

## O TRATAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO CONFERIDO À RELIGIÃO PELO DIREITO BRASILEIRO: MODELOS, ANTECEDENTES E ATUALIDADE

Daniel Nunes Pêcego<sup>1</sup>

### Resumo

O artigo descreve o tratamento dado pelo Direito brasileiro sobre a religião. Para tal, aponta duas experiências (França e EUA) que serviram de modelo para o Brasil, além de traçar um histórico de como as constituições nacionais trataram do tema. Conclui que, apesar de o texto constitucional vedar a adoção de uma religião como oficial, a Carta de 1988 entende o fenômeno religioso como elemento social positivo e relevante, o qual deve ser protegido em suas diversas esferas.

**Palavras-chave:** Religião; Direito brasileiro; Direito Constitucional; Laicidade.

### INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão trazidas à observação duas experiências históricas de relações entre Estado e religião que de algum modo influenciaram o Direito brasileiro, bem como, em seguida, o próprio desenvolvimento deste sobre a matéria. Procurou-se analisar como esses três sistemas jurídico-políticos trataram da autonomia das religiões, se preveem algum tipo de cooperação e como têm encarado o direito à liberdade religiosa.

O tratamento comparado se restringirá a dois modelos - diversos entre si - de aproximação ao tema: o primeiro, de separação absoluta (França); o segundo, de separação historicamente relativa e limitada (Estados Unidos da América). A razão da escolha de apenas essas duas experiências é devida - além da limitação inerente ao espaço disponível em um artigo acadêmico - ao fato de o padrão brasileiro, especialmente após o estabelecimento da República, ter enxergado nessas propostas estrangeiras algo de paradigmático. Como já se afirmou, "pode-se dizer que a separação foi feita (...) com ideias francesas, mas com legislação norte-americana" (HORTAL, 2006, p. 311), ainda que tenha se acabado por se adotar uma solução autônoma.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). E-mail: [dnpecego@ufrj.br](mailto:dnpecego@ufrj.br)

---

**EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS****República Francesa**

Em França, os ideais da Revolução de 1789 estão de tal modo subjacentes que pode se considerar esta nação como uma das em que mais fortemente se encontram atuando os elementos típicos do laicismo. Entende-se por laicismo a postura política que implica não apenas em estabelecer a diferenciação entre Estado e religiões, mas que propugna a ignorância do fator religioso na sociedade, na Política e no Direito e até mesmo, em casos mais extremos, a hostilidade a ele (CARDOSO, 2004, p. 34).

Trata-se, portanto, de uma separação plena: hostil - como na União Soviética ou no México das primeiras décadas do século XX - ou indiferente, quando concede às associações religiosas no máximo as liberdades próprias de alguma associação de Direito Privado, como na “laicité de combat”, durante a “Lei Combès” (VERA URBANO, 1997, p. 248). Neste caso, é como se a diferenciação e a separação entre religiões e Estado esterilizasse a condição cívica dos indivíduos que têm convicções de cunho religioso. A pessoa que declara publicamente sua religião passa a ser um cidadão de segunda classe e, por outro lado, qualquer ideia que aparente ter alguma relação com verdades religiosas, mesmo que em sua argumentação se utilizassem apenas dados da razão natural, é posta de lado (POOLE, 2005, p. 453).

Isso, como é óbvio, tem raízes históricas muito para além do simples ideário revolucionário, remontando a toda uma tradição de pretensão à autonomia da Igreja Católica na França, com um Galicanismo que por vezes beirou o cisma (MIQUEL, 1998, p. 220) e pela identificação, por parte dos revolucionários, do Absolutismo com a religião estabelecida (ADRAGÃO, 2002, p. 164).

O conflito mais aberto, surgido com a Revolução Francesa, vai se tornar latente através dos anos com a Concordata Napoleônica de 1801, que traz a paz religiosa à França, mas também a reformulação do regalismo, atingindo seu auge jurídico com a “Lei de Separação” de 1905. Essa lei representa “o paradigma do estado jurisdicionalista laico, pela convivência contraditória das práticas regalistas e uma oposição relativa do Estado à religião” (IBIDEM, p. 166) como, por exemplo, pelo controle rígido dos cultos e pela perseguição aos bens eclesiásticos.

A Constituição francesa vigente, de 1958, não garante expressamente a liberdade religiosa, sendo a jurisprudência, em especial, a Administrativa, a grande fonte jurídica para a matéria. Assim, foi se desenvolvendo ao longo do tempo o que se alcunhou como “laicismo à francesa”, que se fundamenta em três princípios: a República não reconhece nenhum culto; a República não financia nem subvenciona nenhum culto; a República garante a liberdade de consciência (AMSON, 2005, p. 28).

Na realidade, o que se nota é que o próprio laicismo passa a ser visto como uma religião, agora republicana, e o Estado ou um valor qualquer toma o lugar da divindade como objeto de veneração. O laicismo pode ser considerado, portanto, como uma forma fundamentalista de religião secular, que acaba por se referir a um novo modelo de confessionalismo. O laicismo deseja, com isso, guardar para si o monopólio de uma razão sem verdade e deixar às religiões, no máximo, o monopólio de uma verdade sem razão (VIOLA, 2005, p. 82; 106), sendo certo que a sensibilidade francesa a conflitos religiosos tem se irritado pelo aumento progressivo de uma minoria muçulmana de cerca de cinco milhões de pessoas, das quais setenta por cento declaram guardar o Ramadã (AMSON, 2005, p. 28).

### Estados Unidos da América

O separatismo norte-americano inaugurou a fase histórica da tolerância religiosa, com base numa estrutura social tipicamente pluralista e interconfessional (CARDIA, 1987, p. 136). A construção política norte-americana foi forjada em ambiente totalmente diverso daquele europeu. Francesco Ruffini, como relembra Juan Fornés (1984, p. 378-379), apontava as diferenças entre as experiências norte-americana e europeia: Na América, era possível uma igualdade quase absoluta entre as religiões. No ambiente europeu isso já não seria verdadeiro devido às grandes desproporções sociais entre as diversas confissões, além é claro do longo histórico de conflitos.

Isso pode ser notado até mesmo pelos sentidos opostos que as conclusões das declarações de direitos em França e nos EUA tomaram. Se a Constituição Francesa de 1791 previra a liberdade religiosa semanas antes do que se faria em solo americano, o desenrolar posterior dos fatos seria bem diverso. Na França, seguir-se-á o período do Terror; nos EUA, a sedimentação de um ambiente propício ao desenvolvimento das religiões.

Sobre isso, não se pode olvidar que a própria ideia da Nação estadunidense está intrinsecamente ligada à faculdade de poder exercer livremente a religião. A narrativa fundacional da chegada do Mayflower é bem eloquente: puritanos perseguidos na Inglaterra aportam em solo americano e ali são recebidos pela população indígena. É sabido que alguns dos autores intelectuais da independência (sobretudo Thomas Jefferson) não são propriamente entusiastas da religião institucionalizada (NORD, 1995, p. 107-108; MARTY, 2000, p. 37), mas, de qualquer modo, a religiosidade própria dos norte-americanos, reverenciada por Alexis de Tocqueville, por exemplo, será acolhida e fomentada, até mesmo como instrumento de coalizão nacional.

Basicamente, a história do tratamento jurídico da religião nos EUA se concentra na análise das possíveis interpretações judiciais da 1ª Emenda, em vigor desde 1791. É que o “estudo da constituição americana é em larga medida um estudo das opiniões e decisões judiciais” (RAMOS, 1987, p. 204). Como se sabe, o próprio poder de interpretar a Constituição pela Suprema Corte foi extraído do célebre leading case “Marbury v. Madison” (1803).

Assim se expressa a 1ª Emenda do Bill of Rights (elenco de direitos individuais para a proteção dos cidadãos contra a ingerência federal, que se uniram à Constituição de 1787 através de dez emendas promulgadas em 1791 [CAÑAMARES, 2005, p. 351]): “Congress shall make no law respecting an establishment of religion [establishment clause], or prohibiting the free exercise thereof [free exercise clause]”.

Se antes já havia uma previsão constitucional sobre liberdade religiosa – o artigo 6º proibia a exigência de requisitos religiosos como condição de nomeação para cargos públicos (ADRAGÃO, 2002, p. 147) -, é com a 1ª Emenda que se inicia um tratamento mais especializado sobre a matéria. Do ponto de vista da abrangência de sua aplicação, era entendimento geral que a 1ª Emenda se aplicava somente à União, com o intuito de impedir que os conflitos que então ocorriam nos Estados chegassem ao Governo Federal. Com a promulgação da 14ª Emenda em 1868 e a definitiva interpretação dada no leading case “*Gitlow v. Nova Iorque*” (1925), todos os Estados passaram a ser obrigados a aplicar a 1ª Emenda (RAMOS, 1987, p. 207).

Até as décadas de 1940 a 1960, as duas cláusulas da 1ª Emenda – a “establishment clause” e a “free exercise clause” - materializavam o regime jurídico segundo o qual coexistiam a separação entre as diferentes confissões e o Estado, a liberdade religiosa de todos os cidadãos e um decidido favor do Estado frente a toda manifestação do fenômeno religioso. A liberdade religiosa era um direito do cidadão que o Estado protegia e garantia. A “establishment clause” era entendida como uma garantia para a “free exercise clause” (FORNÉS, 1984, p. 382).

A partir, porém, da década de 1960, a jurisprudência da Suprema Corte passou a contrastar com a dos tribunais estaduais, que mantinham a interpretação tradicional. O Tribunal Constitucional começou a entender a cláusula do não-estabelecimento como uma barreira a que o Poder Público pudesse apoiar de qualquer modo manifestações religiosas, tanto de uma denominação religiosa em particular, quanto de qualquer religião em geral, uma vez que isso representaria uma lesão à igualdade dos cidadãos. Com a referida aplicação da 14ª Emenda, a posição da Suprema Corte vai se impondo nos tribunais estaduais (IBIDEM, p. 383). Assim, desenvolve-se um plano de tensão entre as duas cláusulas, podendo-se considerá-lo como mais um exemplo da tendência que vê conflitos entre liberdade e igualdade (PALOMINO, 2005, p. 331), típica da conjuntura da Guerra Fria.

O grande marco dessa mudança paradigmática foi a consideração feita pelo Justice Black, em julgamento de 1947 (“*Everson v. Board of Education*”), da expressão jeffersoniana “wall of separation” como sendo inspiradora da 1ª Emenda. São palavras do Juiz Black: “(...) the First Amendment has erected a wall between Church and state which must be kept high and impregnable (...)” (FRASER, 2000, p. 139). Dos corretos entendimento e interpretação da expressão de Jefferson decorrerão muitas e importantes conclusões nessa matéria, uma vez que a interpretação constitucional norte-americana era muito dependente da busca do sentido original do que os “Founding Fathers” queriam afirmar quando da elaboração da Constituição. Ou seja, um

recurso excessivo ao método histórico-gramatical, apesar das mutações observadas no sentido de uma interpretação sistemático-teleológica (RAMOS, 1987, p. 206).

Ora, segundo se sabe, Thomas Jefferson utilizou a metáfora em uma carta dirigida à Associação Batista de Danbury, já como Presidente da República, em 1802. É simplesmente um comentário à fórmula da 1ª Emenda (proferido bem posteriormente à promulgação desta) enviado a alguns de seus eleitores de Connecticut que estavam sendo marginalizados por causa da religião. Do que se conclui que, quando da proposta e da entrada em vigor da 1ª Emenda, a expressão “wall of separation” não fora sequer cogitada, não tendo como, evidentemente, ser referência para ela (ADRAGÃO, 2002, p. 64-65). Por outro lado, outro Patriarca norte-americano, James Madison, se referia a uma “line of distinction between civil and religious authorities” (MARTY, 2000, p. 13), expressão bastante eloquente, mas que curiosamente permaneceu esquecida na discussão sobre a interpretação a ser dada à 1ª Emenda.

O que a interpretação a partir meados do século XX propôs foi um grande corte entre as duas cláusulas, com ênfase naquela do não-estabelecimento, não percebendo que muitas vezes até mesmo a dimensão individual da religiosidade fica prejudicada quando da ignorância da visão institucional. Onde até então muitos viam cláusulas coordenadas, passou-se a se vislumbrar a existência de cláusulas separadas. Com isso, acabou-se por levar à derrogação de muitos aspectos relativos ao livre exercício da religião, simplesmente em nome da garantia do não-estabelecimento (ADRAGÃO, 2002, p. 153-155), sobretudo em matéria escolar.

O que se poderia afirmar sobre essa nova interpretação? Não se tratava propriamente de um conflito entre liberdade religiosa e igualdade dos cidadãos, mas sim de um conflito entre liberdade religiosa dos crentes e a liberdade “religiosa” dos descrentes, uma vez que a liberdade religiosa exigiria o maior conteúdo possível e o princípio da igualdade aplicado entre crentes e não-crentes só poderia levar à restrição do conteúdo da liberdade religiosa. Com isso, em nome da proteção das consciências dos não-crentes, foram banidas do espaço público todas as práticas de religiosidade em geral, reduzindo os atos religiosos àquelas esferas em que não poderiam causar nenhuma suposta moléstia a consciências indiferentes ou antirreligiosas. Assim, o conteúdo da liberdade religiosa acabou por ser esvaziado, posto que reduzido a manifestações intimistas, em detrimento da proteção de outra visão, mais abrangente, sobre o tema. Em nome de um igualitarismo chegou-se a uma situação desigual (FORNÉS, 1984, p. 384-385).

A posição da Suprema Corte indicava uma lenta modificação a partir dos anos 1980, com a alteração de sua composição. Um ilustrativo caso relativamente recente é o da sentença “Van Orden v. Perry” (2005), em que foi discutida a compatibilidade entre a presença de símbolos religiosos em monumentos em espaços públicos e o princípio da separação entre religião e Estado (CAÑAMARES, 2005, p. 350; 382-383). No referido caso, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a presença de um monumento em praça pública, que dentre

outros elementos, continha uma representação dos “Dez Mandamentos”, não era contrária à “establishment clause”, até mesmo por possuir um sentido secularizado que ultrapassa suas conotações propriamente religiosas originais.

Ainda se está, porém, longe de recuperar uma relação mais harmoniosamente cooperativa entre Estado e religiões. Exemplo disso foi a declaração de inconstitucionalidade do “Religious Freedom Restoration Act”, de 1993, que asseverava que:

O Estado só pode comprimir substancialmente o exercício da religião por uma pessoa se se demonstrar que a aplicação da compressão à pessoa é a prossecução de um interesse governamental essencial e que é o meio menos restritivo de prosseguir (sic) aquele interesse governamental essencial (ADRAGÃO, 2002, p. 159).

A análise da experiência norte-americana acima resumida indica um paradoxo. Se o livre exercício da religião reconhecido em lei é uma inovação americana, por outro lado, há uma constatação de que o Poder Político, na prática, não apoia o livre exercício da religião e de que a dimensão institucional da liberdade religiosa é desconhecida. Para a Suprema Corte, com efeito, a liberdade religiosa se refere apenas a uma liberdade de viés negativo - individual e privada (IBIDEM, p. 162).

## EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

### Antecedentes históricos e constitucionais

Durante o período colonial, se aplicava no Brasil o regalismo tipicamente português o qual, reconhecendo uma religião como oficial, por vezes, a manietava com seus próprios privilégios. Com a Independência, a situação não se alterou, uma vez que o Império Brasileiro manteve o mesmo sistema de relações com a Igreja Católica e com as demais religiões.

Eram basicamente dois os artigos da primeira Constituição do Brasil acerca da religião: “A religião católica apostólica romana, continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particularmente, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo” (Art. 5º) e “Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública” (Art. 179, 5).

Como se vê, o Brasil imperial era confessional, mas havia, ainda que restringida no âmbito público, liberdade religiosa. É que a mera aceitação de outros cultos – devida à liberdade religiosa - não faz com que determinado Estado deixe de ser considerado confessional (GIUSTI, 1936, p. 460). Isso depende tão-somente do fato de assumir uma denominação religiosa como sua. O que, aliás, leva a concluir que confessionalismo estatal não é incompatível com liberdade religiosa.

Sendo assim, a posição da Constituição Imperial, que estabelecia uma relação diferenciada com a religião católica, elevando-a ao status de oficial, previa a possibilidade do exercício de outras religiões, ainda que resumido ao âmbito particular, vedando a perseguição por motivos religiosos. Interessante notar que o projeto da Constituinte de 1823, afastado por Dom Pedro I, não se referia à oficialidade da Igreja Católica e determinava expressamente a liberdade religiosa. Assim se referia o projeto: “Dos direitos individuais dos brasileiros: art. 7º, inc. III: Liberdade religiosa” (HOMEM DE MELLO, 1996, p. 36).

A experiência imperial brasileira apresentava, como já afirmado, um regalismo marcante, em duas vias. Primeiramente, do ponto de vista da prática política, pela influência de figuras do clero na política e em assuntos eminentemente temporais, algumas vezes até mesmo com a pertença nos quadros da maçonaria, claro indício de atividade política. Os exemplos são vários. Desde o malfadado Frei Caneca ao Regente Padre Diogo Feijó (LIMA, 2001, p. 118-120). Como se sabe, o “Dia do Fico”, relevante ato político antecedente à Independência, por parte do então Príncipe Dom Pedro, foi tramado na cela do Frei Francisco de Santa Teresa de Jesus Sampaio, no Convento de Santo Antônio no Rio de Janeiro (IBIDEM, p. 110). Por outro lado, se dava a intromissão direta do Governo Imperial na vida eclesiástica, através dos direitos de padroado e beneplácito (Art. 102, XII e XIV).

É corrente apontar esse clima eivado de ideias racionalistas e liberais, tipicamente maçônicas e positivistas, a decadência do clero e da vida religiosa, a excessiva intromissão da autoridade imperial em matérias eclesiásticas e a tensão criada pela “questão religiosa”<sup>2</sup> como fatores que desencadeariam a República no final do século XIX (LLANO CIFUENTES, 1971, p. 182).

Após a proclamação da República, mas ainda antes da Constituição de 1891, o Decreto 119-A, de 1890, do Governo Provisório, de autoria de Rui Barbosa (SCAMPINI, 1978, p. 84-85), determinava a separação entre Igreja e Estado (HORTAL, 2006, p. 312), proibindo o estabelecimento (provável reminiscência americana) ou vedação a alguma religião, extinguindo o padroado, etc.

A primeira constituição republicana consolidou essa posição. Assim, o artigo 72, § 7º da Constituição de 1891 determinava: “Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção ou aliança com o governo dos Estados”. Havia agora plena liberdade de culto público, deixando de haver o reconhecimento de determinada religião como a oficial.

Pode-se, de fato, dizer que a República, promovida por civis e militares formados em geral num renhido positivismo anticlerical, acabou, sem que fosse a sua intenção, muito pelo contrário, por favorecer o exercício das atividades próprias da Igreja Católica. Não que o status que a Igreja gozasse perante a República fosse o ideal, considerando-se toda a possível crítica sobre o liberalismo laicista característico desse período histórico, mas sem

---

<sup>2</sup> Tratou-se da dura reação às medidas determinadas pelos bispos brasileiros contra a maçonaria, seguindo a orientação do Papa Pio IX. Foram presos dois bispos: o de Olinda-Recife, Dom Vital Maria de Oliveira, e o de Belém, Dom Antônio de Macedo Costa (LLANO CIFUENTES, 1971, p. 127-130).

dúvida representava um avanço do ponto de vista prático (MOURA, 1978, p. 33). Cita-se, por exemplo, o renascimento das ordens religiosas que durante o Império sofreram diversos empecilhos para a formação de noviçados e para a vinda de religiosos estrangeiros. Por exemplo, aos 19 de Março de 1855, o governo imperial baixava uma Portaria proibindo a admissão de noviços nos institutos religiosos. Foi a sentença de morte para todas as ordens (CALLIOLI, 2001, p. 14). Os conventos tentaram burlar as proibições, mas tendo os subterfúgios sido descobertos pelo governo, este passou a ameaçar os superiores (SCAMPINI, 1978, p. 31).

Numa leitura mais realista do texto constitucional e da conjuntura política da época, pode-se afirmar que a Constituição de 1891 não apenas extinguiu a oficialidade de uma religião, ao elaborar o princípio da liberdade religiosa, mas, indo além, em certo sentido simplesmente ignorou o elemento religioso. Em outras palavras, declarou a liberdade no âmbito religioso e não mais se referiu à religião. Se a postura republicana brasileira não chegou aos excessos que seriam vividos, por exemplo, no México da década de 1920, isso se deve em grande parte ao fato de os militares que lideravam o novo regime, apesar de serem em sua grande maioria de tendência positivista, olharem para os Estados Unidos da América como o grande modelo de seus ideais republicanos e federalistas.

Entretanto, essa separação absoluta propugnada pela Constituição, provavelmente por ser contrária ao sentimento popular e tendo-se acomodado os primeiros furores revolucionários, acabou por ser abrandada continuamente ao longo da história constitucional do país, como se pode observar pelos textos das constituições subsequentes que buscavam harmonizar a não confessionalidade com a consideração positiva do fator religioso na sociedade.

Assim, por exemplo, as Constituições da República de 1934<sup>3</sup>, 1946<sup>4</sup>, 1967<sup>5</sup> (com a Emenda de 1969<sup>6</sup>) e 1988<sup>7</sup>, como já antes a do Império<sup>8</sup> - ao contrário apenas daquelas de 1891 e 1937<sup>9</sup> - fazem referência a Deus em seus preâmbulos. Segundo Pontes de Miranda, as palavras introdutórias das Constituições, “enunciam alguma coisa dos seus propósitos, mas – principalmente – dizem qual o poder estatal, isto é, o poder de construir e de reconstruir o Estado” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 418). E, continua o mesmo autor, de modo nenhum

---

<sup>3</sup> “Nós, os representantes do Povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus (...)”.

<sup>4</sup> “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus (...)”.

<sup>5</sup> “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus (...)”.

<sup>6</sup> Doravante a referência passará a ser “Constituição de 1967 (69)”. Quanto houver alguma diferenciação substancial entre os textos da Constituição de 1967 e da Emenda de 1969 será devidamente referido.

<sup>7</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, (...), promulgamos, sob a proteção de Deus (...)”.

<sup>8</sup> “Em nome da Santíssima Trindade”.

<sup>9</sup> Pontes de Miranda nota a semelhança entre as Constituições de 1891 e de 1937: “É interessante observar-se que o subconsciente, em 1937, obteve para o positivismo comtiano, no tocante à estruturação política, fora do liberalismo, o que, em 1891, não obtiveram a ação consciente, a doutrinação e a própria força material, que se achavam, sem dúvida, em grande parte, do lado dos propugnadores da política positivista. Influxo do ditatorialismo sul-riograndense” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 420).

se autoriza que se “ponham de lado, na interpretação dos textos constitucionais, os dizeres dos preâmbulos. Todo preâmbulo anuncia; não precisa anunciar tudo, nem anunciando, restringe” (IBIDEM, p. 418-419).

Se a primeira Constituição Republicana apenas afirmava que nenhum culto religioso gozaria de subvenção oficial, proibindo também o embaraço a eles (Art. 11), as constituições seguintes, além de manterem aquelas proibições, trazem a previsão expressa da “colaboração recíproca em prol do interesse coletivo” (Art. 17 da Constituição de 1934<sup>10</sup> e Art. 31, II e III da Constituição de 1946) e “de interesse público, notadamente nos setores educacional e hospitalar” (Art. 9º da Constituição de 1967[69]).

Como já referido, a Constituição de 1891 instituiu expressamente um exercício da liberdade religiosa de modo mais amplo, assegurando-se o livre exercício do culto e a associação para fins religiosos (Art. 72, § 3º). Esses direitos continuaram garantidos nas Constituições de 1946 e 1967 (69), com alguns anexos. Assim, a Constituição de 1946 (Art. 141, § 7º) ressaltava o livre exercício dos cultos quanto àqueles que contrariem a ordem pública e os bons costumes, como também determinava que as associações religiosas adquirissem personalidade jurídica na forma da lei.

A Constituição de 1967 (69) fixava a igualdade perante a lei, sem distinção de credo religioso, assegurando o exercício dos cultos religiosos, desde que não contrariando a ordem pública e bons costumes. Proibia ainda que por motivos religiosos alguém fosse privado de seus direitos políticos, excetuando se os invocasse para se eximir de obrigação legal a todos imposta. Nesse caso, a lei poderia determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência (Art. 150, §§ 1º, 5º e 6º da Constituição de 1967; Art. 153, §§ 1º, 5º e 6º, na redação dada pela Emenda de 1969). Por último, em matéria de liberdade religiosa, a Constituição de 1967 (69) assegurava o “repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local” (Art. 158, inciso VII da Constituição de 1967; Art. 165, inciso VII, na redação dada pela Emenda de 1969).

Quanto ao casamento religioso, a Constituição de 1891 simplesmente não o reconhecia (Art. 72, § 4º). Com as Constituições de 1946 e 1967 (69), passa a haver uma equiparação de efeitos com os produzidos pelo chamado casamento civil, desde que observados os impedimentos e prescrições legais e o ato fosse inscrito em registro público (Art. 163, §§ 1º e 2º da Constituição de 1946 e Arts. 167 da Constituição de 1967 e 175, na redação dada pela Emenda de 1969).

A assistência religiosa às Forças Armadas e aos estabelecimentos de internação coletiva – não tratada pela Constituição do Império e não prevista nas Constituições de 1891 e de 1937 - foi garantida pelas Constituições de 1934 (Art. 113, 6), 1946 (Art. 141, § 9º) e 1967 (69) (Art. 150, § 7º da Constituição de 1967 e Art. 153, § 7º, na redação dada pela Emenda de 1969). Historicamente, essa disposição sofreu influência da

---

<sup>10</sup> A Constituição de 1937, neste ponto, seguiu a de 1934 (ARAÚJO CASTRO, 2003, p. 273).

Constituição de Weimar, sempre no sentido de algo facultativo aos interessados (PONTES DE MIRANDA, 1974a, p. 145). Interessante notar que o texto de 1934 expressamente isentava os cofres públicos dos ônus da prestação desses serviços.

No período imperial não havia a previsão constitucional do ensino religioso, porém, na prática, por conta do confessionalismo da época e da evidentemente maciça presença católica na educação, circulavam livremente manuais de catecismo nas escolas e o ensino religioso se dava de modo natural. O grande problema era o reduzido número de jovens atendidos pelo sistema de ensino nacional oitocentista (SANTOS, 1998, p. 16).

A primeira Constituição Republicana afirmava expressamente o ensino leigo nos estabelecimentos públicos (Art. 72, § 6º). Mais adiante, após a Revolução de 1930, o Decreto 19.941/31, do Governo Provisório, tornava facultativo o ensino religioso (CAVALCANTI, 1959, p. 104), já antes da Constituição de 1934. Já esta assim se expressava quanto à matéria: “O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, manifestada pelos pais ou responsáveis, e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais” (Art. 153).

A “Polaca” continuava a prever o ensino religioso, porém já sem o caráter de obrigatoriedade de oferta: “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 frequência compulsória por parte dos alunos” (Art. 133).

A Carta de 1946 (Art. 168, V) basicamente repetia o texto de 1934. Já na Constituição de 1967 (69), “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas de grau primário e médio” (Arts 176, § 3º, inciso IV da Constituição de 1967 e 176, inciso V, na redação dada pela Emenda de 1969).

Numa interpretação da norma constitucional de 1967 (69) acima citada, para Pontes de Miranda, a despeito da omissão do texto, o ensino religioso deveria ser “ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, ou pelos pais, ou pelos responsáveis, e constitui matéria dos horários das escolas públicas de grau primário e médio, sendo facultativa a matrícula” (PONTES DE MIRANDA, 1974b, p. 355).

Quanto à legitimidade do ensino religioso nos estabelecimentos públicos em geral, segundo Themistocles Cavalcanti e José Scampini, foram seus defensores históricos Rui Barbosa (ver “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, vol. V, p. 257) e Pedro Lessa, sendo contrário a ela, de renome, Carlos Maximiliano, que expressara sua posição em seus “Comentários à Constituição Brasileira”, de 1918 (CAVALCANTI, 1959, p. 103; SCAMPINI, 1978, p. 119).

## O tratamento dado pela Constituição de 1988

A Constituição de 1988, na esteira de todas as constituições depois de 1934, adota um regime de separação mitigada (FERRAZ, 1997, p. 23), não sendo possível enquadrá-la como laicista, segundo a conceituação indicada supra. Com efeito, a atual Carta parece enquadrar o Brasil entre aqueles Estados Sociais que proclamam a liberdade e a igualdade religiosa, mas que declaram relevante e positivo o fato social religioso. Sendo assim, em conformidade a esse princípio geral, o Estado seria obrigado a especificar sua atuação com vistas a tutelar e promover a satisfação do interesse social religioso (LÓPEZ ALARCON, 1989, p. 470).

A principal norma constitucional sobre as relações Estado-religião na Constituição Brasileira vigente é a que se encontra no inciso I do artigo 19, o qual afirma ser vedado à União, aos Estados e Municípios “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Fica evidenciada pela leitura desta norma constitucional a manutenção da já tradicional opção pelo aconfessionalismo, que vem do referido Decreto 119-A. A permissão da colaboração de interesse público permite considerar a filiação do Brasil a um sistema que se pode chamar de laicidade, ao se considerar esta última como um modelo de relações em que se dá uma separação mitigada entre Estado e religião, no caso, entrelaçando o referido aconfessionalismo (que o artigo 19 estabelece) com a possibilidade de cooperação (que o mesmo artigo – além de outros - permite) e com a liberdade religiosa (que a Constituição de 1988 e toda a história constitucional brasileira preveem). Essa cooperação não se confunde com a aliança vedada pelo texto constitucional, considerando esta como a que “inviabiliza a própria liberdade de crença, assegurada no art. 5º, VI, da Carta, por impedir que outras confissões religiosas atuem livremente no País” (MENDES, 2009, p. 463).

Como se afirmou acima, outros dispositivos constitucionais corroboram a simpatia da Constituição pela religião ao favorecerem a sua prática e difusão mais livres. Assim, por exemplo, a liberdade de crença e de culto e a proteção aos locais de culto e liturgias são asseguradas pelo inciso VI do Artigo 5º. Quanto a este quesito, lembre-se que ao se referir a liturgias, a Constituição protege não apenas os ritos oficiais, mas também suas insígnias, hábitos e sinais de identificação (HORTAL, 2006, p. 312).

Além disso, a permissão para estabelecer feriados e datas comemorativas com cunho religioso, “de alta significação”, pode ser inferida da leitura combinada dos Artigos 215, § 2º e 216.

Pelo inciso VIII do mesmo Artigo 5º se proíbe a privação de direitos por motivos de crença religiosa, com a exceção de serem estes alegados para se eximir de deveres a todos impostos, recusando-se a prestação alternativa (Art. 143, § 1º). Já o inciso IV do mesmo Artigo 5º estabelece a liberdade de manifestação de pensamento, garante a propaganda religiosa (proselitismo positivo) e, combinado especialmente com os Artigos 221 e 222, o uso da comunicação social para a divulgação do pensamento religioso.

Também é assegurada a assistência religiosa aos internados em entidades coletivas civis (presídios, asilos, hospitais, orfanatos) ou militares (quartéis e batalhões) pelo inciso VII do Artigo 5º. No que diz respeito às capelanias militares, o Brasil e a Santa Sé estabeleceram um acordo no ano de 1989 sobre a assistência religiosa para os membros das Forças Armadas. Por ele, se estabelece que o “Ordinário Militar deverá ser brasileiro nato, terá a dignidade de Arcebispo e ficará vinculado administrativamente ao Estado Maior das Forças Armadas, sendo nomeado pela Santa Sé, após consulta ao Governo brasileiro” (Art. 3º); “o Capelão Militar católico, no exercício de suas atividades militares, subordinar-se-á a seus superiores hierárquicos; no exercício de sua atividade pastoral, seguirá a orientação e prescrições do Ordinário Militar, conforme as normas do Direito Canônico” (Art. 9º); “quanto à admissão e número de Capelães Militares católicos, valerá a proporcionalidade fixada pela legislação em vigor no Brasil” (Art. 11) e “competirá ao Estado-Maior das Forças Armadas, respeitadas as suas limitações, prover os meios materiais, orçamentários e de pessoal necessário ao funcionamento da Cúria do Ordinário Militar” (Art. 13). Por último, pode ser notada a exceção constitucional do serviço militar de eclesiásticos em tempos de paz, sujeitando-os, porém, a outros encargos (Art. 143, § 2º, da Constituição da República).

Igualmente é reconhecido o direito de se reunir e se associar para fins religiosos (Art. 5º, XVI e XVII). Além disso, o casamento religioso pode ter efeitos civis, nos termos da lei, segundo o § 2º do Artigo 226.

Em relações às instituições religiosas fica vedado, pelo Artigo 150, VI, “b”, aos três entes federativos instituir impostos sobre templos de qualquer culto, evitando, desse modo, embaraços ao exercício da liberdade religiosa por via tributária. Além disso, pelo Artigo 213, é possibilitada a destinação de recursos públicos a escolas confessionais.

Quanto ao ensino religioso, a Constituição de 1988 trata da Educação na seção I do capítulo III, dentro do título VIII, concernente à Ordem Social. Neste capítulo, traça os objetivos gerais e princípios norteadores da educação no Brasil, distinguindo quatro níveis sucessivos de ensino: A educação infantil, o ensino fundamental, o ensino médio e o universitário.

Ao que parece, mais uma vez, e em especial no que respeita à Ordem Social, o constituinte pátrio recorreu ao modelo da Constituição de Weimar, sempre citada como marcante na história das constituições. Essa histórica Constituição determinava que o ensino religioso fizesse parte do programa oficial e que fosse ministrado de acordo com os princípios da própria comunidade religiosa. Os alunos, porém, não participavam desse ensino sem o consentimento de seus pais ou tutores (ARAÚJO CASTRO, 2003, p. 313). Mais recentemente, a “Lei Fundamental Alemã”, por exemplo, em seu artigo 7.3, faz referência ao ensino religioso em escolas públicas, de acordo com a religião do aluno. Aliás, neste país, boa parte das Faculdades de Teologia está localizada no âmbito das universidades públicas, entendendo-se, porém, que o Estado, apesar de não haver uma proibição expressa, não

tem legitimidade para fundar um Curso teológico sem prévio acordo com uma Igreja (TETTINGER, 2005, p. 309-310).

Retornando à Constituição de 1988, após esses aportes do Direito Comparado, assim se expressa o parágrafo 1º do Artigo 210: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”. Como se nota, a Constituição expressamente restringiu a educação religiosa em escolas públicas ao ensino fundamental que, por força dos preceitos dos parágrafos 2º e 3º do Artigo 211, é de atuação prioritária dos Municípios e dos Estados e Distrito Federal, dado que este nível é universal e obrigatório para todos (Art. 208, I), ao contrário, por exemplo, do ensino superior.

O tratamento dado à educação religiosa, mesmo na modalidade confessional, bem como todas as demais normas que tratam da religião na Constituição de 1988, não pode ser encarado como mera exceção à regra da aconfessionalidade estatal. É, ao contrário, a concretização daquela cooperação que, garantindo o exercício da liberdade religiosa, caracteriza o que aqui se alcunhou como regime da laicidade, de uma separação mitigada. É verdade que o Estado, por força do texto constitucional, não adota nenhuma religião como oficial. Porém, a sociedade - que não se confunde com o Estado - é formada por cidadãos que têm uma religião e que frequentam as escolas públicas.

## CONCLUSÃO

Como já se afirmou acima, a sistemática constitucional brasileira contemporânea sobre as relações entre religião e Estado é regida pelo princípio da laicidade, que não sufoca ou ignora o sentimento religioso e instituições religiosas, e muito menos tem “inimizade com a fé” (MENDES, 2009, p. 462). Antes, pelo contrário, coopera com elas, pois vê nas religiões um papel público positivo a ser desempenhado no âmbito republicano.

Na lição de Pontes de Miranda (1974a, p. 126):

A liberdade de (...) crença não têm somente o lado negativo. Não há apenas o direito, a pretensão e a ação para que se não ofenda a liberdade de (...) crença. Há também o status jurídico positivo como o que se exprime no direito à educação religiosa nas escolas públicas ou à frequência das escolas confessionais.

Resumidamente, pode-se concluir que o tratamento constitucional dado à religião permite enquadrar o Ordenamento Jurídico Positivo brasileiro como um dos em que se adota - ainda que com nuances - o regime daquilo que aqui se denominou de laicidade. Ao que tudo indica, procedendo-se a uma leitura do texto constitucional de modo coerente com a história constitucional brasileira e isenta das ideologizações típicas do modelo francês, é possível afirmar que o constituinte de 1988 procurou respeitar o evidente espírito religioso brasileiro, assegurando-o através das diversas normas constitucionais analisadas.

---

## THE LEGAL AND POLITICAL TREATMENT GIVEN TO RELIGION BY BRAZILIAN LAW: MODELS, HISTORY AND ACTUALITY

### Abstract

The article describes the treatment given by the Brazilian Law about religion. To this end, points out two experiences (France and USA) that served as models for Brazil. In addition it shows a history of how national Constitutions treated the theme. It concludes that, although the Constitution prohibit the adoption of an official religion, the 1988's Charter considers the religious phenomenon as a positive and important social element, which must be protected in its various spheres

**Keywords:** Religion; Brazilian Law; Constitutional Law; Laicity.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almedina, 2002.

AMSON, Daniel. **Laicismo y religiones**: Educación 'a la francesa'. Política Exterior. Madrid, Vol. XIX, n. 105, mai./jun.: 2005.

ARAÚJO CASTRO, Raimundo de. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, 2003.

CALLIOLI, Eugenio Carlos. **O Estado e fator religioso no Brasil República**: Compilação de leis comentada. 2001. Tese (Doutorado em Direito Canônico) – Pontifícia Universidade da Santa Cruz, Roma, 2001.

CANAMARES, Santiago. **Simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América**: La doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia Van Orden v. Perry. Persona y Derecho, Pamplona, n. 53, 2005.

CARDOSO, Maria Teresa Gondim. **A tutela jurídica do trabalhador religioso como instrumento de efetivação do direito à liberdade religiosa**. 2004. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Salvador. Salvador, 2004.

CARDIA, Carlo. Laicità dello Stato e nuova legislazione ecclesiastica. In COPPOLA, Raffaele (org.). **Atti del Convegno Nazionale di studio su il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede**. Milão: Giuffrè, 1987.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal comentada**: Volume IV. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1959.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O ensino religioso nas escolas públicas**: exegese do § 1º do art. 210 da CF de 05.10.1988. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 5, n. 20, jul-set, 1997.

FORNÉS, Juan. **La ciencia canónica contemporánea**: valoración crítica. Pamplona: EUNSA, 1984.

FRASER, James W. **Between Church and State. Religion and Public Education in a multicultural America**. Nova Iorque: St. Martin's Griffin Editor, 2000.

GIUSTI, Adalberto. Confessionismo statale e libertà di culto e di propaganda. In VV. AA. **Studi in onore di Francesco Scaduto**. Volume primeiro. Florença: Casa Editrice Poligrafica Universitaria del Dott. Carlo Cya, 1936.

HOMEM DE MELLO. Francisco Ignácio Marcondes. **A Constituinte perante a História**. Brasília: Senado Federal, 1996.

HORTAL, Jesus. O Princípio da Liberdade religiosa e o Ordenamento Jurídico. In PEIXINHO, Manoel Messias et al. (orgs). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LIMA, Maurilio Cesar de. **Breve História da Igreja no Brasil**. Rio de Janeiro: Restauero, 2001.

LLANO CIFUENTES. Rafael. **Curso de Direito Canônico: A Igreja e o Estado à luz do Vaticano II**. São Paulo: Saraiva, 1971.

LÓPEZ ALARCON, Mariano. Relevancia específica del factor social religioso. In VV. AA. **Las relaciones entre la Iglesia y el Estado**: Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardia. Pamplona: EDERSA, 1989.

MARTY, Martin. **Education, religion and the Common Good**. São Francisco: Jossey-Bass, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIQUEL, Pierre. **Histoire de la France: De Vercingétorix à Charles de Gaulle**. Paris: Marabout, 1998.

MOURA, Odilão. **Idéias católicas no Brasil: Direções do pensamento católico do Brasil no século XX**. São Paulo: Convívio, 1978.

NORD, Warren. **Religion and American education**. Rethinking a national dilemma. The University of North Carolina Press, 1995.

PALOMINO, Rafael. **Laicismo, laicidad y libertad religiosa: La experiencia norteamericana proyectada sobre el concepto de religion**. Persona y Derecho, n. 53, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967: Com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967: Com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo V. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974a.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967: Com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo VI. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974b.

POOLE, Diego. Recensión de OLLERO, Andrés. **España: un Estado laico?** Thomson-Civitas. Madri, 2005. Persona y Derecho, Pamplona, n. 53, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Notas sobre a liberdade de religião no Brasil e nos Estados Unidos**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 27-28, jan-dez, 1987.

SANTOS, Ediléa da Silva. **O direito à educação religiosa cristã na legislação canônica e na legislação civil brasileira**. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito Canônico). Universidade Gregoriana de Roma; Instituto Superior de Direito Canônico da Arquidiocese do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

SCAMPINI, José. **A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras**: Estudo filosófico-jurídico comparado. Petrópolis: Vozes, 1978.

TETTINGER, Peter J. **Libertad religiosa y cooperación con las confesiones**: El modelo alemán. Persona y Derecho, Pamplona, n. 53, 2005.

VERA URBANO. Francisco de Paula. **Derecho Eclesiástico**. Vol. I: Cuestiones fundamentales de Derecho Canónico, Relaciones Estado-Iglesias y Derecho Eclesiástico del Estado. Madri: Tecnos, 1997.

VIOLA, Francesco. **Laicidad de las instituciones, sociedad multicultural y religiones**. Persona y Derecho, Pamplona, n. 53, 2005.

*Trabalho enviado em 17 de setembro de 2015.*

*Aceito em 11 de outubro de 2015.*