

A LIBERDADE RELIGIOSA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

(Estudo filosófico-jurídico comparado)

Pe. JOSÉ SCAMPINI, SDB

Diretor da Faculdade de
Direito de Campo Grande (Mato Grosso)

PONTIFICIA UNIVERSITAS LATERANENSIS
FACULTAS PHILOSOPHIAE
Tese de Láurea

SEGUNDA PARTE (*)

A Liberdade Religiosa na República

(*) A primeira parte deste trabalho — "A Liberdade Religiosa no Brasil-império" — está publicada na *Revista de Informação Legislativa* n.º 41.

SEÇÃO PRIMEIRA

A Liberdade Religiosa na Primeira República**(1889-1930)****CAP. I: A SEPARAÇÃO DA IGREJA DO ESTADO PELO DECRETO 119-A,
DE 7 DE JANEIRO DE 1890**

- 1) A separação da Igreja do Estado no sistema de relações entre Estado-Igreja
 - I — Cesaropapismo
 - II — O Regalismo
 - III — O Sistema Teocrático
- 2) Antecedentes do Decreto 119-A
- 3) O Decreto 119-A
- 4) A atitude do Episcopado brasileiro perante a separação da Igreja do Estado
- 5) A liberdade religiosa no Decreto 119-A
 - I — Os benefícios trazidos pelo decreto
 - II — A separação da Igreja na doutrina do liberalismo
 - III — A separação da Igreja do Estado e a liberdade religiosa
- 6) Conseqüências filosóficas

CAP. II: ANÁLISE FILOSÓFICO-JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1891

- 1) O exercício livre e público do culto
- 2) Os limites da liberdade de culto
- 3) A escusa de consciência
- 4) Igreja livre em Estado livre
- 5) As associações religiosas
 - I — Capacidade jurídica das associações religiosas
 - II — Personalidade jurídica das associações religiosas
- 6) O casamento civil e as cerimônias religiosas
- 7) A secularização dos cemitérios

- 8) O ensino leigo
- 9) Representação Diplomática junto à Santa Sé

CAP. III: CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

- 1) O Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo de 18 de abril de 1893
- 2) A licença do Governo na ereção da estátua do Cristo do Corcovado
- 3) O Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 9 de maio de 1903

CAP. IV: CONSEQUÊNCIAS FILOSÓFICAS

- 1) A origem filosófica da Declaração Brasileira de 91 sobre a liberdade religiosa
 - I — A Declaração Francesa de 1789
 - II — A Declaração Norte-Americana de 1776
 - III — A Declaração Brasileira de 1891
- 2) A neutralidade religiosa ou laicismo na Constituição?
- 3) Restrições à liberdade religiosa
 - I — Restrições para as associações religiosas
 - II — Restrições ao casamento
 - III — Restrições ao ensino

CAPITULO PRIMEIRO

A SEPARAÇÃO DA IGREJA DO ESTADO PELO DECRETO 119-A — DE 7 DE JANEIRO DE 1890

1) **A separação da Igreja do Estado no sistema de relações entre Estado-Igreja**

O problema das relações entre Estado e Igreja cristalizou-se ao longo da história numa série de sistemas.

Este estudo não tem interesse puramente histórico mas encerra um conteúdo importante para o nosso trabalho.

Os diferentes sistemas representam verdadeiras categorias mentais e atitudes que se refletem também em nossos dias.

Pensadores há que com uma notável falta de perspectiva consideram a "cristandade medieval" como situação para a qual deve tender-se como um ideal; outros, carentes também de visão histórica, querem ainda reproduzir na atualidade as soluções "laicistas", próprias de um liberalismo

oitocentista, felizmente ultrapassado. Alguns regimes políticos atuais, igualmente almejando reviver situações históricas passadas, pretendem manter privilégios ou regalias eclesiásticas que deveriam ter ficado irreversivelmente canceladas com a morte do Regalismo.

Não falta também quem sonhe com uma solução totalmente nova após o Concílio Vaticano II, numa total ruptura com a doutrina tradicional. Em outros setores, enfim, culpa-se a Igreja de ter-se comprometido interesseiramente com as forças políticas e econômicas mais representativas de cada época. Pretende-se, assim, indicar que a Igreja não dispõe de um sistema permanente de princípios nas suas relações com o Estado, mas que, pelo contrário, flutua continuamente ao sabor dos interesses temporais de caráter circunstancial.

Estas considerações mostram que o estudo dos sistemas de relações deverá ter, por um lado, uma dimensão histórica que visualize uma panorâmica ampla e, por outro, uma dimensão doutrinária que determine as características ideológicas de cada sistema. Desta forma, torna-se possível distinguir as variantes históricas e políticas concretas dos princípios permanentes. (1)

I — Cesaropapismo

O Cesaropapismo representa uma tentativa de restauração do sistema pré-cristão que unificava os dois poderes na pessoa do Imperador. A tendência iniciou-se com Constantino, que chegou a dizer: "tudo o que eu quero deve considerar-se um canon" (lei eclesiástica) (2); ramificando-se, mais tarde, na parte oriental do Império (Bizâncio), consolidou-se definitivamente, após o grande cisma do Oriente até a época dos Czares, para morrer entre as mãos da revolução bolchevique e ressuscitar, mais tarde, no seio do Comunismo.

No Ocidente, com uma existência mais restrita por causa da resistência da Igreja Romana, o Cesaropapismo prolongou-se em forma larvar até à extinção do Império Romano.

Com a aparição do novo Sacro Império Romano, sob o regime implantado por Carlos Magno, e Otto, o Grande, o poder civil começou novamente a considerar a hierarquia eclesiástica mais como instrumento político do que como detentora dos ofícios espirituais.

A resistência da Igreja perante o Cesaropapismo encontra em Gregório VII o mais incansável lutador contra o direito imperial "das investidas" que termina na concordata de Worms (1122), onde se concluiu por reconhecer exclusivamente ao Papa a transmissão espiritual dos ofícios hierárquicos.

II — O Regalismo

Na alta Idade Média e especialmente nos albores do Renascimento, começou-se a formar a consciência da nacionalidade e do Estado inde-

(1) CIFUENTES, o.c., pág. 45.

(2) BEAU DE LOMÉNIE, *A Igreja e o Estado — Um Problema Permanente*, São Paulo, 1958, pág. 20 ss.

pendente que rompia num pluralismo de soberanias o monismo de "cristandade" ou do **mundus christianus** universal.

Sem dúvida, esta consciência social da nacionalidade representa um progresso na história humana, mas a supervalorização da idéia de nacionalidade degenerou em nacionalismo, provocando o fenómeno do absolutismo estatal. (8)

Este aceitou a tese defendida por Marcílio de Pádua na sua obra **Defensor Pacis** para afirmar a competência direta do soberano em toda a vida social e, portanto, na vida religiosa. Essa doutrina foi mais tarde ampliada pela corrente política da teologia protestante, ao defender a tese **culus regio eius religio** que atribuía a cada soberano a capacidade de ser ao mesmo tempo chefe da religião e da nação.

Desse modo, nascem os sistemas do "Galicanismo", "Josefismo", "Febronianismo", (4) manifestações do Regalismo, entendendo por tal uma intrusão ilegítima do poder civil nos negócios eclesiásticos e defendendo a subordinação da Igreja ao Estado. (5)

Ecclesia est in Statu: a Igreja está no Estado. Esta é a fórmula gráfica através da qual o Regalismo Estatal justifica sua intervenção direta ou indireta nos assuntos eclesiásticos. Se a Igreja está radicada no Estado, este possui um direito sobre os bens e as pessoas que residem no território de sua jurisdição. (6)

As principais instituições regalistas são o padroado, o beneplácito ou **exequatur** e os recursos.

O padroado (7) não é uma instituição propriamente regalista, mas, através dele, introduziram-se abusos claramente regalistas...

Entre os privilégios desta instituição destaca-se o direito de apresentação de arcebispos e bispos. A nomeação destes cargos eclesiásticos compete exclusiva e diretamente à Santa Sé, mas esta pode conceder ao poder civil o direito de apresentação ou proposta de alguns nomes para que o próprio pontífice, se o julgar conveniente, faça a nomeação entre as pessoas indicadas.

O beneplácito é uma figura tipicamente regalista que supõe a necessidade do assentimento estatal para que possam vigorar ao menos no foro externo os atos da autoridade eclesiástica.

(3) LOMÉNIE, o.c., pág. 108.

(4) Justino Febrônio, pseudónimo de Juan Nicolas Von Hontelm, recolheu a sua doutrina regalista na sua obra *De statu Ecclesiae* (1763), condenada depois por Clemente XIII e da qual se retratou em 1778. A sua doutrina é um apanhado das teorias protestantes e galicanas.

(5) "Vossa Excelência sabe quanto se tem abusado do direito de inspecção, escreve D. Macedo Costa ao Marquês de Olinda. O Janenismo parlamentar, o Febronianismo ou Josefismo acobertaram constantemente suas tendências invasoras sob o especioso nome de *ius inspectionis circa sacra* ou sob o nome mais espalçoso de *ius protectionis*: o que tudo se pode reduzir à fórmula mais breve *ius in sacra*. Cfr. LUSTOSA, o.c., pág. 97.

(6) CAETANO BRUNO, *El Derecho publicado de la Iglesia en Argentina*, Tomo II, Buenos Aires, 1956, págs. 107-111.

(7) "*Ius patronatus est summa privilegiorum, cum quibusdam oneribus, quae ex Ecclesiae concessione competunt fundatoribus catholicae ecclesiae, cappellae, aut beneficii, vel etiam eis qui ab illis causas habent*". Can. 1.448.

Finalmente, os chamados "recursos" consistem, segundo a conceitualização que deles dão os regalistas, numa apelação contra o abuso ou improcedência dos tribunais eclesiásticos.

Vem a ser um direito que assiste a todo cidadão, inclusive ao clérigo, de acudir ao juiz civil para que corrija as sentenças do juiz eclesiástico. (8)

Estas três instituições vigoraram no Brasil durante a Constituição do Império e foram extintas pelo Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890.

III — O Sistema Teocrático

A Teocracia ou Curialismo pode-se definir como um sistema jurídico que defende o poder direto do Papa sobre a ordem temporal e a submissão do Estado à Igreja, inclusive nas coisas temporais. (9)

Dentro do sistema hierocrático, antítese do Regalismo, toda classe de autoridades civis e eclesiásticas formam uma escala hierárquica, como se todas pertencessem à ordem sobrenatural e divina, própria da Igreja.

No cume está a autoridade do Papa, universal sob todos os aspectos, por estender-se não só a todos os homens mas também a todas as coisas, quer sejam de caráter espiritual ou temporal.

Não se negam a necessidade e atribuições do poder civil, mas sim consideram-se nas subordinadas, na sua origem e no seu exercício. (10)

Assim, os autores "curialistas", defendendo a chamada "teoria das duas espadas" ou do duplo poder do Papa sobre o temporal e o espiritual, colocavam a Igreja fora das suas verdadeiras competências. Sem fazer uma clara distinção entre a esfera natural e sobrenatural e fundamentando-se no caráter eminente e supremo das finalidades de Igreja, pretendiam considerar o Imperador simplesmente como o vassalo mais digno e elevado do Papa.

É muito discutido o problema da origem, desenvolvimento e extensão do sistema teocrático. (11)

De qualquer modo, o sistema nunca se revelou explicitamente em nenhuma constituição dogmática, nem formou parte da doutrina oficial da Igreja. (12)

D. Macedo Costa afirmava que no Brasil convinha "harmonizar os dois poderes, sob pena de ser reduzida a ordem social a um caos medonho.

(8) ALFREDO OTTAVIANI, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, Vol. II, Roma, 1947, pág. 117; BRUNO, o.c., pág. 159.

(9) OTTAVIANI, o.c., pág. 106.

(10) BRUNO, o.c., pág. 199.

(11) MICHELE MACCARONE, *Chiesa e Stato nella dottrina di Papa Innocenzo III*, Roma, 1940, pág. 40.

(12) Sirva-nos como crítica ao Sistema Teocrático as palavras de Pio XII: "A Igreja não só reconhece ao poder civil o pleno uso da sua soberania e defende uma sã e legítima laicidade do Estado, mas impõe-se, como dever correlativo, não imiscuir-se, sem justa causa, na direção das coisas estritamente humanas." Encíclica *Ubi Arcano* Cfr. L. BENAVIDES, *La Legítima Laicidad del Estado*, "Nuestro Tiempo", n.º 50, agosto 1968, Universidad de Navarra, pág. 158.

Uma teocracia absurda na Igreja aniquilaria a ação do poder secular e uma autocracia religiosa no Estado absorveria a autonomia espiritual" (13)

2) Antecedentes do Decreto 119-A

A situação entre a Igreja e o Estado, nos últimos anos do Império, longe de melhorar, se deteriorava cada vez mais.

Em agosto de 1888, um ano antes da proclamação da República, em sua representação dirigida à Assembléia-Geral Legislativa, D. Macedo Costa traçava um panorama triste da vida brasileira:

"A Igreja diminuída em seu prestígio. O clero abatido, mendicante, e muitíssimo desfalcado em número. . . E, se o Chefe Espiritual da Igreja, o Sumo Pontífice, envia ordens e conselhos para a direção das consciências, dá-se rebate no Parlamento como se tratasse de invasão de um inimigo nas fronteiras do Império.

Olhando para o lado do campo católico esta é a situação: enfraquecidos, desamparados e ainda por cima presos nas algemas do regalismo.

Se olharmos para outro campo, vemos o materialismo e o ateísmo corrompendo a mocidade do alto das cadeiras dos liceus e academias. Vemos propagar-se por toda parte o princípio de que a ciência é a antítese de fé." (14)

A situação geral política do Brasil se agravava dia e dia e era francamente revolucionária. No terreno religioso, o ateísmo e o positivismo davam-se as mãos com o apoio tácito dos governantes.

Não havia enganos quanto ao futuro que estava reservado à monarquia. Tudo indicava que o período republicano era uma questão de dias.

O sentimento monárquico de fidelidade às instituições estava encanescendo. O clero ainda estremecia aos golpes da perseguição aos bispos; os produtores estavam feridos pela abolição da escravidão. Todos haviam abandonado sua antiga dependência e sua fé no trono e se mantinham ou indiferentes à sua sorte ou francamente manifestavam sua oposição ao regime.

O exército rompera seus liames de simpatia com ele e esperava os acontecimentos firmemente decidido a se não opor a nenhuma mudança democrática. (15)

A calma dessa paz lúgubre que enchia a nação denunciava a próxima tempestade contra o regime incapaz das menores resistências. Parecia que, no começo de 1889, tudo estava pronto, aguardando tão-somente a ocasião.

(13) Resposta de D. Macedo Costa ao Ministro do Império. Cfr. LUSTOSA, o.c., pág. 96.

(14) D. MACEDO COSTA, *A Liberdade de Cultos*, Representação à Assembléia-Geral Legislativa pelo Bispo do Pará, 1888, pág. 31. Cfr. BARBOSA, o.c., pág. 283.

(15) PANDIÁ CALÓGERAS, *Formação histórica do Brasil*, São Paulo, 1946, pág. 31.

A República surgiu afinal em 15 de novembro de 1889, mais cedo do que se previra, sendo proclamada pelo General Deodoro da Fonseca.

O fato da mudança de regime causou espanto à nação e à Igreja, a qual, embora indiferente às formas de governo, viu nos elementos que constituíam o ministério e que dominavam no momento os seus maiores e mais terríveis Inimigos. (16)

Em 21 de novembro de 1889, seis dias após a proclamação da República, D. Luís Antônio dos Santos, arcebispo da Bahia, dirigiu ao General Deodoro da Fonseca o seguinte telegrama: "Arcebispo da Bahia com seu clero saúdam na pessoa de V. Ex.^a novo regime estabelecido e imploram bênçãos do céu sobre os esforços dos filhos da Terra de Santa Cruz pela prosperidade e felicidade da mesma." (17)

Temos nesse documento o primeiro contato da Igreja com o poder republicano. O Chefe do Governo, num preito de estima e grande admiração ao chefe da Igreja Brasileira, confiou ao Governador do Estado da Bahia a incumbência de ir pessoalmente ao Palácio Arquiepiscopal levar o seu agradecimento ao Primaz do Brasil.

Numa outra carta, o mesmo Arcebispo, agradecendo a visita do Governador do Estado da Bahia, expressava ao Chefe do Governo, em caráter confidencial, seus temores sobre a publicação dos decretos da separação da Igreja do Estado, do casamento civil e da secularização dos cemitérios. (18)

Pelo que acabamos de expor, resulta que a Igreja, embora fosse escrava do regime protecionista do Império, não estava preparada à mudança de regime e sobretudo não desejava a separação do Estado: independência, sim; separação, não.

3) O Decreto 119-A

Desde o primeiro momento, mal restabelecida a calma dos espíritos, cuidaram os novos governantes da separação da Igreja do Estado.

O primeiro projeto foi apresentado em conferência do Governo pelo ministro da Agricultura, Dr. Demétrio Ribeiro, mas, como ele sofresse impugnações dos demais membros do ministério, o general Deodoro incumbiu o ministro da Fazenda da redação de outro.

Rui Barbosa tinha estudado o assunto desde a publicação do seu comentário sobre "O Papa e o Concílio". Na discussão que a respeito sustentou na imprensa, afirmou sua opinião sobre a necessidade da reforma, a seu ver tão necessária para o Estado como para a Igreja.

(16) Em torno dessa falta de confiança com que surgiu a República, vale a pena citar o seguinte brado de alerta escrito nas primeiras horas da República: "Numa obra de liberdade e patriotismo não entrem os desdêns do incrédulo, nem as paixões dos sectários. Vós nos denunciastes e combatestes como inimigos; não nos olheis como vencidos, não nos expulsaes como rebeldes e conspiradores; as tradições mais gloriosas da pátria estão ligadas à história da nossa Igreja. O signatário destas linhas pede à República o que pediria à Monarquia: a paz e o engrandecimento da Pátria, a Justiça e o respeito às crenças de quase totalidade dos brasileiros: *Libertas sub Deo et Lege*." JOSÉ BASÍLIO PEREIRA, *Confissões de um ex-livre pensador*. Cfr. BARBOSA, o.c., pág. 285.

(17) BARBOSA, o.c., pág. 286.

(18) "A presença de V. Ex.^a à frente do Governo Provisório é uma garantia para a fé; eu não creio portanto que tal aconteça." Cfr. BARBOSA, o.c., págs. 286-287.

O Brasil tinha vivido até 15 de novembro num regimento de comunhão com a Igreja, com uma legislação copiosa que regulava as relações do Estado e da Igreja e os recursos à Coroa.

Era, pois, necessário que o Governo Provisório levasse em conta esta situação, evitando melindrar tanto o clero como a quase totalidade da população que era católica.

Rui Barbosa, perfeito conhecedor da situação, não obstante haver combatido na imprensa contra o clero, pôs mão à tarefa espinhosa que lhe foi confiada, cuidando principalmente de conciliar relações e interesses antagônicos. Entrou em contacto com D. Macedo Costa, seu antigo mestre e lúdimo representante da Igreja. Vários encontros se realizaram entre o Bispo do Pará e o Ministro do Governo Provisório.

Em 22 de dezembro de 1889, D. Macedo Costa, não podendo comparecer a uma reunião, enviou uma carta a Rui Barbosa, manifestando seu parecer sobre o decreto da separação. Nela desfez o boato de que ele estivesse a favor da separação da Igreja do Estado. (19)

D. Macedo pedira, na carta acima referida, liberdade para o Brasil, como nos Estados Unidos e não como na França de Gambetta e de Clemenceau. O mesmo Rui Barbosa repetirá muitas vezes: "O nosso tipo a imitar não é a França, mas os Estados Unidos." E o general Deodoro da Fonseca declarava: "Sou católico, não assinarei uma Constituição que ofenda a liberdade da Igreja. Dos bens das Ordens Religiosas, não permitirei que o Governo tome nem uma pedra."

Surgiu afinal o famoso decreto de separação da Igreja do Estado, Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. (20)

(19) "Não desejo a separação, não dou um passo, não faço um aceno para que se decreto no Brasil o divórcio entre o Estado e a Igreja... Tal decreto alterando profundamente a situação da Igreja poderia causar grande abalo no País. Talvez fosse de maior prudência, de melhor política e até mais curial reservar esse assunto para a próxima Assembléa Constituinte. Mas, se o Governo Provisório está decidido a promulgar o decreto, atenda-se o mais possível à situação da Igreja, adquirida entre nós, há cerca de três séculos. É evidente que, sob o pretexto de liberdade religiosa, não devemos ser esbulhados." Cfr. LUSTOSA, *o.c.*, pág. 571; BARBOSA, *o.c.*, pág. 289.

(20) *El-lo na sua íntegra:*

"O marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação decreta:

Art. 1.º — É proibida à autoridade federal, assim como à dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do País, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças ou opiniões filosóficas ou religiosas.

Art. 2.º — A todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariados nos atos particulares ou públicos que interessam o exercício deste Decreto.

Art. 3.º — A liberdade aqui instituída abrange não só os indivíduos nos atos individuais senão também as igrejas, associações e institutos em que se acharem agrupados; cabendo a todos o pleno direito de se constituírem e viverem coletivamente, segundo o seu credo e sua disciplina, sem intervenção do poder político.

Art. 4.º — Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas.

Art. 5.º — A todas as Igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade jurídica para adquirirem os bens e os administrarem sob os limites postos pelas leis concernentes à propriedade de mão morta, mantendo-se cada uma o domínio de seus haveres atuais bem como dos seus edifícios de culto.

Art. 6.º — O Governo Federal continua a prover à congrua sustentação dos atuais serventuários do culto católico e subvencionará por um ano as cadeiras dos Seminários, ficando livre a cada Estado o arbítrio de manter os futuros ministros deste ou de outro culto sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7.º — Revogam-se as disposições em contrário. Sala das Sessões do Governo Provisório, 7 de Janeiro de 1890." — Cfr. Decretos do Governo Provisório, pág. 10.

Não podemos negar que esse decreto foi o mais importante sancionado pelo Governo Provisório e encerra as mais delicadas questões da vida brasileira. É um documento sereno, discreto e preciso. Não contém excessos nem esconde ódios.

Quem teria sido realmente o seu autor?

Os positivistas, nos primeiros tempos da República, deram sua autoria ora a Benjamim Constant, ora a Demétrio Ribeiro; o que motivou uma confissão de Rui Barbosa. (21)

O espírito com que foi lavrado esse documento ressalta melhor, considerando a moção que Demétrio Ribeiro apresentou à Câmara, quando se comemorava o primeira aniversário do decreto, moção que foi aprovada por unanimidade. (22)

4) A atitude do Episcopado brasileiro perante a separação da Igreja do Estado

Em 19 de maio de 1890, o Episcopado dirigiu ao clero e aos fiéis da Igreja do Brasil o esperado documento. Lembramos de passagem o fato auspicioso de ser esta Carta Pastoral a primeira que os preladados do Brasil puderam enviar coletivamente aos seus diocesanos e o primeiro ato público do Episcopado, firmado nas garantias asseguradas pelo decreto de 7 de janeiro.

Não é uma simples pastoral coletiva. É um tratado onde se encontra sintetizada a doutrina da Igreja sobre a existência e união dos dois poderes.

Contudo, esse documento suscitou pareceres diversos.

A Igreja, que acabava de sair da escravidão que sessenta anos de Império lhe haviam brutalmente infligido, se levantou contra o regime criado pelo Decreto 119-A.

A pastoral pareceu a alguns autores contraditória, dúbia, cheia de restrições e desconfiança. Afirma e contesta. Aceita o princípio da separação para em seguida condená-lo. (23)

(21) "Na elaboração do decreto de 7 de janeiro, os que hoje lhe reclamam a honra da paternidade não tiveram senão a parte de perturbadores... O decreto de 7 de janeiro é *ipso vírgula* o meu projeto. E, circunstância significativa, para cúmulo de autenticação de sua origem, o texto do decreto, o seu autógrafo oficial, é lavrado, todo ele, do meu punho." — Discurso de 3 de maio de 1891. Cfr. BARBOSA, o.c., pág. 291.

(22) "Considerando, que a Política Republicana se baseia na mais completa liberdade espiritual; que os privilégios concedidos pelo governo civil aos adeptos de qualquer doutrina, além de iníquos por um lado, e humilhantes por outro, sempre têm servido para retardar o natural advento das idéias e opiniões legítimas, que precedem a regeneração dos costumes; que as crenças religiosas destinadas a prevalecer não carecem de apoio temporal como a história o demonstra; que em face da crise espiritual que caracteriza a fase atual da sociedade, é inútil e vexatória e atitude tutelar do poder público em relação às concepções teóricas, teológicas, metafísicas ou científicas... O Congresso Nacional, reunido em sessão no 1.º aniversário do decreto que instituiu a separação da Igreja e do Estado resolve fover aquele ato governamental, afirmando, destaarte, sua efetiva solidariedade com o princípio político de completa separação entre o espiritual e o temporal e as suas naturais consequências práticas." — DEMÉTRIO RIBEIRO, 7 de janeiro de 1891. Anais do Congresso. Cfr. DORNAS, o.c., pág. 284.

(23) "Não se sabe — escreve João Dornas Filho — se o episcopado, ao aceitar a aliança com o positivismo, não acredita na efetuação do postulado separatista; ou se aceitara movido apenas por espírito de cega vingança e depois se arrependera ao presenciar o inesperado. Parece incrível que a Igreja, acabando de sair rudemente golpeada e diminuída de um regime que só lhe proporcionara a escravidão e vexame, se batasse contra um dispositivo que lhe assegurava absoluta liberdade de movimento, origem fecunda e tranqüila da expansão que hoje admiramos". — Cfr. DORNAS, o.c., pág. 286.

O documento do Episcopado, após a descrição inicial sobre a queda do trono, lembra a natureza e a finalidade do Estado e da Igreja, a distinção dos dois poderes e proclama a independência da sociedade civil na órbita de suas atribuições temporais.

“Antes — afirma o documento — se a Igreja se mostra sempre zelosa de sua independência nas coisas espirituais, o Estado encontra nela o mais extremo propugnador de sua autoridade e de seus direitos nas coisas temporais. Todo poder vem de Deus e quem resiste ao poder, resiste às ordens de Deus: são as verdades ensinadas pela Igreja.

Mas — continua o documento — e a nosso ver é a parte central — independência não quer dizer separação.

É necessário que se compreenda perfeitamente esta verdade. A sociedade religiosa e a sociedade civil, sendo embora perfeitamente independentes e distintas entre si, têm, entretanto, um ponto de contato: é a identidade dos súditos que elas devem encaminhar para o fim próprio de cada uma. De onde se segue que estas duas sociedades não são nem devem ser antagônicas.” (24)

A Pastoral dos Bispos lembra a opressão exercida pelo Estado em nome de um pretense padroado que foi uma das principais causas do abatimento da Igreja e do seu atrofiamento quase completo.

Então, porque o documento não quer separação — perguntam os autores — uma vez que ele é rico de citações sobre a triste situação em que se encontrava a Igreja no regime de união que a abafava?

Dom Almeida Lustosa talvez responda a essa objeção, quando escreve que, na Pastoral Coletiva, D. Macedo lamenta profundamente que o decreto colocava a Igreja Católica no mesmo nível das seitas, das falsas religiões, concedendo a todos igual liberdade.

Já dissemos que liberdade religiosa não significa colocar todas as religiões no mesmo plano da verdade, como se as religiões fossem todas verdadeiras. Não significa conceder liberdade ao erro.

Liberdade religiosa significa liberdade para o indivíduo escolher em sua consciência a religião que julgar verdadeira.

Neste prisma é de se ver a relutância dos bispos em aceitar a separação da Igreja do Estado.

De fato, a Pastoral lembra os imensos serviços da Igreja, recorda sua ação na história do Brasil, seus filhos ilustres e exclama:

“Ver essa Igreja, que tem acompanhado toda a evolução da nossa história, que tem tomado sempre parte em todos os grandes acontecimentos nacionais, confundida de repente e posta na mesma linha com algumas seitas heterodoxas que a aluvião recente da imigração tem trazido às nossas plagas...” (25)

(24) *Ibidem*, o. c., pág. 288.

(25) LUSTOSA, o. c., pág. 572.

"Em nome da ordem social, em nome da paz pública — continua o documento —, em nome da concórdia dos cidadãos, em nome dos direitos da consciência, repelimos os católicos a separação da Igreja do Estado; exigimos a união entre os dois poderes... Mas notai bem: não podemos querer essa união de incorporação e de absorção como tem tentado realizá-la certo ferrenho regalismo monárquico ou republicano..."

"Se nele há cláusulas que podem facilmente abrir a porta a restrições odiosas dessa liberdade, cumpre reconhecer que, como está redigido, o decreto assegura à Igreja Católica do Brasil certa soma de liberdades como ela nunca logrou no tempo da monarquia..." (26)

Por estas palavras o Episcopado reconhece o valor do decreto.

5) A Liberdade Religiosa no Decreto 119-A

I — Os benefícios trazidos pelo decreto

Ressaltam à primeira vista os benefícios concedidos por este decreto, relacionados na própria Carta Pastoral dos Bispos brasileiros.

Lendo cada artigo do citado decreto, temos a impressão de ver cair uma das correntes que amarrava e escravizava a Igreja. Senão, vejamos.

O primeiro artigo estabelece que o governo federal não poderá expedir leis, regulamentos ou atos administrativos sobre a religião. De agora em diante, em virtude deste primeiro artigo, ficarão os pastores da Igreja Católica inteiramente livres daquele emaranhado de alvarás, leis, consultas, resoluções, avisos e regulamentos, em cujas malhas o ministério do Império trazia embaraçada a ação episcopal e paroquial na direção e governo das coisas espirituais.

"Não veremos mais ministros, que deviam ocupar-se só dos negócios civis, ordenando ridiculamente aos Bispos o cumprimento dos Cânones do Concílio de Trento no provimento das paróquias; proibindo-lhes a saída da diocese sem licença do governo sob a pena de ser declarada a Sé vacante e proceder o governo à nomeação de um sucessor; sujeitando à aprovação do governo os compêndios de teologia adotados nos seminários; revogando disposições dos estatutos de certos cabidos e ordenando-lhes exata observância do Sagrado Concílio Tridentino; declarando que, dado o caso da Sé vacante, a jurisdição episcopal passe toda ao Vigário Capitular; e concedendo por graça imperial ao cabido metropolitano o direito de nomear um depois de expirado o prazo do Concílio." (27)

O artigo segundo declara que a todas as confissões religiosas, à Católica também, pertence por igual a faculdade de exercerem o seu

(26) DORNAS, o.c., pág. 290.

(27) Pastoral Coletiva do Episcopado Brasileiro — Cfr. DORNAS, o.c., pág. 290.

culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos atos particulares ou públicos que interessem o exercício do presente decreto. Portanto, os católicos têm direito de não serem interrompidos nem perturbados por quem quer que seja, nas funções religiosas, quer estas se celebrem dentro dos templos, quer fora deles, conforme os preceitos da liturgia. Pode-se assim manter, como é desejado de todos, maior respeito nas Igrejas e cerimônias sagradas, fazendo cessar todos os abusos e profanações. (28)

O artigo terceiro assegura a liberdade religiosa não só aos indivíduos, como tais, mas às Igrejas em que se acharem agregados. "Se a liberdade dada aos católicos — continua o documento dos Bispos — fosse uma liberdade só pessoal, não a poderíamos aceitar. Com efeito, a Igreja, sociedade legitimamente constituída, tem direito estrito de exercer livremente a sua ação social."

O artigo quarto, o mais importante de todos, estabelece: fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas. O Governo provisório aboliu com toda a razão um pretense direito de que tanto garbo fazia o Imperador como prerrogativa inerente à Coroa; quando, na realidade, tal direito só podia ser obtido mediante a concordata com a Santa Sé. Somente a magnânime condescendência dos Sumos Pontífices, **pro bono pacis**, o tolerou...

Estabelecendo o artigo quinto a personalidade jurídica para todas as igrejas e confissões religiosas e mantendo cada uma o domínio de seus haveres atuais, consagra o decreto a plenitude de direito de propriedade para a Igreja Católica e seus Institutos. É lamentável — continua o documento dos Bispos — que tal direito, reconhecido e declarado em termos tão amplos e cabais, pareça sofrer logo restrição grave com a cláusula referente às leis de mão morta. (29)

O sexto e último artigo garante aos atuais serventuários do culto católico a sua cônica sustentação e promete subvencionar por um ano as cadeiras do Seminário. Foi, sem dúvida, na intenção do Governo, um meio de facilitar a transição do regime passado para o voluntariado atual. (30)

II — A separação da Igreja na doutrina do liberalismo

Após a enumeração dos benefícios, das liberdades concedidas pelo decreto de 7 de janeiro, vejamos agora o nexa que intercorre entre a separação absoluta da Igreja do Estado e a Liberdade Religiosa. O Liberalismo influenciou e sacudiu profundamente o homem na sua estrutura religiosa e também nas relações Estado-Igreja, onde deixou conseqüências radicais. O Humanismo, fruto de um processo ascendente do progresso surgido com o Renascimento, teve duas expressões diametralmente opostas, conforme o tipo de Renascimento que abraçou: o teocêntrico e

(28) Abusos e profanações são, entre eles, a realização de eleições dentro dos templos, não raro maculadas por desordens e encontros sangrentos. Vide lei de 1.º de outubro de 1828, arts. 4.º e 5.º

(29) A Constituição Republicana extinguiu o princípio da mão morta. Cfr. art. 72, § 3.º

(30) A Constituição Republicana proibiu a subvenção a qualquer culto indistintamente. Cfr. art. 72, § 7.º

o antropocêntrico. Contudo, o Liberalismo, por ser aglomerado de muitos fatores filosóficos, culturais e sociais, não aparece historicamente como uma frente única e compacta, nem oferece um pensamento doutrinário claro e preciso. O Liberalismo, em geral, mantém-se indiferente a uma regra objetiva de verdade ou de moralidade.

Procura a liberdade pela liberdade: ela é finalidade em si e não um meio para um fim. Deste modo, para fins de nosso trabalho, podemos defini-lo como um sistema intelectual, político, econômico e religioso que sustenta a completa independência da liberdade humana e nega toda regra objetiva extrínseca e toda autoridade superior ao homem, quer na ordem filosófica, política, econômica ou religiosa. (31)

O Liberalismo manifestou-se no campo filosófico, sócio-econômico e também no campo religioso. Axioma fundamental do Liberalismo religioso é afirmar a razão individual como único fundamento da verdade e negar a existência de uma religião objetiva, transcendente ou de uma Revelação. A Religião não seria verdadeira ou falsa; ela seria verdadeira ou falsa "para mim".

Portanto, deve-se viver como se Deus só existisse na medida em que a própria consciência diz a cada um que existe. Pela mesma razão que, no terreno social, desconhece o Liberalismo toda responsabilidade comunitária, ignora o mesmo, também no plano religioso, toda possível solidariedade jurídica e mística, isto é, eclesiástica.

Junto do individualismo social surge, deste modo, o individualismo religioso que, no plano pessoal, apresenta a face da "liberdade de consciência" e, no plano social, a doutrina da separação absoluta entre a Igreja e o Estado.

A liberdade de consciência, tal como a entende o Liberalismo, parte de um conceito subjetivo de verdade, "a minha verdade", para depois dar-lhe um valor objetivo "a verdade" e terminar acreditando que "a minha verdade é a verdade".

Em outras palavras, realiza-se a verdade afirmando que existem tantas verdades quantas são as consciências individuais.

Outra consequência radical do Liberalismo religioso é a separação absoluta da Igreja e do Estado. Ao suprimir no plano individual a idéia objetiva de Deus, nega-se ao mesmo tempo toda ordem objetiva, social ou jurídica, querida por Deus.

Fazendo a Deus "à imagem e semelhança" de cada homem, cria-se também o Reino de Deus no mundo, ao sabor dos próprios gostos. Desvirtua-se o valor social da Igreja. A Religião converte-se num assunto privado: é uma comunicação direta e individual com Deus, alheia a toda manifestação social. A Religião tem um caráter introspectivo, carente de direitos na vida pública.

(31) CIFUENTES, o. c., pág. 60.

Será lógico, portanto, defender a separação completa da convicção privada do pensamento político-social; da religião, do direito; da Igreja, do Estado.

O princípio prático do Liberalismo, neste ponto, exige do cidadão o esquecimento de sua condição cristã na Assembléia ou no Parlamento, para recuperá-la, como quem brinca de troca de máscaras, quando estiver no recinto do templo.

Diferentes sistemas sociais e políticos propugnam essa concepção liberal do Estado e da Religião: o Liberalismo radical, o moderado e o Catolicismo Liberal, mas todos eles coincidem, no pensamento ou na prática, na tese que reclama uma separação completa da Igreja e do Estado; uma Igreja sem repercussão na vida pública e um Estado laicista ou ateu. ⁽³²⁾

Portanto, o Estado "laicista" sustenta uma posição de completo indiferentismo a respeito da Religião, ignorando as exigências da dimensão social e sobrenatural do homem. A pessoa humana só interessa ao Estado enquanto é cidadão temporal e não enquanto é cidadão e fiel ao mesmo tempo.

As crenças religiosas supõem apenas convicções particulares sem relevância na vida pública.

Pela mesma razão, a Igreja deve ser considerada mera associação sem direitos especiais, com a qual o Estado deverá manter uma completa independência e uma absoluta separação, já que ambas as esferas têm finalidades diferentes.

Ora, a liberdade religiosa não pode ser entendida como liberdade de consciência e separação da Igreja no sentido que o Liberalismo lhes empresta. Acabamos de ver como o Liberalismo, pelo conceito relativista de liberdade, pela confusão de liberdade psicológica com a liberdade moral, pela negação de uma liberdade objetiva, tudo relativiza. O indivíduo é a norma ou a medida das coisas.

Ora, a liberdade de consciência ou de consciências não significa que todas as confissões estejam ao mesmo tempo na verdade: isto seria contra o princípio de não-contradição, nem significa tampouco que as diferentes confissões representem apenas prismas, pontos de vista, todos igualmente válidos (relativismo liberal); ou que é impossível chegar a uma certeza em matéria religiosa (ceticismo liberal) ou por último, que o homem não deve preocupar-se com a procura da verdade objetiva de Deus (indiferentismo liberal). Pelo contrário, liberdade de consciência significa que, aos indivíduos de várias confissões religiosas, se lhes outorga o mesmo direito à liberdade de pensar e agir conforme a própria convicção religiosa. Dispensa todo juízo sobre a sua veracidade, simplesmente porque está fundamentada na boa fé ou numa consciência retamente ilustrada.

(32) PIMENTEL MESQUITA, *O Liberalismo Ontem e Hoje*, Rio, 1957, pág. 138/141. Cfr. OTTAVIANI, *o. c.*, pág. 79.

III — A separação da Igreja do Estado e a liberdade religiosa

A declaração conciliar do Vaticano Segundo sobre a liberdade religiosa leva para frente a questão, numa investigação cada vez mais profunda. Depois de ter afirmado, em sua introdução, que os seres humanos têm o dever de procurar a verdade em relação a Deus e à sua Igreja e que existe uma única verdadeira Religião na Igreja Católica, o documento assim focaliza e analisa o conceito de liberdade religiosa.

O dever de procurar a verdade é uma obrigação de consciência que nasce na natureza humana: nisto consiste a dignidade do homem. A verdade se impõe ao indivíduo em si mesma, por si, não por uma força exterior. Ninguém é obrigado exteriormente à verdade, mas apenas interiormente, pela força intrínseca da verdade; o indivíduo é levado pela luz da verdade.

Feito este preâmbulo, o Concílio entende a liberdade religiosa como um direito da pessoa, não como uma relação dos seres humanos para com a verdade. Se a liberdade religiosa é um direito, ela encerra uma relação jurídica, pertence à natureza do direito, isto é, diz respeito às relações intersubjetivas, entre pessoas e pessoas, sejam elas físicas ou morais. Não há relações jurídicas entre pessoas e objetos, mas tão somente entre pessoas. O patrimônio doutrinal dos deveres do indivíduo e da sociedade para com a religião e a Igreja de Cristo continua como antes intacto. Há, portanto, nesta declaração conciliar, um progresso na doutrina católica que colocava a liberdade de consciência na boa fé de quem acredita, sem analisar a verdade ou o erro de quem acredita.

Ora, o direito da liberdade religiosa não diz respeito à verdade; seu conteúdo é a imunidade de qualquer coação.

É um direito que tem conteúdo negativo, ou seja, uma abstenção em dois sentidos: 1) abstenção absoluta: ninguém pode ser obrigado...; 2) abstenção condicionada: ninguém pode ser impedido de manifestar sua crença religiosa salvo as exigências do bem comum. ⁽³³⁾

O conteúdo, pois, da liberdade religiosa não é a verdade religiosa, é a imunidade de qualquer coação externa, enquanto o fundamento da liberdade religiosa é a dignidade humana, ou seja, o homem é responsável por seu destino.

Outro corolário do liberalismo religioso era, como vimos, o indiferentismo, o laicismo nas relações Estado-Igreja; a exigência de uma separação absoluta da Igreja e do Estado.

Neste setor, a doutrina evoluiu. Não se pode aceitar uma concepção laicista ou indiferente, neutral do Estado, pois seria cindir a unidade substancial do homem, seria cindir a unidade entre a vida privada do indivíduo e sua atuação pública.

(33) "Dignitate Humanae", n.º 2. Cfr. PIETRO PAVAN, *La Libertà Religiosa*, Brescia, 1967, pág. 127.

Em primeiro lugar, porque o indivíduo só pode realizar-se plenamente quando vive em sociedade; em segundo lugar, porque a sociedade está integrada por indivíduos. (34)

O documento **Gaudium et Spes** assim se exprime: "A comunidade política e a Igreja são independentes entre si e autônomas. Ambas, porém, embora por títulos diferentes, estão ao serviço da vocação pessoal e social dos mesmos homens. Estes serviços, tanto mais eficazmente executarão sua missão para o bem de todos, quanto melhor cultivarem entre si a sã cooperação, consideradas também as circunstâncias dos tempos e dos lugares." (35)

A declaração conciliar **Dignitatis Humanae** afirma que cabe a todos os cidadãos, grupos sociais, autoridades civis, Igreja e comunidades religiosas o exercício efetivo do direito à liberdade religiosa: cada qual levando em conta seu dever específico para com o bem comum. (36)

Por isso, a tarefa principal do Estado consiste em reconhecer, respeitar, harmonizar, defender e promover os direitos da pessoa humana e, dentre eles, o direito à liberdade religiosa.

Pretender dirigir ou impedir os atos religiosos é sair da esfera de própria competência. Os poderes públicos não podem determinar, prescrever, legislar o conteúdo da crença religiosa dos cidadãos; não podem porém furtar-se a garantir-lhes os meios para exercer seus direitos e cumprir seus deveres no campo religioso. Na época moderna, nasceu o "Estado de direito", ou seja, a doutrina segundo a qual quem exerce o poder não o exerce por um mandato de Deus, mas a mandato do povo, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Esse Estado de direito não tem competência para emitir juízos sobre valores e realidades espirituais: foge ao seu alcance. A opinião da maioria no Parlamento ou na Assembléia não tem nenhum valor teorético sobre o mérito de questões de natureza artística, cultural, religiosa e espiritual. Uma fé, uma crença interna, nunca poderá ser juridicamente qualificada como delictiva, por absurda que possa parecer à maioria da sociedade, porque o direito sempre regulamenta as ações externas e nunca os pensamentos ou sentimentos de foro íntimo. O Estado de direito democrático-social não se confunde com o Estado laicista.

O Estado laicista é contra a Religião, é antidemocrático, antijurídico: o Estado leigo reconhece a responsabilidade que tem para com os valores religiosos e para com os outros valores espirituais, artísticos, culturais etc.

Em outros termos, afirma-se que o direito à liberdade religiosa é um direito da pessoa inerente à pessoa, portanto direito natural e não direito civil positivo concedido pelo Estado. (37) O Estado de direito nasce jus-

(34) Escreve Lacerda de Almeida: "Não é o homem entidade de natureza tal que se possa, fora do terreno da abstração, dividi-lo em dois seres distintos, quicá opostos: o cidadão na República e o fiel na Igreja, o homem da vida pública e o homem da família e das relações de vida privada, podendo, nesta antítese, desembaraçar-se, na vida pública, dos escrúpulos que tem ou possa ter na vida privada. Esta bipartição só é boa e verdadeira para os hipócritas e mal intencionados". Cfr. LACERDA DE ALMEIDA, *A Igreja e o Estado. Suas Relações no Direito Brasileiro*, Rio, 1924, pág. 29.

(35) "Gaudium et Spes", n.º 96.

(36) "Dignitatis Humanae", n.º 8a.

(37) PAVAN, *La Libertà Religiosa, o. o.*, pág. 131.

tamente desta consciência de que todo poder emana do povo e em nome do povo é exercido, dentro dos limites da Constituição e não da arbitrariedade.

6) Conseqüências filosóficas

Vimos, pela descrição de D. Macedo Costa, em sua Representação à Assembléia-Geral e pela Pastoral Coletiva dos Bispos, a situação religiosa do Brasil em véspera da proclamação da República e nos dias que precederam o decreto da separação da Igreja do Estado.

Uma Igreja desfigurada, por um lado, e um materialismo e um ateísmo militante doutro, alastrando-se pelo Brasil afora.

O Decreto 119-A, embora discreto e sereno, nasceu num ambiente totalmente laicista hostil à Igreja.

Esse laicismo evidenciou-se na Assembléia Constituinte, quando se tratou de aprovar a 1ª Constituição Republicana. Nos debates da Câmara, pulularam todas as reivindicações laicistas que tivemos oportunidades de apresentar na exposição sistemática do Liberalismo. Por isso, as conseqüências benéficas da separação da Igreja do Estado baseiam-se principalmente na liberdade de atuação, conseguida pela autoridade eclesiástica e não nos princípios do Liberalismo laicista, que, no Brasil, como em toda parte, estiveram impregnados de ateísmo. (38)

Justifica-se, pois, o receio dos bispos brasileiros em não aceitar a realidade da separação da Igreja do Estado devido ao espírito laicista dos membros do Governo Provisório. Receavam os bispos se realizassem no Brasil as carnificinas verificadas na França. (39)

Rejeitavam, pois, os bispos a separação absoluta da Igreja do Estado e proclamavam: independência sim, separação não.

Independência não quer dizer separação: distintos e independentes entre si, os dois poderes, civil e eclesiástico, têm um ponto de contacto e de encontro: a identidade do súdito. O poder civil é um instrumento da sociedade para conseguir o bem comum das pessoas que a constituem. Mas estas reclamam sejam consideradas como seres tendentes a um Fim último, como seres religiosos.

Conseqüentemente, o Estado deve preocupar-se em cooperar na satisfação das necessidades religiosas da Nação, embora mantendo-se dentro dos limites de sua competência temporal.

Da distinção dos dois poderes, deduzimos que o Estado é laico, não é uma realidade sagrada, religiosa, ou clerical; ele não constitui o estrato inferior de uma grande pirâmide religiosa e temporal que tem como vértice os valores espirituais e o poder eclesiástico. O Estado é laico porque pertence a uma ordem autônoma diferente da religiosa com base e vértice diversos.

(38) CIFUENTES, o. c., pág. 183.

(39) DORNAS, o. c., pág. 295.

Contudo, o Estado tem uma relativa significação religiosa ⁽⁴⁰⁾, no sentido que deve ajudar os cidadãos a atingirem seu último fim. O bem que pretende o Estado, embora seja diferente e autônomo do bem comum sobrenatural que procura a Igreja, desnaturaliza-se quando considerado em si mesmo; pela sua própria natureza, leva a secundar os fins superiores da pessoa humana. A vocação do ser humano para bens superiores a ele está dentro da própria essência do bem comum. ⁽⁴¹⁾

O Estado, pois, dentro da área de sua competência, deve contribuir duma maneira positiva para que a pessoa consiga a sua realização integral e, conseqüentemente, a sua perfeição religiosa.

Tal ajuda, porém, não deve ser diretamente religiosa, mas indireta, no sentido de outorgar facilidades sociais externas para o desenvolvimento dos valores religiosos. O Estado não tem como função específica, por exemplo, a de impor oficialmente ensino religioso, mas sim a de facilitar os meios materiais para que os centros de ensino possam ministrar uma educação religiosa em conformidade com os desejos dos cidadãos. Nesta idéia baseia-se o princípio de cooperação.

Finalmente, os bispos reclamam o devido reconhecimento civil da Religião Católica, a religião da quase totalidade dos brasileiros. A Pastoral Coletiva dos Bispos lamenta profundamente o decreto que põe a Igreja Católica no mesmo nível das seitas e das falsas religiões... ⁽⁴²⁾

O que significa reconhecimento civil?

Existiam e existem ainda hoje Estados denominados confessionais que reconhecem como oficial uma determinada religião.

Assim, por exemplo, a Inglaterra reconhece, como religião oficial, o Anglicanismo; a Espanha o Catolicismo; a Islândia a Igreja Luterana; a Jordânia a religião Islâmica; a Tailândia o Budismo etc.

O próprio Brasil reconhecia, durante o Império, como religião oficial, o Catolicismo.

O Estado Confessional antes do Concílio Vaticano II era considerado, por uma parte do pensamento católico, fundamentado em diferentes encíclicas papais como situação ideal, como "tese" que, em princípio, deveria ser mantida em face da separação jurídica entre a Igreja e o Estado. Hoje, tal posição é apenas tolerada como simples "hipótese".

A doutrina da confessionalidade do Estado está submetida a uma séria revisão. No próprio texto do Concílio Vaticano II observamos profundas modificações. ⁽⁴³⁾

A expressão "Estado Confessional" não é rigorosamente exata. Falando com propriedade, não se pode afirmar que o Estado é suscetível

(40) GAMBRA R., *La Filosofía Religiosa del Estado y del Derecho*, na *Revista de Filosofía*, Madrid, agosto, 1948, pág. 438.

(41) MARITAIN J., *La Persona y el Bien Común*, Buenos Aires, 1948, págs. 68/70.

(42) LUSTOSA, o.c., pág. 372.

(43) "Dignitate Humanae", n.º 8c.

de confessar uma fé, porque esta é uma operação própria dos indivíduos singulares e não de uma instituição ou pessoa jurídica.

O Estado, como entidade desprovida de consciência individual, num sentido estrito, não é capaz de realizar uma opção que possa ser denominada confissão de fé.

Só se poderia falar em Estado budista, cristão ou moometano, numa linguagem puramente analógica.

Por outro lado, afirmamos já várias vezes que ao Estado não compete emitir um juízo de valor acerca da verdade ou falsidade do credo religioso. Esta incompetência impede, por sua vez, que esteja capacitado para optar oficialmente por uma ou outra religião, em atenção a um critério de veracidade que é propriamente o critério da fé. Com efeito, a fé religiosa confessa alguma doutrina precisamente porque julga ser verdadeira e não por outras razões.

Eis porque, se o Estado não tem atribuições para dizer se uma religião é verdadeira ou falsa, não as tem também para confessar uma fé.

Existe, porém, a possibilidade para o Estado de reconhecer especialmente uma determinada comunidade religiosa? Este tratamento singular viria supor um privilégio ou uma singularidade discriminatória, alheia aos princípios da liberdade religiosa?

No seio da Subcomissão para a prevenção das discriminações e a proteção das minorias (anexa à Comissão dos Direitos Humanos da ONU), discutiu-se amplamente este problema.

Ao elaborar o anteprojeto da Convenção para suprimir todas as formas de intolerância religiosa, discutiram se podia ser considerada discriminação o fato de um Estado professar oficialmente uma determinada religião ou lhe conceder caráter oficial.

A resposta da maioria foi negativa. Neste sentido se exprime o parágrafo d do artigo 1º do citado projeto: "não se considerará por si mesmo como intolerância religiosa, nem discriminação por motivo de religião ou de crença a adoção de uma religião, nem o reconhecimento de uma religião ou crença por um Estado." (44)

O Concílio Vaticano II, mais rigoroso na terminologia, não fala de "adoção de uma crença", mas apenas de um reconhecimento civil de caráter especial. (45)

É preciso notar que isso vale para todos os casos, de tal maneira que a Igreja Católica consente que lhe seja outorgado um tratamento especial nos países em que os católicos constituem a maioria da população, mas consente também a mesma situação especial para as outras religiões minoritárias.

(44) Cfr. CIFUENTES, o. c., pág. 168.

(45) "Se, em atenção às circunstâncias peculiares dos povos, for conferido a uma única comunidade religiosa o especial reconhecimento civil na organização jurídica do Estado, será necessário que, ao mesmo tempo, se reconheça e se observe, em favor de todos os cidadãos e das comunidades religiosas, o direito à liberdade religiosa em matéria religiosa." *Dignitatis Humanae*, n.º 8.

O que vem a ser o especial reconhecimento civil?

Não é o reconhecimento da verdade de uma determinada religião, pois não compete ao Estado dar um veredicto dogmático sobre a verdade da doutrina religiosa.

O critério que deve seguir o Estado no reconhecimento civil de uma religião é um critério sociológico, isto é, temporal, porque o Estado, numa rigorosa conceituação, só tem competência a respeito do bem comum social ou temporal.

O tratamento jurídico da religião não se baseará, portanto, na sua valldade intrínseca mas no seu peso sociológico, isto é, na medida em que esta constitui um elemento temporal integrador do bem comum da Nação. (46)

Há fatos religiosos enraizados de tal maneira na vida de um povo — é o caso do Brasil — que realmente constituem fatos sociais de importância relevante.

Tal acontece quando uma religião chegou a configurar de um determinado modo instituições como a família, o matrimônio e a escola, até o ponto que o sentir geral considere essas formas institucionais como autenticamente próprias, peculiares do país; ou quando os princípios dessa religião compenetraram-se na mentalidade do povo até conseguir o assenso moralmente unânime.

A consideração especial desse fato sócio-religioso pode representar para o Estado não apenas uma possibilidade mas até uma verdadeira obrigação, não em razão da veracidade da confissão, mas por causa do bem comum temporal dos cidadãos.

Neste caso, conferir a uma determinada comunidade religiosa um especial tratamento civil, salvaguardando os direitos inalienáveis das outras comunidades, pode ser uma exigência da solidariedade do Estado com os seus cidadãos, segundo uma estrutura genuinamente democrática.

O sentir majoritário tem seu lugar na democracia como também o tem a minoria e a exceção. (47)

Em nenhum caso, este reconhecimento especial pode supor a imposição à minoria do credo da maioria. Quando se trata de lei ordinária sobre matéria civil, o diploma emanado do Legislativo, representando embora a expressão da maioria, impõe-se a todos os cidadãos e portanto às minorias.

O mesmo não acontece quando se trata de matéria religiosa; qualquer forma, que porventura venha a assumir o trato preferencial à religião da maioria, nunca poderá representar uma imposição religiosa à minoria. De

(46) THILS G., *Teorías preconciliares sobre la libertad religiosa*, em *Atlántica* (novembro-dezembro), 1966, Madrid, pág. 665.

(47) EMILIO FOGLIASSO, *El Nuevo Concordato Español y el Derecho Público Eclesiástico*, "Revista Española de Derecho Canónico" (janeiro-abril/1954), Madrid, págs. 52 e 55.

fato, sendo o direito à liberdade religiosa um direito absoluto ligado à dignidade da pessoa humana, tal fato iria frontalmente contra os princípios fundamentais do Estado.

O tratamento especial não é de ordem religiosa, mas de ordem jurídico-social: o Concílio fala em reconhecimento civil especial.

É especial, não em razão do credo religioso em si, mas do peso sociológico de que está dotado. A ajuda econômica que o Estado venha outorgar ao ensino religioso do credo majoritário, não deve acarretar um tratamento discriminatório da minoria, nem a impossibilidade de obter a minoria, para idênticos fins, uma ajuda proporcional do Estado.

Em decorrência de todos estes motivos, julgamos que se pode admitir uma situação de especial reconhecimento jurídico conferido a uma comunidade religiosa sem prejuízo algum para o princípio da liberdade. (48)

O que não se deu no Brasil com o Decreto 119-A.

Desta forma, responde-se à objeção dos vários autores que consideraram contraditória a Carta Pastoral dos Bispos em não aceitar, em não conformar-se com o decreto da separação da Igreja do Estado.

Este decreto não correspondeu à realidade sócio-religiosa do Brasil daquela época.

A verdade desta tese será evidenciada pela história, mestra da vida, quando, nas várias Constituições brasileiras que se sucederam ao decreto, notar-se-á uma progressiva e marcante aproximação do Estado à Igreja. Chegou-se, não a um reconhecimento civil especial explícito em sua Constituição, mas implícito no seu modo de agir e de inspirar suas leis ordinárias e seu ordenamento civil.

Neste sentido, deve entender-se o protesto do Episcopado Brasileiro de 19 de março de 1890: independência sim, separação não.

Os bispos não querem uma separação absoluta da Igreja do Estado, mas uma separação relativa que abranja os princípios da autonomia, da colaboração e do reconhecimento civil especial.

Como foi realizado esse reconhecimento civil? Este será o objeto de nossos estudos nos próximos capítulos.

CAPITULO SEGUNDO

ANÁLISE FILOSÓFICO-JURIDICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1891

Promulgada a 24 de fevereiro por uma Assembléia Constituinte convocada pelo Governo Provisório, instituído após a proclamação da República, a primeira Constituição Republicana foi elaborada com base em projeto governamental, no qual Rui Barbosa se destacou como dos principais, senão o principal e o mais perfeito artífice.

(48) THILS G., art. cit., pág. 667.

A Constituinte de 1890 a 1891 foi eminentemente política, apesar de ter sofrido o século dezanove, já em seus fins, o embate da doutrina de Marx com influência preponderante do socialismo na política e na industrialização do mundo já ter começado e, com ele, o movimento trabalhista.

A Constituição Norte-Americana de 1787 foi um modelo em que buscaram luzes, de preferência, os Constituintes de 1891. Captaram, também, nas Constituições da Argentina e da Suíça alguns elementos para o seu notável trabalho. (1)

Analisaremos, nesse capítulo, os artigos da Constituição referentes à liberdade religiosa para depois, à luz da filosofia perene, verificar o progresso da Constituição Republicana no caminho da liberdade religiosa.

1) O exercício livre e público do culto

Estabelece a Constituição, no artigo 72, § 3º: "Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto." A fé e piedade religiosa, apanágio da consciência individual, escapam inteiramente à ingerência do Estado.

Em nome de princípio algum, pode a autoridade pública impor ou proibir crenças e práticas relativas a este objeto; seria violentar a liberdade espiritual.

Pertence ao Estado protegê-la como às demais liberdades. Nenhuma lei poderá, jamais, invadir o domínio do pensamento; este libra-se acima de todos os obstáculos com que se pretenda tolhê-lo.

Todavia, as religiões não são realidades meramente especulativas. Se o fulcro e o fundamento são o recinto íntimo da consciência, existem também preceitos a cumprir, práticas externas a observar, não menos dignas de respeito do que a crença de que são resultado ou a que andam anexos. E, se ao Estado não compete fazer-se Pontífice ou sacerdote, nem tampouco dominar a religião e constituí-la instrumento do governo, assim não lhe cabe tornar-se mestre ou diretor de instrução e fazedor de programas de ensino, nem arvorar-se em empreiteiro e administrador de obras.

É fora de dúvida, todavia, que na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, o poder público deve assegurar aos membros da comunhão política que ele preside a livre prática do culto de cada um e impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas. (2)

A Constituição de 1891 não distingue e não fala em liberdade de consciência, mas só em liberdade de culto.

Entre a liberdade de consciência e a de culto existem diferenças com as respectivas conseqüências práticas.

(1) SARASATE, o.c., Rio, 1967, pág. 14.

(2) BARBALHO, o.c., pág. 306.

Compreendem-se na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso.

A Constituição de 1891 não fala também em liberdade de crença que, por sua vez, não se confunde com a liberdade de consciência.

O descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito. Existe, pois, a liberdade de pensamento que nem sempre é tangencial com a consciência.

A liberdade de crença compreende a liberdade de ter uma crença e a de não ter crença. Os Inícios da liberdade religiosa foram simples armistícios ou tratados de paz entre duas religiões interessadas em cessar por algum tempo a luta. Depois, admitiram-se mais uma ou duas ou as mais conhecidas. Não só: onde uma preponderava não abria mão do seu prestígio; tolerava as outras. Era a chamada religião "dominante". Em vez de se falar de liberdade religiosa, falava-se de tolerância religiosa, espírito de tolerância.

Tomás Paine se expressou claramente numa maneira muito feliz quando, em 1789, escreveu no seu estudo sobre os Direitos do Homem: "A tolerância não é o oposto da intolerância mas a sua falsificação. Ambas são despotismo. Uma se atribui a si mesma o direito de impedir a liberdade de consciência e outra o de autorizá-la." (3) A tolerância é o resqúcio de pensamento despótico.

No estado atual, a liberdade de religião está esvaziada de qualquer elemento de desigualdade ou de despotismo (preponderância): é direito fundamental que independe de qualquer escaionamento, em virtude de maior ou menor número de adeptos ou de outro fator diferente. A liberdade de consciência, como fato puramente psicológico e individual, escapa à ação do legislador; a liberdade de culto, como fato exterior, como manifestação social, pode cair sob o domínio da autoridade e ser por ela limitado, do mesmo modo que a manifestação dos outros direitos que, em sua atuação, se encontram com os direitos dos outros associados e com os do Estado.

Não é por ódio à religião — escreve José Soriano de Souza —, mas por amor à liberdade de religião e respeito à consciência do cidadão, que o legislador constituinte, abolindo a religião do Estado, proclamou a Igreja livre paralela ao Estado livre.

Não é por homenagem ao cepticismo religioso, para o qual não há certeza religiosa, que a Constituição quer que todas as religiões se manifestem em seus cultos.

É em nome do direito natural do homem o não ser incomodado por seus pensamentos e convicções; é em nome da liberdade que se repele a intervenção do Estado nos domínios da fé religiosa. (4) A Constituição não quer que, por motivo de crença, algum cidadão brasileiro seja priva-

(3) Cfr. PONTES DE MIRANDA, *o.c.*, vol. V, pág. 113.

(4) JOSÉ SORIANO DE SOUZA, *Princípios gerais de Direito Público e Constitucional*, Recife, 1893, pág. 420.

do de seus direitos civis e políticos. É uma consequência lógica e legítima da igualdade civil que é o fundamento da sociedade moderna.

O Estado não é uma sociedade religiosa, mas política. Deve, portanto, admitir a todos a participação do bem social, do mesmo modo que exige de todos igual obediência, iguais sacrifícios para ordem e conservação da sociedade.

Salvo as incapacidades naturais resultantes da diversidade também natural das condições, é justo que todos gozem do exercício dos direitos civis e políticos. A crença religiosa não é uma incapacidade natural. Passou o tempo da incapacidade civil por motivo de crença. (5)

2) Os limites da liberdade de culto

A liberdade de consciência, desde que se revela em práticas exteriores que podem interessar à ordem legal, tem, como as outras liberdades, limitações impostas por amor da co-existência social.

Pode alguém, em seu foro íntimo, achar lícito a poligamia, o casamento incestuoso. Uma seita religiosa pode professar a legitimidade dos sacrifícios humanos. O Estado, porém, não tolerará que isso se realize. A chamada liberdade espiritual não lhe tolhe a ação. E se, em nome de altos interesses sociais, ele pode até proibir certas práticas religiosas, nenhuma autoridade lhe falta.

Assim, muito embora a Constituição não acrescente ao livre exercício dos cultos a condição de certos limites, todavia, outro não pode ter sido o pensamento do legislador. Subentende-se, portanto, que a liberdade garantida pela lei é aquela que não prejudica e não se opõe à moral ou aos bons costumes reconhecidos e aceitos pelos povos civilizados. (6)

A cláusula final do art. 72, § 5º, não é restrita ao que concerne a cemitérios de que trata, mas, por sua natureza e alcance, estende-se a quaisquer manifestações da liberdade religiosa, a qual não vive fora das leis, mas **sub lege**, como todas as outras.

A palavra "livremente", empregada no parágrafo terceiro do artigo 72, não pode ter a significação correspondente à liberdade absoluta.

Seria preciso supor que a Constituição consagrasse uma novidade ou antes uma verdadeira aberração dos princípios do direito público.

A concepção do Estado não se pode absolutamente separar das relações de domínio deste sobre todos os membros do corpo social; é de sua própria essência dominar sobre todas as forças individuais e todos os interesses privados no interesse geral.

A intervenção do Estado, quanto ao culto externo, é legítima e de indiscutível direito, desde que lhe assiste o supremo encargo de defender a sociedade. (7)

(5) SORIANO, o.c., pág. 421.

(6) ROBERTO MAGALHÃES DE BARCELOS, *A Constituição Federal de 1967 Comentada*, Rio, 1967, pág. 414.

(7) BARBALHO, o.c., pág. 418.

No Brasil, a intervenção do Estado, através de seus poderes de polícia, quase não se faz sentir sobre o exercício dos cultos. É ótimo que assim seja e continue a ser, pois isto significa, não tolerância, mas progresso dos costumes; significa que as simples normas da boa educação bastam para regular a convivência entre os adeptos dos diferentes cultos. (8)

Mas, em outros países, não tem sido assim. A necessidade aconselhou medidas que foram adotadas sem inconstitucionalidade. (9)

3) A escusa de consciência

"Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico." (10) "Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus, que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou título nobiliárquicos estrangeiros, perderão todos os direitos políticos." (11)

Trata-se de um direito novo da República. Em parte apenas, a Constituição Imperial de 1824 se referia à escusa de consciência, quando em seu artigo 179, parágrafo 5º, dizia: "Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública." Desde que a liberdade de consciência é um direito reconhecido e proclamado pela Constituição Federal, desde que não se pode pôr entraves ao exercício de culto algum, seria ilógico a Constituição se permitisse que, a pretexto de crença ou funções religiosas, o cidadão pudesse perder suas prerrogativas políticas ou civis.

Mas, essa liberdade não deve ser um anteparo de abusos, nem pode ir ao ponto de justificar a falta de civismo ou a infidelidade a sacratíssimos deveres que todo cidadão contrai para com a pátria. (12)

O § 29 acima citado constitui uma garantia do direito inerente à liberdade de consciência e crença, relacionado com o direito de liberdade de culto, proclamado pelo § 3º do mesmo artigo. Mas a liberdade de consciência e crença não pode ser um direito absoluto, por isso o § 29 aponta as exceções, os limites previstos pela Constituição. A doutrina

(8) ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição anotada*, Rio, 1957, Vol. III, pág. 93.

(9) Nos Estados Unidos, a respectiva Corte Suprema considerou em certo caso válida uma ordenança municipal contra os bufarinheiros que se encarregavam de vender, nas ruas, publicações de certa seita, por não se tratar de ato religioso, mas sim de índole comercial, embora o lucro revertesse a ela. Na França, circunstâncias impuseram restrições mais sérias aos exercícios dos cultos, como a proibição de badalar sinos e até de procissões na via pública; ainda em 1909, no caso Abbé Olyvier, o Conselho do Estado Francês mantinha uma interdição dessa ordem. Semelhantes restrições, a não ser por motivo grave transitório, são evidentemente lamentáveis, tão censuráveis quanto o fanatismo religioso. Mas outras restrições são geralmente aplaudidas, como a de que motivos religiosos não bastam para autorizar a poligamia; essa, aliás, a atitude que a jurisprudência norte-americana tomou frente à prática dos componentes da seita dos Mormões. Sujetas à controvérsia, as práticas de culto das chamadas Testemunhas de Jeová, no Brasil, poderão pretender simpatias, mas na América do Norte se mostram assez agressivas para com os católicos. É uma seita com tendências manifestas ao fanatismo, intolerante, que se supõe eleita, irracional, e declaradamente em antagonismo com os valores mais altos do próprio Estado; FALCÃO, *o.c.*, pág. 95.

(10) Art. 72, § 28.

(11) Art. 72, § 29.

(12) FALCÃO, *o.c.*, pág. 97.

da escusa de consciência, nesta Constituição, encontra-se apenas em embrião.

4) Igreja livre em Estado livre

“Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o governo da União ou os dos Estados.” (13)

“É vedado aos Estados, como à União. . .

Estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.” (14)

Todos os autores estão concordes em ver no art. 72 a declaração da independência da Igreja. José Soriano de Sousa fala de Igreja livre paralela a Estado livre. (15)

A Igreja é livre em Estado livre — escreve Almáchio Diniz. (16)

A República preferiu adotar o princípio da Igreja livre em Estado livre — repete A. de Sampaio Dória. (17)

Uma vez estatuída a secularização do Estado como um dos princípios capitais da organização política arquitetada pela Constituição, nenhum culto ou igreja poderia gozar no Brasil de subvenção oficial, nem ter relações de dependência ou aliança com o governo da União ou dos Estados. O Estado leigo deve ser neutral perante as religiões estabelecidas no País e excederá neste particular os limites de sua missão, sempre que se não restringir a garanti-las todas igualmente no livre exercício de seus cultos.

O Estado deve proceder de modo que todos os cultos sejam respeitados com as únicas restrições fundadas na moral e ordem pública e não consentindo que qualquer deles invada os direitos individuais ou os do Estado.

Aceitar relações de dependência ou aliança seria a negação da separação absoluta estabelecida pelo Decreto nº 119-A, confirmada e desenvolvida pela Constituição em vários parágrafos do art. 72.

Há Estados com religião oficial. Estabelecem, subvencionam o exercício de um culto religioso com a conseqüência natural de embaraçar ou vedar o exercício de qualquer credo divergente. Pode, todavia, acontecer que a oficialização de um culto não importe a perseguição oficial aos cultos contrários. Estes ficarão a vegetar sob a tolerância compadecida da Religião oficial.

A República preferiu adotar o princípio da Igreja livre em Estado livre. Realizou a separação entre os dois poderes, o espiritual e o tem-

(13) Art. 72, § 7.º

(14) Art. 13, § 2.º

(15) SORIANO, o.c., pág. 420.

(16) ALMACHIO DINIZ, *Direito Público e Constitucional*, Rio, 1917, pág. 297.

(17) A. DE SAMPAIO DÓRIA, *Princípios constitucionais*, São Paulo, 1926, pág. 99.

poral, sem soprar no País o vendaval perigoso das lutas religiosas. Não a inspirou o anticlericalismo que persegue, nem a ambição que confisca. Como conseqüência da Igreja livre em Estado livre, a República estatuiu a liberdade religiosa com a liberdade individual dos cultos (§ 3º do art. 72), o casamento civil como único válido perante a lei (§ 4º do art. 72), a secularização dos cemitérios (§ 5º do art. 72), a laicidade do ensino (§ 6º do art. 72), a independência entre os direitos civis e políticos e o cumprimento de qualquer dever cívico, a crença ou a função religiosa que o cidadão exerça (§ 28 do art. 72). (18)

A separação — escreve Laboulaye em seu panfleto "O Partido liberal" (parte I, IV), abolindo as pretensões injustas e carunchosas, quer a da igreja, quer do Estado, deixa à religião e à sociedade a paz de que ambas carecem. Parecem hoje duas pessoas distintas o cidadão e o fiel, tendo cada um direitos e deveres diversos. Ensinam ao fiel a amaldiçoar a liberdade como fruto envenenado da filosofia e da revolução e ao cidadão a ter a igreja como inimiga da civilização. Daí surgem discórdia, conturbação profunda nas almas e, por assim dizer, dois povos em uma sociedade. Nada há, porém, tão falso como esta distinção. (19)

Por causa desta separação, a igreja brasileira perdeu algumas dezenas de contos de réis, mas recuperou a sua liberdade, adquiriu a sua inapreciável e divina independência.

O culto católico não figura mais no orçamento da despesa da União, e o governo central não expedirá mais decretos, declarando que os párocos não podem exigir as velas das banquetas, fixando em 80 réis cada confissão de desobriga, ou regulando o ensino nos seminários etc.

5) As associações religiosas

"Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum." (20)

I — Capacidade jurídica das associações religiosas

O texto acima citado aprovado pela Constituinte foi o resultado de lutas e debates que se travaram entre os membros do Congresso, evidenciando-se várias correntes filosófico-religiosas. Representa uma modificação feita ao texto correspondente do projeto, por ter concedido às Associações Religiosas a liberdade de aquisição de bens. Na realidade, o projeto mantinha todas as limitações que se estabeleciam no regime de mão morta, dizendo: "observados os limites postos pelas leis de mão morta".

O resultado da primeira votação apresentava a cláusula para a segunda discussão redigida nestes termos: "adquirindo bens, observados os limites postos pelas leis de mão morta e guardadas as criminais". (21)

(18) DÓRIA, o. c., pág. 101.

(19) BARBALHO, o. c., pág. 423.

(20) Art. 72.

(21) *Anaes da Constituinte*, Vol. III, pág. 180.

Predominaram, assim, no Congresso as idéias dos autores do projeto nessa parte, ou seja, o propósito de sobre esta matéria manter a situação legal existente, quanto aos bens das ordens religiosas. (22)

Leis do regime anterior à Independência do Brasil, que por ato legislativo foram incorporadas à sua legislação e continuavam em vigor no Império, impunham àquelas comunidades e institutos a proibição de adquirir, possuir por qualquer título e de alhear bens de raiz, sem preceder especial licença do governo, estabelecendo a devolução deles ao Estado, verificada a infração de tal proibição.

Com a primeira votação do Congresso, continuaria a legislação de que se trata. E é bem significativo o fato de ter a Comissão repellido uma emenda que permitia às corporações religiosas adquirir, administrar e alienar bens sem nenhuma limitação. Foram rejeitadas pelo Congresso todas as emendas que nesta matéria tentavam alterar o direito vigente, mostrando nisso grande firmeza de convicção e o empenho de não prescindir do que era considerado uma importante garantia do Estado. (23)

Todavia, os constituintes que disto dissentiam não se mostravam menos firmes e oportunamente renovaram emendas no sentido de suas convicções.

O Congresso, em segunda discussão, aprovou entre as emendas apresentadas a que eliminava as duas modalidades da cláusula "observados os limites postos pelas leis de mão morta e guardadas as leis criminais" substituindo "observadas as disposições do direito comum". (24)

Desse modo, o Congresso fez alguma concessão aos que repeliem de todo as limitações das leis de mão morta, redigindo o texto nestes termos: "adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum".

Adotando a emenda de que se trata acima, o Congresso aboliu uma só das limitações postas pelas leis de amortização, a exigência da licença de governo para a aquisição de bens de raiz, deixando em vigor as demais restrições.

Se fosse intenção do Congresso suprimir a limitação quanto à alienação, teria suprimido as palavras "adquirindo bens", ficando tudo sob o regime comum. Mas não o fez. Excluiu, portanto, a livre faculdade de alienar bens.

O Congresso podia assim agir sem contradição e com o espírito que predominou na primeira votação, sem desproteger nem comprometer os altos interesses que tinha em vista salvaguardar.

Continuam, pois, vigentes as anteriores disposições relativas à conversão dos bens imóveis das ordens, irmandades e institutos em apólices de dívida pública interna, leis cujos efeitos compensam os inconvenientes da excessiva acumulação de bens nas corporações de mão morta.

(22) BARBALHO, o. c., pág. 306.

(23) *Anaes*, o. c., Vol. I, pág. 127.

(24) *Anaes*, o. c., Vol. III, págs. 109/160.

Este modo de entender a disposição da Constituição é autorizado e justificado pelo exame e estudo imparcial que ocorreu a esta importante matéria, quer nos trabalhos preliminares da Constituição, quer durante o Congresso. (25)

As leis de amortização oriundas do ato de D. Diniz, de 21 de março de 1329, incorporado em 1521 às Ordenações Manuelinas, Livro II, Título VIII, e, mais tarde, às Filipinas, Livro II, Título XVIII, tiveram a sua história através de muitos diplomas. (26)

É interessante observar que, estando ligados a Igreja e o Estado, a legislação tendia a cercear e suprimir gradualmente as ordens religiosas, reduzidas a meras usufrutuárias de bens que, em verdade, eram do Estado.

Sob a República, riscou-se de um só lance pelo art. 72, § 3º, todo o passado jurídico de mais de cinco séculos. De extremo ao outro extremo.

Não foram seguidos os exemplos da França, nem os da Itália, nem os dos Estados Unidos da América ou da Inglaterra: foi uma liberdade pura e simples, como dádiva de ateus inconscientes a religiosos estarecidos\$ diante de tão santa ingenuidade política e de tão cândida teoria do Estado.

Nem sequer a lição norte-americana serviu a esses aprioristas do liberalismo. Deu-se um pulo da montanha quase seis vezes secular das leis de mão morta à licença mais ampla, a um nada de regramento e de cautela. (27)

Como se isso não bastasse, usou-se a expressão "direito comum" e com ela se abriram as portas de par em par, sem qualquer consulta aos interesses do Estado.

II — Personalidade jurídica das associações religiosas

A Constituição de Weimar considerava as instituições religiosas como corporações de direito público interno.

Propôs-se o mesmo em Espanha quanto à Igreja Católica e às outras confissões. Foi repelida a inovação.

Também no Brasil não se introduziu isso. No direito constitucional brasileiro, desde que se procedeu à separação entre a Igreja Católica e o Estado, a Santa Sé é pessoa de direito internacional e as associações religiosas simples pessoas jurídicas de direito privado. (28) Nenhuma pessoa de direito público interno, constitucional ou simplesmente administrativo, pode ser de caráter religioso porque infringiria o princípio de separação entre a Igreja e o Estado.

(25) BARBALHO, o.c., pág. 307.

(26) Decreto de 16 de setembro de 1817; Lei de 22 de setembro de 1828; Lei de 9 de dezembro de 1830; Lei de 12 de agosto de 1834; Lei de 18 de setembro de 1845; Decreto de 28 de novembro de 1848; Decreto de 2 de outubro de 1851; Lei de 28 de setembro de 1857; Decreto de 20 de agosto de 1884; Decreto de 12 de janeiro de 1870; Lei de 28 de junho de 1870 (artigo 18); Regulamento de 22 de dezembro de 1863.

(27) FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1968, São Paulo, 1971, Vol. V, pág. 131.

(28) O Código Civil Brasileiro no art. 16 considera pessoa jurídica de direito privado interno "as associações civis, religiosas, piás, morais, científicas ou literárias..." e indica o regime legal a que elas devem atender, nos artigos 1.363 a 1.407.

O princípio que veda à União, aos Estados-Membros e aos Municípios estabelecerem, subvencionarem, ou embaraçarem o exercício dos cultos religiosos, exclui não só qualquer personificação no terreno do direito público como qualquer outro laço que implique aliança ou dependência, ainda que menos intensa que o da personificação.

6) O casamento civil e as cerimônias religiosas

"A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita". (29)

O casamento civil foi criado no Brasil pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, cujo artigo 108, § 1º, permitia a celebração das cerimônias religiosas antes ou depois do ato civil. O Decreto nº 521, de 26 de junho do mesmo ano, determinou que o casamento civil precedesse sempre às cerimônias religiosas sob a pena de seis meses de prisão e multa para o celebrante do ato religioso.

O Código Penal, de 11 de outubro de 1890, igualmente pune a inobservância desse procedimento (art. 284). O projeto de Constituição publicado pelo Governo Provisório com os Decretos nºs 510, de 22 de junho, e 914-A, de 23 de outubro de 1890, dizia em seu art. 72, § 4º:

"A República só reconhece o casamento civil que precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto".

A Comissão do Congresso Constituinte encarregada de dar parecer sobre o projeto da Constituição emitiu, quanto àquele artigo e parágrafo, o seguinte juízo:

"O art. 72, § 4º, da Constituição, reconhecendo tão-somente o casamento civil, declara que este precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto. Esta exigência tem perfeita justificação na atualidade, visto que o casamento civil é um instituto novo entre nós e cumpre que a lei acautele interesses de terceiros e a boa fé dos próprios cônjuges. Como, porém, essa medida é, por sua natureza, de caráter provisório e importa uma restrição à liberdade individual, deve cessar desde que tenha penetrado na consciência popular a convicção de que, perante a lei, só o casamento civil forma e legitima a família, e confere direitos civis. Entende, pois, a Comissão que a Constituição deve simplesmente consagrar o princípio de que a República só reconhece o casamento civil, ficando ao Poder Legislativo a faculdade de manter ou não a precedência a que alude o texto constitucional." (30)

A mesma Comissão, rejeitando várias emendas, entre elas a do Deputado Alcindo Guimarães, que fazia facultativa a precedência do ato religioso, emendou assim o projeto:

(29) Art. 72, § 4.º

(30) *Anaes*, o.c., Vol. I, pág. 64.

"§ 4º — Substitua-se: — A República só reconhece o casamento civil." (31)

Entrando a matéria em discussão na sessão de 12 de janeiro de 1891, e seguintes, foram apresentadas treze emendas, umas inteiramente supressivas do parágrafo 4º do artigo 72; outras supressivas somente da segunda parte do parágrafo — "que precederá etc.", outras facultando a celebração anterior ou posterior do ato religioso e outras consagrando a gratuidade do ato civil. (32)

E se, então, vários representantes impugnaram na tribuna a cláusula da precedência ao ato religioso, também houve quem a aplaudisse. (33)

Por ocasião da discussão, o presidente do Congresso pôs à votação, em primeiro lugar, o § 4º do artigo 72 do projeto que foi aprovado. Nesse instante, o presidente declarou prejudicadas as emendas substitutivas da Comissão e as demais.

Continuando a votação, foram aprovadas duas emendas: uma supressiva das palavras "que precederá sempre à cerimônia religiosa" e outra acrescentando a cláusula "cuja celebração será gratuita." (34)

E deixaram, assim, de ser aprovadas as emendas que facultavam ser o casamento religioso anterior ao civil. De onde se vê que o Congresso Constituinte limitou-se a consagrar, como instituição constitucional e acima do arbítrio dos poderes públicos em sua ação ordinária, o casamento civil.

Analisemos os seguintes fatos:

— a imediata rejeição da emenda que declarava suprimida a obrigatoriedade da precedência do ato civil ao religioso;

— o parecer da mesma Comissão explicando a razão por que propunha a supressão da cláusula referente a essa obrigatoriedade;

— a declaração de que a precedência tinha perfeita justificação, no momento, para acautelar interesses de terceiros e a boa fé dos próprios nubentes;

— a cláusula final desse parecer: "ficando ao Poder Legislativo a faculdade de manter ou não a precedência";

— a votação do Congresso Constituinte, de acordo com esse parecer, desprezando as emendas que visavam tornar facultativa essa precedência.

Tudo isto põe em evidência e fora de questão quaisquer dúvidas de que a Constituição não revogou a disposição legal então e ainda hoje vigente sobre esta matéria. (35)

(31) *Ibidem*, o. c., pág. 127.

(32) *Ibidem*, o. c., págs. 221 e seguintes.

(33) *Ibidem*, o. c., págs. 231, 261, 282 etc.

(34) *Anaes*, o. c., pág. 313 e 314.

(35) BARBALHO, o. c., pág. 416.

O pensamento predominante do Congresso está, pois, claramente manifestado pelo histórico que acima fizemos.

Todavia, a instituição do casamento civil pela República teve uma outra significação, qual a de dar ao ato um sentido leigo fora da inspiração religiosa. ⁽³⁶⁾

As tendências republicanas, que colocaram em órbita distintas Igreja e Estado, não tiveram, porém, o dom de consagrar a primazia ou a exclusividade do casamento civil. Em nossa população profundamente religiosa e sobretudo católica, continuou a ser utilizado o casamento religioso, notando-se, por sinal, que os nubentes casavam e costumam ainda casar duas vezes: uma no civil perante a lei, outra no religioso perante Deus e a Igreja. ⁽³⁷⁾

7) A secularização dos cemitérios

“Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam à moral pública e às leis.” ⁽³⁸⁾

Foi demais da 1ª Constituição Republicana elevar a assunto constitucional o tema dos cemitérios; o assunto podia ficar relegado para a lei ordinária. ⁽³⁹⁾

A legislação imperial dava às Municipalidades a incumbência de editar regras jurídicas quanto aos cemitérios, constituindo assim parte das suas posturas “conferindo a esse fim com a principal autoridade eclesiástica”. (Lei de 19 de outubro de 1828, art. 62, § 2º)

Ainda o decreto legislativo de 5 de setembro de 1850, tratando de cemitérios e de enterros, ressaltou “os direitos do Ordinário na parte religiosa”.

Com o Governo Provisório, sobreveio a secularização a partir do Decreto nº 119-A. Com finalidade de polícia, o Governo baixou o Decreto nº 789, de 27 de setembro de 1890, em que se declarava competir às municipalidades a polícia, direção e administração dos cemitérios, sem intervenção ou dependência de qualquer autoridade religiosa, proibindo-as de estabelecer distinção em favor ou detrimento de nenhuma igreja, seita ou confissão religiosa.

Proibindo também o estabelecimento de cemitérios particulares, o decreto ressaltou os existentes que ficavam sujeitos à inspeção e polícia municipal.

(36) THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, *Constituição Federal Comentada*, Vol. IV, Rio, 1949, pág. 76.

(37) ROSAH RUSSOMANO, *Lições de Direito Constitucional*, Rio, 1968, pág. 435.

(38) Art. 72, § 5.º

(39) FALCÃO, o.c., pág. 105.

Ordenava o decreto, ainda, a ereção de sepulcrários municipais e, no parágrafo único do artigo 4º, prescrevia:

“Enquanto não se fundarem tais cemitérios, nos Municípios em que estes estabelecimentos estiverem a cargo de associações e corporações religiosas ou dos ministros de qualquer culto, as Municipalidades farão manter a servidão pública neles existentes, providenciando para que os enterros não sejam embaraçados por motivo de religião.”

Alguém quis interpretar o referido decreto, formulando a hipótese da incorporação dos cemitérios particulares ao domínio, exigindo desapropriação etc. (40)

Ora, este decreto colocou a questão nos devidos termos, ao reconhecer a servidão pública existente nos campos santos particulares a que se referia. O legislador da época não tinha qualquer obstáculo que lhe prendesse os punhos e o impedisse de optar pela figura de servidão pública e de instituí-la por ato legislativo. (41)

Uma das formas de instituição da servidão pública é justamente a por disposição de lei, na opinião dos juristas.

“Per disposizione di legge é sempre possibile gravare di oneri e pesi le proprietà private quando concorrono determinati presupposti previsti dalla legge stessa. Non vi é bisogno in tal modo di provvedimenti speciali, perché la servitù si costituisce per forza di legge.” (42)

O Decreto nº 914, de 23 de outubro de 1890, estabeleceu: “Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal.” (43) Foi o projeto apresentado ao Congresso Constituinte. A 15 de janeiro de 1891, no Congresso, foi aprovada a emenda apresentada pelos Deputados Meira de Vasconcellos e João Barbalho:

“Ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam à moral pública e às leis.” (44)

Enquanto o decreto ressalvara os cemitérios particulares então existentes, a Constituição de 1891 não manteve a ressalva. Somente anuiu em que, sob os princípios da laicidade e da municipalidade, se admitissem as práticas funerárias de quaisquer cultos sem distinção, salvo quando fossem ofensivas da moral pública e das leis. Note-se na expressão “as leis” a relatividade que se introduziu. (45)

(40) Acórdão de 23 de dezembro de 1942, relatado pelo Des. Seabra Fagundes, in *Revista Forense*, Vol. 94, pág. 112.

(41) FALCÃO, o.c., pág. 105.

(42) CARLO GIROLA, *Le servitù prediali pubbliche*, Padova, 1937, pág. 303.

(43) Art. 72, § 5.º, do Decreto nº 914, de 23 de outubro de 1890.

(44) BARBALHO, o.c., pág. 419.

(45) PONTES DE MIRANDA, o.c., vol. IV, pág. 134.

Durante os debates sobre a secularização dos cemitérios, houve deputados que apresentaram emendas, visando, em sua maior parte, manter os cemitérios religiosos existentes ou assegurar às corporações religiosas a fundação e a administração dos seus cemitérios.

Neste sentido, se pronunciou o Deputado Badaró:

“Não é uma profanação estabelecer-se a servidão pública em um cemitério católico, quando só os católicos podem ser enterrados? A Igreja Católica quer ter o direito de possuir o lugar onde os seus mortos vão dormir o derradeiro sono. Se o reflexo da liberdade espiritual deve existir nos cemitérios, é um horror, diante dos princípios canônicos, que em um cemitério católico possa ser enterrado um judeu, um ateu.” (46)

A opinião contrária à secularização dos cemitérios foi emitida pelo Deputado Lacerda Coutinho ao declarar “incompreensível essa intolerância póstuma, que não permite que os cadáveres dos católicos apodreçam na proximidade daqueles que professam culto diverso”, acrescentando: “entretanto, se há um país em que parece haver tolerância religiosa é o nosso, onde indivíduos de seitas e religiões diversas travam relações de toda espécie, até de amizade. Ora, essa tolerância, se se permite durante a vida, por que não se permite depois da morte?”

O assunto foi debatido no seio do Governo Provisório, tendo então Rui Barbosa justificado que a liberdade de fundação de cemitérios é uma consequência da liberdade religiosa, porque “a religião não se limita aos vivos, antes, estende-se aos mortos com a diversidade de cerimônias fúnebres.” (47)

“Não é um sofisma, não é um paralogismo fazer uma distinção em que a incompatibilidade dos cemitérios se baseia exclusivamente na menor ou maior contigüidade das sepulturas? . . . Nós temos demonstrado que queremos que a Igreja Católica se desenvolva na nossa Pátria, na maior plenitude das suas aspirações, com toda a dignidade das funções que ela vem zelar e com tanto mais dignidade quanto menos estipendiada pelo poder secular . . .

Nestas condições foi que o legislador constituinte quis que os cemitérios fossem secularizados. O legislador não quis desapropriar as irmandades católicas dos cemitérios de que elas estivessem de posse.

A Igreja Católica, tal ou tal igreja protestante, metodista, presbiteriana ou anabatista pode ter onde quiser os seus cemitérios; mas o Estado, a Municipalidade, deve ter o seu cemitério, seu Campo Santo, onde possam ir dormir o sono eterno, onde possam

(46) PACHECO, o.c., vol. X, pág. 143.

(47) AGENOR DE ROURE, *A Constituinte Republicana*, Vol. II, 1918, págs. 215/218. Cfr. PACHECO, Vol. X, pág. 144.

repousar dos labores da vida cívica, todos aqueles que, porventura, não se tenham subordinado a este ou aquele credo, a esta ou aquela fé. . .” (48)

8) O ensino leigo

“Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.” (49)

Os nossos legisladores constituintes cuidam do ensino leigo mais do que da liberdade de ensino; e, assim, omitindo falar dessa liberdade tão importante e disputada nos nossos tempos, julgaram oportuno inserir na Declaração de Direitos esta disposição:

“Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.” (50)

Pensamos que o legislador teria sido mais correto e conseqüente com o regime de liberdade, afirmando a liberdade de ensino, do que tendo dado o caráter de princípio constitucional ao laicismo do ensino oficial.

Não obstante, porém, o silêncio da Constituição, é incontestável que a liberdade do ensino como conseqüência da liberdade individual deve enumerar-se entre os direitos do cidadão de um Estado livre.

Se a Constituição declara a liberdade de indivíduo, da consciência religiosa, da manifestação do pensamento, deve admitir como conseqüência a liberdade de ensino.

A liberdade de ensino é uma conseqüência da liberdade de consciência (51). Por isso, é leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. Para sufragar essa opinião, alega-se que os cidadãos, pagando o imposto, contribuem para a manutenção das escolas e que, podendo cada um adotar e seguir uma religião diferente, não seria justo que a República ministrasse um ensino de que só poderiam aproveitar aqueles que, porventura, pertencessem à religião preferida.

Leon Duguit distingue na liberdade de ensino duas questões: a do direito de ensinar e a do direito de aprender. São questões complexas, dependendo da liberdade de consciência de cada qual e dos recursos próprios do Estado. Todavia, o ensino leigo não pode deixar de ser, onde não há uma religião oficial. A liberdade de culto estaria prejudicada, segundo o referido autor, com o reconhecimento do ensino religioso. (52)

O respeito à liberdade de consciência, à igualdade incontestada dos cidadãos diante da lei do Estado, seja qual for a sua crença religiosa, tem motivado a árdua e difícil questão acerca do ensino religioso nas escolas. Uns queriam que o ensino fosse inteiramente separado da religião e outros

(48) Documentos Parlamentares, Alexandre Barbosa Lima, Discursos Parlamentares, Câmara dos Deputados, Diretoria de Documentação e Publicidade, Tomo I (dezembro de 1890, novembro de 1899), págs. 439/447.

(49) Art. 72, § 6.º

(50) SORIANO, o. c., pág. 439.

(51) DINIZ, o. c., pág. 303.

(52) DINIZ, o. c., pág. 304.

que a religião acompanhasse o ensino, unindo a educação com a instrução. Daí, as duas escolas que a respeito se formaram: a religiosa ou confessional e a leiga.

Ora, as leis não devem ser feitas idealmente para traduzir princípios e sistemas abstratos, mas devem acomodar-se às condições reais da sociedade a que se destinam; devem ser feitas para um certo povo e não para conformar-se com as aspirações e com certas construções abstratas de uma oligarquia.

Partindo dessa verdade, devemos dizer que, em um país, onde domina uma religião aceita e professada por todos, o poder social não tem direito de pretender que essa religião seja proscrita das escolas.

O povo que nasceu sob o influxo de uma religião, que se educou em sua moral, que pratica o seu culto, não pode querer que seus filhos frequentem escolas onde não se fala de religião. Pelo contrário, os pais têm direito de querer que eles aprendam a religião em que foram criados.

Nem obsta que existam nesse país alguns que professam religião diversa. Respeitada como deve ser a liberdade de consciência desses dissidentes, eles não podem pretender que, por seu respeito, se altere a lei do país.

Nas democracias governa a maioria; só ela tem direito a ditar a lei. Se, porém, a população professa diferentes religiões, então é justo que, na escola, que é para todos e que se mantém com as contribuições de todos, o mestre oficial não ensine religião alguma.

Neste caso, deve a educação religiosa ficar a cargo das famílias ou do clero das diferentes confissões. Assim se procede em alguns países, como na Holanda e na Bélgica, onde se destina, na escola, um lugar em que os ministros dos diversos cultos, antes ou depois das aulas, ensinam a religião aos meninos de sua confissão que frequentam a escola.

O artigo 72, § 6º, é considerado por alguns uma fórmula radical de laicidade de ensino que proíbe qualquer interferência do Estado em matéria religiosa, ao estabelecer o seu programa escolar e ao distribuir as matérias de ensino nas suas escolas. (58)

O Decreto nº 119-A proibiu apenas a preferência do Estado por esta ou aquela religião, bem como o seu auxílio direto a este ou aquele culto religioso, mas assegurou a todos o seu livre exercício sob a proteção da autoridade pública.

A interpretação dada ao texto constitucional foi, entretanto, demais rigorosa, porque a laicidade do ensino, tal como a consagraram as nossas leis posteriores e a prática diuturna na primeira República, deu ao Estado

(58) CAVALCANTI, o. c., Vol. IV, 1949, pág. 98.

uma posição de franca hostilidade, em lugar de simples possibilidade de estabelecer o ensino religioso facultativo nas escolas.

A laicidade absoluta do Estado é uma forma de intervenção do Estado nas consciências, porque contribui para a formação do espírito leigo, hostil a qualquer manifestação de natureza religiosa.

O Estado leigo não é, portanto, o Estado neutro, mas intervencionista, porque proíbe o ensino religioso, embora facultativo.

Sem dúvida, o Estado não deve tornar obrigatório o ensino religioso, sob pena de incorrer no erro contrário que consistiria em impor uma educação religiosa determinada, sem atender às crenças de cada um.

Nos Estados Unidos da América, onde vigoram os princípios liberais e democráticos, nunca se procurou dar ao Estado leigo esse sentido faccioso que orienta certos espíritos entre nós. Ali, o Estado reconhece as benemerências das instituições religiosas. (54)

Rui Barbosa, muitas vezes, sustentou a legitimidade do ensino religioso nos estabelecimentos reconhecidos ou dependentes do Governo. (**Comentários à Constituição Federal Brasileira**, vol. V, pág. 257.)

João Barbalho é um dos poucos que opinam pela laicidade.

O Estado leigo não professa em seus institutos de instrução o ensino das religiões ou de uma qualquer delas; mas nem por isso deixarão de ser ensinadas e até pelos mais competentes, desde que há a liberdade de ensino. Com efeito, nos estabelecimentos não oficiais, os mestres têm o direito de ensinar doutrinas religiosas e cada uma das confissões pode livremente criar escolas para o ensino de seus credos, uma vez que nelas tão grandemente se desenvolve e predomina o espírito de proselitismo e de propaganda.

João Barbalho, para demonstrar que a escola leiga não infirma o sentimento religioso e como tal não é uma instituição subversiva, cita o caso do Regimento do Ginásio Pernambucano, de 19 de abril de 1876.

De fato, quando ele era inspetor da instrução pública, fez inserir, com a aprovação competente nos regimentos que elaborou para institutos sob sua inspeção, as seguintes disposições:

“Cumpre aos professores inspirar aos seus alunos sentimentos religiosos e morais e aproveitar todas as ocasiões que se oferecerem para ensinar-lhes o que devem eles a Deus, à Pátria e aos pais.” (55)

Uma emenda, restringindo a laicidade aos institutos federais de ensino, deixava aos Estados-Membros a faculdade de estabelecê-la, ou não, nos

(54) CAVALCANTI, o. c., pág. 99.

(55) BARBALHO, o. c., pág. 422.

seus. O Congresso, porém, não a quis aprovar. Destoava de seu plano de secularização.

A expressão da Constituição “estabelecimentos públicos” exclui as escolas particulares, fundadas e mantidas pelos cidadãos, sem caráter oficial, ou por associações.

Tais escolas poderão ser ou não leigas, uma vez que há liberdade de ensino e de crenças religiosas.

Mas, se não forem leigas, não poderão ser subvencionadas nem receber quaisquer auxílios do governo. Subvenções, isenções e favores oficiais a escolas religiosas são auxílio ao desenvolvimento da religião que na escola for professada e estabelecem relações de dependência que o art. 72, § 7º, formalmente proíbe.

Foram também rejeitadas emendas, declarando livre o ensino: eram inúteis diante da disposição dos parágrafos 11 e 24 deste mesmo artigo 72 que, de modo inconcusso, consagram essa liberdade.

9) Representação Diplomática junto à Santa Sé

“Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados. A representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implica a violação deste princípio.” (56)

A incisiva determinação de laicismo do Estado que fora uma das decisões dos Constituintes de 1891 se abrandou, na reforma constitucional de 1926, quando acrescentou o esclarecimento de que a representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implicava a violação do princípio da separação.

Convém ou não suprimir a legação junto à Santa Sé? — perguntava o Deputado Barbosa Lima, em um discurso pronunciado na Câmara dos Deputados, no dia 4 de agosto de 1897.

Esta tese tem sido discutida sob dois pontos de vista.

Sob o primeiro aspecto, o Congresso Constituinte debateu o problema, quando discutiu da conveniência ou não da inteira separação entre o poder temporal e espiritual, entre a Igreja e o Estado.

O segundo aspecto é o seguinte: em face do princípio consignado pela Constituição, pode-se manter uma legação diplomática junto ao supremo representante de uma determinada Igreja? Se o pensamento do legislador constituinte foi excluir todas as relações com quaisquer representantes das diversas religiões existentes, deduz-se a consequência

(56) Art. 72, § 7.º, da Constituição de 1891, com emendas de 1926.

que o legislador, respeitando esse pensamento, não pode estabelecer nenhuma relação diplomática com representantes de qualquer Igreja.

Não é de hoje e menos no Brasil — comenta Barbosa Lima — que a questão da separação da Igreja e do Estado afeta profundamente todos os espíritos que se ocupam dos problemas político-sociais.

De tal forma persiste esta situação que, malgrado a vitória alcançada na votação da Constituição, ainda a questão é reposta nos termos em que o seria se de novo fosse discutida a Constituição. (57)

Todos viram, desde o Congresso Constituinte, os sintomas de uma reação tenaz contra esse princípio, reação que se prolongou pelas sessões ordinárias, a partir de 1892.

Em nome desse espírito, em 1891, resistiu-se contra a supressão da legação junto à Santa Sé, sustentando-se, desde então, que tal medida não promanava logicamente das diversas prescrições constitucionais.

O Poder Executivo — "o benemérito Marechal Floriano Peixoto", no dizer de Lima — não se conformou ilegalmente com as conseqüências naturais do preceito constitucional que separou a Igreja do Estado, fazendo com que continuasse junto ao Vaticano um representante do Brasil.

O fato de diversas potências terem representantes junto à Santa Sé não pode servir de argumento para que o Brasil o tenha. Se a Constituição desses países permite que eles mantenham legações junto à Santa Sé, a nossa não o consente.

A Santa Sé não tem requisitos de um Estado. O Papa não tem predicados de chefe de Estado. Onde há uma legação, pode haver um consulado: podemos ter consulado no Vaticano? Para que? Podemos fazer tratados de extradição com a Santa Sé? Absolutamente não. E tratados de comércio? Também não. Então, que relações diplomáticas teremos com o Vaticano, se ele não tem um só dos requisitos de território citados por Bluntschli? (58)

Durante muito tempo, discutiu-se no Direito Internacional se a Santa Sé era ou não um Estado, pela simples razão de que não existia território sobre o qual pudesse o soberano Pontífice exercer seus atos de soberania. Por esse motivo, cada ano, no Parlamento Brasileiro, Tomaz Cavalcanti apresentava projeto mandando suprimir a representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé. (59)

Pelo Tratado de Latrão, a Santa Sé adquiriu território que é a cidade do Vaticano. Enquanto o Soberano Pontífice, no caráter de chefe da Igreja Católica, exercia também um poder temporal, era geralmente admitida a essa grande comunidade religiosa a personalidade jurídica no campo do Direito Internacional.

(57) Documentos Parlamentares, ALEXANDRE BARBOSA LIMA, Tomo I, o. c., pág. 266.

(58) LIMA, o. c., pág. 271.

(59) PACHECO, o. c., Vol. XIII, pág. 221.

No Brasil, a personalidade internacional da Santa Sé está reconhecida pelas relações diplomáticas que existem; assim, a Santa Sé deve ser equiparada aos Estados estrangeiros e reconhecida a sua qualidade de pessoa de Direito Público externo, no que concerne ao exercício dos direitos privados.

Escreve a respeito Carlos de Carvalho:

“A Santa Sé, pessoa de Direito Público Internacional sem limite no tempo e espaço, indica a universalidade dos fiéis e distingue-se para os efeitos de capacidade civil de quaisquer instituições, estabelecimentos, congregações, associações de caráter eclesiástico ou hierárquico, que singularmente constituem pessoas jurídicas sujeitas ao domínio do direito comum.” (60)

Lacerda de Almeida declara de modo incisivo que a “Igreja Católica, pessoa jurídica de Direito Público, a qual como Estado abrange outras pessoas jurídicas que nelas se incluem, está sob a ação das normas de Direito Privado, nem perde perante este direito sua qualidade de pessoa”. (61)

Concluindo, sustenta-se que a missão diplomática junto à Santa Sé não viola a posição de imparcialidade do Estado perante as religiões, pois, antes e principalmente, ela atende à inegável qualidade de pessoa jurídica de Direito Internacional que a Santa Sé nunca deixou de disputar.

Se a sua personalidade jurídica não dependia de seu domínio territorial, perdido quando o movimento de unificação italiana arrebatou-lhe o poder temporal sobre os Estados Pontifícios, assim não se restaurou quando o mesmo poder lhe foi restituído pela instauração do Estado do Vaticano.

CAPÍTULO TERCEIRO

CONSEQÜÊNCIAS PRÁTICAS

1) O Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 18 de abril de 1893

É interessante o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em data de 18 de abril de 1893, nos autos de denúncia do Promotor da Comarca de Casa Branca contra o Cônego Manoel Martins da Silva, por violação do artigo 284 do Código Penal.

Nesse Acórdão se lê: “O Congresso Federal, suprimindo a parte da precedência obrigatória do ato civil contida no artigo do projeto de Constituição relativa ao casamento civil, não teve por fim a revogação das leis ordinárias que estabeleciam a obrigatoriedade da precedência do casamento civil ao religioso, e sim deixar semelhante assunto determinado nessas leis até que, depois, o Poder Legislativo ordinário resolvesse con-

(60) Cfr. PACHECO, o.c., Vol. XIII, pág. 222.

(61) LACERDA DE ALMEIDA, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, págs. 425/427. Cfr. PACHECO, o.c., pág. 22.

servar ou revogar tais leis, caso entendesse importar a precedência sob a sanção penal do ato civil uma restrição da liberdade individual, da religião e cultos.

A Constituição política da União, reconhecendo o casamento civil como o único válido na constituição da família e para os efeitos importantes que desse estado provém, não se enunciou sobre a obrigatoriedade da precedência do casamento civil; não achando conveniente que esta questão de precedência fosse considerada como preceito constitucional, entendeu que devia ter caráter puramente transitório, permanecendo as leis ordinárias a respeito em vigor, o que se deduz do parecer da Comissão encarregada pelo Congresso para dar parecer sobre o projeto da Constituição e da maioria dos votos, atentos os motivos destes.

A obrigatoriedade da precedência do casamento civil ao religioso sob sanção penal importa a sanção da lei constitucional que só reconhece o casamento civil na constituição da família, não professando e nem repelindo o Estado, seita ou profissão alguma religiosa, desde que foi decretada sua separação da Igreja.

Conforme o princípio de tolerância consagrado no artigo 108 da Lei nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que permite indiferentemente a celebração de quaisquer cerimônias religiosas antes ou depois do ato civil, reagiu uma parte do clero católico com atos de acentuada oposição e resistência à execução do mesmo decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observância da prescrição civil, pretendendo anular o casamento constitucional da família, pondo em risco os importantes direitos e interesses dos nubentes e da prole. Cabia, portanto, ao Estado tomar em defesa da instituição as medidas coercitivas para que o casamento civil fosse o único reconhecido e executado e não fosse a lei, por falta de sanção penal, burlada ou desrespeitada pela Igreja, mera associação perante o Estado e não superior às leis, de cuja "dependência" não pode isentar-se. Se essas medidas coercitivas, se a sanção penal do artigo 284 do Código Penal importam uma restrição à liberdade individual, ela é a bem da causa pública, da segurança do estado civil da família, como importam restrições à liberdade os demais artigos do Código, que pune ações contrárias às leis civis e de ordem social e política.

Se a sanção penal para a proteção e tutela dos importantes direitos e interesses da família é uma ofensa à liberdade individual, crenças religiosas e ataque ao princípio de tolerância, então deveria ser eliminado o casamento civil por ser ofensivo ao dogma do matrimônio cristão. (1)

2) A Licença do Governo na ereção da estátua do Cristo do Corcovado

Oferece especial interesse à interpretação do artigo 11, § 2º, da Constituição, a resposta dada por Aureliano Leal a uma consulta que lhe foi formulada nos seguintes termos:

"Foi solicitada ao Governo permissão para ser erigida uma estátua de Cristo em um logradouro público no alto do Corcovado.

(1) Cfr. BARBALHO, o. c., pág. 418.

O monumento deverá ser construído com recursos particulares, continuando o logradouro à disposição do público.

Há algum embaraço constitucional para a referida permissão por parte do Governo?"

Situando a questão no domínio do Estado brasileiro e sua laicidade constitucional, o ilustre jurista respondeu negativamente à consulta, sustentando que nenhum embaraço constitucional existia.

Resumiu a argumentação desta forma.

Para estabelecer um culto é preciso fundá-lo, instituí-lo, criá-lo, fixá-lo, assentá-lo, determiná-lo. Na linguagem constitucional a palavra **estabelecer**, com referência a culto ou igreja, compreende também quaisquer relações de dependência ou de aliança entre eles e a União ou os Estados, dependência e aliança que são proibidas pelo artigo 72, § 7º, da Constituição.

Essa significação da ordem jurídica não se afasta da significação etimológica do verbo **estabelecer**, pois este vale também por organizar, instituir, dar uma fórmula estável e regular.

Com efeito, o Estado que estabelece relações de dependência ou aliança com um culto, religião ou igreja, dá ao mencionado culto, religião ou igreja uma forma estável e regular.

Afinal, que são relações de dependência? São relações de subordinação, relações de sujeição. Que são relações de aliança? São relações decorrentes de um pacto que liga para determinados fins.

Ora, concedendo em um logradouro público uma área para nela ser levantada uma estátua a Cristo, o Governo não estabelece nenhum culto ou igreja. Não só porque não o institui, não o cria, não o fixa, não o assenta e não o determina, como também porque de tal concessão não resultam para nenhum culto ou igreja relações de dependência ou de subordinação.

Muito menos a concessão importará em subvenção do Estado a um culto ou igreja, porque ao Tesouro não pede a Comissão que ele faça alguma despesa e a palavra subvenção em direito é inseparável da idéia de dinheiro (2).

3) O Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 9 de maio de 1903

Sobre a proibição às associações religiosas de alienar seus bens, referimos o Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Agravo nº 490, de 9 de maio de 1903:

"Considerando que legítimo e cabido é o recurso à autoridade judiciária interposto pelo administrador de uma corporação re-

(2) Cfr. PACHECO, o.c., Vol. IV, pág. 255.

ligiosa, porquanto, ainda que a Igreja esteja separada do Estado, as corporações religiosas são pessoas jurídicas que vivem e se desenvolvem na sociedade política. Nas relações de direito privado, como a de que se trata, elas são regidas pelo direito civil aplicável pelas justças seculares; nem de outro modo se poderia entender sem atentar à soberania nacional. Tal competência para caso análogo é expressamente consagrada no Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, art. 50, § 4º, letra b. (3)

No novo regime político, as ordens religiosas, pelo que respeita ao seu patrimônio, não estão emancipadas da ação do Estado; ao contrário, dependem da expressa licença do Governo para alienarem seus bens imóveis, móveis ou semoventes, nos termos da lei de 9 de dezembro de 1830, a qual não foi ab-rogada pela Constituição (art. 72, § 3º). Esta lhes outorga tão-somente a livre aquisição dos bens e não a liberdade de alienar, ao inverso do que entendeu o Aviso nº 89, de 31 de dezembro de 1891, cuja doutrina é insustentável perante o histórico da citada disposição constitucional. . . "

Comenta João Barbalho: o domínio é um direito que pode sofrer limitações não só por fato do seu titular ou por consenso deste, mas também por força de lei em vista do bem público.

Ora, o Congresso encontrou a proibição às Ordens Religiosas de adquirir e de alienar. Não era obrigado a mantê-las, nem a suprimi-las. Conservou a última e eliminou a primeira.

Devemos, pois, admitir o regime civil que neste particular o Governo provisório tinha estabelecido com a modificação que lhe trouxe o Congresso Constituinte, sem indagar se é o melhor, o mais lógico, ou o mais liberal (!) (4)

CAPÍTULO QUARTO

CONSEQUÊNCIAS FILOSÓFICAS

1) A origem filosófica da Declaração Brasileira de 91 sobre a liberdade religiosa

Célebres na história foram a Declaração Norte-Americana dos Direitos do Homem de 1776 (1) e a Declaração Francesa de 1789 (2), ambas

(3) "Cessa toda intervenção oficial na administração econômica e tomada de contas das associações e corporações religiosas, sem provocação dos interessados ou do Ministério Público", em *Coleção das Leis, Decretos do Governo Provisório* — Fascículo XI, de 1.º a 30 de novembro de 1890 — Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891, pág. 3.361.

(4) BARBALHO, o. c., pág. 414.

(1) Artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem: "A religião, o culto devido ao Criador, bem como a maneira de satisfazê-lo, somente devem ser dirigidos pela razão e pela persuasão, jamais pela força ou pela violência, de que se segue que todo homem deve gozar da mais perfeita liberdade de consciência; que a própria liberdade estender-se-á igualmente à forma do culto ditado pela consciência, o qual não deve ser punido nem perturbado por qualquer magistrado, salvo se, sob pretexto de religião, vãoham a ser perturbadas a própria paz, tranqüilidade ou segurança da sociedade; todos os cidadãos são obrigados a praticar a tolerância cristã, a afeição e a caridade entre si". Trad. Port. Cfr. PACHECO, o. c., Vol. X, pág. 124.

(2) Art. 10: "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi". Cfr. CAVALCANTI, o. c., Vol. III, pág. 87.

precursoras do direito da liberdade religiosa, que influenciaram as demais Constituições.

É conhecido que a Declaração Francesa de 1789 difundiu pelo mundo da cultura o conceito de liberdade religiosa como direito: na Europa e na América Latina e assim como nos países da África e da Ásia, esse direito da liberdade religiosa foi inserido nos ordenamentos jurídicos das nações como um direito civil dos cidadãos.

De onde se inspirou a Declaração Brasileira de 1891 sobre a liberdade religiosa? Inspirou-se a 1ª Carta Republicana na Declaração Norte-Americana, seguindo o exemplo da irmã do Continente, ou se inspirou na Velha Europa, na França?

Devemos observar que o direito à liberdade religiosa, como este é afirmado na Declaração Francesa, tem uma origem e um cunho diferente do mesmo direito promulgado pela Declaração Norte-Americana.

Isso é verdade, não obstante que este seja anterior àquele e que tenha havido, na opinião de muitos autores, alguma relação de dependência da Declaração Francesa com respeito à Norte-Americana. (3)

I — A Declaração Francesa de 1789

O direito da liberdade religiosa, tal como foi formulado no artigo 10 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tem como fonte as correntes filosóficas do Iluminismo, Agnosticismo e Historicismo.

Conforme o Iluminismo, o homem pode e deve crer na Divindade: sua crença religiosa, porém, e suas formas de culto devem ser determinadas pela razão, à luz da razão; qualquer fórmula que se refira a outras fontes não passa de uma superstição. Daí nasce a oposição clara e decidida do Iluminismo ao Cristianismo, em geral, e, em modo particular, à Igreja Católica.

Na filosofia do Agnosticismo se defende a incapacidade da razão humana de alcançar as realidades sobrenaturais extra-sensíveis; não se admite a possibilidade de conhecer a Deus com certeza.

Todas as crenças religiosas, portanto, são evadas e roídas pela dúvida; por esse motivo, não há distinção entre religiões: cientificamente, uma vale pela outra. Conseqüentemente, cada um tem o direito de crer e seguir a religião que lhe aprouver.

Finalmente, o Historicismo ensina que as diferentes religiões são as várias manifestações do sentimento religioso do ser humano. Nenhuma religião é verdadeira; todas encerram alguma parcela de verdade.

(3) PAVAN, *Libertà Religiosa e Pubblici Poteri*, o.c., pág. 190.

Ninguém, portanto, pode ser legitimamente incomodado pela sua crença religiosa, (4)

Outra característica importante da Declaração Francesa é o seu sentimento de rebelião e de oposição ao regime político, considerado como uma força que oprime e escraviza. Essa declaração de direitos nasce como uma exigência de uma libertação da opressão. É o que se observa em cada um dos 17 artigos da Declaração, especialmente no artigo 2º, que assim reza:

“A finalidade de toda organização política é a defesa e conservação dos direitos naturais e inalienáveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Podemos, pois, afirmar que o contexto filosófico e histórico da Declaração Francesa encerra, com toda probabilidade, uma oposição às várias confissões religiosas e, de modo especial, à Igreja Católica.

E por estes dois motivos:

A Igreja Católica era, por um lado, considerada unida ao regime monárquico absolutista e, por outro lado, proclamava-se a única Religião verdadeira e ainda mais Revelada. (5)

II — A Declaração Norte-Americana de 1776

Diferente é o contexto filosófico e histórico da Declaração Norte-Americana. Sem dúvida, o pensamento de Locke, expresso em sua obra “Epístola de Tolerância”, de 1689, inspira a Declaração dos Direitos do Homem, do Estado de Pensilvânia. Assim reza o art. 2º:

“Todos os homens têm o direito natural e inalienável de adorar a Deus Onipotente de acordo com os ditames da própria consciência e da razão.”

Esse princípio da liberdade religiosa foi proclamado em um ambiente histórico completamente diferente daquele francês.

São populações que, saindo do regime colonial, se esforçam para construir uma nova Comunidade Política independente. A Declaração Norte-Americana, ao invés de se preocupar com o elemento doutrinário e filosófico, tem uma finalidade prática.

Os povos norte-americanos procuram estabelecer os princípios que permitam uma convivência digna de homens livres; dentre eles, sublinharam o direito da liberdade em matéria religiosa.

(4) HARTMAN A., *Vrai et Fausse*, Paris, 1955, págs. 7/56.

(5) PAVAN, *Libertà religiosa e Pubblici Poteri*, o.c., pág. 200.

Por experiência própria, aquelas populações conheciam o grande obstáculo da discriminação civil por motivos religiosos e, por isso, estabeleceram no art. 2º acima citado:

“E o homem que reconhece a existência de Deus não pode por justiça ser privado ou excluído de algum de seus direitos civis, por causa dos seus sentimentos religiosos ou da forma particular de seu culto.” (6)

É o princípio que se encontra em todas as Constituições dos Estados modernos. Outra característica da Declaração Norte-Americana é a afirmação de que a autoridade reside no povo, de tal modo, que ela não pode ser exercida legitimamente senão em nome do povo, por cidadãos por ele investidos de autoridade e dentro de limites jurídicos estabelecidos pelos cidadãos. Os cidadãos norte-americanos não tencionavam, pois, conferir aos poderes públicos nenhum mandato de interferir na crença religiosa, naquilo que se refere ao seu conteúdo e nas suas expressões formais.

“Nenhum Poder do Estado — diz o artigo 2º — pode e deve atribuir-se a autoridade de interferir, de alguma forma, ou de controlar, de alguma maneira, o direito de consciência ao livre exercício de um culto religioso.”

A intervenção do poder civil em campo religioso é legítima somente quando se trata de harmonizar o exercício do direito à liberdade em matéria religiosa entre os cidadãos de religiões diferentes, ou quando, sob o pretexto de exercer aquele direito, se ofende a moral pública ou se perturba a ordem pública ou se põe em perigo a segurança do Estado ou quando se lesem os outros direitos dos cidadãos.

É o que prescreve o art. 33 da Declaração dos Direitos do Estado de Maryland.

O motivo pelo qual os cidadãos norte-americanos reservam para si o pleno direito à liberdade em matéria religiosa, com relação aos poderes públicos, encontra-se no discurso que proferiu Daniel Carrol, deputado católico do Maryland, no primeiro Congresso (1789-1791):

“As the rights of conscience are, in their nature, of peculiar delicacy, and will little bear the gentlest touch of governmental hand.” (7)

III — A Declaração Brasileira de 1891

Rui Barbosa, verificando que o princípio das igrejas livres em Estado livre tem duas hermenêuticas distintas e opostas — a francesa e a americana —, procurou demonstrar que a decisão constitucional brasileira de 1891 optou pela concepção americana.

(6) HARTMAN, o.c., pág. 56.

(7) PAVAN, *Liberté Religieuse e Pubblici Poteri*, o.c., pág. 203.

Assim ele escreve:

"O princípio das igrejas livres em Estado livre tem duas hermenêuticas distintas e opostas: a francesa e a americana. Esta, sinceramente liberal, não se assusta com a expansão do Catolicismo, a mais numerosa hoje de todas as confissões dos Estados Unidos (8), pois nelas vêm um dos grandes fatores de sua cultura e de sua estabilidade social. Aquela, obsessa do eterno fantasma do clericalismo, gira de reação em reação, inquieta, agressiva, proscritora.

Com uma, sob as formas da liberdade republicana, assiste o século XX ao tremendo acesso do regalismo que banuiu do país, em França, todas as congregações religiosas.

Sob a outra, se reúnem na América do Norte, os prófugos da perseguição ultramarina e as coletividades religiosas se desenvolvem tranqüilas, prósperas, frutificativas, sem a mais ligeira nuvem no seu horizonte. Na melhor cordialidade, os prelados romanos dos membros do Sacro Colégio se sentam à mesa de Roosevelt, o protestante, que não falta um só domingo no templo do seu culto aos deveres do serviço divino."

"Foi esta a liberdade religiosa que nós escrevemos na Constituição brasileira", exclama Rui Barbosa.

"Esta exclui do programa escolar o ensino da Religião. Mas não consente que o ensino escolar e os livros escolares professem a irreligião e a incredulidade, nem obsta, quando exigido pelos pais, ao ensino religioso pelos ministros da religião. Exime o soldado e o marinheiro da observância obrigatória dos deveres culturais. Mas não exonera o Governo de proporcionar ao marinheiro e ao soldado, imparcialmente, os benefícios do ministério sagrado. Veda ao Estado subvencionar a instrução religiosa. Mas não o priva de animar indiretamente as vantagens morais do ensino religioso, favorecendo com imunidades tributárias as casas consagradas ao culto. É assim que se pratica nos Estados Unidos essa neutralidade entre as religiões, que nunca se encarou ali como profissão nacional o agnosticismo ou o materialismo do Estado, senão somente como a expressão da sua incompetência e do seu respeito entre as várias denominações religiosas. A Constituição brasileira bebeu ali, não em França.

É ali que lhe havemos de ir buscar as lições, as decisões e as soluções: irritantes, reacionárias, violentas na política francesa; eqüitativas, benéficas, pacificadoras, na americana." (9)

(8) Em 1893, os católicos contam, nos Estados Unidos, 84 arcebispos e bispos, 8.000 padres e 10 milhões de fiéis. De todas as confissões é a que mais prospera e a que conta maior número de aderentes em toda a União. Cfr. SORIANO, o.c., pág. 422, nota 1

(9) HOMERO PIRES, Comentários à Constituição Federal Brasileira, Rio, 1932, Vol. 1, págs. 365/374. Cfr. PACHECO, o.c., Vol. IV, pág. 262.

Não é da mesma opinião José Soriano de Sousa:

“Toda a nossa educação constitucional — escreve ele — tem sido feita antes pelos moldes da Europa e particularmente da França do que pelas idéias americanas. A escola liberal dos nossos estadistas é, antes, a dos princípios de 1789 do que a dos princípios de 1776. Somos americanos e, não obstante, regêmo-nos mais pela liberdade à francesa do que pela liberdade à americana.

Nas relações entre Estado e Igreja se manifesta a nossa tendência para a liberdade religiosa qual a entende e a pratica a escola francesa, em vez de entendê-la e praticá-la como os americanos. A separação da Igreja e do Estado, expressa na célebre fórmula de Cavour ou de Montalembert — Igreja livre em Estado livre — é entendida na América de modo diferente do que se entende na Europa.

Em França, ela significa ateísmo do Estado ou, pelo menos, uma situação em que se ignora o cristianismo e em que os poderes públicos agem sem se inspirarem nos dogmas ou nas idéias morais derivadas dos dogmas do cristianismo.

Pelo contrário, nos Estados Unidos, se não há uma religião de Estado, há uma religião nacional, na qual os poderes públicos se inspiram e que a opinião pública respeita.

A religião cristã e seus dogmas não são desconhecidos do governo americano. Antes que na Europa se proclamasse a Igreja livre em Estado livre, já havia muitos anos que, nos Estados Unidos, essa máxima era praticada leal e sinceramente; devido a essa sinceridade, ali o catolicismo floresceu de modo a fazer inveja a certos países chamados católicos.” (10)

Edgar Sanchez, em 8 de abril de 1934, dirigindo-se aos deputados da segunda Assembléia Nacional Constituinte e referindo-se aos parágrafos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 72 da Constituição de 1891, assim os qualificava:

“Esses preceitos representam a mais bela concepção liberal da democracia e o mais precioso patrimônio cívico do povo brasileiro. São o fruto sazonado da árvore da civilização e os revéberos do lídimo cristianismo que produziu a Reforma, a Renascença, a Revolução francesa, a Enciclopédia; dissipou as trevas medievais, estabeleceu o livre exame, aboliu a censura literária, extinguiu as fogueiras inquisitórias, derruiu a cidadela de Bastilha, proclamou os direitos do homem e do cidadão, sugeriu as invenções, inspirou sábios, suscitou os libertadores, iluminou os filósofos, aperfeiçoou a educação, desprendeu o pensamento.” (11)

(10) SORIANO, o. c., pág. 422.

(11) Documentos parlamentares, Anexos dos Annes da Assembleia Nacional Constituinte, Rio de Janeiro, 1936, Vol. III, pág. 188.

É um hino de exaltação ao espírito constitucional francês. Há uma importante diferença entre a Constituição brasileira e a americana. A brasileira proíbe uma religião oficial aliada ou dependente do governo da União ou dos Estados (art. 72, § 7º). Veda à União, como aos Estados, estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício dos cultos religiosos (art. 11, § 2º).

A Constituição americana diz que nenhum juramento religioso poderá ser exigido como condição para ocupar um cargo público de confiança dos Estados Unidos — "to any office or public trust under the United States". Donde se segue que os Estados podem exigir juramento religioso para os funcionários sob sua jurisdição.

E, de fato, Constituições de alguns Estados norte-americanos declaram incapazes para ocupar um cargo público, honorífico ou retribuído, aqueles que negam a existência de Deus. A Constituição de Maryland inclui a confissão de crença em um Ser Supremo no juramento que prestam os membros do seu Congresso e os funcionários de ordem executiva.

Quando o Congresso recebe na União um Estado novo, examina a sua Constituição e se esta não garantir aos seus cidadãos a liberdade religiosa não será recebido. (12)

A esta altura, perguntamo-nos se a Declaração Brasileira de 1891 se inspirou na Declaração Francesa de 1779 ou na Americana de 1776.

Devido ao caráter pacífico do povo brasileiro, não se verificaram no Brasil as carnificinas que se deram na França de 89. O receio de D. Macedo Costa de que "aquelas orgias sangrentas não se repitam aqui com o clero foragido, guilhotinado, afogado, metralhado; as Igrejas fechadas ou profanadas, umas feitas armazéns, outras estrebarias; culto católico interrompido, crucifixos atirados ao Rio Sena etc." não ocorreu no Brasil. (13)

A fórmula brasileira encontra-se numa posição medianeira entre a escola americana e francesa, é uma declaração conforme ao espírito brasileiro que, em sua história, não conheceu excessos de agressão, de intolerância, reflexo de um povo que soube amalgamar, numa consciência única, numa única língua, povos de diferentes raças. Podemos afirmar que ela contém letra francesa e espírito americano, pois a prática constitucional brasileira verificou um abrandamento nas Cartas constitucionais que se seguiram.

Todavia, a Declaração Brasileira, tal qual está vazada na Constituição de 1891, não é uma declaração isenta de qualquer restrição à liberdade religiosa, como a pretendia e desejava Rui Barbosa.

(12) Commentaries on the Constitution and law of the U.S. Cfr. SORIANO, o.c., pág. 422, nota 2.

(13) DORNAS, o.c., pág. 295.

Nós encontramos, de fato, uma acentuada profissão e uma verdadeira imposição do laicismo que não correspondia à realidade brasileira, aos sentimentos do povo brasileiro.

É verdade que a Constituição de 1891 era uma reação aos abusos, à violência, à perseguição religiosa que se desenvolveu durante o Império. Todavia, nesta reação houve excessos. A Constituição de 1891 apresentou-se mais liberal que os próprios liberais (14). Surpreendeu aos próprios liberais. Que a Constituição significou para a Igreja uma libertação do Regalismo, é evidente.

Mas, é claro também, que as conseqüências benéficas da separação da Igreja do Estado baseiam-se, principalmente, na liberdade de atuação conseguida pela autoridade eclesiástica e não nos princípios do liberalismo laicista que, no Brasil como em toda parte, estiveram impregnados de ateísmo.

Neste sentido escreve Tristão de Athayde: "O que se quis fazer em 91, foi justamente dar um golpe de força na influência religiosa, não só na vida política como na educação que ia preparar os homens políticos do futuro. A mentalidade de 1891 era nitidamente anti-religiosa. A "liberdade" que a Igreja obteve e que foi sem dúvida um progresso sobre a escravidão em que vivera no Império não foi um serviço que a "república" "entendeu" prestar-lhe. Se houve um avanço, foi "independente" da vontade dos constituintes. A mentalidade republicana julgava que a Igreja desaparecesse mais rapidamente com a separação. Não se separou dela para prestigiá-la. E sim, para evitar o que ele pensava ser o contágio de sua decadência e privá-la das forças do Estado. Este julgava que a Igreja não pudesse viver sem ele... A realidade porém mostrou ser outra." (15)

Por isso, podemos afirmar que o espírito da Declaração Brasileira de 91 é aquele preconizado por Rui Barbosa nesta afirmação:

"Se a República veio organizar o Brasil e não esmagá-lo, a fórmula da liberdade constitucional na República necessariamente há de ser uma fórmula cristã. Como aos americanos, pois, nos assiste a nós o jus de considerar o princípio cristão elemento essencial e fundamental do direito brasileiro." (16)

Esse espírito americano, e não francês, da Declaração Brasileira a respeito da liberdade religiosa, se não conseguiu manifestar-se claramente na Constituição de 91, desenvolver-se-á nas demais Constituições Republicanas.

Com efeito, Adroaldo da Costa, na Assembléia Constituinte, a 31 de janeiro de 1934, pleiteava a inclusão de alguns textos explícitos na nova Constituição de 34, para que "a interpretação da jurisprudência amanhã

(14) AGENOR DE ROURE, *A Constituinte Republicana*, Rio, 1918, Vol. II, pág. 167. Cfr. PACHECO, o.c., vol. X, pág. 126.

(15) TRISTÃO DE ATHAYDE, *Estudos* (4.ª Série), Rio de Janeiro, 1931, pág. 282.

(16) *Ibidem*, pág. 282.

encontre mais facilitada a sua tarefa e não possa vacilar na escolha de interpretação à americana que devera ter sido dada à Constituição de 1891, ao invés da interpretação francesa". (17)

O autor do projeto da Constituição de 91 foi Rui Barbosa; não há, pois, nenhum outro intérprete melhor do que que ele. Foi ele também o autor do decreto da separação da Igreja do Estado. Na chefia do Governo Provisório Republicano estava o Marechal Deodoro da Fonseca que afirmou, categoricamente, que não permitiria que se tocasse nos bens da Igreja.

Logo, esse espírito religioso americano, próprio aos brasileiros, à sua índole, e que os diferencia dos demais países latinos da Europa, explica o que H. Damante chama uma das muitas contradições da vida brasileira, quando escreve que a República, apesar de seu lastro de positivismo e laicismo, permitiu que se instaurasse o clima de verdadeira liberdade religiosa apoiado no bom senso e espírito apostólico dos Bispos. (18)

2) Neutralidade religiosa ou laicismo da Constituição?

Proclamada a República, o Governo Provisório, pelo Decreto nº 119-A, tratou de despojar a Religião Católica de suas prerrogativas de religião de Estado. A Constituição de 1891, que se afirmou anti-imperial em muitas das suas disposições, se manifestou como tal em matéria de religião, consignando preceitos que tendiam a estabelecer o laicismo de Estado.

Por motivo dessas disposições, chegou-se a mencionar o fato altamente lisonjeiro e significativo de que estiveram decretadas na 1ª Constituição republicana "disposições de liberdade religiosa, mais adiantadas que as de qualquer Constituição do tempo". Assim se expressou Agenor de Roure. (19)

Mas, para se chegar a tanto, travaram-se na Constituinte, através de ásperas divergências, acalorados debates.

Chegou-se por meio de emendas a uma tendência de hostilidade à própria Religião Católica. Estas emendas preceituavam a inelegibilidade dos padres, a proibição dos conventos, a expulsão dos jesuítas, a precedência obrigatória do casamento civil e a própria manutenção das leis de mão morta que eram anteriores à Independência. Estas leis impunham às comunidades religiosas a proibição de adquirir, possuir e alhear bens de raiz sem especial licença do Governo Civil, não faltando a disposição pela qual tais bens revertiam ao Estado no caso em que se verificasse uma infração desse impedimento.

Como conciliar o laicismo com a neutralidade religiosa do Estado?

(17) *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*, Rio, 1935, Vol. VII, pág. 188.

(18) H. H. DAMANTE, *Rio Branco e Santa Sé*, Revista *Vozes*, Petrópolis, maio, 1962, págs. 371/372.

(19) *Cfr.* PACHECO, o.c., Vol. X, pág. 126.

Inclui-se na concepção de liberdade religiosa a exigência da neutralização dos poderes públicos em face das diversas religiões ou seja a laicização de todos os serviços públicos.

Por esta concepção, exige-se que o próprio estado civil das pessoas seja secularizado e que se prescreva prioridade ou preferência para os atos civis correspondentes a atos religiosos como o batismo, o casamento, os funerais.

Então, estes atos religiosos só poderão ser praticados depois que, obrigatoriamente, tenham sido praticados os atos de registro de nascimento, de casamento civil e de óbito.

O ensino religioso será completamente abolido ou, pelo menos, não será admitido nas escolas públicas. Os cemitérios deverão ser invariavelmente secularizados e neles serão praticadas indistintamente todas as inumações, sem distinção de crença. A ninguém se negará a sepultura, sem qualquer discriminação. Serão também proibidas as ordens religiosas ou, pelo menos, vedadas ou tornadas dependentes de autorização as suas operações quanto aos bens materiais.

Os titulares do poder público, na sua qualidade oficial, não terão relações de aliança ou de dependência com as religiões e nem poderão participar de seus cultos.

O Erário não auxiliará nem subvencionará as religiões ou as suas atividades específicas. Em suma, os órgãos do Estado não manifestarão qualquer predileção ou assumirão atitude de preterição com respeito às crenças religiosas, suas manifestações e práticas.

Estas medidas, no seu todo ou em sua maior parte, podem ser consideradas como realizadoras de um grau máximo de liberdade religiosa, mas, em verdade, não têm alcançado um resultado adequado.

Na realidade, prevaleceu em grande número de casos a consideração de que, se a grande maioria dos súditos do Estado professa uma determinada religião, é admissível que nesse Estado os poderes públicos se conduzam dentro de uma certa predileção ou de uma certa deferência ao culto dessa religião, desde que isto não importe em preterir ou coagir as outras confissões.

No Brasil, os Constituintes de 1891, embora seduzidos por uma certa tendência à laicização do Estado, não chegaram a realizá-la completamente, pois rejeitaram diversas propostas que procuravam intensificar essa laicização.

Ficou assim no texto da Constituição apenas a marca dessa tendência.

Já na reforma de 1926 da Constituição, ingressou uma atenuação dessa tendência ao laicismo, com o acréscimo ao § 7º do art. 72 — “a

representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implica a violação deste princípio", isto é, do princípio da independência do Estado da Igreja.

Todavia a tendência ao laicismo é manifestada no Preâmbulo da Constituição que omitiu a referência ao nome de Deus, "omitindo qualquer manifestação de apreço aos sentimentos cristãos de nosso povo." (20)

Ora, o Preâmbulo é uma expressão solene de propósitos e desejos dos Constituintes e não uma declaração de normas, nem sequer de princípios. Quando se trata de um preâmbulo amplo, solene e majestoso, consoante a doutrina de muitos autores, ele é um excelente manancial de interpretação, porque vale como a síntese ou resumo autorizado e antecipado dos fins essenciais para que a Constituição foi criada.

Não se pode afirmar que a inclusão ou a exclusão do nome de Deus no texto constitucional faça com que a Constituição seja ou deixe de ser teocrática.

Pode haver a invocação da divindade, sem quebra da separação existente entre o Estado e a Igreja. E pode o nome de Deus não aparecer em seu preâmbulo e tratar-se de uma Constituição teocrática. É o que sucede precisamente com a Constituição do Vaticano (7-6-1969), cujo preâmbulo, sem qualquer referência à Divindade, está assim concebido: "De nossa própria iniciativa e sobre informações seguras, na plenitude de nossa autoridade soberana: Nós temos ordenado e determinamos ser observado, como lei do Estado, o que se segue." (21)

A omissão do nome de Deus na Constituição de 1891 reflete, pois, a orientação do laicismo da primeira Carta Constitucional da República.

O sentimento católico do povo brasileiro não foi destruído pela República, mas foi acrisolado no sacrifício de mais de quarenta anos de laicismo impenitente que quase destruiu por completo o seu organismo.

"A reação que ora se faz nesta Constituição de 1934 é mais uma necessidade vital que diz respeito à sua própria existência material e moral, do que uma reivindicação católica da quase totalidade da Nação." (22)

Sintomático é observar que as demais Constituições, com a exceção da ditadura de Getúlio Vargas, reinseriram no Preâmbulo da Constituição o nome de Deus, refazendo-se ao espírito da Constituição brasileira preconizado por Rui Barbosa.

Será também uma maneira de respeitar as convicções e os sentimentos religiosos do povo brasileiro. O laicismo da Constituição de 1891,

(20) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Vol. 1, Rio, 1963, pág. 306.

(21) SARASATE, *o.c.*, pág. 226.

(22) *Anuário da Assembléa Nacional Constituinte*, Rio, 1937, Vol. XXII, págs. 403/404.

em contraste com a neutralidade religiosa, figura, pois, no Preâmbulo que omitiu a invocação à proteção de Deus e em algumas restrições à liberdade religiosa, tais como a vigência do direito de mão morta, o ensino leigo nas escolas do Estado, a exigência da precedência do matrimônio civil à celebração do religioso e a exclusão dos religiosos do rol de eleitores.

Em outras palavras: nas relações Estado-Igreja.

3) Restrições à liberdade religiosa

Embora a Constituição de 1891 proclame a liberdade religiosa para todos os indivíduos e confissões e afirme sua independência absoluta de qualquer relação de dependência ou aliança com igrejas, permaneceram no texto constitucional algumas cláusulas e normas restritivas ao direito da liberdade religiosa.

I — Restrições para as associações religiosas

A liberdade religiosa é um direito inerente à pessoa como tal; portanto, diz respeito a todos: para crentes e não-crentes. O ateu também dá ao problema religioso uma solução, embora negativa; contudo, sua solução faz parte também do campo religioso.

A liberdade religiosa, que compete às pessoas tomadas singularmente, compete também às pessoas quando unidas em sociedades. As sociedades, as associações religiosas são um postulado que provém da natureza social dos seres humanos e da própria religião. Todas as confissões e as associações religiosas, portanto, têm direito à liberdade, não por causa de sua origem divina, como poderia reivindicar para si a Igreja Católica, mas pelo fato de serem estas associações um elemento essencial à natureza humana que para determinados valores se associa e se organiza. Isto não significa, portanto, declarar que todas as confissões religiosas estão no mesmo plano da verdade; o direito da liberdade religiosa faz abstração disso. O conteúdo da liberdade religiosa não é a veracidade de uma determinada religião; seu conteúdo negativo é a imunidade de coação.

O grupo religioso que é um grupo fundamental da sociedade quer se exprimir social e livremente. Antigamente a religião foi considerada uma personificação, uma entificação da nação. Hoje, todas as confissões e associações religiosas têm direito à liberdade religiosa, porque existem por força de uma decisão social do homem, independentemente de sua origem divina ou não.

E sendo que a cada direito corresponde o dever, o Estado respeitará sua liberdade, não considerando a origem divina da Igreja Católica, e sim a sua característica de manifestação social de um grupo.

Antigamente se julgava que as tarefas do Estado em campo religioso fossem idênticas às do indivíduo, ou seja, o Estado devia favorecer a verdadeira religião. O objeto do direito da liberdade religiosa, pelo contrário, é uma omissão, é abster-se da coação.

O ser humano não é posto em contacto com a verdade pela força. O uso dos meios coercitivos não tem sentido em campo religioso: o homem adere à verdade, pela luz que brilha na verdade, ou seja, pelo grau de evidência da verdade do objeto conhecido. A coação só pode produzir pessoas falsas, não sinceras. Além disso, a exigência da verdade leva o indivíduo a comportar-se de acordo com a verdade.

Ora, o comportamento humano só pode ser autêntico quando nasce de uma decisão interna, especialmente em matéria religiosa que é a parte mais delicada do ser humano.

Essa exigência de imunidade de coação é válida, seja para os católicos, para os crentes em geral, como para os que não crêem.

O Estado, portanto, não tem os mesmos deveres do indivíduo na procura da verdade religiosa; sua tarefa é respeitar a consciência do indivíduo humano, que é fundamento da dignidade humana, e deve garantir o exercício do direito da liberdade religiosa.

O Estado não é, pois, obrigado a defender a religião. Na verdade, as pessoas investidas dos poderes públicos por este fato não adquirem competência filosófica, religiosa para julgar; eles não têm autoridade para determinar o comportamento humano.

O Estado deve defender, sim, o exercício da liberdade religiosa, em seu duplícipe sentido de que ninguém pode ser obrigado a uma determinada religião e ninguém pode ser impedido de seguir uma determinada crença.

O direito à liberdade religiosa não é uma relação do indivíduo com a verdade: todo direito é uma relação intersubjetiva, entre sujeitos, por isso reclama-se a intervenção do Estado só para garantir a alternância da liberdade religiosa, ou seja, o direito de um e o dever do outro.

Se este é o conteúdo do direito à liberdade religiosa, do indivíduo e das associações, qual será sua extensão?

Todos os direitos fundamentais da pessoa se baseiam na dignidade humana, no fato de que as pessoas podem autodeterminar-se — são responsáveis. Por isso, todos esses direitos são um direito negativo.

Todo direito fundamental da pessoa humana é uma imunidade, consiste no fato de não ser impedido e não ser incomodado no seu próprio agir. Esta, pois, é a extensão do direito da associação religiosa: o de não ser impedido de celebrar o culto que achar mais conveniente e de organizar-se internamente, adquirindo, alheando os seus bens, manifestando

os conteúdos da própria crença. Isto não significa o direito de manifestar o erro, mas o direito de não ser impedido de manifestar a própria doutrina.

Note-se que, às vezes, o erro quando é descoberto pode ser corrigido: no embate entre erro e verdade, só a verdade sai ganhando. Finalmente, inclui-se nesse direito a possibilidade de dar vida a movimentos, inspirando-lhes suas crenças religiosas mesmo no campo material, na ordem temporal.

Portanto, a amplidão e a extensão dos direitos da liberdade religiosa das associações religiosas é a mesma que cabe ao indivíduo. Qual é o espaço ou a extensão dos direitos que a Constituição de 91 concede às associações religiosas?

A Constituição de 91 defrontou-se com o famoso direito da mão morta que oprimia e sufocava as ordens religiosas.

A Constituição de 1891 riscou tudo isso e colocou as associações religiosas sob o direito comum. Foi uma lição magistral a todos os países — França, Itália, Estados Unidos e Inglaterra — que haviam tomado outro caminho com relação aos bens eclesiásticos.

Contudo, ficou uma cláusula restritiva que só desapareceu com a Constituição de 1946. ⁽²³⁾

Na verdade, a Constituição de 91 não conseguiu extinguir todas as restrições vigentes a respeito dos bens eclesiásticos. O artigo 72, no seu parágrafo 3º, parecia dar às associações religiosas o mesmo tratamento jurídico das demais associações garantidas pela Constituição.

Parecia, mas do fato de mencionar esse parágrafo apenas a aquisição de bens, não mencionando a sua conservação e nem a conseqüente disponibilidade, sustentou-se que perduravam as velhas restrições. ⁽²⁴⁾

O Congresso aboliu só uma das limitações postas pelas leis de amortização, ou seja, a necessidade de licença do Governo para aquisição de bens de raiz, deixando em vigor as demais restrições.

Concede a Constituição de 1891 às associações religiosas a faculdade de adquirir segundo o direito comum, isto é, livremente, mas nada estabeleceu sobre a livre alienação. "Adquirindo bens, e observadas as disposições do direito comum", diz o texto constitucional. Adquirir não é o mesmo que dispor.

Continuaram, pois, vigentes as disposições relativas à conversão dos bens imóveis das ordens, irmandades e institutos em apólice da dívida pública interna.

E assim se procedeu. Esta foi também a praxe do Supremo Tribunal Federal.

(23) Art. 141, § 7.º, da Constituição de 1946: "As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma de lei civil".

(24) PACHECO, o. c., Vol. X, 1965, pág. 137; BARBALHO, o. c., págs. 411/412.

II — Restrições ao Casamento

A Constituição republicana só reconhece o casamento civil, desconhecendo a existência e o valor do qualquer matrimônio religioso.

Isto foi estabelecido em nome da liberdade religiosa, em nome da neutralidade dos poderes públicos, mas sobretudo em nome do laicismo marcante da 1ª Constituição republicana.

Este fato já representa uma restrição à liberdade religiosa: pois os cidadãos, não querendo abandonar o matrimônio religioso, sujeitam-se a celebrar dois matrimônios: o civil, perante a autoridade do Estado, e o religioso, perante Deus e a Igreja. É a realidade dos fatos que se rebela à imposição das leis. A instituição do casamento civil, feita para salvar a liberdade dos não-crentes, não levou em conta o sentimento religioso da universalidade do povo brasileiro.

A legislação matrimonial pertence à categoria das doutrinas "mistas", em que o Estado e a Igreja têm sua esfera de competência; ela requer prévio entendimento e mútua colaboração.

Não obstante o fato da atenuação do laicismo das Constituições posteriores, no Brasil ainda se verifica, na maior parte dos casamentos, uma dúplici celebração, a do civil e a do religioso, quando seria suficiente uma só.

Todavia, a restrição à liberdade religiosa, neste setor, se tornou mais grave quando se exigiu a obrigatoriedade da precedência do ato civil ao ato religioso, sancionando uma pena no artigo 284 do Código Penal:

"Celebrar o ministro de qualquer confissão as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil: Penas de prisão celular por um a seis meses e de 100\$ a 500.000\$." (25)

E que este artigo, esta sanção, tenha sido posta em prática, pudemos verificar quando citamos o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 18 de abril de 1893.

Não se justifica, a nosso modo de ver, a coação da precedência do ato civil ao religioso para que penetre na consciência popular a convicção de que, perante a lei, só o casamento civil forme e legitime a família e confira direitos civis. (26)

Assim não justifica, a nosso modo de ver, o receio de que uma parte do clero católico, com atos de acentuada oposição e resistência à execução do decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observância da prescrição civil, pretenda anular o casamento constitucional da família. (27)

(25) ANTÔNIO BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-Práticas ao Código Penal do Brasil*, Vol. I, Rio, 1929, pág. 499.

(26) *Anaes do Congresso Constituinte*, Vol. I, pág. 84/81. BARBALHO, o.c., pág. 415.

(27) BARBALHO, o.c., pág. 418.

O fato de que as Constituições posteriores deixaram liberdade, quanto a precedência do matrimônio civil ao religioso, demonstra que não houve nenhum atentado ou destruição do casamento civil.

Ademais, existia na época uma certa incongruência. A Constituição não estabelecia a precedência obrigatória do casamento civil. A Comissão do Congresso Constituinte sustentava a opinião que permaneciam em vigor as leis ordinárias a esse respeito. Existiam decretos ministeriais sobre a precedência do matrimônio civil que traduziam uma certa contradição ou pelo menos incertezas. Vejamo-las.

O Decreto nº 181 que promulgou a lei sobre o casamento civil nada estabeleceu sobre sua precedência obrigatória ao casamento religioso, (28)

O Decreto nº 521, por sua vez, determina a precedência obrigatória do casamento civil. (29)

O Código Penal, de 11 de outubro de 1890, é claro a esse respeito, estabelecendo, em seu artigo 284, uma pena à violação desse preceito.

Ora, acontece que o Aviso Circular, de 15 de abril de 1891, do ministro da Justiça, Barão de Lucena, declara:

“A Constituição não proíbe a precedência das cerimônias religiosas à celebração do casamento civil, como estatuiu o Decreto nº 521, de 26 de junho do ano passado.” (30)

O próprio Antônio Bento de Faria, em sua obra, comentando o artigo 284 do Código Penal, o declara caduco em vista do Aviso Circular citado.

João Barbalho cita alguns Avisos (31) que divergem da opinião que ele mesmo defende e acrescenta: constituem meros pareceres dos ministros que os subscreveram e, conseqüentemente, não têm força de lei, não obrigam aos poderes públicos nem aos cidadãos, *ex vi* da índole do nosso sistema constitucional.

Todavia, o mencionado jurista não cita o Aviso Circular, de 15 de abril de 1891, do Barão de Lucena.

É um fato que a Constituição não fala de precedência obrigatória do casamento civil; falam sim as treze emendas que não foram votadas

(28) Art. 108 do Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890: “Fica em todo caso salvo aos contraentes observar antes ou depois do casamento civil, as formalidades e cerimônias prescritas para a celebração do matrimônio pela religião deles”. — *Coleção das Leis*, Rio, 1890, 1.º Fascículo, de 1 a 31 de janeiro de 1890, pág. 38.

(29) Artigo 1.º do Decreto n.º 521, de 26 de junho de 1890: “O casamento, único válido, nos termos do artigo 108 do decreto de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solemnizá-lo os nubentes”. — Artigo 2.º: “O ministro de qualquer confissão que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo. — Parágrafo único: No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas”. — Cfr. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, acompanhada das Leis Orgânicas Publicadas de 15 de novembro de 1889, Rio, 1891, pág. 303.

(30) *Ibidem*, pág. 526.

(31) Aviso n.º 15, de 13 de março de 1891; Aviso n.º 24, de 22 de agosto de 1891; Aviso n.º 27, de 24 de agosto de 1891; Aviso n.º 35, de 11 de dezembro de 1891; Aviso n.º 39, de 31 de dezembro de 1891. Cfr. BARBALHO, *o. c.*, pág. 414.

durante o Congresso: algumas delas pleiteavam a supressão total do parágrafo 4º do artigo 72 e outras a supressão da segunda parte do parágrafo, relativa à precedência obrigatória do casamento civil.

É certo, a nosso modo de ver, que não pode haver coação para o indivíduo, mesmo com a finalidade de querer um bem. Seria violar a dignidade da pessoa humana que se funda na responsabilidade que o homem tem de decidir de seu destino.

Nenhum ser humano pode ser impedido de organizar religiosamente a sua vida. Portanto, a celebração do matrimônio religioso é um fato que escapa à competência do poder do Estado, uma vez que se respeita a ordem pública.

E também à Igreja Católica, como a qualquer outra confissão, em nome da liberdade religiosa, compete o direito de organizar-se e orientar os seus membros, segundo seus princípios, desde que nada se faça contra a moral e ordem pública.

Sustentar a obrigatoriedade da precedência do matrimônio civil ao ato religioso, pelo receio de que a Igreja Católica possa destruir ou eliminar o matrimônio civil, é querer manter uma grave restrição à liberdade das confissões religiosas proclamada pela República, prescindindo do fato que a Igreja Católica sempre admitiu e defendeu a competência do Estado, na legislação dos efeitos civis do matrimônio. (32)

III — Restrições ao ensino

A Constituição de 1891 elevou à altura de um direito constitucional o laicismo do ensino oficial. Conseqüência da liberdade do indivíduo e da consciência religiosa é a liberdade de ensino.

Como se concilia a liberdade de ensino com o laicismo do ensino oficial? Em outras palavras, qual é a tarefa do Estado em relação ao ensino? A laicidade absoluta não é, porventura, uma forma de intervenção do Estado nas consciências, enquanto contribui para a formação do espírito leigo, hostil a qualquer manifestação de natureza religiosa? Pode-se afirmar que o Estado leigo não é o Estado neutro, mas intervencionista, enquanto proíbe o ensino religioso?

O Concílio Vaticano II, em sua declaração sobre a liberdade religiosa, lembra que os sujeitos do direito à liberdade religiosa, além dos indivíduos e das associações religiosas ou comunidades religiosas, são também as famílias. (33) Este direito da família abrange as relações das famílias com as outras e com os poderes públicos. A relação religiosa entre pais e filhos constitui também um aspecto muito importante, não considerado nesta sede, porém.

Os protagonistas da sociedade doméstica são os pais. Eles têm o direito de organizar a vida religiosa da família. Os outros têm o dever de deixar à família essa responsabilidade.

(32) Cfr. Can. 1.016 e Can. 1.001.

(33) Cfr. N.º 5 da Declaração *Dignitate Humanae*.

Além disto, os pais não só têm direito de organizar internamente a família, mas também de orientá-la no campo religioso com relação às outras famílias, à escola e às outras atividades sociais.

E quando a escola pública exclui o ensino religioso? E quando o Estado, embora proclame a liberdade religiosa, não cria o ambiente propício à educação religiosa?

Os poderes públicos têm o dever de reconhecer e respeitar esse direito dos pais. Faltariam ao direito da liberdade religiosa, quando eles impusessem uma educação sem formação religiosa (é o caso dos Estados totalitários) ou quando obrigassem os jovens a assistirem às aulas de Religião em contraste e oposição à mentalidade religiosa dos próprios pais (é o caso de alguns Estados confessionais).

Há também uma violação dos direitos dos pais à liberdade religiosa com os respectivos deveres quando, embora formalmente reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos, se torna de fato impossível, ou quase, o concreto exercício desses direitos.

Isto acontece nos casos em que, enquanto os cidadãos são obrigados indistintamente a contribuir para a manutenção de um sistema de escolas abertas para todos, não se lhes oferece a possibilidade de iniciativas educativo-religiosas que correspondam à própria convicção religiosa.

Por isso, a Declaração Conciliar afirma: "deve ser reconhecido pelo Poder Civil aos pais o direito de escolher com verdadeira liberdade as escolas e os outros meios de educação. Para essa liberdade de escolha, os pais não devem ser onerados nem direta nem indiretamente por pesos injustos". (34)

Se isso não ocorrer, embora se declare na Constituição que todos os cidadãos são iguais perante a lei, nascerão discriminações naqueles que têm meios econômicos para poder garantir o exercício de seu direito.

Nem sempre os pais, na verdade, têm recursos econômicos para pagar as escolas particulares.

Finalmente, o direito à liberdade religiosa exige que todos os indivíduos, os grupos sociais, a Igreja, os poderes públicos cooperem positivamente para o exercício efetivo desse direito, cada um conforme o modo que lhe é particular, levando em conta a obrigação para com o bem comum. (35)

A esse respeito, afirma a Encíclica **Pacem in Terris**:

"Na época moderna, a atuação do bem comum encontra a sua base e seu fundamento nos direitos e nos deveres da pessoa. Por isso, os deveres específicos dos poderes públicos consis-

(33) Cf. N.º 5 da Declaração *Dignitate Humanae*.

(34) PAVAN, *La Libertà Religiosa*, o.c., pág. 147.

(35) Declaração *Dignitate Humanae*, n.º 6a.

tem sobretudo em reconhecer, respeitar, harmonizar, garantir e promover aqueles direitos; contribuir afinal para tornar mais fácil o cumprimento dos mesmos deveres." (36)

O primeiro dever, portanto, dos poderes públicos, com relação à liberdade religiosa, é reconhecer aquele direito. Não se trata, pois, de dirigir ou impedir os atos religiosos: isso foge à competência do Estado.

Já não se pode sustentar a opinião que atribuía ao Estado o obrigação de procurar a verdade religiosa. O indivíduo realiza seu encontro com a verdade, livremente, na intimidade de sua consciência, sendo responsável de seu destino e decisão. Nisto consiste a dignidade humana. O Estado deve respeitar esta esfera íntima, particular, inviolável da pessoa humana. Uma vez, porém, que esse direito supõe o dever por parte dos outros de respeitar esta dignidade, os poderes públicos são obrigados a defender o direito à liberdade em matéria religiosa, assegurando a todos os cidadãos, com leis justas e com outros meios idôneos, o exercício eficaz da liberdade religiosa. Deve, pois, o Estado garantir a harmonia entre os direitos dos vários cidadãos e compor qualquer violação que esse direito possa sofrer, seja por parte dos cidadãos, seja por parte de funcionários públicos. (37)

Deve, finalmente, o Estado promover e favorecer o direito à liberdade religiosa auxiliando o seu exercício, agindo de tal modo que não falem aos cidadãos os meios para cumprir seus deveres no campo religioso.

Se a finalidade e a razão de ser dos poderes públicos é a atuação ou realização do bem comum, isto é, a criação de um ambiente social no qual os indivíduos encontrem meios e incentivos para realizar seu próprio desenvolvimento integral, não podem ser esquecidos ou desconhecidos aqueles meios que dizem respeito à vida religiosa.

Desta forma, poderá ser realizado na comunidade política o culto devido a Deus, acompanhado dos benéficos influxos sobre a vida social. Na profissão sincera e vivida da religião é que se alimenta o sentido moral que leva todos os cidadãos a agir em todos os setores da vida com atitude de responsabilidade, de recíproca compreensão e fecunda colaboração. (38)

Por isso, o espírito da Declaração Brasileira de 1891, um tanto ofuscado pelo laicismo que aboliu o ensino religioso oficial, atuará nas Constituições republicanas posteriores, quando será admitido na Carta Constitucional o ensino religioso facultativo.

(36) Encíclica *Pacem in Terris*, n.º 59.

(37) Declaração *Dignitatis Humanae*, n.º 6b.

(38) PAVAN, *La Libertà Religiosa*, o. c., pág. 153.

OBSERVAÇÃO:

A seção seguinte deste trabalho será publicada no número 43 da REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA.