

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1974 — ANO XI — NÚMERO 44

A LIBERDADE RELIGIOSA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

(Estudo filosófico-jurídico comparado)

4.^a PARTE (*)

PE. JOSÉ SCAMPINI, SDB

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

PONTIFÍCIA UNIVERSITAS LATERANENSIS
FACULTAS PHILOSOPHIAE

Tese de Láurea

SEGUNDA PARTE

SEÇÃO TERCEIRA

A Liberdade Religiosa na Ditadura (1937-1945)

CAP. I: ANÁLISE FILOSÓFICO-JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1937

- 1) O laicismo de Estado
- 2) A liberdade de culto
- 3) A personalidade jurídica das Associações Religiosas
- 4) A secularização dos cemitérios
- 5) O ensino religioso

CAP. II: CONSEQUÊNCIAS FILOSÓFICAS

- 1) A involução religiosa da Carta de 1937
- 2) A tarefa do Estado no direito da liberdade religiosa

(*) Vide Revista de Informação Legislativa n.ºs 41, 42 e 43.

SEÇÃO QUARTA

A LIBERDADE RELIGIOSA NA TERCEIRA REPÚBLICA
(1945-1964)

CAP. I: ANÁLISE FILÓSOFICO-JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

- 1) A Independência religiosa do Estado
- 2) A liberdade de consciência, de crença e de culto
- 3) A escusa de consciência
- 4) Assistência Religiosa
- 5) Disposições Constitucionais de 46 similares à Constituição de 1934

CAP. II: CONSEQÜÊNCIAS PRÁTICAS

- 1) As religiões afro-brasileiras
- 2) O Mandado de Segurança nº 784, do Tribunal Federal de Recursos
- 3) Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 10 de dezembro de 1922
- 4) O mandado de segurança a favor da Igreja Católica Apostólica Brasileira

CAP. III: CONSEQÜÊNCIAS FILOSÓFICAS

- 1) O desenvolvimento da liberdade religiosa na Carta de 1946
- 2) Incertezas na Constituição

SEÇÃO TERCEIRA

A Liberdade Religiosa na Ditadura
(1937-1945)

CAPITULO PRIMEIRO

Análise Filosófico-Jurídica da Constituição de 1937

A Constituição de 1937 foi outorgada num golpe de Estado, a 10 de novembro, em plena campanha presidencial, pelo próprio chefe do Governo, Getúlio Vargas, sob uma justificativa falsa como tantas outras emanadas do arbítrio. ⁽¹⁾

1) SARASATE, o.c., pág. 17.

Com efeito, no preâmbulo da Constituição se lêem as seguintes afirmações: O povo está com sua "paz política e social profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem; notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, com a extremação de conflitos ideológicos tendentes a resolver-se em termos de violência e colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil". Ainda mais: "a infiltração comunista se torna dia a dia mais extensa e profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente".

Conhecida vulgarmente e durante muito tempo como "a polaca", por ter buscado a inspiração na Constituição da Polônia, a Carta de 1937 somente chegou a ser executada naquelas partes em que conduzia ao paroxismo o poder presidencial, com a substituição do Congresso nela mesmo instituído pela competência legiferante do Ditador. Este deixou de submeter o texto da Constituição ao plebiscito nacional, de realizar as eleições previstas, bem como de constituir o Parlamento que nunca se reuniu durante todo o "Estado Novo".

"Pode-se dizer — comenta Pacheco — que a Constituição esteve permanentemente suspensa por todo o seu período de vigência em tudo o que pudesse obstar ao exercício totalitário e irrestrito do Poder individualizado e ditatorial." (2)

"Não se tendo realizado o plebiscito dentro do prazo estipulado pela própria Constituição — escreve Francisco Campos — **magna pars** na elaboração desta Carta —, a vigência desta, que antes do plebiscito seria de caráter provisório, tornou-se inexistente. A Constituição de 37 não teve, portanto, vigência constitucional. É um documento de caráter puramente histórico e não jurídico." (3)

De 1937 a 1945, o Brasil viveu praticamente sem Constituição sob o domínio *incontrastável* da ditadura.

Reuniremos nesse capítulo os poucos dispositivos legais referentes à liberdade religiosa para depois verificar se houve progresso ou involução no que diz respeito ao direito da liberdade religiosa.

1) O laicismo de Estado

"É vedado à União, aos Estados e aos Municípios estabelecer, subvencionar o exercício dos cultos religiosos." (4)

A Constituição de 37 repete o mesmo dispositivo de separação da Igreja e do Estado, suprimindo a cláusula introduzida na Constituição de 34 "sem prejuízo da colaboração recíproca". É, pois, uma solene reafirmação do laicismo de 1891. Como escreve Pontes de Miranda, a

2) PACHECO, o.c., vol. I, pág. 267.

3) SARASATE, o.c., pág. 18.

4) Art. 32, b.

Constituição de 1937 saltou 1934 e voltou a 1891 no que se refere à laicidade de Estado. (5)

O espírito de laicismo da Constituição ressalta logo à primeira vista desde o seu preâmbulo.

Todas as Constituições brasileiras levam no preâmbulo a invocação ao nome de Deus, com a exceção das Constituições de 91 e de 37.

Neste preâmbulo, em vez de princípios de ordem política, filosófica e religiosa, encontramos uma série de considerandos para justificar ao povo a atitude discricionária do ditador. Tinha razão Rui Barbosa quando afirmava que liberdade e religião são sócias e não inimigas. "Não há religião sem liberdade — dizia ele —, assim como não há liberdade sem religião." (6)

A religião é muito mais necessária nas Repúblicas do que nas Monarquias e muito mais ainda nas Repúblicas democráticas do que em todas as demais. Como seria a sociedade se, afrouxando o laço político, não estreitasse o vínculo moral? (7)

A Constituição de 1937 é similar nos dispositivos que dizem respeito à liberdade religiosa à Constituição de 1891: riscou o progresso da liberdade religiosa alcançada pela Constituição de 34.

Desapareceu da Constituição a assistência religiosa às forças armadas, nos hospitais e em outros estabelecimentos prescrita pelo art. 113, § 6º, da Constituição anterior. Desapareceu o dispositivo relativo ao serviço militar dos eclesiásticos que, sendo a Constituição precedente, era prestado sob forma de assistência espiritual e hospitalar às forças armadas (art. 163, § 3º).

Enquanto a Constituição de 91, na emenda de 1926, mantinha a representação diplomática junto à Santa Sé, imitada pela Constituição de 34, a atual silencia sobre o assunto.

A Constituição de 1937 não cogitou do casamento civil e nem do casamento religioso. Deixou o assunto para a legislatura ordinária.

A lei, portanto, podia adotar só o casamento civil ou só o casamento religioso ou os dois.

O único problema que podia existir era saber se a legislação sobre o casamento religioso fora revogada pela nova Constituição.

A resposta, no dizer de Pontes de Miranda, deve ser negativa, porque se tratava de um dos casos em que as regras da Constituição de 34 lograram continuar como regras de legislação ordinária. (8)

5) PONTES DE MIRANDA, o.c., vol. V, pág. 125.

6) PACHECO, o.c., vol. IV, pág. 260.

7) *Ibidem*, pág. 260.

8) PONTES DE MIRANDA, o.c., vol. VI, pág. 213.

Em abono desta tese, existe a Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, que regulou o casamento religioso para os efeitos civis.

Todavia, não podemos esquecer que, embora na Constituição de 37 não figurasse a assistência religiosa às forças armadas, durante a 2ª Guerra Mundial, com “o estado de guerra”, de 1942 a 1945, criou-se o serviço religioso junto à Força Expedicionária Brasileira (FEB), com os chamados capelães militares. (9)

2) A liberdade de culto

“Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente seu culto.” (10) Nesse artigo também há uma volta ao laicismo de 1891. Enquanto a Constituição de 34 afirmava largamente a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, a Constituição de 37 assegura somente a liberdade de culto.

Sabemos que a liberdade religiosa compreende três aspectos: a liberdade de consciência, de crença e de culto.

É sintomático que a Constituição de 37 tenha desprezado, ou pelo menos não tenha incluído entre os direitos e garantias individuais, a liberdade de consciência, que é o fundamento da liberdade de culto.

Talvez a explicação desse fato resida na natureza da Constituição de 37, que difere de todas as outras pelo seu caráter artificial, inatural, arbitrário e ditatorial.

Foi dito que a liberdade não é uma instituição jurídica e nem pode tornar-se instituição organizada e formal de direito público.

É Carlos Schmitt que o afirma, em seu **Freiheitsrechte und institutionelle Garantien**. (11) É uma experiência interior e exterior do ser livre.

Essa recusa, essa extrajuridicização da liberdade é a porta falsa de saída que pensam encontrar todos os que se recusam a ver que a elevação do homem indivíduo e a dignidade da pessoa humana é correlativa a certa formação de direitos acima dos Estados.

A primeira parte da tese de Schmitt, ou seja, a liberdade não é instituição jurídica, é falsa. O que é verdade é uma outra proposição: as verdadeiras liberdades não são só instituições de direito público interno ou simples garantias constitucionais.

9) Decreto n.º 6.535, de 26-5-1941. Esse serviço foi definitivamente organizado pelo Decreto n.º 8.921, de 26-1-1946, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 9.505, de 23-7-1946. JACQUES, o.c., pág. 221.

10) Art. 122, § 4.º

11) Cfr. PONTES DE MIRANDA, o.c., vol. V, pág. 108.

Escreve Pontes de Miranda:

“A propriedade que não é liberdade é uma garantia constitucional; a liberdade de comerciar que é falsa liberdade, por ser estranha extensão à personalidade, é garantia constitucional.

Mas a liberdade física e a de consciência, a liberdade de emissão de pensamento e as outras mais, essas são verdadeiras liberdades e não são simples garantias ou concessões do Estado, mas direitos inerentes à pessoa humana e que estão acima dos direitos do Estado.”

“Mais grave do que a afirmação de Carlos Schmitt, foi a exclusão da liberdade de consciência, feita de má-fé, na Constituição de 1937.” (12)

“Procurando obviar à inteligência restrigente do enunciado — escreve o citado autor —, ressalta ao mais leve exame técnico que a Constituição de 1937 não se referiu à liberdade de consciência, que é, em verdade, um dos direitos acima dos Estados.”

Pergunta-se: A omissão tem como conseqüência o fato de não haver segurança constitucional de tal direito profundamente humano?

Se assim fosse, haveria um absurdo no texto constitucional, considerando quanto ele prescreve no art. 123:

“A especificação das garantias e direitos enumerados não exclui outras garantias e outros direitos resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição.”

Em todo caso, teria sido melhor que a Constituição explicitasse o direito da liberdade de consciência, fundamento da dignidade humana, raiz de todos os outros direitos individuais.

3) A personalidade jurídica das associações religiosas

“Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.” (13)

Essa declaração é um retorno à restrição dos bens dos religiosos própria da Constituição de 91, um retorno aos princípios das leis de “mão morta”. Trata-se de uma involução, de um salto qualitativo. Volta-se aos tempos antigos. Embora a Constituição de 91 tivesse extinto o direito da “mão morta”, permitindo aos religiosos adquirir bens, permaneciam

12) PONTES DE MIRANDA, o.c., vol. V, pág. 109.

13) Art. 122, § 4.º

intactas outras disposições da lei morta, quanto ao alhear e dispor dos próprios bens.

A Constituição de 91 fala só em adquirir, não em dispor. Também a Constituição de 37, repetindo o mesmo texto de 91, não fala em alhear, dispor, mas apenas em adquirir.

Essa restrição não se justifica perante o princípio da liberdade religiosa, considerando-se sobretudo o progresso consignado pela Constituição de 34, quando estabelecia que as associações religiosas adquiriam personalidade jurídica nos termos da lei civil (art. 113, § 5º).

4) A secularização dos cemitérios

"Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal." (14)

A Constituição repete o mesmo artigo 72, § 5º, da Constituição de 1891, eliminando, porém, a cláusula "ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis".

A Carta de 1937 volta a excluir os cemitérios privados, desconhecendo a existência de numerosos cemitérios particulares, especialmente os das associações religiosas.

A elisão da cláusula final do art. 72 da Constituição de 91 não teve a consequência de tornar absoluta a garantia constitucional do exercício dos cultos nos cemitérios. O texto de 1937 não contém qualquer princípio de liberdade de culto que pudesse ser referido ao § 5º do art. 122. (15)

Não está, pois, garantida constitucionalmente a liberdade de culto nos cemitérios. É uma falha técnica constitucional, a não ser que aceitemos a opinião de que no inciso 5 do art. 122 esteja implícita a disposição.

"A Constituição de 1937 — escreve Pacheco —, no inciso 5 do art. 122, reproduziu os mesmos requisitos da Carta de 34, não explicitamente, mas deixando naturalmente implícito o exercício livre dos cultos religiosos." (16)

Escreve, por sua vez, Pinto Falcão:

"No art. 122, § 5º, a Carta de 37 foi sintética. Não se referiu à obrigação contida na parte final do dispositivo de 1934 que prescrevia às associações religiosas que mantinham cemitérios particulares a proibição de recusa de sepultura onde não houvesse cemitério secular." (Art. 113, § 7º)

14) Art. 122, § 5.º

15) PONTES DE MIRANDA, o.c., vol. V, pág. 134.

16) PACHECO, o.c., vol. X, pág. 145.

"Mas nem por isso — continua o citado autor — o Tribunal de Minas Gerais, em Acórdão de 23-11-1943, da lavra do Desembargador Leão Starling, deixou de acentuar: "Não tem, porém, procedência jurídica o ponto da sentença em que se procura sustentar que o acusado não estava juridicamente obrigado a conceder inumação a qualquer pessoa no campo santo por se tratar de cemitério particular." (17)

Admitir esse princípio seria ir de encontro ao direito positivo, substanciado no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 789, de 27 de setembro de 1890. Além disto, pode-se sustentar que a parte final da de 1934, não reproduzida nas Constituições subseqüentes, não sendo com elas incompatíveis, continuava a vigorar como lei ordinária.

O Direito Constitucional tem um princípio de conservação, segundo o qual as normas de uma Constituição não reproduzidas na posterior, se com elas não incompatíveis, passam a valer como meras leis ordinárias.

5) O ensino religioso

"O ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de freqüência compulsória por parte dos alunos." (18)

Substancialmente, o artigo é similar ao art. 153 da Carta de 34. Reafirma-se o caráter facultativo do ensino religioso, tanto no que diz respeito à religião professada pelo aluno quanto no que se refere ao próprio ensino e freqüência às aulas.

"A fim de evitar a perturbação nos horários para aqueles alunos que não quisessem aceitar o ensino religioso — escreve Cavalcanti —, havíamos sugerido à Comissão que elaborou, por determinação do Governo Provisório, o anteprojeto de Constituição a Idéla de excluir do horário as aulas de ensino religioso, embora o mesmo pudesse ter lugar após o horário comum." (19)

Já afirmamos o inconveniente de reservar as aulas do ensino religioso após o horário das aulas, pois isto seria para o aluno uma pena, um castigo e ao mesmo tempo poderia significar que as aulas de religião não têm o mesmo valor das demais.

Sobre a questão da neutralidade do Estado face ao ensino religioso, remetemos o leitor ao que foi dito a respeito quando se debateu o problema do ensino religioso na Constituição de 1934.

17) FALCÃO, o.c., pág. 106.

18) Art. 133.

19) CAVALCANTI, o.c., pág. 100.

CAPÍTULO SEGUNDO

Conseqüências Filosóficas

1) A Involução religiosa da Carta de 1937

A Constituição de 1937 representa, sem dúvida, um regresso no caminho constitucional da liberdade religiosa. Explica-se em parte pelo fato que esta Constituição é um quisto, uma exceção dentro das Constituições brasileiras, obra de imposição de uma ditadura.

O próprio preâmbulo, longe de ser uma invocação à proteção de Deus e a declaração de propósitos de defender a liberdade da Nação, é uma justificação do arbítrio do poder que vai ser implantado.

Esta característica anormal de uma Constituição que não foi aprovada por um plebiscito e que não conheceu um Parlamento explica, pois, em parte, a pobreza da Constituição na declaração dos direitos do homem e a involução religiosa que esta Constituição apresenta, quando comparada com a Carta de 34.

Há uma volta à tendência laicista da Carta de 91. A Constituição de 1937 silencia sobre temas que envolvem a liberdade religiosa em si ou sobre as tarefas que incumbem ao Estado, enquanto ele é obrigado a procurar o bem comum integral dos cidadãos.

Em particular, não cogita em casamento civil e religioso, deixando à legislação ordinária a faculdade de legislar. Deixou de mencionar assistência religiosa às Forças Armadas, nos hospitais, nas penitenciárias e nos estabelecimentos de internação coletiva. Não se refere à representação diplomática junto à Santa Sé.

Quando a Constituição de 37 reafirma o princípio da proibição de relação de dependência ou aliança com qualquer culto ou igreja, deixa propositalmente a cláusula de 34 "sem prejuízo da colaboração recíproca em prol de interesse coletivo".

É uma declaração, portanto, laicista do Poder que recusa ao Estado uma atitude positiva com relação ao fenômeno religioso.

Ao Estado não cabe apenas conhecer, respeitar e tutelar o direito da liberdade religiosa, mas também promover o ambiente propício para um exercício efetivo dessa liberdade.

Não sabemos se atribuir a uma falta técnica constitucional ou a um regresso no direito da liberdade religiosa a inclusão de certas restrições superadas pelo progresso da civilização ocidental.

A Constituição de 37, repetindo os mesmos dizeres da de 1891 quanto à capacidade jurídica das associações religiosas, ressuscitou em parte as restrições das leis "de mão morta".

Com relação aos cemitérios, a Constituição é tão sintética que deixa margem a dúvidas sobre a garantia da liberdade de culto nos Campos Santos. Os autores são obrigados a fazer recurso a um princípio do direito constitucional, segundo o qual vigoram os dispositivos da Constituição anterior que não estiverem em conflito com a vigente.

A exclusão ou o silêncio sobre os cemitérios particulares representa também uma restrição à liberdade religiosa, quando a Constituição de 34 era tão explícita em afirmar sua existência e em garantir a liberdade religiosa, proibindo aos cemitérios particulares a recusa de sepultura onde não houvesse cemitério secular.

Não se nota, pois, na Constituição o propósito de garantir a liberdade religiosa, aliás, nem as outras liberdades, preocupada tão-somente com o poder.

As faltas técnicas de que falávamos são atribuídas ao fato que a Constituição foi outorgada, e não aprovada por uma Constituinte.

Na declaração do direito da liberdade religiosa, a Carta de 37 se limita à liberdade de culto, deixando de especificar a liberdade de consciência e de crença, muito mais ampla, mais cônsona à dignidade da pessoa humana.

Trata-se de um direito que está acima do Estado e que, portanto, não encontra lugar numa Constituição que consigna o poder discricionário do ditador.

Contudo, permanece na Constituição o dispositivo referente ao ensino religioso, facultativo, como matéria do curso ordinário nas escolas primárias, normais e secundárias. Poderia parecer este fato uma incongruência diante do estilo e da orientação geral da Carta de 37.

Não devemos, porém, esquecer que foi o próprio Presidente da República, Getúlio Vargas, então chefe do Governo Provisório, que em 1931, pelo Decreto de 30 de abril, abriu as portas dos estabelecimentos escolares ao ensino religioso. Julgamos, portanto, esse dispositivo da Constituição em consonância com o referido decreto.

Finalmente, notamos um abrandamento da laicização da Constituição com a instituição do serviço religioso junto a Força Expedicionária Brasileira durante a 2ª Guerra Mundial.

Comparando a Constituição de 34 com a de 37, ressalta a pobreza espiritual desta última, em contraste com o progresso alcançado em 1934 no Direito Constitucional brasileiro e em todos os países do mundo.

2) A tarefa do Estado no Direito da liberdade religiosa

Na análise da Constituição de 37, acabamos de verificar que a liberdade religiosa não é suficientemente garantida, porque nela o Estado se

declara laicista, ou pelo menos indiferente ao problema religioso. É laicista em algumas restrições, leigo em outros dispositivos legais.

Ora, qual é a tarefa do Estado em relação ao direito da liberdade religiosa?

Na época moderna houve uma grande transformação na cultura, que incidiu profundamente no significado da liberdade religiosa.

Com respeito aos indivíduos, mudou a relação que existia entre a pessoa e a verdade, entre a pessoa e o valor espiritual em geral, entre os direitos e os valores. Descobriu-se que o direito é inerente à pessoa humana, não aos valores. Não existe o direito da verdade; ou melhor, essa expressão não tem sentido. Antigamente falava-se em direitos da religião, em direitos da verdade. Naquela cultura existia o direito de proclamar a verdade e, conseqüentemente, não existia o direito de manifestar ou defender o erro. Afinal os direitos eram ligados aos valores e não à pessoa.

A grande mudança que se operou na cultura contemporânea é a seguinte: os direitos inerem à pessoa e não aos valores. O titular do direito é a pessoa. A relação que existe entre a pessoa e o valor é lógica e não jurídica, enquanto a relação jurídica é sempre intersubjetiva, entre pessoas, entre sujeitos. Somente assim pode-se falar em direito à liberdade religiosa, porque o direito de um supõe o dever correlato no outro.

Nesta perspectiva entende-se a proclamação conciliar da liberdade religiosa. "Este Concílio declara que a pessoa humana tem o direito à liberdade religiosa. Este direito consiste em que todos os homens devem ser imunes de coação, seja por parte de indivíduos, seja por parte de grupos sociais ou de qualquer autoridade, de tal forma que em matéria religiosa ninguém seja obrigado a agir contra a própria consciência e não seja impedido de agir, dentro dos devidos limites, de conformidade com sua consciência." (1)

Essa mudança na cultura começou a partir do século XVIII. Nesta visão do mundo cultural, a Carta de 37 não pode conceder uma ampla liberdade religiosa, porque o Poder, sendo totalitário, não reconhece os direitos fundamentais da pessoa humana que estão acima dos direitos do Estado. Esses direitos não emanam do poder do Estado, mas profluem intrinsecamente da natureza da pessoa humana, de sua dignidade e responsabilidade.

Uma outra mudança cultural verificou-se no que diz respeito à relação entre Estado e verdade religiosa, entre Estado e a liberdade religiosa, entre Estado e valores espirituais em geral.

Antigamente afirmava-se que o Estado tinha os mesmos deveres que os indivíduos tinham para com a verdade. O Estado devia ser favorável à verdadeira religião, e, portanto, na opinião dos católicos, devia proteger a Religião Católica, tolerando, apenas, as outras religiões.

1) *Dignitatis Humanae*, n.º 2.

Ora, se o Estado perante a verdade tem os mesmos direitos e deveres que possuem as pessoas, concluíam-se que, teoricamente, o Estado devia ser católico ou pelo menos confessional.

Tratava-se de uma concepção paternalística do Estado. Os mesmos direitos que os pais têm para com os filhos possui o rei para com os seus súditos. Assim como os pais orientam os filhos no campo religioso, da mesma forma deve proceder o Estado.

Na época moderna mudou a concepção do Estado: nasceu o Estado de Direito, o Estado Constitucional.

O Estado, hoje, não é encarado como um fato natural ou uma realidade que se encontra na natureza: é uma instituição criada pelos homens em um determinado ambiente histórico.

Seu fundamento reside nos seres humanos que são sociais por natureza.

Repele-se, portanto, a teoria do direito divino dos reis.

O Estado não recebe a autoridade diretamente de Deus, mas indiretamente no sentido que Deus deu aos homens o poder de criar o Estado.

No Estado de direito, os seres humanos são a fonte originária do poder e todos são chamados, direta ou indiretamente, a participar de seu exercício, através de seus representantes, através de eleições.

O Estado de direito é um Estado constitucional, um Estado em que estão definidos em termos jurídicos a formação e configuração de seus órgãos, seu funcionamento e sua relação. Nesse ordenamento jurídico, o exercício da autoridade é limitado nos termos fixados pela Constituição. Adota-se o princípio da divisão dos poderes para tutelar o direito dos cidadãos.

Por isso, o Estado de direito procura assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana que se encontram inseridos em todas as Constituições modernas.

Esta nova configuração do Estado leva os poderes públicos a respeitarem nos cidadãos os direitos fundamentais que são concebidos como zonas e esferas invioláveis da pessoa.

Os poderes públicos são obrigados a impedir que surjam obstáculos no exercício destes direitos e, na hipótese de violação, deverão intervir para harmonizar e garantir os direitos de uns e de outros, reprimir os abusos e punir toda violação.

Nesta concepção, o poder político não é, pois, um poder qualificado e competente para emitir juízos de valor sobre as realidades espirituais.

Isto não significa que o Estado seja indiferente aos valores espirituais; antes, a atitude do Estado deve ser positiva, de acordo com a sua natureza e finalidade política, reconhecendo, respeitando e garantindo os direitos fundamentais de pessoa humana e criando o ambiente propício ao exercício destes direitos.

À luz destas considerações, resulta que o Estado brasileiro, tal como é concebido pela Constituição de 37, não é um Estado de direito, constitucional, legitimamente fundado sobre o poder que lhe foi conferido pelos cidadãos e, portanto, não pode garantir o direito da liberdade religiosa, nem os demais direitos.

A liberdade religiosa só pode florescer e ser garantida por um Estado que se funde sobre os direitos fundamentais da pessoa e cuja autoridade é exercida dentro dos limites fixados pela Constituição, pelos cidadãos, fonte originária de todo o poder.

SEÇÃO QUARTA

A Liberdade Religiosa na Terceira República

(1945-1964)

CAPITULO PRIMEIRO

Análise Filosófico-Jurídica da Constituição de 1946

A Constituição de 1946 foi promulgada a 18 de setembro por uma Assembléia eleita em conjunto com o novo Presidente da República, General Eurico Gaspar Dutra, a 2 de dezembro de 1945.

A deposição de Getúlio Vargas ocorreu a 29 de outubro de 1945, sem luta e reação por parte do ditador graças à ação dos chefes militares.

Tendo presente os rigores da ditadura que banira do País as liberdades públicas, os constituintes de 46, imbuídos da convicção de que era mister restaurá-las à custa da própria lei, viveram durante quase oito meses um estado psicológico que não podia deixar de espelhar-se de maneira clara nos delineamentos da nova Constituição, emprestando-lhe um colorido liberal possivelmente muito mais acentuado do que convinha à realidade brasileira.

Foi por isso mesmo que o Estatuto Fundamental de 1946, na maioria de seus aspectos, foi uma reprodução melhorada da lei básica de 1934, livre de seus defeitos e com novas virtualidades a serviço do bem público. (1)

1) SARASATE, o.c., pág.19.

O fato que a Constituição de 1946 durou vinte anos representou um esforço bem sucedido no encaminhamento dos problemas jurídicos fundamentais do Brasil.

Vamos, pois, analisar e comentar os vários dispositivos legais relacionados com a liberdade religiosa, tendo em vista as Constituições anteriores, para verificar o progresso alcançado em 1946 no caminho da liberdade religiosa.

1) A independência religiosa do Estado

“A União, aos Estados e ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: II — estabelecer ou subvencionar cultos religiosos ou embarçar-lhes o exercício; III — ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração em prol do interesse coletivo.” (2)

São reafirmados neste artigo dois princípios: o da separação ou independência do Estado da Igreja e o da colaboração do Estado com a Igreja na persecução do bem comum. Conhecemos a gênese deste artigo. O inciso II refaz o 1º artigo do Decreto nº 119-A, da separação da Igreja do Estado, promulgado pelo Governo Provisório, em 1890. Ele é a transcrição fiel do princípio sancionado nas Constituições de 1891, de 1934 e de 1937. Representa, pois, uma constante filosófico-jurídica das Constituições Brasileiras Republicanas. A independência religiosa do Estado é uma conquista definitiva da República.

O princípio de colaboração do inciso III encontra-se timidamente afirmado na Emenda Constitucional de 1926, quando se afirma que a representação diplomática junto à Santa Sé não viola o princípio da independência ou neutralidade religiosa do Estado.

Contudo, em 1934, se estabeleceu que a independência religiosa do Estado não está em desacordo com a colaboração com a Igreja quando se trata do bem comum.

Todavia, essa colaboração já existia na prática constitucional. O princípio de colaboração, auspiciado em 1934 e riscado, por motivos óbvios, na carta de 1937, reaparece afirmado em 1946. Ainda mais.

O § 5º, b, aponta um dos caminhos da colaboração que se tornará mais explícita na Constituição de 1967.

Assim, estabelece o § 5º, b, do artigo 31:

“A União, aos Estados e ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado lançar impostos sobre os templos de qualquer culto, bens e serviços de partidos políticos, instituições de educação e de

2) Art. 31, II e III.

assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins."

Aliomar Baleeiro, comentando esta regra, sublinha a importância desta imunidade, fundamentando-a no apreço aos valores espirituais e na concepção democrática dos direitos da personalidade, consignados pelo preâmbulo da Constituição: "Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos sob a proteção de Deus em Assembléia Constituinte, para organizar um regime democrático. . ." É uma profissão de fé em certos valores espirituais.

A Constituição, pois, procurou protegê-los, preservá-los e encorajá-los pelos meios mais eficazes ao seu alcance.

A imunidade dos impostos que abrange os templos de qualquer culto não beneficia apenas o imóvel ou o edifício em sua materialidade — como observa Baleeiro —, mas abrange também o próprio culto, todas as atividades religiosas que ali se cumprem e todas as instalações necessárias a esta atividade.

Com razão, afirma o citado autor: "O culto não tem capacidade econômica, não é fator econômico." (3)

A respeito da imunidade dos templos, existe o problema prático de certas colheitas de dadas que se fazem nos templos católicos, durante as missas, de que uma parte pode ser remetida para a manutenção do Papado em Roma. Seria esta uma renda excluída da imunidade ou, por uma consequência ainda mais grave, este fato importaria em perda completa da imunidade pelos templos católicos?

A esta objeção responde Pacheco, dizendo que pode prevalecer, neste caso, a consideração de que essas dadas não são propriamente rendas do templo, pois são já recolhidas ou feitas pelos fiéis com a destinação consciente de sua remessa para o exterior. (4)

Com relação, portanto, à independência religiosa do Estado, tem prevalecido, em grande número de casos, a consideração que se pode reputar como mais respeitosa ao próprio princípio democrático de que, se a grande maioria dos súditos de um Estado professa uma determinada religião, seria admissível que, nesse Estado, os poderes políticos se conduzam dentro de uma certa predileção ou de uma certa preferência ao culto dessa religião, desde que isso não importe em preterir ou coagir as outras confissões. (5)

Por isso, essa posição neutral do Estado, em face das religiões, explicitamente afirmada em 1891, surge atenuada quando o preâmbulo da

3) ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 1956, § 26. Cfr. PACHECO, o.c., vol. IV, pág. 318.

4) PACHECO, o.c., vol. IV, pág. 321.

5) PACHECO, o.c., vol. X, pág. 133.

Constituição invoca o nome de Deus; quando, no citado artigo 31, nº III, se admite a colaboração recíproca entre a religião e o Estado; quando, no artigo 141, é admitida a assistência religiosa às forças armadas e nos estabelecimentos de internação coletiva; quando as associações religiosas têm permissão para manter cemitérios particulares; quando, no artigo 163, se acolhe a reivindicação tipicamente católica do casamento de vínculo indissolúvel; quando, no art. 168, V, ingressa o ensino religioso como disciplina nos horários das escolas oficiais, ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, embora de matrícula facultativa; e quando, finalmente, no art. 196, é mantida a representação diplomática junto à Santa Sé.

Está assim quase inteiramente adotada uma concepção das relações entre Igreja e Estado que classificariamos de medianeira, moderadora ou transaccional, já preconizada por Rui Barbosa. (6)

2) A liberdade de consciência, de crença e de culto

“É inviolável a liberdade de consciência e crença, e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contraírem a ordem pública e os bons costumes.” (7)

Enquanto as Constituições de 91 e de 37 se referiam apenas à liberdade de culto, a de 46 volta à mesma amplitude do preceito de 1934.

Sob o aspecto literal, o dispositivo constitucional de 46 insinua um desdobramento da liberdade religiosa em três espécies de liberdade: a de consciência, de crença e de culto.

Tem sido muito difícil estabelecer uma distinção nítida entre liberdade de consciência e a liberdade de crença, cujos conceitos frequentemente se confundem no todo ou em parte. Já houve quem procurasse distinguir, afirmando que a liberdade de consciência é interior, significando o direito de crer segundo sua inclinação ou sua predileção.

A liberdade de crença, ao invés, é como que o direito de exprimir publicamente, por todas as modalidades de manifestação do pensamento, aquela crença de inclinação ou predileção.

Contudo, a distinção que se faz mais correntemente é entre liberdade interior de consciência e liberdade exterior de culto.

A Constituição adotou esta distinção entre a inviolabilidade de consciência e de crença, de um lado enunciada como absoluta, e liberdade de exercício dos cultos religiosos, por outro enunciada como relativa.

Até mesmo os adjetivos são bem empregados nesta distinção graduada, pois a liberdade de consciência e de crença está qualificada como

6) *Ibidem*, vol. IV, pág. 257.

7) Art. 141, § 7.º

inviolável, ao passo que o exercício dos cultos religiosos é apenas qualificado como livre.

“Devemos entender que, por força dessa enunciação constitucional — escreve Pacheco —, a liberdade de consciência e de crença será sempre respeitada como absoluta, não comportando restrições.”

Essa inviolabilidade absoluta não se refere apenas à elaboração interna da opinião religiosa ou de crença, mas exclui toda e qualquer coação exterior pela qual se tente obrigar o crente a praticar ou negar atos de culto que possam repercutir com constrangimento de sua consciência interior. (8)

Considerada como prolongamento da liberdade de consciência é a liberdade de manifestação e de propagação de crença religiosa.

O seu principal conteúdo será o direito de manifestar e propagar a convicção religiosa por todos os modos de publicidade.

Assim, a liberdade religiosa compreende, em seu plano próprio, o gozo de muitas outras liberdades separadamente asseguradas, como a de pensamento, de reunião, de associação e de ensino.

Todas as religiões têm esses direitos, mas nenhuma poderá exercê-los preterindo, ameaçando ou restringindo idênticos direitos assegurados às outras religiões.

“A liberdade religiosa consagrada na Constituição é tanto mais evidente — escreve Cavalcanti — quanto mais radical é o abstencionismo do Estado em matéria religiosa, sendo vedada a subvenção ao exercício de qualquer culto, alianças ou dependências com qualquer Igreja.”

Dentro desta neutralidade simpática a todas as manifestações de caráter religioso, o Estado pode atingir a sua finalidade, sem prejuízo dos benefícios de ordem espiritual que trazem as instituições e os credos religiosos ao progresso moral do País. (9)

É assegurado o livre exercício dos cultos — afirma a Constituição. O assegurado está a indicar que o Estado é suposto não numa posição de indiferença ou alheamento mas, sim, de supremacia, de fora e acima dos próprios cultos; e aceitar essa proteção é submeter-se, é reconhecer a supremacia, é reconhecer a soberania... daí a possibilidade de atuar o Estado com o comedimento que deve nortear a atuação neutra, os próprios poderes de polícia. (10)

Mas, por sua vez, se essa posição pode trazer restrições ao livre exercício dos cultos, estes podem exigir do Estado, como consequência do “asegurado”, que tome medidas ativas de proteção.

8) PACHECO, o.c., vol. X, pág. 132.

9) CAVALCANTI, o.c., vol. III, pág. 88.

10) CARMINE MAIO, *La Libertà Costituzionale nello Stato Moderno*, 1949, vol. I, págs. 94/95.

Assim, se o Estado não pode intervir nas relações dos crentes entre si e nas deles com as respectivas pessoas jurídicas religiosas, está, no entanto, obrigado a impedir perturbações que partam de terceiros.

3) A escusa de consciência

"Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum de seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar o que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência." (11)

Este parágrafo está intimamente ligado ao anterior, ou seja, à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença ali proclamada. Se não fosse o § 8º, o direito seria absoluto e não comportaria as duas exceções previstas neste parágrafo.

A parte final desse dispositivo deve-se entender como uma autorização para o legislador e não como um direito subjetivo do cidadão. (12)

Ressalvados os casos previstos na Constituição, (13) o cidadão não se furtará da perda dos direitos políticos pelo simples fato de não haver o legislador ordinário previsto a maneira de substituição a que acena a parte final do parágrafo, mesmo porque nem por toda e qualquer escusa de consciência poderá caber substituição.

Contudo, o parágrafo se apresenta infeliz na sua estrutura. (14) Será sempre difícil justificar razoavelmente qualquer iniciativa da lei impondo obrigações aos brasileiros em geral que possam resultar incompatíveis com as convicções filosóficas, religiosas ou políticas, porque, em tal caso, haverá larga possibilidade de que tal imposição seja violadora das liberdades fundamentais de pensamento e de consciência. Ademais, se uma imposição desta natureza for incompatível com alguma daquelas liberdades, será insubsistente e não obrigará a ninguém.

Além disso, mesmo na hipótese que não houver incompatibilidade, será difícil entender como uma obrigação que tem força compulsória, porque imposta pela lei aos brasileiros em geral, possa ser ao mesmo tempo facultativa. Conseqüentemente, uns teriam sempre de cumprir esta obrigação e outros, pelo simples expediente da escusa de consciência, poderiam cumpri-la em uma modalidade sucedânea ou não cumpri-la de modo algum.

11) Art. 141, § 8.º

12) FALCÃO, o.c., vol. II, pág. 98.

13) Art. 181, § 2.º: "A obrigação militar dos eclesiásticos será cumprida nos serviços das forças armadas ou na assistência espiritual."

14) PACHECO, o.c., vol. X, pág. 138.

Podemos citar o exemplo da obrigação militar imposta pela Constituição a todos os brasileiros. Então admitiremos ser possível a quem se declara convencido de um arraigado pacifismo de base filosófica ou religiosa, invocar este motivo para se escusar fazê-lo.

Mas o que vemos na realidade, por força da lei e dos regulamentos militares, a escusa não é levada em conta e nem é justificativa. O insubmisso pode ser preso e condenado.

Ademais, condenado ou não, é obrigado a prestar serviço militar, a cumprir a obrigação de que procurara evadir-se por motivo de convicção filosófica e religiosa.

Que dizer na hipótese em que uma determinada religião resolva adotar e impor aos seus fiéis uma posição pacifista, pela qual devem recusar-se a prestar serviço militar mesmo em caso de guerra? Por sua fidelidade à fé, o crente tem dado a sua própria vida e ainda mais afrontará qualquer cominação de perda de direitos. Poderia, então, ocorrer o caso em que essa religião dominasse a maioria do povo de um Estado. Se essa maioria, baseada no dispositivo constitucional, se recusasse a prestar o serviço militar, deixaria o Estado inerte e exposto à agressão estrangeira. (15)

Em tal caso seria absurdo admitir que o Estado aceitasse a escusa ou o cumprimento de um dever sucedâneo.

“Por esse motivo — conclui Pacheco —, seria bem melhor que não assomasse com todo o prestígio de um dispositivo constitucional essa possibilidade de uma escusa ou de uma evasão a esse dever tão fundamental, imposto a todos os brasileiros ou que simplesmente figurasse uma autorização de dispensa a quem comprovasse justo motivo de escusa.

4) Assistência Religiosa

“Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiros (art. 129, I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.” (16)

Trata-se neste dispositivo constitucional não de uma garantia de liberdade, sim de um benefício espiritual que sublinha a liberdade de consciência.

15) Essa hipótese verificou-se na Austrália. Informa o Prof. Zemann Cowen, decano da Universidade de Melbourne, que as Testemunhas de Jeová, durante a última Guerra Mundial, se opuseram à defesa nacional. Cfr. FALCÃO, o.c., pág. 96, nota 20.

16) Art. 141, § 9.º

“Como se deve entender essa Assistência Religiosa?” — pergunta Pontes de Miranda — “Deve-se supor que durante o tempo do serviço militar o sacerdote o cumpre sob a forma de assistência religiosa às forças armadas? Deve-se entender que as forças armadas têm capelães?”

“O sentido deste dispositivo — responde o citado autor — está nesse fato: sua colocação entre regras jurídicas de Declaração de Direitos revela seu conteúdo de direito individual à assistência religiosa. Quer dizer: não se pode negar ao militar, qualquer que seja a sua categoria, o direito à assistência religiosa, desde que não se trate de culto contra a ordem e os bons costumes.” (17)

A Constituição de 1934 já havia estabelecido assistência religiosa às forças armadas e estabelecimentos de internação coletiva. Contudo, ocorrem diferenças entre aquela Constituição e a atual.

Segundo a Carta de 34, o Estado era apenas obrigado a permitir a assistência solicitada, presumivelmente pelos favorecidos, ao passo que, segundo a de 1946, o Estado tem obrigação de promover a assistência. Antes, em 1934, em todos os casos a assistência religiosa devia ser solicitada, ao passo que agora será dada obrigatoriamente às forças armadas e somente depende de solicitação aquela que tiver de ser dada nos estabelecimentos de internação coletiva.

Em 1934, a assistência devia correr sem ônus para os cofres públicos, ao passo que agora não está vedado algum custeio oficial. Em 1934, somente a assistência religiosa nas expedições militares devia ser exercida privativamente por sacerdotes brasileiros natos, ao passo que agora qualquer assistência deverá ser dada privativamente pelos que tenham adquirido originária nacionalidade brasileira. (18)

5) Disposições Constitucionais de 46 similares à Constituição de 34

Existem, finalmente, outras disposições relativas ao exercício da liberdade religiosa que substancialmente repetem os dizeres de 1934, dispensando qualquer comentário; remetemos o leitor ao que foi afirmado naquela sede. São as seguintes:

“O art. 141, § 10, trata da secularização dos cemitérios e de sua administração pelas Municipalidades. Permitem-se praticar nelles os ritos de todas as confissões religiosas. Permite-se a existência de cemitérios particulares, à semelhança do art. 113, § 7º, da Constituição de 34.

O art. 141, § 7º, estabelece que as associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil; a Constituição de 34, no art. 113, § 7º, usava a expressão equivalente “nos termos da lei civil”.

17) PONTES DE MIRANDA, o.c., vol. V, 1968, pág. 138.

18) FALCÃO, o.c., Vol. II, pág. 103; PACHECO, o.c., Vol. X, pág. 142.

O art. 196 estabelece que é mantida a representação diplomática junto à Santa Sé, transcrevendo o art. 176 da Carta de 34.

O art. 168, V, estabelece o ensino religioso nos moldes do art. 153 da Constituição de 34 com leves modificações de expressão. A Carta de 46 fala em matrícula facultativa; a de 34 em frequência facultativa.

Com relação aos efeitos civis do casamento religioso, o art. 163 §§ 1º e 2º, repete substancialmente o art. 146 da Constituição de 34, desdobrando os seus preceitos nos atuais parágrafos.

Duas são as hipóteses previstas: a primeira subordina o processo desde o seu início às prescrições da lei civil. Apenas o ato será religioso, ou seja, presidido por sacerdote ou ministro de seita religiosa. A segunda admite a existência de casamento religioso realizado de acordo com o rito próprio, mas sua eficácia civil dependerá de prévia habilitação da autoridade competente, a qual autorizará o seu registro mediante requerimento do casal." (19)

Finalmente, o art. 181, § 2º, da atual Constituição sobre o serviço militar dos eclesiásticos repete o art. 163, § 3º, da Constituição de 1934.

Estas disposições acima citadas correspondem portanto às emendas religiosas da Carta de 34 e, sendo patrimônio definitivo da Constituição brasileira, figuram na Constituição de 1946.

CAPÍTULO SEGUNDO

Consequências Práticas

1) As religiões afro-brasileiras

Na Constituinte de 46 foram apresentadas algumas emendas no sentido de eliminarem do artigo 141, § 7º, a cláusula "desde que não contravenham à ordem pública ou aos bons costumes", relativa ao livre exercício dos cultos religiosos.

Caires de Brito explica que com sua emenda quer evitar que se continuem a praticar atos de violência fundamental contra as religiões negras. "Conheço-as muito de perto — afirma o deputado. Estive em íntimo contacto com elas na Bahia e presenciei também aos abusos policiais."

"Conhecedor até certo ponto dos seus ritos e de sua pureza, sou contra as expressões que sugiro se retirem, porque constituem perigo para essas organizações."

19) CAVALCANTI, o.c., vol. IV, pág. 76.

Com efeito, é muito difícil julgar o que pode constituir contravenção à ordem pública. Ora, pela Constituição, no § 7º, assegura-se às autoridades o direito de repressão aos que abusam da livre manifestação do pensamento.

“No caso da religião — afirma o mesmo deputado —, seria um absurdo deixarmos uma simples autoridade policial julgar se tal ou qual religião contravém à ordem pública. A não ser nos casos de pura matéria policial, a autoridade pode, a título de moralidade, impedir a livre manifestação de um culto religioso.”

“Com relação à religião negra — continua Brito —, conheço inúmeros casos de perseguição, de invasão de terreiros, de espancamento e de prisões. Não ignoro que tanto na religião negra como em outras há abusos; mas o que desejava assinalar é que, não obstante essas expressões, eles continuarão.” (1)

“Aliomar Baleeiro afirma que o fato referido por Caires de Brito é absolutamente verdadeiro. E eu, como baiano, posso atestá-lo, pois conheço o assunto por experiência e observação. O que, porém, contesto é que o remédio para o mal, isto é, a perseguição à religião afro-brasileira relativa aos bons costumes, esteja na emenda suprimindo a cláusula acima referida.”

“Em verdade, a prática da religião negra na Bahia não é contrária aos bons costumes. É fetichismo talvez, mas não imoralidade, no dizer de Baleeiro. O mesmo acontece em muitos Estados. Entretanto, é preciso coibir os abusos policiais, como os de perseguir os simples, os humildes, os pobres nos seus cultos rudimentares, desde que não sejam contrários aos bons costumes.” (2)

Na votação do parágrafo, a emenda de Caires de Brito foi rejeitada.

2) O Mandado de Segurança nº 784 do Tribunal Federal de Recursos

Pinto Faicão, em sua obra “Constituição Anotada”, cita o julgado proferido por maioria pelo Tribunal Federal de Recursos, em 6 de novembro de 1950, o qual considerou correta a recusa de matrícula a alunos da Escola Politécnica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, sob alegações de que professavam certa ideologia política ou não tinham fé católica.

Esteou-se o julgado no argumento principal de que a recusa emanava de estabelecimento privado, embora sob a fiscalização federal, contra o qual não operava a regra constitucional.

1) JOSÉ DUARTE, *A Constituição Brasileira de 1946* (Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembleia Constituinte), vol. III, 1947, Rio de Janeiro, pág. 27.

2) DUARTE, *o.c.*, vol. III, pág. 27.

“Seria argumentação desse jaez — comenta o citado autor — que teria levado certos tribunais racistas estaduais norte-americanos a permitir discriminação de cor em escolas particulares.”

Mas acontece que na América as escolas seriam inteiramente particulares, ao passo que no Brasil estão sujeitas à intervenção federal.

“Ora, os direitos fundamentais — conclui Falcão — nos tempos que correm não têm valor apenas frente ao Estado, mas também em presença de qualquer particular ou entidade que disponha ou represente forças sociais.”

Entende-se, pois, que, em relação àquela classe de terceiros que desenvolvem atividade social à qual o Estado não é indiferente (escola, hospital, empresa de transportes), as garantias individuais atuam em plena eficácia como se fosse o próprio Estado que estivesse à frente do indivíduo. (3)

3) Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 10 de dezembro de 1922

Pinto Falcão, em sua obra citada, refere que a jurisprudência tem restringido a aparente ilimitada amplitude da escusa de consciência, exigindo que, para se tornar operante a escusa de consciência que o cidadão alega, tenha bom lastro de veracidade e seriedade.

Por vezes, certos indivíduos pedem dispensa do serviço militar alegando serem adeptos de determinada seita. O Ministério da Guerra, fundado em acórdão de 30-12-1922, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na vigência de dispositivo correspondente da Constituição de 1891, costuma indeferir, a menos que demonstrado existir motivo sério (voto de clausura); não basta alegar, mas sim é preciso demonstrar (não provar) que na situação individual há incompatibilidade com o encargo cívico. (4)

4) Mandado de Segurança a favor da Igreja Católica Apostólica Brasileira

O Mandado de Segurança nº 1.114, de 17 de novembro de 1943, foi impetrado pelo Ex-Bispo de Maura, Dom Carlos Costa, chefe da Igreja Católica Apostólica Brasileira. Trata-se de remédio jurídico impetrado por um bispo dissidente que pretendia fundar Igreja nacional. Eis os fatos narrados pelo Ministro do Tribunal, Hahnemann Guimarães:

“Sr. Presidente, resume o eminente Dr. Procurador-Geral da República o propósito do impetrante em insurgir-se ele contra o ato do Exmo. Sr. Presidente da República que, aprovando parecer emitido pelo Sr. Consultor-Geral da República sobre a maneira de assegurar o livre exercício do culto da Igreja Cató-

3) FALCÃO, o.c., pág. 98; PACHECO, o.c., vol. X, pág. 140.

4) *Ibidem*, pág. 100; PACHECO, o.c., vol. X, pág. 141.

lica Apostólica Romana, o encaminhou ao Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores para que desse cumprimento.”

O parecer do Consultor-Geral da República nasceu de uma representação, dirigida ao poder temporal por sua Eminência D. Jaime de Barros Câmara, Arcebispo do Rio de Janeiro, representação redigida nos seguintes termos:

“Em verdade, desde o nome do adotado, Igreja Católica Apostólica Brasileira, até o culto, ritos, tudo é feito com o objetivo de mistificar e confundir. Assim, o próprio apóstata se apresenta como “bispo de culto romano”: usam, ele e seus ministros, as mesmas vestes e insígnias do clero e bispos romanos, praticam os mesmos atos religiosos da Igreja de Roma, como sejam: batismos, crismas, casamentos, procissões, missas campais, bênçãos e lançamentos de pedras fundamentais, e em todos esses adotam os mesmos paramentos, o mesmo cerimonial do nosso culto externo.”

Dai resultou a providência, nos seguintes termos:

“Cabe, portanto, à autoridade civil, no exercício do seu poder de polícia, atendendo ao pedido que foi feito pela autoridade competente da Igreja Católica Apostólica Romana, e assegurando-lhe o livre exercício de seu culto, impedir o desrespeito ou a perturbação do mesmo culto, através de manifestações exteriores, quais procissões, missas campais, cerimônias em edifícios abertos ao público etc., quando praticadas pela Igreja Católica Apostólica Brasileira com as mesmas vestes, enfim, o mesmo rito daquela.” (5)

“Adotando a providência sugerida neste parecer, Sr. Presidente, parece-me que o poder civil infringiu frontalmente o princípio básico de toda a política republicana que é a liberdade de crença, da qual decorrem, como consequência lógica e necessária, a separação da Igreja do Estado. Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou, necessariamente, a liberdade de exercício de culto...”

No caso particular, trata-se de delito espiritual definido no can. 1.325, § 2º, onde se define o cismático como aquele “qui subesse renuit Romano Pontifici aut cum membris Ecclesiae ei subiectis communicare recusat”.

É o que se dá no presente caso.

O Ex-Bispo de Maura não quer reconhecer o primado do Pontífice Romano, quer constituir uma Igreja Nacional, uma Igreja Católica Apostólica Brasileira, com o mesmo culto católico.

5) HAROLDO VALLADÃO, *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. II, (abril de 1948 a outubro de 1948), Rio, 1950, LXXIV, pág. 216.

É-lhe lícito exercer esse culto no exercício da liberdade outorgada pela Constituição no art. 141, § 7º, liberdade cuja perturbação é de modo preciso proibida pela Constituição no art. 31, inciso II.

Trata-se, pois, de delito espiritual. Ora, como podemos resolver um delito e um conflito espiritual com a intervenção do poder temporal, do poder civil, que está separado da Igreja?

Os delitos espirituais punem-se com as sanções espirituais; os conflitos espirituais resolvem-se dentro das próprias Igrejas; não é lícito que essas Igrejas recorram ao prestígio do poder para resolver seus cismas e para dominar suas dissidências.

É este princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de crença que reclama a separação da Igreja do Estado e que importa, necessariamente, na liberdade do exercício do culto; é este princípio que me parece profundamente atingido pela aprovação do parecer do eminente e meu ilustre colega de Faculdade, Prof. Haroldo Valadão.

Assim sendo, Sr. Presidente, concedo o mandado." (6)

CAPÍTULO TERCEIRO

Conseqüências Filosóficas

1) O Desenvolvimento da Liberdade Religiosa na Carta de 46

Após a leitura comentada da Constituição de 1946, podemos verificar o progresso da liberdade religiosa relacionado com a involução representada pela Carta de 37, parêntese imprevisto de ruptura no caminho dos direitos fundamentais ocorrido durante a ditadura de Getúlio Vargas.

A Constituição de 1946, que durante 20 anos de vigência conseguiu conquistar a simpatia nacional do povo e não só dos juristas e dos seus comentadores, representa mais do que o progresso, o desenvolvimento da liberdade religiosa. Divergências, restrições, incertezas desapareceram, deixando contemplar as linhas estruturais da liberdade religiosa, cujos alicerces afundam nos dispositivos da 1ª Carta Republicana.

O equilíbrio emocional, que os Constituintes de 91 não souberam e não puderam guardar, tomados de medo pela grandeza da tarefa que sentiam ao proclamar a república, rompendo uma série de correntes escravizadoras, resplandeceu agora na Constituição de 46.

Falamos em desenvolvimento da liberdade religiosa porque as emendas religiosas da Carta de 34, que com dificuldade entraram a fazer parte

6) Cfr. PONTES DE MIRANDA, o.c., Vol. V, 1967, págs. 125/127.

de uma Constituição efêmera na sua vigência trienal, tornaram-se patrimônio definitivo da Constituição brasileira. A própria redação dos dispositivos constitucionais relacionados com a liberdade religiosa é feliz, sinal de uma elaboração tranqüila e consciente, de uma realidade perfeitamente integrada.

Deparamo-nos com uma simpatia franca do Estado para com a religião em geral, mas especialmente com a Religião Católica, a religião da maioria. Não se trata de um reconhecimento civil especial de que fala a declaração conciliar (1), mas de uma colaboração cada vez mais acentuada do Estado, consciente da sua responsabilidade para com o problema religioso.

Essa responsabilidade é decididamente afirmada na colaboração que o Estado quer com a Igreja, quando houver o interesse do bem comum (art. 31) em isentar de impostos as obras relacionadas com o culto, na invocação a Deus no preâmbulo, na inviolabilidade do direito da liberdade de consciência e de crença. É claramente afirmada essa colaboração quando se declara que é assegurado o livre exercício dos cultos religiosos. Assegurado significa determinação, empenho, promoção por parte do Estado em favorecer o livre exercício dos cultos.

Com relação à assistência religiosa às forças armadas e nos hospitais e estabelecimentos de internação coletiva, nota-se a mesma clareza de propósitos. Enquanto a Constituição de 34 permite a assistência religiosa quando for solicitada e limitando-a às expedições militares, a de 46 assegura uma assistência religiosa permanente às forças armadas, não usando o verbo "permitir" de 34, lembrança dos difíceis debates travados na Câmara pelo receio de trair os postulados de 91.

Pacífica é também a questão das associações religiosas equiparadas às demais associações civis, "adquirindo a personalidade jurídica na forma da lei comum".

A expressa referência da Constituição às associações religiosas é supérflua, uma vez que não existam diferenças ou restrições com as demais. Contudo, sua inclusão na Constituição justifica-se como a lembrança de que o direito da "mão morta" que escravizou as ordens religiosas durante o Império e que foi parcialmente extinto em 1891 e em 1937, deixou completamente de existir em 1946. (2)

A representação diplomática junto à Santa Sé, que figurava como um dispositivo intimamente ligado com a questão da liberdade de consciência, tomou outra conceituação, perdeu todo aquele misticismo anticlerical que a considerava como uma invasão de potência estrangeira, passando a figurar entre as Disposições Gerais da Constituição.

Pacífica é também a questão dos cemitérios, uma vez que a Constituição admite cemitérios particulares e garante o livre exercício dos cul-

1) "Dignitate Humanae", n.º 26.

2) PACHECO, o. c., Vol. X, pág. 135.

tos fúnebres nos cemitérios mantidos pelas autoridades municipais. A redação de 1934 a esse respeito foi porém mais completa e feliz.

O ensino religioso, o aspecto mais delicado da liberdade de consciência, ocasião de debates cerrados em 1934, reflete o aspecto positivo do Estado em cumprir seus deveres com a liberdade religiosa.

Devemos notar que esta franca simpatia do Estado com a religião se refere praticamente à Igreja Católica, contudo, não há nenhuma restrição às demais religiões e cultos e confissões existentes no Brasil. Sempre a Constituição, em todos os seus artigos, coerente com os princípios da liberdade religiosa, frisa que todas as confissões se podem beneficiar da colaboração do Estado, permanecendo de pé a proibição à União, aos Estados e aos Municípios de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício dos cultos religiosos e de manter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja.

Podemos, pois, afirmar que nesta Constituição o aspecto positivo da ação do Estado no campo da liberdade religiosa é claramente afirmado de acordo com os princípios enunciados pelo Vaticano II.

A declaração conciliar assevera que “todos, cidadãos e poderes públicos, devem cooperar ao exercício do direito da liberdade religiosa, cada qual conforme a medida de sua capacidade e de seu dever para com o bem comum”. (3)

Entre os deveres e as tarefas que a “Pacem in Terris” atribui aos poderes públicos, destaca-se a seguinte afirmação:

“Na época moderna, a atuação do bem comum encontra o seu fundamento nos direitos e nos deveres da pessoa. Por isso, as principais tarefas dos poderes públicos consistem em reconhecer, respeitar, harmonizar, tutelar e promover aqueles direitos, tornando desta forma mais fácil o cumprimento dos respectivos deveres.” (4)

2) Incertezas na Constituição

Poucas incertezas encontramos nesta Constituição que servem para pôr em evidência o valor e sua amplitude no campo da liberdade religiosa. Trata-se da escusa ou objeção de consciência e do casamento religioso.

Constatamos que o art. 141, § 8º, não foi feliz em sua redação (5) ao afirmar que ninguém será privado de nenhum dos seus direitos por motivo

3) “Dignitatis Humanae”, n.º 6.

4) “Pacem in Terris”, n.º 59.

5) PACHECO, o. c., Vol. X, pág. 138.

de convicção religiosa, filosófica ou política, salvo quando se trata da recusa de obrigação imposta em geral aos brasileiros.

É uma incerteza: quais são as imposições gerais da lei que possam resultar em conflito com as convicções religiosas do indivíduo? Como conciliar esse conflito com a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença garantida pela Constituição? Como poderá obrigar a lei se a Constituição garante essa liberdade?

Sobretudo, como a lei poderá justificar estas obrigações, encargos ou serviços impostos aos brasileiros em geral, se estão em conflito com a liberdade de consciência e de crença do indivíduo?

A Constituição registra uma consideração particular oferecendo uma solução especial para o serviço militar dos eclesiásticos. (6)

Devemos reconhecer que a objeção de consciência é aos iniciados como em todos os outros países, mesmo naqueles em que os horrores e as experiências bélicas evidenciaram muitas injustiças e males. Na realidade, as Constituições refletem o ambiente sócio-cultural e religioso que devem interpretar e realizar.

Quanto ao casamento religioso, persistem algumas anomalias nas duas hipóteses previstas pela Constituição.

Na primeira hipótese, ou seja, no caso do matrimônio canônico não inscrito e anterior ao civil, ele é considerado como inexistente. Na segunda hipótese, não está determinada com caráter obrigatório a inscrição do casamento religioso no registro civil, ato capaz de outorgar-lhe toda a eficácia civil e garantir elementos suficientes de prova e publicidade.

As anomalias consistem no fato da possibilidade de existência de "bigamia sociológica" e uniões matrimoniais canônicas que não gozam de direitos civis. (7)

Contudo, podemos afirmar que se submetermos a Constituição de 46 ao mesmo tratamento com que uma escola exegética protestante submeteu a Bíblia, dando uma cor às diferentes correntes de pensamentos que nela se encontram, podemos reconhecer claramente nesta Constituição traços marcantes e fundamentais que pertencem a 91, outros a 1934, nenhum a 1937 e outros próprios de 1946, resultado de um progresso e desenvolvimento da Liberdade Religiosa no Brasil.

6) Art. 181, § 2.º

7) CIFUENTES, o.c., pág. 207.

Obs.: A seção seguinte deste trabalho será publicada no número 45 da "Revista de Informação Legislativa".