiu-se que o governo fizera um esforço sincero e racional, pleno de boa-fé, no sentido de combater o problema em questão, o que não justificaria a intervenção judicial.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 31.

<sup>43</sup> ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 274

<sup>44</sup> ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 276

<sup>45</sup> *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, par. 25-29.

Com relação aos direitos sociais, a segunda decisão digna de nota é *Republic of South Africa v Grootboom*. Theunis Roux assevera que “*Grootboom* is to South African constitutional lawyers what *Brown v. Board of Education* is to their American counterparts.”<sup>46</sup>

Fala-se que *Brown* é um dos casos mais celebrados da história da Suprema Corte americana.<sup>47</sup> O apoio em torno do caso é tão grande, que até originalistas como Robert Bork buscaram justificar a decisão.<sup>48</sup> Com efeito, é possível constatar a relevância de se afirmar que *Grootboom* é para os sul-africanos o que *Brown* é para os americanos.

Em *Grootboom*, a Corte Constitucional sul-africana declarou que, conquanto o Estado tivesse desenvolvido um amplo programa para permitir que moradores de barracos (*shacks*) vivessem adequadamente, não era razoável deixar de criar um programa análogo voltado àqueles que não tinham qualquer tipo de moradia em função de despejos, incêndios ou enchentes. O caso envolveu a Sra. Grootboom, que perdera o barraco (*shack*) em que vivia, com sua irmã e três filhos, na circunvizinhança da Cidade do Cabo.<sup>49</sup> No corpo da decisão, tomada por unanimidade, teceram-se as seguintes observações preliminares, acerca do fato de a obrigação estatal de implementar direitos sociais variar de acordo com o contexto:

The state’s obligation to provide access to adequate housing depends on context, and may differ from province to province, from city to city, from rural to urban areas and from person to person. Some may need access to land and no more; some may need access to land and building materials; some may need access to finance; some may need access to services such as water, sewage, electricity and roads. What might be appropriate in a rural area where people live together in communities engaging in subsistence farming may not be appropriate in an urban area where people are looking for employment and a place to live.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 280

<sup>47</sup> KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 45

<sup>48</sup> BORK, Robert. *The Tempting of America*. New York: Simon & Schuster, 1991. p. 82; A defesa de BORK sob uma perspectiva originalista é extremamente discutível. Cumpre lembrar que o mesmo Congresso que aprovou a 14ª emenda à Constituição americana, com base na qual se chegou à solução do caso *Brown*, promulgou leis que instituíram e intensificaram a segregação racial no Distrito de Columbia. Não há justificativa plausível para *Brown*, se se adota uma postura originalista consistente. Em outras palavras, ou *Brown*, ou o originalismo.

<sup>49</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169.

<sup>50</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 37.

Em seguida, fica claro que nenhum meio fora adotado pelo governo no sentido de perseguir um fim claramente albergado pela Constituição sul-africana: proporcionar moradia para aqueles que não a possuem. Nesse sentido:

(...) there is no express provision to facilitate access to temporary relief for people who have no access to land, no roof over their heads, for people who are living in intolerable conditions and for people who are in crisis because of natural disasters such as floods and fires, or because their homes are under threat of demolition. These are people in desperate need. Their immediate need can be met by relief short of housing which fulfils the requisite standards of durability, habitability and stability encompassed by the definition of housing development in the Act.

What has been done in execution of this programme is a major achievement. Large sums of money have been spent and a significant number of houses has been built. Considerable thought, energy, resources and expertise have been and continue to be devoted to the process of effective housing delivery. It is a programme that is aimed at achieving the progressive realisation of the right of access to adequate housing.

A question that nevertheless must be answered is whether the measures adopted are reasonable within the meaning of section 26 of the Constitution.<sup>51</sup>

Por fim, leia-se, a propósito da falta de razoabilidade da ausência de programa para os desabrigados, o seguinte trecho:

The absence of this component may have been acceptable if the nationwide housing programme would result in affordable houses for most people within a reasonably short time. However the scale of the problem is such that this simply cannot happen.

(...)

Effective implementation requires at least adequate budgetary support by national government. This, in turn, requires recognition of the obligation to meet immediate needs in the nationwide housing programme. Recognition of such needs in the nationwide housing programme requires it to plan, budget and monitor the fulfilment of immediate needs and the management of crises. This must ensure that a significant number of desperate people in need are afforded relief, though not all of them need receive it immediately. Such planning too will require proper co-operation between the different spheres of government.

(...)

The proposition that rights are interrelated and are all equally important is not merely a theoretical postulate. The concept has

---

<sup>51</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 52-3.

immense human and practical significance in a society founded on human dignity, equality and freedom. It is fundamental to an evaluation of the reasonableness of state action that account be taken of the inherent dignity of human beings. The Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of state action concerned with housing is determined without regard to the fundamental constitutional value of human dignity. Section 26, read in the context of the Bill of Rights as a whole, must mean that the respondents have a right to reasonable action by the state in all circumstances and with particular regard to human dignity. In short, I emphasise that human beings are required to be treated as human beings. This is the backdrop against which the conduct of the respondents towards the appellants must be seen.<sup>52</sup>

Vê-se, desde o trecho transcrito acima, que a irrazoabilidade decorreu também da falta de isonomia das políticas públicas existentes.

Dois outros casos dignos de menção quanto aos direitos sociais foram *Minister of Health v Treatment Action Campaign* e *Khosa v Minister of Social Development*.

Em *Minister of Health v Treatment Action Campaign*, a Corte Constitucional determinou que era irrazoável restringir o fornecimento de uma droga antiretroviral a apenas dois locais do país, por um período de dois anos. Atestou-se que o governo tinha plenas condições de oferecer o antiretroviral, mas que não o fazia por causa da atuação direta de vários políticos de destaque no país, inclusive do então presidente, Thabo Mbeki. A má-informação e os equívocos desses dirigentes sobre os efeitos dos antiretrovirais estaria a impedir a distribuição das drogas. Dessa maneira, o Estado seria o responsável pela morte de centenas de crianças anualmente.

O caso foi particularmente desgastante para o então presidente e seu ministro da saúde. A Corte Constitucional determinou a imediata disponibilização da droga antiretroviral para mães e recém-nascidos com HIV.

Em *Khosa v Minister of Social Development*, considerou-se inconstitucional que a seguridade social não fosse acessível a estrangeiros residentes na África do Sul. Verificou-se que a legislação impedia estrangeiros oriundos de Moçambique, ainda que com *status* permanente de residência, de obter benefícios assistenciais para idosos e para crianças. A Corte Constitucional determinou a extensão dos benefícios aos estrangeiros, por entender que

---

<sup>52</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 65, 68, 83.

a seção 27 da Constituição sul-africana prevê um direito humano à seguridade social, o que torna, portanto, irrelevante ter, ou não, cidadania sul-africana.

Nesse aspecto, o caso *Khosa* é semelhante à recente decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos aspirantes a asilo (*Asylbewerber*)<sup>53</sup>, bem como ao recurso extraordinário n. 587970, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Neste último caso – que ainda não foi julgado –, caberá ao tribunal brasileiro analisar se é dever constitucional conceder, a uma estrangeira residente no Brasil, o benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e no art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8742/1993).

### **Igualdade de orientações sexuais**

Quanto à igualdade entre orientações sexuais distintas, há, pelo menos, duas decisões de particular interesse. No caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, a Corte declarou inconstitucional a omissão de uma lei de imigração que garantia benefícios a estrangeiros casados com sul-africanos. Tais vantagens eram concedidas a maridos e esposas heterossexuais apenas, de modo que um casal homossexual alegou a inconstitucionalidade da lei.

Inicialmente, reconheceu-se a violação da Constituição sul-africana, que é uma das poucas, no mundo, a vedar expressamente a discriminação com base em orientação sexual.<sup>54</sup> Em seguida, enfrentou-se o seguinte dilema: é preferível extinguir o benefício aos casais heterossexuais ou estendê-lo aos homossexuais? Neste último caso, a Corte pode acrescentar

---

<sup>53</sup> *BVerfG*, 1 BvL 10/10. Sobre a decisão, cf. COSTA NETO, João. “Dignidade humana, assistência social e mínimo existencial: a decisão do Bundesverfassungsgericht que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos estrangeiros aspirantes a asilo”, in *Revista Direito.UnB*, v. 1, n.1, 2013.

<sup>54</sup> “9. Equality

1. Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

2. Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

3. The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

4. No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

5. Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.”

a expressão “*or partner in a permanent same-sex life partnership*” ao texto legal impugnado, sem sequer exortar o parlamento a tomar providência a esse propósito?

A Corte Constitucional decidiu que o benefício imigratório deveria ser estendido aos casais homossexuais e que, independentemente de recorrer ao parlamento, ela poderia acrescentar os termos necessários para que a lei se tornasse compatível com a Constituição.<sup>55</sup>

O outro caso referente à igualdade de orientações sexuais diz respeito ao casamento. A Corte Constitucional foi diretamente responsável pela autorização legislativa que permitiu a celebração de casamentos homossexuais na África do Sul. Trata-se do caso *Fourie*, no qual se verificou que a impossibilidade de contrair casamento é uma forma de tratamento diferenciado e que isso é incompatível com a seção 9, (3), da Constituição sul-africana, segundo a qual é vedada a discriminação com base em orientação sexual.<sup>56</sup>

Dentre as várias passagens notáveis da opinião da Corte no caso *Fourie*, a qual foi redigida pelo *Justice* Albie Sachs, destaquem-se as seguintes:

Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of behaviour or extolling one form as supreme, and another as inferior, but an acknowledgement and acceptance of difference. At the very least, it affirms that difference should not be the basis for exclusion, marginalisation and stigma. At best, it celebrates the vitality that difference brings to any society. The issue goes well beyond assumptions of heterosexual exclusivity, a source of contention in the present case. The acknowledgement and acceptance of difference is particularly important in our country where for centuries group membership based on supposed biological characteristics such as skin colour has been the express basis of advantage and disadvantage. South Africans come in all shapes and sizes. The development of an active rather than a purely formal sense of enjoying a common citizenship depends on recognising and accepting people with all their differences, as they are. The Constitution thus acknowledges the variability of human beings (genetic and socio-cultural), affirms the right to be different, and celebrates the diversity of the nation. Accordingly, what is at stake is not simply a question of removing an injustice experienced by a particular section of the community. At issue is a need to affirm the very character of our society as one based on tolerance and mutual

---

<sup>55</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517.

<sup>56</sup> *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, 2006 (1) SA 524 (CC); 2006 (3) BCLR 355 (CC).

respect. The test of tolerance is not how one finds space for people with whom, and practices with which, one feels comfortable, but how one accommodates the expression of what is discomfiting.

The exclusion of same-sex couples from the benefits and responsibilities of marriage, accordingly, is not a small and tangential inconvenience resulting from a few surviving relics of societal prejudice destined to evaporate like the morning dew. It represents a harsh if oblique statement by the law that same-sex couples are outsiders, and that their need for affirmation and protection of their intimate relations as human beings is somehow less than that of heterosexual couples. It reinforces the wounding notion that they are to be treated as biological oddities, as failed or lapsed human beings who do not fit into normal society, and, as such, do not qualify for the full moral concern and respect that our Constitution seeks to secure for everyone. It signifies that their capacity for love, commitment and accepting responsibility is by definition less worthy of regard than that of heterosexual couples.

(...)

It follows that, given the centrality attributed to marriage and its consequences in our culture, to deny same-sex couples a choice in this respect is to negate their right to self-definition in a most profound way.

the antiquity of a prejudice is no reason for its survival. Slavery lasted for a century and a half in this country, colonialism for twice as long, the prohibition of interracial marriages for even longer, and overt male domination for millennia. All were based on apparently self-evident biological and social facts; all were once sanctioned by religion and imposed by law; the first two are today regarded with total disdain, and the third with varying degrees of denial, shame or embarrassment. Similarly, the fact that the law today embodies conventional majoritarian views in no way mitigates its discriminatory impact. It is precisely those groups that cannot count on popular support and strong representation in the legislature that have a claim to vindicate their fundamental rights through application of the Bill of Rights.<sup>57</sup>

Ao final, concedeu-se o prazo de um ano ao parlamento para adequar a lei sul-africana que regula o matrimônio ao pronunciamento da Corte Constitucional. Fez-se constar na decisão que, se a lei não fosse adequada no prazo assinalado, automaticamente seria incluída nela a expressão “*or spouse*”, a fim de possibilitar, *pleno iure*, o casamento por parte de

---

<sup>57</sup> *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, 2006 (1) SA 524 (CC); 2006 (3) BCLR 355 (CC) par. 60, 71, 72, 74.

homossexuais. Dois dias antes de o prazo expirar, o parlamento alterou a lei, nos termos do pronunciamento da Corte.<sup>58</sup>

### **Outros casos relevantes**

Além daqueles apresentados neste texto, é possível citar, rapidamente, alguns outros casos de grande relevância na história da Corte Constitucional Sul-africana em matéria de direitos fundamentais.

Em *Hoffmann v South African Airways*, decidiu-se que a *South African Airways* agiu de maneira inconstitucional ao negar emprego a um candidato ao cargo de comissário de bordo que possuía HIV. Em 1996, o candidato Hoffman passara, com sucesso, pelas quatro etapas de uma seleção de emprego. Exames médicos revelaram que ele estava apto para a função que iria desempenhar. Todavia, um exame de sangue mostrou que ele estava acometido de AIDS, o que fez com que não fosse admitido para o posto.<sup>59</sup>

A Constituição sul-africana – assim como a portuguesa em seu artigo 18º, item 1 – é um raro exemplo de texto constitucional que contém dispositivo explícito acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas. A assim chamada eficácia horizontal

---

<sup>58</sup> SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 253-4

<sup>59</sup> *Hoffmann v South African Airways*, 2001 (1) SA 1 (CC); 2000 (11) BCLR 1235 (CC).

dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)<sup>60</sup> encontra-se prevista na seção 8 (2) da Constituição de 1996.<sup>61</sup>

Com base nesse artigo, a Corte Constitucional sul-africana julgou que a rejeição de Hoffmann representou uma violação do seu direito fundamental à igualdade.<sup>62</sup> A *South African Airlines* alegou que outras linhas aéreas também rejeitavam candidatos naquelas situações e que, se fizesse de maneira diversa, perderia clientes. A Corte rejeitou esse argumento enfaticamente.<sup>63</sup>

No caso *Jordan*, a Corte Constitucional não declarou inconstitucional a lei que criminalizou a prostituição na África do Sul. Surpreendentemente, não se reconheceu que se trate de uma esfera da vida tutelada pela privacidade. Já o tratamento desigual que se estabeleceu entre a prostituta e o seu cliente, para fins de sanção penal, não foi considerado anti-isonômico. Assim, manteve-se a condenação de uma prostituta que fizera uma “massagem pélvica” em um policial por 250 randes – os quais equivalem a aproximadamente 25 dólares. O cliente saiu impune, já que não praticou crime, enquanto a garota foi presa. A

---

<sup>60</sup> Sobre a *Drittwirkung* em geral, cf. ENGLE, Eric. “Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*).” *Hanse Law Review*. vol. 5, n. 2, 2009. pp. 165-173; GANTEN, Ted Oliver. *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000; MOTALA, Ziyad; RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law: Analysis and Cases*. Oxford: Oxford University Press, 2002; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/1, 1988, § 76. Entre nós, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: Possibilidade e limites de aplicação no Direito Constitucional brasileiro*. Tese para obtenção de título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais.” *Direito Público*, vol. 1, n. 2, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, out./dez. 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; COSTA NETO, João. “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 22, pp. 457-487, abr./jun.2012.

<sup>61</sup> A respeito, cf. KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 48

<sup>62</sup> Vale mencionar que, no Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, em setembro de 2012, a seguinte súmula sobre dispensa discriminatória, que pode ser aplicada por analogia ao caso de não-contratação discriminatória: “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

<sup>63</sup> *Hoffmann v South African Airways*, 001 (1) SA 1; 2000 (11) BCLR 1235 ; [2000] 12 BLLR 1365 (CC).

Corte dividiu-se: a orientação dissidente, redigida pelos *Justices* O'Regan e Sachs, deixou de ser prevalecer por um voto. Ao que parece, a posição minoritária era preferível.<sup>64</sup>

Outra questão relevante diz respeito às ações afirmativas, que estão expressamente autorizadas pela Constituição sul-africana, em sua seção 9, (2), mas que são objeto de questionamento jurídico na África do Sul.<sup>65</sup>

### **Um paradigma a ser seguido?**

A interpretação dada pela Corte Constitucional sul-africana à seção 36 da Constituição de 1996 afigura-se moderada. Na África do Sul, como na Alemanha e em vários outros países<sup>66</sup>, primeiramente, define-se o suporte fático ou a abrangência do direito fundamental (*Tatbestand; scope*). Em seguida, afere-se se as limitações feitas a essa área de proteção (*Schutzbereich*) são admissíveis, já que nem toda limitação, intervenção ou ingerência (*Einschränkung, Eingriff* ou *Beeinträchtigung*) em direito fundamental é uma violação (*Verletzung*) desse direito.

A Suprema Corte americana mostrou-se, em reiteradas vezes, mais agressiva e protecionista em relação aos direitos fundamentais. Não se trata propriamente de algo positivo, mas sim de uma mera constatação.

A Corte Constitucional sul-africana não reconheceu violação da isonomia, por exemplo, quando Nelson Mandela, então presidente da África do Sul, concedeu indulto a presidiárias com filhos menores de 12 anos, mas não o fez para presidiários na mesma situação. No caso *Hugo*, a Corte Constitucional reformou decisão de primeiro grau que reconheceu, em favor de um pai viúvo que estava preso, a violação de seu direito fundamental à igualdade. A decisão da Corte Constitucional baseou-se no estereótipo de que a mulher é a principal responsável pela criação da prole, além de ter-se negado a estender o benefício garantido às mães presidiárias no caso de um pai que era o único genitor vivo de seu filho – hipótese em que não havia mãe para cuidar da criança.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> *S v Jordan and Others*, 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117.

<sup>65</sup> *Minister of Finance and Other v Van Heerden*, 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC); [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

<sup>66</sup> cf. MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>67</sup> *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*, 1997 (4) SA 1; 1997 (6) BCLR 708.

A Corte Constitucional sul-africana reconheceu a constitucionalidade de diferentes formas de ações afirmativas, embora não tenha ela própria decidido sobre a instituição de cotas em Universidades.<sup>68</sup> Esse tipo de política inclusiva não foi submetido a um escrutínio judicial de maior densidade<sup>69</sup>, de modo que se presumiu, em grande parte, a legitimidade desse tipo de medida estatal. Não parece ter havido um debate mais profundo, ao contrário do que aconteceu e torna a acontecer nos Estados Unidos.<sup>70</sup>

No que se refere à liberdade religiosa, a Corte Constitucional sul-africana não reconheceu direito a eximir-se de proibições abstratas e gerais com base em crença. Essa posição foi adotada inicialmente pela Suprema Corte americana no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, ocasião em que foi considerada constitucional lei estadual que negava benefícios a quem usasse a droga peiote, ainda que em ritual religioso.<sup>71</sup> A decisão, tomada em 1990, gerou forte comoção social e fez com que o Congresso norte-americano editasse o *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, cujo escopo era evitar sanções ou outras formas de *onera* àqueles que fazem uso de droga ilícita em virtude de crença religiosa.

Finalmente, em *Gonzáles v O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, a Suprema Corte americana superou – ainda que parcial e implicitamente – a decisão proferida em *Employment Division v Smith*. Em *Gonzáles*, chegou-se à conclusão de que o interesse do governo de aplicar, uniformemente, as leis federais de combate às drogas [no caso sob exame, a ayahuasca] não justifica a limitação à liberdade religiosa. Destacou-se, em especial, que o próprio governo já havia estipulado exceções a essa regra para comunidades indígenas norte-americanas que faziam uso de substâncias alucinógenas como o peiote.<sup>72</sup>

Diferentemente daquilo que a Suprema Corte americana fez no caso da ayahuasca, a Corte Constitucional sul-africana não criou qualquer exceção, com base em motivos

---

<sup>68</sup> cf., por exemplo, *Minister of Finance and Other v Van Heerden*, 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC) ; [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

<sup>69</sup> Acerca da densidade, profundidade ou intensidade do controle judicial de limitações a direitos fundamentais, cf. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. pp. 965ss.; BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 509ss.; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. pp. 495ss.; CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 289-303, 718-723.

<sup>70</sup> cf. a recente decisão da Suprema Corte americana *Fisher v. University of Texas*, 570 U. S. \_\_\_\_ (2013), que poderia ter causado a superação (*overruling*) de *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

<sup>71</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

<sup>72</sup> *Gonzáles v O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 544 US 973 (2005)

religiosos, à proibição do uso de drogas ilícitas. Embora o argumento primordial da Corte sul-africana seja de ordem consequencialista e pragmática – porquanto se alega que qualquer exceção inviabilizaria o combate às drogas – o próprio Estado sul-africano já criara hipóteses relacionadas ao combate de doenças em que o uso da maconha é permitido.

Em seu livro póstumo, Ronald Dworkin concorda com a primeira decisão da Suprema Corte americana, em que se negou exceção à proibição do uso do peiote com base em crença religiosa, e critica o *Religious Freedom Restoration Act*.<sup>73</sup> Dworkin defende que a liberdade religiosa não pode ser compreendida plausivelmente como um trunfo, na acepção forte do termo. Ela não seria um direito fundamental, como a liberdade de expressão, por exemplo; mas apenas um desdobramento da independência ética de cada indivíduo.

Daí afirmar-se que é possível limitar a religião com base em alguns motivos, porém não em outros. Isso não significa, entretanto, que a liberdade religiosa seja um direito fundamental ou um trunfo, porque, se o fosse, não poderia ser limitada em praticamente nenhuma situação, nem mesmo se ficasse provado que isso impediria danos às outras pessoas.<sup>74</sup> Afinal, segundo Dworkin, só pode ser trunfo o direito que envolva interesse individual tão importante que não possa ser colocado de lado, nem mesmo quando isso geraria resultados melhores para um maior número de pessoas. Trata-se de uma forma de ordenação lexical ou de uma prioridade do certo sobre o bom.<sup>75</sup>

Presumidamente, Dworkin estaria de acordo com a decisão proferida pela Corte Constitucional sul-africana no caso *Prince*. Contudo, saber se a Corte é um paradigma nesse campo pressupõe a resposta de uma questão prévia: a decisão forneceu proteção adequada ao direito à liberdade religiosa? É difícil definir os contornos da liberdade religiosa e até que ponto ela pode eximir um indivíduo de cumprir obrigações impostas abstratamente aos demais.<sup>76</sup> Tomar partido sobre esse problema está além da devida abrangência deste texto.

---

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. p. 134

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. p. 131

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 329, 367ss.; Sobre a ordenação lexical, cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. pp. 173ss.

<sup>76</sup> Nesse particular, nota-se que: “The extent to which legislation is constitutionally required to afford accommodation to religiously-dictated personal life choices, especially to grant (some kind of) religiously motivated regulatory and jurisdictional autonomy to religious communities, is highly debated.” SAJÓ, András; UITZ, Renáta. “Freedom of Religion”, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 919

Contudo, em qualquer caso, a melhor compreensão do problema demonstra que a Corte Constitucional e a Suprema Corte americana possuem posições antagônicas no que se refere à colisão entre a proibição de drogas ilícitas e as crenças religiosas de um indivíduo. Optar por um desses modelos depende, em última instância, de como se entendem os direitos fundamentais e o papel que eles devem ter em uma sociedade.<sup>77</sup>

A área em que a atuação da Corte sul-africana é claramente mais vanguardista do que a da Suprema Corte americana é a de igualdade em matéria de orientação sexual. Contudo, esse fato é facilmente justificável, já que há cláusula expressa na Constituição sul-africana que veda discriminações desse tipo. Por outro lado, na Constituição norte-americana, qualquer proteção de relações homossexuais deve ser extraída das penumbras do *bill of rights*, destacadamente do direito à privacidade, que não está explícito em nenhum dispositivo constitucional americano.<sup>78</sup>

No que toca aos direitos sociais, percebeu-se que a Corte Constitucional rejeita a abordagem do núcleo mínimo (*minimum core approach*). Os direitos sociais devem ser adjudicados de maneira prudente, de modo que não há um mínimo absoluto, completamente independente das limitações orçamentárias e financeiras do Estado. É sempre necessário analisar, se a atitude governamental é razoável ou não, se ela pode ser justificada de maneira plausível. Sob essa ótica, é aceitável que o Estado faça escolhas difíceis, em que vidas são perdidas para um ganho maior em outras áreas. Os recursos são finitos, e os dilemas que se apresentam são plúrimos. Nesse contexto, as escolhas difíceis quando da alocação de recursos e eleição de prioridades devem ficar a cargo do Estado. Há meios democráticos de o povo manifestar-se contra eventuais escolhas governamentais, a fim de que novas prioridades sejam eleitas.

Prevalece a visão de que, ao Judiciário, cabe apenas o papel de agir como navalha de Ockham, isto é, de tolher os excessos praticados pelo Estado em matéria de fixação de

---

<sup>77</sup> No Brasil, há pelo menos um caso semelhante ao sul-africano. Ras Geraldinho, designação religiosa de Geraldo Antonio Batista, foi condenado a 14 anos de reclusão por tráfico de drogas. Ele é o líder do movimento religioso rastafári no Brasil. A sentença condenatória foi proferida por juiz do município de Americana-SP. Trinta e sete pés de maconha teriam sido encontrados, pela guarda municipal da cidade, em uma chácara de Ras. As autoridades chegaram à chácara, onde fica um templo rastafári, após prender dois jovens com maconha e pequenas mudas da Cânabis. Na sentença, determinou-se a perda do imóvel de Rãs, a título da chamada desapropriação-confisco, instituto previsto no art. 243 da Constituição Federal. Os integrantes da igreja rastafári no Brasil alegaram que a decisão se baseou em preconceito, intolerância religiosa e conservadorismo (MONTEIRO, André; SANT'ANNA, Emílio. "Criador da 1ª igreja rastafári é condenado por plantar maconha." *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 maio 2013.).

<sup>78</sup> cf., por exemplo, a "ginástica" argumentativa empreendida pela Suprema Corte em *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), para declarar inconstitucional a criminalização do homossexualismo.

políticas públicas. Em regra, a adjudicação dos direitos sociais em sede individual não se afigura aceitável.

A postura da Corte Constitucional sul-africana no que tange aos direitos fundamentais sociais já foi elogiada por autores como Jorge Reis Novais e Jeff King.<sup>79</sup> Ambos concordam que a decisão proferida em *Grootboom*, por exemplo, acertou ao negar a ideia de um núcleo mínimo e absoluto dos direitos sociais (*minimum core approach*). Em contrapartida, ofereceu-se uma alternativa plausível e factível ao projeto minimalista, baseada na razoabilidade (*reasonability*).

A adoção do *minimum core approach* poderia levar ao absurdo de obrigar o Estado a gastar todos os seus recursos para alcançar um mínimo considerado absoluto, mesmo em tempos de crise acachapante. O Estado ver-se-ia compelido a retirar os recursos de todas as outras áreas socialmente relevantes para atender a um mínimo social considerado indispensável e intransigível, possivelmente inviabilizando o seu próprio funcionamento estatal.

Essa abordagem é irracional, pois: ou o mínimo será muito, muito reduzido, e, portanto, oferecerá uma proteção jusfundamental de somenos monta e relevância; ou ele não será tão reduzido assim, o que gerará inviabilidade econômica diante da primeira crise econômica ou dilema financeiro-orçamentário que surgir.

É preciso compreender que há limitações bastante restritas a direitos fundamentais que são inconstitucionais; assim como há limitações bastante gravosas que são constitucionais.<sup>80</sup> O *minimum core approach* não oferece respostas suficientemente convincentes para essas perplexidades.

Nesse diapasão, a Corte Constitucional sul-africana parece estar correta. Sua forma de lidar com direitos sociais afigura-se, inclusive, preferível, àquela adotada pelo Brasil. Jeff King, por exemplo, tece críticas contundentes ao modelo brasileiro de adjudicação do direito fundamental à saúde. Segundo o autor inglês – que se amparou em trabalhos de Virgílio Afonso da Silva, Fernanda Vargas Terrazas e Octávio Ferraz –, os tribunais brasileiros têm decidido que os direitos à vida e à saúde independem completamente de problemas e

---

<sup>79</sup> REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 210-22; KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 85, 115-7

<sup>80</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106

limitações orçamentárias. Isso é não apenas juridicamente implausível como economicamente inviável.<sup>81</sup>

Ademais, a adjudicação dos direitos sociais na África do Sul foi predominantemente coletiva, mesmo nos casos em que a Corte foi acionada por indivíduos. Isso foi possível porque, ao decidir, a Corte Constitucional sul-africana emitiu decisões que corrigiram, de maneira geral e relativamente abstrata, as políticas públicas em curso, sem simplesmente decidir o caso concreto levado à sua apreciação.

King também afirma que, no Brasil, a atuação dos tribunais tem gerado vantagens, predominantemente, para a classe média. Com efeito, não se obteve, nem mesmo de maneira aproximada, uma democratização dos serviços prestados pelo sistema público de saúde. Sob a perspectiva de King, adotar os parâmetros da Corte Constitucional sul-africana seria seguramente uma opção preferível ao modelo brasileiro atual.<sup>82</sup>

É importante perceber, igualmente, que a Corte Constitucional adotou uma posição moderada ao não declarar inconstitucional a lei que criminalizou a prostituição na África do Sul.<sup>83</sup> Mark S. Kende faz uma análise pormenorizada acerca dessa questão e conclui que há inconsistências graves na argumentação da Corte. Uma delas é o fato de a Corte não reconhecer que se trata de uma esfera da vida tutelada pela privacidade.<sup>84</sup>

Se se está a falar da esfera íntima e sexual de um indivíduo adulto e capaz, parece ser coerente defender que cabe a cada um guiar a própria vida e ser senhor de si mesmo. A sexualidade é um âmbito personalíssimo da vida. Portanto, eventuais intervenções estatais devem limitar-se ao verdadeiramente necessário.

Como se sabe, a África do Sul é um dos países que mais possui pacientes acometidos de HIV. Talvez fosse razoável limitar relações sexuais em casos excepcionais, se isso fosse rigorosamente necessário para fins de saúde pública. Impedir ou minimizar catástrofes é, sem dúvida, justificativa bastante para a limitação de um direito fundamental. Isso é aceito até

---

<sup>81</sup> KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 115-7.

<sup>82</sup> KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 85, 115.

<sup>83</sup> *S v Jordan and Others*, 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117.

<sup>84</sup> KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 126ss.

mesmo por quem entende que direitos fundamentais são trunfos, na acepção mais forte da palavra.<sup>85</sup>

Contudo, no caso da lei sul-africana que criminalizou a prostituição, ficou claro que não se tratava de uma tentativa de conter o avanço da AIDS, mas sim de uma medida “moralizante”. O único *Justice* que defendeu que se cuidava de uma tentativa de conter o avanço da AIDS foi Albie Sachs, o qual, em seu voto, menciona, rapidamente, essa possibilidade como mais um argumento a favor da lei. Porém, além de isso não ter sido suscitado por nenhum outro *Justice* durante o julgamento, o próprio governo não invocou esse argumento em sua defesa. Ademais, a história de surgimento da lei também corrobora a tese de que se tratava de uma medida contra a prostituição em si.<sup>86</sup> Observe-se, inclusive, que, se a medida fosse feita por questão de saúde pública, dever-se-ia criar um rol de medidas contra o sexo casual e promíscuo em geral e não unicamente contra a prostituição, que é apenas um exemplo da sexualidade potencialmente lesiva à saúde pública.

É importante notar, outrossim, que o direito à autodeterminação sexual, que pode ser enxergado como corolário do direito à privacidade, serve precisamente para tutelar práticas sexuais que estejam fora daquilo que é tradicional, convencional e dominante. Normalmente, não é necessário garantir constitucionalmente aquilo que é amplamente aceito pelas maiorias. Se, por um lado, é questionável se práticas como o pansexualismo merecem algum tipo de proteção constitucional, por outro, é forçoso reconhecer que os limites que o Estado pode impor às práticas sexuais dos indivíduos devem ser submetidos a um controle intenso e percuciente. Trata-se de uma das esferas mais íntimas da vida. Nela, há de prevalecer a autonomia. Exceções à livre determinação nesse âmbito da vida só devem ser aceitas em casos excepcionais. O ônus argumentativo deve ser muito maior em hipóteses desse tipo.

Ressalte-se, ademais, que a Corte parece ter errado ao não declarar inconstitucional o tratamento desigual que se estabeleceu entre a prostituta e o seu cliente, para fins de sanção penal. Em *Jordan*, manteve-se a condenação de uma prostituta que fizera uma “massagem pélvica” em um policial por 250 randes – os quais equivalem a aproximadamente 25 dólares.

---

<sup>85</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. pp. 191-2; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 17-24.

<sup>86</sup> KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 128-32.

O cliente saiu impune, já que não praticou crime, enquanto a garota foi presa.<sup>87</sup> A Corte dividiu-se: a orientação dissidente, redigida pelos *Justices* O'Regan e Sachs, deixou de ser prevalecer por um voto. Ao que parece, a posição minoritária era preferível.

A criminalização da conduta da prostituta apenas fortalece estereótipos de que a mulher promíscua merece toda a repreensão social, ao passo que o homem promíscuo apenas cede aos seus impulsos naturais. Se a conduta da prostituta é juridicamente repreensível, então parece ser arbitrário diferenciá-la daquela perpetrada pelo cliente. Ele concorre direta e imediatamente para a atividade em questão, de sorte que ambos os envolvidos são igualmente capazes, esclarecidos e determinantes para a existência da prostituição.

No que concerne às técnicas de decisão adotadas pela Corte Constitucional, é justo asseverar que houve uma atitude progressista e pró-ativa. Adotaram-se várias técnicas distintas, que muito se assemelham ao que é feito na Alemanha e no Brasil, por exemplo. Ao contrário da Suprema Corte americana, que é muito tímida quando se cuida disso, a Corte Constitucional sul-africana proferiu decisões que podem ser classificadas, tipicamente, como manipulativas, intermédias ou intermediárias de acolhimento<sup>88</sup>, tais como: interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, “sentença” aditiva, etc.

Leia-se, a propósito, a seguinte passagem, escrita pelo *Justice* Albie Sachs:

If the statute could not be read in a manner that was constitutionally compliant, and if the limitation of the right concerned could not be justified, what would the appropriate remedy be? The Constitution gave the Court a wide discretion in this regard, which it had to exercise judicially on a case-by-case basis. It could sever words from a statute that produces unconstitutionality, provided that what remained made sense and was consistent with the constitutional purpose of the statute. If words could not be blue-penciled in this way, the Court could declare notional unconstitutionality, that is, that the statute was unconstitutional to the extent that it purported to do X, Y, and Z. This was language quite unheard of in pre-

---

<sup>87</sup> KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 117

<sup>88</sup> A respeito, cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 2011. pp. 259ss.; Sobre as diversas possibilidades de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, cf., dentre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnicas de Decisão”, in SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. pp. 1045ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. “O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade”, in MENDES, Gilmar Ferreira; SILVA MARTINS, Ives Gandra; VALDER DO NASCIMENTO, Carlos. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 357ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 510ss.

constitutional days. And for those who remained embedded in the old legal practice of seeking maximum obedience to what the law-maker had had in mind, things got worse. We read words into the statute that had not been there before!<sup>89</sup>

Quanto ao que Sachs chama de inconstitucionalidade nocional no trecho acima, trata-se da clássica interpretação conforme a Constituição. Considera-se constitucional a lei, mas sob a condição de serem afastadas as interpretações X, Y e Z, tidas por inconstitucionais.

Já a última técnica mencionada no excerto acima<sup>90</sup> – adicionar termo ou expressão a uma lei para sanar inconstitucionalidade – foi utilizada pela primeira vez no caso *Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*.<sup>91</sup> Como visto, na ocasião, a Corte declarou inconstitucional lei que atribuía vantagens imigratórias a parceiros legalmente casados e, portanto, heterossexuais; sem que houvesse qualquer menção a parceiros homossexuais. Para sanar a omissão relativa, simplesmente se acrescentou, por decisão judicial, uma nova frase ao dispositivo questionado, a fim de que os benefícios fossem estendidos também a parceiros homossexuais, independentemente de casamento prévio.

Como visto acima, curiosamente, foi outra a solução adotada no caso *Fourie* – que gerou o reconhecimento jurídico de casamentos entre parceiros do mesmo sexo. Na ocasião, concedeu-se, ao parlamento sul-africano, um ano para sanar a omissão inconstitucional que impedia homossexuais de se casarem. Se, ao final do prazo, nada fosse feito, uma decisão aditiva entraria automaticamente em vigor, de maneira que um termo fosse acrescentado à lei que dispunha sobre as regras do casamento. Dois dias antes do término do período pré-fixado, o parlamento editou lei que criou a possibilidade de celebração de casamento entre parceiros homossexuais.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 207

<sup>90</sup> Sobre a possibilidade de acrescentar termos ou expressões a dispositivos legais (*read words into the statute*), cf., por exemplo, os parágrafos 81 e ss. da decisão em *National Credit Regulator v Opperman and Others*, 2013 (2) BCLR 170 (CC); 2013 (2) SA 1 (CC).

<sup>91</sup> *Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*, 2000 (1) BCLR 39 (CC), 2000 (2) SA 1 (CC).

<sup>92</sup> SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 253

## Considerações finais

Por fim, deixou-se sem resposta a pergunta sobre o caráter paradigmático da atuação da Corte Constitucional sul-africana em matéria de direitos fundamentais. Trata-se de um silêncio proposital. Escolher a Corte como paradigma depende de como se entendem os direitos fundamentais.

Previamente, é necessário saber se é preferível uma teoria interna a uma teoria externa dos direitos fundamentais. Quanta proteção se deve dar aos direitos sociais? Os direitos fundamentais podem ser flexibilizados e sopesados em face do interesse coletivo?

Viu-se o entendimento da Corte Constitucional sul-africana em relação a cada um desses pontos, dentre muitos outros. É somente a partir da escolha de que tipo de dogmática dos direitos fundamentais nós desejamos adotar é que se poderá dizer se a Corte Constitucional sul-africana é, ou não, um paradigma no que concerne aos direitos fundamentais. E ainda que ela não o seja, espera-se ter ficado claro o quanto se pode aprender da experiência constitucional tão rica que fornece a Corte Constitucional da África do Sul.

## Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2<sup>nd</sup>ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 2011.

BORK, Robert. *The Tempting of America*. New York: Simon & Schuster, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais.” *Direito Público*, vol. 1, n. 2, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, out./dez. 2003.

BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Austin: Aspen Publishers, 2009.

COSTA NETO, João. “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 22, pp. 457-487, abr./jun.2012.

COSTA NETO, João. “Dignidade humana, assistência social e mínimo existencial: a decisão do Bundesverfassungsgericht que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos estrangeiros aspirantes a asilo”, in *Revista Direito.UnB*, v. 1, n.1, 2013.

CURRIE, Iain; De Waal, Johan. *The Bill of Rights Handbook*. Cape Town: Juta, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

ENGLE, Eric. “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung).” *Hanse Law Review*. vol. 5, n. 2, 2009. pp. 165-173.

FARLAM, Paul. “Freedom of Religion, Belief and Opinion”, in Woolman, Stu; Bishop, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2<sup>nd</sup> ed. Cape Town: Juta, 2013.

GANTEN, Ted Oliver. *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

HERMES, Georg. “Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten”, in Merten, Detlef; Papier, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Einzelgrundrechte I*. München: C.F. Müller, 2012.

HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 3.Auf. München: C.H. Beck, 2011.

JACKSON, Vicki C. “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, in Rosenfeld, Michel; Sajó, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 109-28.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: Possibilidade e limites de aplicação no Direito Constitucional brasileiro*. Tese para obtenção de título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves.

KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LAMPRECHT, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnicas de Decisão”, in Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade”, in Mendes, Gilmar Ferreira; Silva Martins, Ives Gandra; Valder do Nascimento, Carlos. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012.

MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. “Freedom of Expression”, in Woolman, Stu; Bishop, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2<sup>nd</sup> ed. Cape Town: Juta, 2013.

MONTEIRO, André; Sant’Anna, Emílio. “Criador da 1ª igreja rastafári é condenado por plantar maconha.” *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 maio 2013.

MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MOTALA, Ziyad; RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law: Analysis and Cases*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta. “Freedom of Religion”, in Rosenfeld, Michel; Sajó, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SCHNEIDER, Hans-Peter. “Grundrechte in der Verfassung Südafrikas”, in *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

STERN, Klaus. “Einleitung”, in Stern, Klaus; Becker, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/2, 1994.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. III/1, 1988, § 76.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

WEIS, Hubert. *Meine Grundrechte: Bedeutung, Schranken und Rechtsprechung*. 4. Auf. München: DTV, 2004.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10. Auf. München: C.H. Beck, 2012.

*Artigo recebido em 19 de fevereiro de 2014.*

*Artigo aprovado para publicação em 05 de maio de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.10