

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HISTÓRIA DO DIREITO

ANTONIO CARLOS WOLKMER

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Antonio Carlos Wolkmer, Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-059-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

O interesse pela História do Direito tem crescido significativamente no Brasil nos últimos anos. A inclusão da disciplina no conteúdo dos cursos de graduação, desde o início dos anos 2000, tem contribuído para o conhecimento e expansão da área. Sendo ainda uma área (ou sub-área) nova, a História do Direito, ainda luta para sedimentar-se academicamente dentre as disciplinas chamadas de zetéticas. Ao contrário da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito, já consagradas em currículos, eventos e produções nacionais, a História do Direito ainda carece, se comparada com as outras áreas, de um certo fortalecimento metodológico e teórico.

Nesse sentido a existência de fóruns, como o GT de História do Direito no CONPEDI, auxilia que trabalhos, já com preocupações metodológicas e teóricas de grande sofisticação, convivam com os de pesquisadores iniciantes no tema. Mas, se por um lado, a referida disciplina luta para consolidar sua especialidade em relação à Sociologia do Direito e à Filosofia do Direito, ela é palco de internacionalização e de refinados trabalhos acadêmicos. A ausência da disciplina no Brasil, durante alguns anos, fez com que o intercâmbio internacional fosse uma necessidade, logo na formação da disciplina. O mencionado fato levou diversos professores e pesquisadores a uma profunda inserção no meio acadêmico internacional. Daí o contraste da História do Direito: uma disciplina jovem, pouco difundida e sedimentada em muitos cursos jurídicos, mas que, por outro lado, tem dentre seus pesquisadores mais inseridos, um elevado nível de pesquisa e internacionalização.

Neste contexto, os trabalhos apresentados no CONPEDI e publicados aqui, servem para demonstrar uma área em transição e em processo de fortalecimento. Assim, eles contribuem para problematização de métodos, metodologias e teorias que podem ser aplicadas à História do Direito.

As apresentações tiveram temas genéricos e específicos, abarcando desde aspectos da presença e influência do "common law no Brasil, passando pelo direito romano e temas conexos. Também foram discutidos pensadores como Hobbes, Virílio, Habermas e Leon Duguit, e temas como espaços femininos, ideias marxistas, movimentos sociais e a trajetória do Direito no Brasil. Este foi o principal tema dos trabalhos que reuniu contribuições sobre o Período Colonial, a escravidão, a educação e a cultura jurídica. Também foi problematizado o Direito no Período do Império, as eleições de 1821, a obra de Diogo Feijó, a questão da

legislação sobre a adoção e o Estado laico e confessional. Sobre o Período Republicano, os trabalhos preocuparam-se com história do Direito Penal, crimes políticos, jurisprudência do STF e Relatório Figueiredo.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Antonio Carlos Wolkmer (UFSC - UNILASALLE)

Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Zélia Luiza Pierdoná (MACKENZIE)

**ESTADO CONFSSIONAL OU ESTADO LAICO FORMAL? A RELAÇÃO IGREJA
E ESTADO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1824 E
1891**

**RELIGIOUS OR SECULAR STATE? THE RELATIONSHIP BETWEEN CHURCH
AND STATE IN BRAZIL AND ITS CONSEQUENCES IN THE CONSTITUTIONS
OF 1824 AND 1891**

Daniella Miranda Santos

Resumo

As intrincadas relações entre o Estado Brasileiro e a Igreja Católica permitem várias análises, no entanto, nessa pesquisa sugere-se investigar como se deu o surgimento do Estado Laico constitucional. A Constituição de 1824, a única do Período Imperial e a Constituição de 1891, a primeira do Período Republicano, são materiais de memória, e por assim dizer, testemunhos documentais de qual era o tratamento constitucional dado à religião e à religiosidade nos períodos citados. Desse modo, o objetivo dessa pesquisa é a tentativa de compreender como se deu a dinâmica das relações existentes entre o Estado Brasileiro e a Igreja no Período Imperial e nos primeiros anos do Período Republicano e os reflexos dessas nas supracitadas constituições brasileiras. No tocante aos aspectos metodológicos, busca-se também demonstrar como se dará a mobilização da memória religiosa e a importância dessa análise para os estudos em História do Direito, uma vez que memória, direito, história e religião estão, ao longo dos tempos, profundamente interligados e essa interpenetração foi determinante para a transição do Brasil de um Estado Confessional para um Estado Laico formal.

Palavras-chave: Estado, Igreja, Laicização, Constituição, História, Memória

Abstract/Resumen/Résumé

The intricate relationships between the Brazilian State and the Catholic Church allow multiple analyzes, however, this research suggests to investigate how was the appearance of the Constitutional secular state. The 1824 Constitution, the only of the Imperial period and the Constitution of 1891, the first of the Republican Period, are "memory materials", that means, documentary evidence of what was the constitutional treatment of religion and religiosity in the periods cited. Thus, the objective of this research is trying to understand how was the dynamic of the relationship between the Brazilian State and the Church in Imperial period and the first years of the Republican period and the consequences of these relationships in these Brazilian constitutions. About methodological aspects, we would like to also demonstrate how will happen the mobilization of religious memory and the importance

of this analysis for studies in History of Law, since memory, law, history and religion are, over time, deeply interconnected and this interpenetration was crucial to Brazil's transition from a Confessional State to a formal secular State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Church, Secularization, Constitution, History, Memory

Introdução

Nos estudos históricos da atualidade admite-se, sem reservas, a relevância da hermenêutica. Assim o pesquisador não pode ser considerado um mero decodificador da realidade, até por que a realidade se apresenta desfragmentada e descontinuada, sendo impossível que se faça uma análise direta e simplista dos fatos. Não se deve buscar uma verdade pragmática, mas sim investigar quais os significados que os fatos podem assumir, pois a atribuição de tais significados depende da interpretação, da aleatoriedade e da subjetividade do historiador: eis a inspiração subjetiva na elaboração do conhecimento historiográfico.

Esses também devem ser os princípios norteadores da historiografia jurídica ou da história do direito de inspiração hermenêutica e que se funda nessa correlação não-linear entre presente e passado. Nas palavras do professor Pietro Costa:

[...] o passado do direito é “objetivamente” conexo com o presente na inquebrável unidade da tradição: o diálogo amigável entre passado e presente é um diálogo ininterrupto, um contínuo fluir e refluir do passado no presente e no passado. A dogmática jurídica, portanto, exprime a essência da experiência jurídica em todo o arco de seu desenvolvimento e torna possível o diálogo entre presente e passado sob a insígnia da continuidade da tradição; respectivamente, a história do direito se move a partir do saber jurídico, sobre esta base compreende o passado, torna, enfim, o saber jurídico enriquecendo-o com os outros aportes da tradição por ela revisitada e reconstruída. (COSTA, 2010, p. 34)

Desse modo, o pesquisador na área de História do Direito além de ser um historiador é também jurista que não pode se desvencilhar da sua temporalidade. Para Costa (2010), enquanto historiador, o estudioso emprega a linguagem do presente e as suas visões interpessoais de análise científica, mas é o passado, o objeto de sua pesquisa. Já enquanto jurista o movimento é contrário: ele retrocede no tempo com intuito de ter um instrumento para resolver um problema teórico ou prático do seu presente.

Nessa perspectiva, entendendo a tradição como resultado da memória instituinte é preciso salientar que segundo François Ost (2005) os juristas seriam uma espécie de guardiães da memória social. Seja como arquivistas ou notários, conservadores dos atos passados, ou como “cérebros ciumentos das portas da legalidade.” Para o autor, os juristas são muito mais testemunhas do que conservadores de suas formas herdadas.

Dito que há uma importante correlação entre juristas, é também relevante a contribuição de Ost quando afirma que há essa uma ligação entre a memória coletiva consagrada e religião. Segundo ele:

Esta ligação da memória coletiva consagrada com a religião não é específica do mundo grego; pudemos sustentar, de fato, que toda religião implicava mobilização de uma memória coletiva e se definia pela inserção em uma “linhagem crente.” Pelas práticas de anamnésia e da repetição dos ritos sagrados, os fiéis revivem a memória dos acontecimentos fundadores da linhagem crente, à qual pretendem se religar, realizando assim uma comunidade que transcende à história. **A laicização do mundo e a secularização do direito, iniciadas desde a modernidade, não enfraqueceram verdadeiramente esse laço estrutural da memória com o sagrado fundador.** Não há, de fato, nenhum Estado moderno que possa ficar sem um romance institucional das origens, dos quais as comemorações dos acontecimentos fundadores fornecem, em intervalos regulares, não a simples lembrança do modo de “rememoração”, mas uma autêntica revitalização no modo da “regeneração”: como se a virulência mesmo do passado mítico fosse requisitada para se irradiar de novo no presente. **[grifo nosso]** (OST, 2005, p. 59)

Dessa maneira é que se explicita a necessidade da análise da relação entre Igreja e Estado no Estado Imperial Brasileiro e das suas primeiras cartas constitucionais, uma vez que, conforme foi demonstrado, memória, direito, história e religião estão, ao longo dos tempos, intimamente interligados. Tal investigação justifica-se na busca das configurações político-religiosas presentes no passado imperial brasileiro e representa a importância de se conhecer parte da História do Direito Público brasileiro.

Bonavides (1989) defende que para o entendimento das instituições políticas e sociais, o estudo da história constitucional do Brasil é indispensável. Para o autor, o estudo da história das Constituições fornece um dos “mais profundos mergulhos na compreensão do passado nacional”.

No que tange à metodologia e seus procedimentos, para o desenvolvimento de uma pesquisa baseada nos estudos em memória, faz-se necessário compreender a realidade social como uma totalidade de estruturas independentes, que se influenciam mutuamente. Isso confirma a ideia de que antes de qualquer investigação é preciso que se resista a uma tendência histórica de perceber os fatos isolados, mas percebê-los por fora deles próprios, em suas múltiplas e variadas determinações.

Convém ressaltar que as Constituições de 1824 e 1891 serão analisadas enquanto “materiais de memória”, inseridas no sentido de “documento”¹ utilizado por Jacques Le Goff.

Sob o olhar do sociólogo Maurice Halbwachs, tomando por base a sua obra póstuma *A Memória Coletiva*, neste artigo busca-se também relacionar ou indicar quais desses supracitados conceitos serão utilizados para a mobilização da memória coletiva religiosa quando da análise de um objeto de pesquisa essencialmente histórico, qual seja, a transição do Brasil de um Estado Confessional para um Estado Laico constitucional.

Contudo, é importante compreender qual é a relação existente entre história e memória na teoria halbwachiana acerca da memória coletiva, já que os estudos em memória, por vezes, possuem cunho histórico-metodológico. Sob o olhar de Halbwachs (2013), história e memória se distinguem, no entanto, paradoxalmente se complementam. A história objetiva analisar minuciosamente os fatos históricos, ao passo que, realmente, apenas se limita a conservar a imagem do passado, daquilo que ainda pode se fixar na memória coletiva. Em outras palavras, a história retém da memória apenas o que interessa às sociedades atuais: muito pouco.

No tocante ao aspecto metodológico, importante é a contribuição que o autor traz quando sugere como se deve proceder a evocação da memória:

“Embora em meio século os aspectos urbanos tenham mudado muito, há de um quarteirão em Paris, até mais de uma rua ou um aglomerado de casas que sobressai do resto da cidade e que mantém sua fisionomia de outrora. [...] **Para evocar, não basta procurar as placas que comemoram as casas em que viveram e morreram alguns personagens famosos da época, nem ler uma história das transformações de Paris. É na cidade e na população de hoje que um observador nota muitos traços de outrora.**” [grifo nosso] (op.cit., p. 88).

Da afirmação de Halbwachs, pode-se depreender que a própria realidade seria a fusão concreta e manifesta entre história e memória. No presente é que se evoca a memória, com vistas a se perceber os tipos, costumes e hábitos do passado histórico. Considera o autor que somente o contexto histórico não basta para a mobilização da memória, que é preciso ir além da história.

¹“O termo latino *documentum*, derivado de *docere*, “ensinar”, evoluiu para o significado de “prova” e é amplamente usado no vocabulário legislativo. E no século XVI que se difunde, na linguagem jurídica francesa, a expressão *tires etdocuments*, e o sentido moderno de testemunho histórico data apenas do início do século XIX.” (LE GOFF, 2012, p. 510) Le Goff afirma que o documento, que para a escola positivista do fim do século XIX e do início do século XX era o fundamento do fato histórico, resulta de uma escolha, de uma decisão do historiador e se apresenta na atualidade como uma “prova histórica”.

O Processo de “Separação” entre Igreja e Estado entre o Período Imperial e Republicano

Para comprovar a tese de que o Estado Brasileiro não é laico, uma vez que vários comportamentos que sugerem a não-laicidade são herdados por meio da memória religiosa dos grupos sociais e por meio da tradição, analisar-se-á a evolução constitucional da transição do Estado confessional (Carta de 1824) para a secularização de direito, expressa na Constituição de 1891 e instituída pelo Decreto nº 119-A de 7 de janeiro de 1890.

Para a compreensão do que seria um “estado laico” ou um “estado confessional” é preciso levar em consideração o tempo histórico do Estado e, sobretudo, se o conceito utilizado, será empregado como *instrumento* ou como *objeto* de questionamento. Nesse estudo, o termo-conceito que permeará a pesquisa, será a segunda abordagem. Para Costa (2010, p. 81-82) é preciso entender

“[...] propriamente o conceito de Estado, a sua noção histórico-teórica, a ser o objeto de análise: se trata então de compreender de que modo e com quais características veio a ser determinado o termo-conceito Estado. Qualquer que seja a solução adotada, o problema em questão emerge do interior de uma abordagem que emprega o Estado como instrumento de pesquisa e não como seu objeto.

Importante questão metodológica é suscitada por Costa (2010) quando assevera que a noção histórico-teórica do Estado e o seu tempo histórico coincidem com o processo de formação e de afirmação de seu conceito. Por exemplo, na análise do Estado Brasileiro e da transição constitucional de confessional para laico, não se pode perder de vista as peculiaridades daquele Estado em formação e do seu tempo histórico. E o autor ainda completa:

O termo “Estado” possui uma história lexical relativamente recente: é Maquiavel que no Príncipe fala de “*stati*” (e “*domini*”) para referir-se a forma política de sociedade e apenas gradualmente a expressão “Estado” se difunde até ocupar o centro do discurso político-jurídico do século XIX. No léxico medieval eram outros os termos de referência: *civitas*, *respublica*, *regnum*, *imperium*. Para perceber então o aparecimento histórico-teórico do termo-conceito Estado é necessário compreender a descontinuidade por ele introduzida com relação à representação medieval e protomoderna da ordem política. (COSTA, 2010, p. 82).

Imprescindível se faz definir o que seria a “secularização” que prega a separação entre Igreja e Estado para a administração do Estado e da sua vida política, social e legislativa. Roberto de Almeida Gallego ensina que:

O termo “secularização” provém do vocábulo latino saeculum, expressando aquilo que não é eterno, que está submetido ao tempo, vale dizer, o mundo. Santo Agostinho traduz tal dicotomia nas suas célebres “cidades”: a de Deus — espiritual e imperecível —, a dos homens — secular e, como tal, sujeita à decomposição e à destruição, por parte do tempo. No âmbito do direito canônico seu emprego foi no sentido de diferenciar o clero dos fiéis leigos.” (GALLEGO, 2010, P. 286)

Manoel Jorge de Silva Neto traz importante subsídio teórico para justificar o poder da Igreja na Idade Média:

O predomínio da Igreja Católica, de contraparte, bem poderia ser creditado à própria justificação do poder político dos monarcas, vinculado, segundo se pensava à época, à origem divina; era a consagração da Teoria da Origem Divina Sobrenatural do Poder, que, de um só golpe, consolidou o Absolutismo Monárquico (materializado na afirmação conhecidíssima de Luís XIV, segundo a qual “O Estado Sou eu”) e transformou a religião católica na única, exclusiva e aceitável fé a ser professada pelas pessoas.” (SILVA NETO, XXXX. P. 678).

Salo de Carvalho demonstra, de modo resumido, como o saber científico foi se apartando da Igreja, um dos fatores que aceleraram o processo de secularização:

Crise é a palavra exata para classificar o momento pelo qual a tradição passou. Durante muitos séculos, a Igreja monopolizava a produção científica. Posteriormente, passou a negar os frutos de suas pesquisas. Ao pesquisador, segundo Dussel, restaram apenas duas soluções: o secularismo, que é a negação da teologia pela ciência, ou o concordismo, ou seja, a busca incessante da adequação, muitas vezes forçada, das descobertas à cristandade. A primeira hipótese, a de negação total da teologia, estabelece a noção de um mundo profano, dessacralizado, que nega o recurso ao fundamento cristão. Essa oposição radical, definida por Dussel como “falsa alternativa”, gerou o secularismo, ou seja uma secularização alheia do divino e em oposição frontal aos dogmas da Igreja, em nome de uma ciência plenamente capaz de responder aos anseios da intelectualidade. (CARVALHO, 2007, P. 255)

O autor Wilson Prudente em sua obra *A Verdadeira História do Direito Constitucional no Brasil (2009)*, sugere que o estudo da justiça eclesiástica na Idade Média seria essencial para a compreensão dos fundamentos do Direito Constitucional, bem como do Direito Processual Penal, pois a Santa Inquisição demonstra a face mais obscura da Igreja Católica diante da brutalidade das penas aplicadas aos acusados e condenados. Nesse mesmo sentido, o autor ainda defende que nos cursos jurídicos deveriam se estudar Direito Canônico:

“Curiosamente, este acontecimento jurídico de maior relevância — a Santa Inquisição — não costuma ser sequer pincelado nos manuais de Direito Positivo. Igualmente curioso, é o fato de os cursos jurídicos no Brasil, ministrarem uma disciplina denominada Direito Romano, de importância quando muito pontual, no Direito Brasileiro, e não ministrarem o Direito Canônico, este sim, que influenciou de forma determinante a legislação e o Direito Brasileiro de todos os tempos. Isso, talvez, se deva ao poder que tem a Igreja Católica, ainda nos nossos dias, de esconder das gerações presentes, o vergonhoso passado da sua justiça eclesiástica.” (PRUDENTE, 2009, p. 10).

Prudente (2009) defende, portanto, que o estudo do Direito Canônico que teve vigência no Brasil e inspirou a legislação brasileira fosse estudado de modo mais enfático nos cursos jurídicos brasileiros. No que tange a intersecção do Estado e da Igreja no período medieval, supracitado autor entende que:

“A Igreja Católica, neste período, se constituía numa forma peculiar de Estado. O dízimo, recolhido de seus fieis, tinha uma nítida natureza tributária, uma vez que era dotado de absoluto caráter impositivo. Não obstante ser a Igreja um Estado, ela coordenava as atividades dos demais Estados europeus. Ou seja, a Igreja era um super Estado, com jurisdição sobre os Estados que coordenava.” (PRUDENTE, 2009, p. 11).

O Estado Laico é, na definição de Ives Gandra da Silva Martins Filho (2012, p. 355):

Aquele em que há separação entre as duas esferas, com a autonomia do Estado e da Igreja, mas relação de mútua cooperação, respeitada a liberdade religiosa e o pluralismo religioso, sem uma religião estatal.

Para que o Estado seja laico é preciso que haja neutralidade em questões religiosas, contudo, sempre haverá um viés religioso na elaboração das leis políticas públicas do Estado. Ele mesmo cuida de positivizar leis que são veiculadas pela religião, não se mostrando totalmente isento de conteúdo religioso. Assim, há aparência de secularização no Estado, no

entanto não haveria sob esse aspecto laicidade no Estado. Nesse mesmo sentido, Martins Filho assevera que:

Com o reconhecimento da laicidade do Estado tanto da Igreja quanto pelo Estado se reconhece, em suma, a “separação institucional entre religião e política”, cujo corolário é justamente a neutralidade do Estado frente ao fator religioso: reconhece-se a relevância pública da religião, quer pela importância que tem para o ser humano, quer como elemento cultural constituinte de toda sociedade, mas não se assume nem privilegia qualquer credo em concreto. Portanto, neutralidade e imparcialidade não se compadecem com a antirreligiosidade ou valoração veritativa de algum credo em especial (MARTINS FILHO, 2012, p. 363-364)

Machado Neto (1987) faz importantes considerações sobre a visão sociológica da razão pela qual o homem se utiliza da religião em sua vida social. O jurista afirma que tais razões estariam incrustadas num passado longínquo, tão remoto que os estudos sociológicos não seriam capazes de compreendê-las. O autor talvez faça nesse momento, uma referência à memória, quando afirma que não há “condições experimentais para contestá-las ou confirmá-las nos fatos, perdidas que são, para os próprios etnólogos, as condições integrais da vida social, de nossos antepassados mais distantes.” (MACHADO NETO, 1987, p. 285). É justamente a memória, perpetuada por meio dos seus grupos que cuida de amalgamar essa “memória religiosa” que o autor suscita.

Scalquette em seu livro *História do Direito* (2013) faz importante contribuição ao afirmar que:

“A Religião funciona dentro do Estado como mola propulsora de um consenso ético através de valores morais ligados aos direitos humanos fundamentais que acabam por transparecer em políticas públicas e leis no próprio Estado, levando-o sob esse prisma a uma não laicidade.” (SCALQUETTE, 2013, p. 127)

O Estado se investe de uma postura secular e não-religiosa, mas se analisarmos sociologicamente, não se pode dizer que há laicidade no Estado.

Nos Estados Unidos, com a Revolução Americana, em 1776, aconteceu a separação entre aspectos religiosos e estatais. Na França, também houve a separação entre religião e Estado com a Revolução Francesa. No entanto, importante diferença entre os dois países há que se demonstrar. Segundo Kuyper (2002), nos Estados Unidos ainda prevalece a religiosidade no Estado. Esse também é o entendimento de Jean Delumeau que demonstra quais traços religiosos seriam esses:

No dia da sua investidura, o presidente dos Estados Unidos presta juramento com a mão sobre a bíblia: “Juro solenemente que exercerei com fidelidade minhas funções de presidente dos Estados Unidos e que, o melhor que me for possível, preservarei e defenderei a Constituição. Que Deus me assista.” Esse juramento é recebido pelo presidente da Corte Suprema, na presença de um pastor protestante e de um bispo católico e de um rabino. Constam das notas e moedas estas palavras: “Em Deus confiamos”. A religião está na raiz da história americana: a festa de Thanksgiving comemora a ação de graças que os 41 peregrinos do Mayflower renderam a Deus em 1620. [...] É verdade que, como escreve Tocqueville, “foi a religião que deu origem às sociedades anglo-americanas; nos Estados Unidos a religião confunde-se com todos os hábitos nacionais. (DELUMEAU *apud* SCALQUETTE, 2013, p. 134).

Para Kuyper (2002), diferente do que ocorreu nos Estados Unidos, no Estado francês há a negação de Deus. Para o autor em questão, por causa de todo o processo desencadeado pela Revolução Francesa, os franceses retiraram o poder atribuído a Deus para definir certas coisas e, a partir de então, toda a autoridade decorre da vontade dos homens e do seu livre-arbítrio.

No Brasil, como se sabe, houve no Período Imperial um estado confessional, no qual a religião oficial era a católica. Havia “respeito” às outras religiões, no entanto, não havia ainda a liberdade religiosa, tal a concebemos na atualidade.

Esse “respeito” se traduzia no que se chama de “tolerância religiosa” e no Direito contemporâneo aquilo que há séculos atrás se traduziria como uma virtude tinha, de fato, um aspecto bastante negativo.

Scalquette (2013) afirma que analisado sob um viés crítico, o Estado estaria sendo “indulgente” no que tange às religiões ditas como não-oficiais. E para o autor, tal postura seria de ainda de intransigência, pois “não há que se falar em suportar a religião do outro, mas sim de aceitar as diferentes religiões de forma plural numa coexistência harmônica e respeitosa” (SCALQUETTE, 2013, p. 140).

No Estado Laico não se admite, portanto, o Princípio da Tolerância ao Direito dos Diversos, uma vez que deve estar assegurado constitucionalmente a liberdade de crença e o livre exercício de todos os cultos religiosos.

Mas no Brasil Império, havia o domínio do poder religioso sobre o poder político também porque na época, a religião católica era a da maioria da população. Contudo, há que se asseverar que dentre os Estados confessionais há aqueles que admitem que haja liberdade

religiosa, ainda que o Estado declare haver uma religião oficial, como é o caso da Inglaterra, Dinamarca e Noruega.

O Estado Confessional no Brasil foi juridicamente instituído por meio da Carta Imperial de 1824, contudo, importantes considerações devem ser feitas a respeito da sua elaboração.

A Assembleia Constituinte de 1823 foi, de fato, a fundadora da vida legal do Brasil. Segundo Villa (2011), para a tarefa de redigir a primeira Constituição Brasileira, foram eleitos 100 deputados, sendo que destes, a maioria era formada por bacharéis em Direito (vinte e seis), mas também havia desembargadores (vinte e dois), eclesiásticos (dezenove) e militares (sete). Merece destaque o fato de que, na Sessão de Abertura da Constituinte, Dom Pedro I já enuncia o seu autoritarismo, quando afirma que espera que a Carta “mereça a minha imperial aceitação.”

A Constituinte já feria um dos princípios da teoria constitucional do liberalismo, já que era ao mesmo tempo a própria constituinte e o legislativo ordinário. Contudo, como o projeto constitucional era muito liberal para D. Pedro I, o mesmo decidiu dissolver a Constituinte, com ordem de prender alguns parlamentares. A respeito do fechamento da Constituinte:

“As províncias receberam muito mal o fechamento da Constituinte, mas foi em Pernambuco e no Ceará que a resistência foi maior e levou à eclosão da Confederação do Equador, em 1824. Os rebeldes foram reprimidos violentamente e dezenas de líderes, mortos. Frei Caneca foi fuzilado em 1825, no Recife. O pai do escritor José de Alencar, o padre José Martiniano de Alencar, foi preso, acusado do crime de rebelião (acabou recebendo o perdão imperial). [...] Só a família Alencar perdeu oito membros na rebelião. O imperador, tentando dourar seu autoritarismo, chegou até a convocar, em 17 de novembro de 1823, eleições para uma nova Constituinte, porém não estabeleceu data. Pura manobra. O decreto foi logo esquecido.” (VILLA, 2011, p. 16).

A separação entre Igreja e o Estado já era suscitada na Assembleia Constituinte de 1823, como nos ensina Pontes de Miranda:

“Na Assembleia Constituinte de 1823, enquanto o Padre Rodrigues da Costa ainda queria o Estado Unirreligioso, por ser difícil “altar contra altar”, Antônio Carlos de Andrada trazia as ideias do contrato social para concluir ser necessário assegurar e garantir a liberdade de religião, para “se evitar o absurdo de se obrigar o cidadão a praticar o contrário do que lhe dita a sua

consciência, em negócio sobre que não tem poder a sociedade e de que ninguém deve pedir contas.” O Marquês de Queluz achava o caso dos Estados Unidos da América um exemplo nunca visto “na história antiga e moderna, efeito de ser aquela povoação composta por homens de diversas religiões e seitas.” O Visconde de Cachoeira trouxe à balha o caso da “França onde todos os cidadãos gozam de direitos iguais” e profligou as “querelas religiosas”, inclusive a “teimosa porfia com que os Ingleses privam os católicos irlandeses dos empregos públicos. (MIRANDA, 2002, p. 463).

Assim, a Constituição da Mandioca, como era conhecida a Carta de 1824, foi outorgada em 25 de Março e constitucionalizou o poder monárquico e embora tivesse uma aparência liberal, uma vez que dispunha de matéria de direitos individuais, era em sua essência autoritária já que utilizava o Poder Moderador para centralizar o poder do monarca.

O “Poder Moderador” era uma anomalia constitucional que para Bonavides (1989) ofuscava toda a Constituição. Esse poder ativista e concreto do monarca, na opinião do autor, maculava todas as instituições do país e feria de morte a legitimidade do pacto social pretendido pela Carta Magna a ponto de dizer que inexistia pacto. Segundo ele, a “verdadeira Constituição não estava no texto outorgado, mas no pacto selado entre a monarquia e a escravidão.” (BONAVIDES, 1989, p. 7).

Há uma constitucionalização dos aspectos fundamentais relacionados à intricada relação entre o Estado e a Religião, na qual a Constituição de 1824 oferece uma importante perspectiva para a compreensão da trajetória histórica da liberdade religiosa e da cidadania no Brasil. Ao concretizar a união entre Estado e Igreja Católica, coexistente desde o passado colonial, a Constituição de 1824 procurou estabelecer bases sólidas para a manutenção do *status quo* daquela sociedade e, ao mesmo tempo, seus limites.

Esses são os motivos pelos quais, evidenciamos por meio das palavras de Prudente (2009) que não seria incorreto dizer que foi com a Constituição de 1824 que se funda constitucionalmente o Estado Brasileiro, ainda que com característica de estado “ilegal” (em virtude do tão polêmico Poder Moderador), é a partir dessa carta constitucional que o Brasil passar a existir como Estado autônomo.

Merece destaque que o Imperador outorga a Carta Imperial, “sob a graça de Deus”:

CARTA DA LEI, 25 DE MARÇO DE 1824

Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. Dom Pedro Primeiro, **por Graça de Deos**, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor

Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requerido os Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassem e fizessem jurar o Projecto de Constituição, que havíamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica: Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que d’ora em diante fica sendo deste Imperio; a qual é do theor seguinte. **[grifo nosso]**.

Já na parte introdutória, se anuncia a Constituição do Império, “EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE”. Os seus fundamentos são reduzidos a um só: o poder é divino, e tudo se resume à vontade de Deus, por meio do Pai, Filho e do Espírito Santo.

Imprescindível destacar que na Constituição de 1824, havia a informação de que a religião católica *continuará* a ser a religião oficial do Império:

“Art. 5º A Religião Católica Apostólica Romana **continuará** a ser a Religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.” [grifo nosso]

Há autores que defendem que não havia apenas a tolerância religiosa manifestada no dispositivo supracitado, já havia a liberdade de consciência religiosa. Posicionamento o qual, ousamos discordar. É o caso do professor José Reinaldo de Lima Lopes. Contudo está totalmente de acordo o posicionamento do autor com esse estudo quando ele afirma que o:

“o clero católico era tratado como um ramo do funcionalismo público, e as rendas da Igreja eram matérias de Estado. Os padres dispunham de enorme influência política nas localidades, não apenas por serem frequentemente proprietários de terras, mas também pelas funções públicas que exerciam (registros civis e de terras que eram confiados às freguesias ou paróquias).” (LOPES, 2008, p. 303)

A análise do art. 102 art. 102, § 14 da Constituição Imperial subordina a Igreja aos poderes do Estado quando dispõe que:

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado. São suas principais atribuições:

[...]

§ 14 - Conceder ou negar o beneplácito aos decretos dos concílios e letras apostólicas, e quaisquer outras constituições eclesiásticas, que se não opuserem à Constituição, e precedendo aprovação da Assembléia se contiverem disposição geral.

Mais uma vez, a análise da letra da lei demonstra que o Imperador era quem acabava por decidir assuntos de cunho religioso, sendo ele, o monarca que tinha que referendar bulas ou encíclicas. É justamente uma dissonância a respeito do beneplácito régio que fez eclodir a Questão Religiosa, na qual Igreja e Estado estiveram em conflito.

A fusão entre Igreja e Estado é, mais uma vez, declarada no art. 103 da Carta Imperial, onde se lê:

Art. 103. O Imperador antes de ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento – **Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana**, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

Era uma das promessas do Imperador, manter o vínculo entre Igreja e Estado, uma vez que para Casamasso (2002) a relação entre o Estado e a Igreja Católica seria determinante para a legitimidade do Regime monárquico, repercutindo diretamente na cidadania e na vida cotidiana dos brasileiros.

Com a Proclamação da República, a Constituição de 1824, deixou de vigorar. E, ao contrário da anterior, a Constituição de 1891 não instituía uma religião oficial. A respeito da Constituinte desta Galdino (2006) nos informa qual foi o posicionamento de Manuel Ferraz de Campos Salles, quando Ministro da Justiça do governo de Deodoro da Fonseca, uma vez que ele foi o quarto presidente da República. A autora nos conta que na sessão do dia 21 de Janeiro de 1890, Campos Salles defendia que o clero no Brasil não tinha a representatividade que possuía na França e na Alemanha e que esse temor deveria desaparecer, para que o Brasil se tornasse uma República de fato e todas as mudanças fossem plenamente realizadas com esse intuito.

Na Constituinte para a elaboração da Carta Constitucional de 1891, o arcebispo da Bahia, D. Antônio se posicionou de modo veementemente contrário à separação que ele entendia ser violenta. Bonavides (1989, p. 230-231) traz algumas das suas considerações:

Dizia textualmente o Arcebispo que a separação violenta, absoluta, radical e impossível que se estava intentado estabelecer não só entre a Igreja e o Estado, mas entre o Estado e toda a religião, perturbava gravemente a consciência da Nação e era fadada a produzir os mais funestos efeitos, mesmo na ordem das cousas civis e políticas. Declarava que uma nação separada oficialmente de Deus se tornava ingovernável e “rolaria por um fatal declive de decadência até o abismo” em que devorariam “os abutres da anarquia e do despotismo. [...] Advertia para o perigo de a Constituição, que fosse aprovada, violentar a consciência católica, o que, segundo o pastor romano, acarretaria um conflito permanente, estabelecido no seio da nossa querida pátria, conflito que devemos todos considerar com a maior das calamidades.

Assim, foi a partir da República que o Brasil se torna laico formalmente, uma vez que por razões históricas, há um grau de confessionalidade ou religiosidade no Estado constitucional brasileiro. Nas palavras de Scalquette (2013, p. 164): “Sem dúvida, os fatos demonstram a razão histórica que justifica o peso religioso que paira sobre o Estado brasileiro, o que pode ser sentido, ainda hoje, em inúmeras decisões políticas e legislativas tomadas pelos representantes eleitos pelo povo.” Foi o Decreto nº 119-A de 7 de janeiro de 1890 que institui que o Brasil é um Estado laico constitucional. Transcreve-se o supracitado **Decreto**, diante da sua relevância para fins desse estudo, sem alteração da ortografia original:

DECRETO N. 119-A – 7 de Janeiro de 1890

Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias.

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação, decreta.

Art. 1 ° É prohibido à autoridade federal, assim como à dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

Art. 2 ° A todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou públicos, que interessem o exercício deste decreto.

Art. 3 ° A Liberdade aqui instituída abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão também as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituírem e

viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina sem intervenção do poder público.

Art. 4 ° Fica extinto o padroado com todas as suas instituições recursos e prerogativas. [grifo nosso]

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

Art. 6 ° O Governo Federal continua a prover á côngrua, sustentação dos actuaes serventuários do culto catholico e subvencionará por um anno as cadeiras dos seminários; ficando livre a cada Estado o arbítrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7 ° Revogam-se as disposições em contrario.

Sala das sessões do Governo Provisório, 7 de janeiro de 1890, 2 ° da Republica. – Manoel Deodoro da Fonseca – Aristides da Silveira Lobo – Ruy Barbosa. – Benjamin Constant Botelho de Magalhães. – Eduardo Wandenholk. – M. Ferraz de Campos Salles. – Demetrio Nunes Ribeiro. – Q. Bocayuva.

Como salienta Galdino (2006) somente há pouco mais de 120 anos o Estado Brasileiro se fez constitucionalmente laico. O art. 72, §s 4º, 5º, 6º e 7º da primeira Carta Constitucional da República, são de extrema importância, pois separavam formalmente a Igreja do Estado e extinguíam o Padroado Régio do Período Imperial. Separação essa que vem sendo mantida até os dias de hoje:

Artigo 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo, [isto é, laico], o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

Portanto, do ponto de vista legal, é possível afirmar que o Brasil é um Estado laico, no entanto, essa laicidade que foi instituída pela Constituição de 1891 e se mantém até a de 1988, é apenas relativa. O Estado apresenta laicidade formal, pois além da diferença clara entre o Brasil real e o legal, os elementos políticos e o povo, em sua maioria, cuidam de transferir a religiosidade até na criação de leis, projetando esse Estado laico relativo que aparece do ponto de vista constitucional, mas ainda subsiste na manutenção de símbolos religiosos em locais públicos ou ainda manifestada nas cédulas da moeda oficial através da expressão “Deus seja louvado”, dentre outras formas.

Considerações Finais

Torna-se claro por meio da Constituição Imperial que o Império tinha interesse em preservar a Igreja como aliada e, por conta disso, o catolicismo foi a religião do Estado por mais de 65 anos. A Carta de 1824 foi outorgada em 25 de março e até a publicação do Decreto nº 119-A de 7 de janeiro de 1890 o Brasil foi um Estado confessional, do ponto de vista constitucional.

A separação formal entre a Igreja e o Estado se concretiza um mês após a Proclamação da República. O Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890 dispõe sobre a inexistência de uma religião oficial, põe fim ao Padroado e garante a liberdade de consciência, de crença e de culto quando equipara todas as religiões ao declarar que em seu Art. 2º que “À todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto (...).” Dentre os que subscrevem o decreto estão Rui Barbosa, Benjamin Constant e Quintino Bocaiúva. Destes, o primeiro foi juntamente com Demétrio Ribeiro aqueles que defendiam de modo contundente a separação entre Igreja e Estado.

Desse modo, se defende que do ponto de vista constitucional, o Estado brasileiro que seria laico desde a Constituição de 1891, não o é, pois há uma forte interpenetração entre os institutos políticos estatais e os valores morais e éticos perpetrados pela religião, a ponto de haver a disseminação de valores religiosos nas leis do Estado.

Referências

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

CARVALHO, Salo. Da **desconstrução do modelo jurídico inquisitorial**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2010.

GALDINO, Elza. **Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GALLEGO, Roberto de Almeida. **O sagrado e a ágora: religião e laicidade no estado democrático de direito**. In: GONZAGA, Álvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (Coord.). **(Re)pensando o direito: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio de Cicco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Centauro, 2013.

KUYPER, Abraham. **Calvinismo**. Tradução de Ricardo Gouvêa e Paulo Arantes. São Paulo: Cultura Cristã, 2002.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. 6ª ed. Campinas. São Paulo. Editora Unicamp. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. Atualizador: Wilson Rodrigues Alves. Campinas. Bookseller. 2002.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva. 1987.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O Acordo Brasil-Santa Sé e a laicidade do Estado: aspectos relevantes.** In: BALDISSERI, Lorenzo; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.) Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo: LTr, 2012.

OST, François. **O tempo do direito.** Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: SP. Edusc, 2005.

PRUDENTE, Wilson. **A Verdadeira História do Direito Constitucional no Brasil.** Volume I. Niterói. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus. 2009

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do Direito.** São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras.** São Paulo, Leya, 2011.