

## O PROBLEMA DA SECULARIZAÇÃO DOS CEMITÉRIOS

JOSÉ GOMES B. CÂMARA  
Juiz no Distrito Federal

O assunto que ora nos chama a atenção longos séculos estêve fora das cogitações do direito positivo, como tal entendido o conjunto de normas oriundas do Estado, dêle emanadas ou por êle como tal reconhecidas, sem embargo de, ao tema, referir-se a legislação romana (cfr. *De Sepulc. Violato*, XL, 12), e no *Codex*, IX, 19, *hoc. tit.*); contudo, ali se cuida da matéria sob o ângulo estritamente penal, pouca influência tendo na legislação subsequente, salvo sob o aspecto criminal. Foi o direito federal suíço, ao menos com o moderno caráter assumido pela questão, o primeiro que lhe concedeu vestes constitucionais, consoante se vê do art. 53, segunda alínea, do texto da Constituição Federal de 29 de maio de 1874, *in verbis*: *Die Verfügung über die Begräbnitzplaze steht den bürgerlichen Behörden zu.* Entre nós, poucos anos depois, teria a matéria de ser agitada. A 19 de fevereiro de 1879, foi pelo então Deputado Saldanha Marinho apresentado à Câmara dos Deputados um projeto estabelecendo o princípio da secularização (Proj. n. 87, de 1880). A proposição sofreu sensíveis modificações, surgindo em seu lugar o Substitutivo-Dantas sem, todavia, alterar-se a essência, quanto à competência da autoridade municipal. Na discussão, sobressai-se um longo discurso do Deputado Rui Barbosa, publicado no vol. V, dos *Anais da Câmara dos Deputados*, págs. 133 e segs. (1880) a mais veemente peça oratória de tôda sua vida, no tocante à sua posição em face da Igreja. Tal proposição, contudo, nunca se converteu em lei, visto como, remetida ao Senado, lá permaneceu. Sobreveio a

República e a matéria teria de ser regulada, aliás como um corolário do Decreto n. 119-A, de 1890, pelo qual foi consagrada a liberdade de cultos, além de outras providências ali contempladas. Quase nove meses depois, com data de 27 de setembro seguinte, surgiu o Decreto n. 789, estabelecendo, pela primeira vez, entre nós, a secularização dos cemitérios e sujeitando-os à autoridade municipal, como preconizado fôra, em 1879, embora noutras bases.

Determinou o Decreto caber às Municipalidades a polícia, direção e administração dos cemitérios, vedando-se a intervenção ou dependência de qualquer autoridade religiosa, bem como a distinção em favor ou detrimento de qualquer igreja, seita ou confissão. Proibiram-se os cemitérios particulares, mas excluíram-se do alcance da restrição adotada, salvo no tocante à inspeção e polícia municipal, os cemitérios então pertencentes a particulares, a Irmandades, confrarias, ordens e congregações religiosas, assim como a hospitais. Enquanto não mantidos cemitérios municipais, consideravam-se, no Decreto, servidão municipal os cemitérios a cargo de associações, corporações religiosas ou os de ministros de qualquer culto, não sendo permitido, de modo nenhum, embaraço aos sepultamentos. Esse dispositivo já constava mesmo do Projeto de Constituição do Governo Provisório, publicado com o Decreto n. 510, de 22 de junho e mais tarde reproduzido no texto a que alude o Decreto n. 914, de 22 de outubro seguinte. Ali se declarava simplesmente o caráter secular e a sujeição à autoridade municipal, mas no Congresso Constituinte foi apresentada emenda de autoria de MEIRA DE VASCONCELOS e de JOÃO BARBALHO, segundo a qual ficaria livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendessem à moral pública e às leis. Essa emenda foi aprovada a 15 de janeiro de 1891, passando, com o primitivo texto do projeto do Governo Provisório, a constituir o § 5.º, do art. 72, concernente à declaração de Direitos. Não foi muito feliz a inspiração no seu final. Se uma prática é contra a lei, necessário não se faz que outra, ainda que maior, venha dizer que ela é proibida; vetado um comportamento, permitido não está êle; melhor seria que se declarasse vedada tal prática, quando contrária à ordem pública, à moral ou aos bons costumes, fórmula hoje mundialmente consagrada nos textos legislativos.

O Decreto de 1890 é de considerar-se muito evoluído para a época e até mesmo em relação ao momento atual, pois foi ali de-

terminado, como se disse, que as Municipalidades fariam manter a servidão pública nos cemitérios a cargo de associações, corporações religiosas ou dos ministros de qualquer culto. Tratava-se, em verdade, de uma servidão *sui generis*, onde fácil seria precisar onde se achava o prédio serviente, mas com relação ao dominante, imprecisa e vaga era a sua noção, isso mesmo na época, hoje não sendo mais possível enquadrar-se a matéria no âmbito das servidões, onde os princípios de direito positivo que nos regem, visto como banidas foram da lei civil as servidões pessoais, e somente como servidões pessoais poderiam elas caracterizar-se. Uma servidão de tal natureza não podia deixar de como tal admitir-se, não discrepando de tal entendimento a moderna doutrina. Assim, o eminente WOLF, para quem *Grabstellenrechte kommen als persönliche Dienstbarkeit vor*, quer dizer, manutenção de um jazigo, de uma sepultura, há de configurar-se uma servidão pessoal (WOLF-RAISER, *Sachenrecht*, 10. Auf., 1957, pág. 453, nota 6).

Percebe-se certa coerência nas razões que ditaram o Decreto de setembro de 1890, atendendo-se ao que dispusera o de 7 de janeiro, mas a preocupação de laicismo foi tão intensa, tão exagerada, desprezou-se de tal maneira o sentimento religioso da maioria do povo brasileiro, que se omitiu qualquer referência à prática de qualquer rito. E tal omissão, num mundo como o nosso, em que mentalidade jurídica não existe, espírito público muito menos, tolerância nem se fala, nem mesmo em camadas elevadas, num país de vasta extensão territorial como este, teria de levar o problema a exageros de funestas conseqüências. Numa terra em que se vê um Juiz declarar que deixa de prover determinado assunto, omisso em lei, porque nesta não existe preceito obrigando-o taxativamente a suprir tal omissão, no caso concreto, como se dever não fôsse do julgador, em casos tais, graças ao *munus* de que se acha investido, comportar-se como legislador, é claro que a prática de tais ritos constituiria uma fonte de perenes controvérsias entre autoridades atrabiliárias, civis ou eclesiásticas, judiciárias e administrativas, não importa, e particulares, tudo sob o influxo ou mesmo dependência da politicagem local, que não perde ensejo em matéria de tal ordem, resultando cerceamentos condenáveis. Foi preciso que o Congresso Constituinte abrandasse o rigor, permitindo a prática dos ritos em relação aos seus crentes, num gesto significativo e honroso para a nossa evolução jurídica, em homenagem, como assevera um dos

autores da emenda, ao sentimento religioso da veneração dos mortos, citando, a propósito, uma passagem do Velho Testamento — *sancta ergo, et salubris est cogitatio pro defunctis exorare, ut a peccatis solvantur* (II, Mach. XII, 46, *in fine*), suprimida, não se sabe por que, pelo ilustre constitucionalista, a última cláusula contida no texto sagrado (cfr. BARBALHO, *Comentários*, pág. 302, col. 2, edição de 1902). Vê-se que desde então, à semelhança do que se verificou na Suíça, teve o tema de merecer consideração especial, a ponto de figurar nos textos da Lei Magna, e nem se diga que, entre nós, obedeceu à tendência muito própria de nossos legisladores constituintes de inserir no contexto do estatuto básico até mesmo disposições que melhor ficariam em regulamentos expedidos pelo Poder Executivo. A magna importância do assunto não poderia permitir tratamento diverso.

Razões de ordem política (acepção nobre do vocábulo) inspiraram a sua regulamentação pelo Poder Público. Geralmente se tem como alguns motivos que ensejaram a interferência do Estado no assunto necessidades de higiene e salubridade pública, a nenhum outro setor da Administração Pública podendo ficar mais adequado o contrôle do que às Municipalidades. Não há dúvida de que tais razões muito influíram, mas existe um outro aspecto, que, se não prepondera, pesa tanto como os demais: o aspecto religioso, mais do que isso, o princípio segundo o qual *mors omnia solvit*, a morte a todos iguala, a todos equipara, com ela tudo se encerra no concernente à veneração, igualdade de tratamento e tranqüilidade de vida aos que não mais fazem parte do número dos vivos e cujo julgamento só ao Todo-Poderoso pertence. Justo não era continuar nos modernos tempos a recusa de sepulturas aos mortos por motivos de crença religiosa, além de razões de ordem subjetiva ou individual. A tradição, de modo nenhum, se justificaria. Sendo ela, por esse lado, incompatível com os postulados da Sociedade moderna.

É sabido, como se vê de GROTIUS, que cita uma passagem de FLÁVIO JOSÉ (*de Bello Tud.*, lib. III, c. 25), que, entre os hebreus, aos suicidas negava-se a sepultura — *unum tamen notatu non indignum, de sepeliendis mortuis regulam apud ipsos Hebraeos habuisse exceptionem eorum qui ipsi sibi mortem consciveram; quod Josephus nos docet (de Jure Belli ac Pacis, Lib. II, c. 19, § V, ed. de 1919)*. Essa exceção, assim como aquela outra que diz respeito àqueles que morreram em estado de ostensivo concubinato, esta bem mais nossa

do que dos antigos, bem mais portugüesa do que latina, criou foros de rigidez em nossos costumes, nos Municípios do interior, e de tal maneira, que, em muitos dêles, até hoje se tem feito *tabula rasa* das prescrições legais. Nos cemitérios de pequenos povoados, sobretudo, é costume destinar-se uma área, quase sempre de forma retangular, de uma desprezível e atentatória maneira aos princípios de igualdade cristã, àqueles que voluntariamente desertaram da vida ou faleceram em estado de concubinato. Esquece-se de que, como dizia o eminente GROTIUS, *ex iure gentium* (acepção lata, no século XVII) *quod ex voluntate ortum habet, debetur et corporum mortuorum sepultura* (op. cit., lib. II, cap. XIX, § 1). Entre nós, tem tido mais fôrça a tradição do que a lei, salvo nos grandes centros, pois temerário seria que a autoridade municipal, em certas localidades do interior, mormente naqueles núcleos menos populosos, enfrentasse os sentimentos da autoridade religiosa, nem sempre bem-informada a respeito, aplicando, como lhe compete, como é de seu dever, o que em lei determinado se acha. Quase setenta anos de existência do princípio mandado aplicar, ainda não permitiu o afastamento de uma restrição que não nos parece conciliar-se com espírito religioso, e, mais particularmente, com os ensinamentos comportados pela doutrina cristã, nem, muito menos, com o mandamento legal; êste último permite a prática de ritos, mas em tal prática não se contém a faculdade de interferir naquilo que diz respeito à administração, no que se inclui, evidentemente, a marcação ou designação do local da sepultura, sem atender-se à conduta, aos hábitos, credo, posição econômica, social, ou política, distinção por motivo racial ou etnográfico daquele a quem se pretende dar sepultura. O católico, o protestante, o ateu, o excomungado, o honesto, o desonesto, o negro, o branco, o rico, o pobre, batizado, ou não batizado tem o mesmo direito ao repouso eterno, a habitar no mesmo campo da paz, como lhe chamam os alemães (*Friedenhof*), sem outra restrição que não seja aquela determinada pela autoridade civil (municipal) no interesse da coletividade e de acôrdo com a lei, regulamento, ou postura. Evidentemente não há mais lugar para o sepultamento ignominioso, a que se referia um rescrito de Frederico II, de 1751, de que nos dá notícia SCHRÖDER (*Rechtsg.*, pág. 977, n. 15).

Pouco ou nenhuma importância deram os tratadistas do passado século à matéria. Autores da categoria de MEYER-ANCHUTZ (*Lehrbuch*, pág. 708, ed. de 1905), p. ex., não lhe dedicam mais do

que uma linha, apenas de referência, a florando-a. Mas, com o correr dos tempos, mais atenção foi dispensada, porque novos problemas foram surgindo, sendo mesmo a questão, não obstante interessar mais à autoridade municipal do que a qualquer outra, melhor considerada pelos constitucionalistas do que entre os autores de direito administrativo. FLEINER (*Schw. Bundesstaatsrecht*, ed. de 1923), hem analisou o tema, e com êle eminências como SALIS, BURCKARDT e BLUMER-MOREL (Cfr. op. cit., págs. 343-345). O primeiro dos autores citados conclui que, quando a autoridade secular deixa à igreja (hipótese por êle admitida) a propriedade dos cemitérios, não pode deixar de reservar-se a sua fiscalização. É o que decorre do princípio estabelecido na Constituição de 1874, já citada, a exemplo do nosso direito positivo. De modo nenhum se dispensa tal fiscalização pela Municipalidade.

A Constituição de 16 de julho de 1934, em seu art. 113, n. 7, mantendo o critério da primeira Constituição republicana, sem qualquer menção à ordem pública, aos bons costumes, ou às leis, como se dizia de modo não muito feliz no texto de 1891, aditou mais um princípio: o de que as associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares, vedando-se-lhe recusar sepultura onde não houver cemitério secular. Sobrevindo a carta de 10 de novembro de 1937, nela se declarou, simplesmente, o caráter secular e a competência da autoridade municipal. Suscitou-se dúvida para o fim de saber-se se a falta de referência às demais garantias anteriormente asseguradas, importava na sua total revogação. Sabido é que, uma Constituição por outra substituída tem de ser revogada aquela em tudo quanto com ela fôr incompatível o novo diploma; mas os preceitos que, implícita ou expressamente não incidam ou se contraponham ao seu conteúdo, terão fôrça de lei ordinária. O contrário implicaria num contra-senso: uma disposição oriunda do Poder Legislativo, na sua função ordinária, teria de vigorar, enquanto outra votada por um poder a êle superposto, com maior competência, eficácia não comportaria. Assim, o princípio consagrado, a outorga conferida às associações religiosas, de qualquer credo, contanto que não contravenha à ordem pública e aos costumes, manteve-se em vigor no período compreendido entre 10 de novembro de 1937 e 18 de setembro de 1946 e vigente continua, *ex-vi* do art. 141, § 10, da atual Constituição, no qual foi omitida a proibição contida no texto de 1934, segundo a qual não podiam, como não podem, os

cemitérios particulares mantidos por associações religiosas, onde não haja cemitério secular, recusar sepultura a quem quer que seja.

Tem-se entendido, felizmente minoria, que a norma constitucional depende de lei complementar. Nada mais insustentável. O direito das associações, das irmandades, ou corporações religiosas independe de regulamentação em lei. Determinado se acha êle na lei magna e tudo quanto poderá fazer o Poder Público, neste sentido, há de cingir-se a normas de caráter administrativo, de ordem geral, no interesse comum. O que indispensável se faz, é que se assegure a fiscalização municipal, mas fazer depender de lei especial, isso nunca. A cláusula constitucional — *na forma da lei* — jamais teve o pretendido sentido, isto é, o de fazer depender a sua execução de lei ordinária. O que se quer, o que se pretende, o que visou o mandamento constitucional, foi que a polícia e a administração dos cemitérios particulares mantidos por entidades religiosas não se afastassem dos preceitos legais então vigentes ou que futuramente viessem a ser estabelecidos, de maneira a permitir a efetiva aplicação da norma consagrada, impedindo que o princípio da secularidade e do controle municipal deixem de ser fielmente observados, como se impõe ao Poder Público, ante o imperativo contido numa das mais sábias e oportunas garantias constitucionais dos modernos tempos.

## O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

CELESTINO DE SA FREIRE BASÍLIO

Advogado no Distrito Federal

### I — *O quadro clássico de garantias dos direitos individuais e sua transformação*

No período compreendido entre a Revolução Francesa e a época contemporânea, os direitos individuais foram enunciados como no art. 2.º da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791:

“O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Essa declaração leva a marca nítida da determinação do povo francês de reagir contra o absolutismo e serviu de exemplo para as constituições modernas.

Já nos princípios da Confederação, enunciados em Filadélfia, em 1781, a garantia de direitos se achava distribuída pelos treze artigos da Convenção, concernentes mais à *organização* da entidade política e ao funcionamento dos seus poderes do que, propriamente, à declaração expressa de direitos individuais.

2) Essa diversidade de tratamento do mesmo assunto, interessando, afinal, igualmente, aos homens que, em cada Nação, tratavam da organização de sua liberdade, mostra como o problema com que se defrontavam era diverso.

Na primeira declaração, a defesa dos direitos individuais residia mais no combate ao absolutismo e aos atentados que esse re-