CEMITÉRIO — MUDANÇA DE LOCAL

— É lícita a trasladação de ossos do antigo cemitério para o nôvo, promovida pela Prefeitura.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Farhan Buchalla e outro *versus* Prefeitura Municipal de Presidente Prudente
Apelação cível n.º 42.857 — Relator: Sr. Desembargador
VIEIRA NETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 42.857, da comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes Farhan Buchalla e outro e apelada a Prefeitura Municipal de Presidente Prudente: Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por votação unânime, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso.

A questão pode ser resumida nestes têrmos: a Prefeitura Municipal de Presidente Prudente, autorizada por lei, criou um cemitério nôvo e declarou desafetado o terreno que servia ao antigo campo-santo, destinando-o a outros serviços municipais; para tanto, vem procedendo à trasladação de ossadas, respeitadas as concessões perpétuas, concedendo-se no nôvo cemitério situação análoga aos despojos mortais, segundo minuciosa regulamentação (fls.); dois munícipes titulares de concessões no cemitério velho se insurgem contra as medidas administrativas e pedem a expedição de interdito proibitório.

A sentença recorrida, admitindo possibilidade do uso de interdito proibitório, concluiu que tendo sido regular e lícita a desafetação do imóvel, não fica o Poder Público impedido de realizar a trasladação dos despojos, porquanto "a turbação ao direito de uso da sepultura concedida, enquanto integrante da área especialmente destinada a cemitério, é fato totalmente diverso da trasladação de restos mortais, decorrente de desafetação do terreno, legalmente processada".

A sentença fêz boa apreciação de um dos ângulos pelos quais pode ser apreciada a presente questão. Todavia, o caso era de se examinar a possibilidade do uso do interdito proibitório ao caso. Ninguém duvida que possam ser impetrados interditos possessórios ou intentadas ações de manutenção ou de esbulho contra a Administração pública. O que se deveria indagar é se, no caso, cabia o interdito possessório.

O primeiro dos requisitos exigidos pelo art. 377 do Código de Processo Civil, para a concessão do interdito, é a posse.

Ora, o *jus sepulchri* oferece o aspecto de uso, mas não se confunde com êsse direito real (Clóvis, nota ao art. 742). O concessionário de jazigo perpétuo ou temporário não exerce posse sôbre o sepulcro, muito menos sôbre os restos mortais que nêle se encerram.

Os cemitérios são bens fora do comércio. A concessão de jazigo não transfere propriedade sôbre o terreno concedido, nem outro qualquer direito real (*Revista dos Tribunais*, vols. 119/493 e 192/232). Não se há de falar, portanto, que o concessionário de uso de jazigo seja possuidor, porque como tal se entende só aquêle que tem, de fato, o exercício pleno, ou não, de algum dos podêres inerentes ao domínio ou propriedade. O uso do jazigo, exercitado segundo as posturas municipais, sôbre imóvel público *extra commercium*, jamais se confunde com a visibilidade ou exterioridade da propriedade a que se referiu Ihering.

Fernando Mendes de Almeida observa, com perspicácia, que "cemitérios são

bens *extra commercium*. São insuscetíveis de posse e de quase-posse e, ainda, defesos à venalidade, enquanto sob a afetação que o seu fim lhes impôs. Como, pois, falar em ação de posse de sepulcro, de quase-posse de sepulcro ou de propriedade de sepulcro"? (*Direito de Sepulcro e Polícia Mortuária*, pág. 132).

Ao Município cabe, por fôrça de disposição constitucional, a administração dos cemitérios, podendo, dentro de suas atribuições, prover sôbre a polícia mortuária, que abrange a remoção de despojos. Ao conceder jazigos, não faz qualquer alienação de direitos reais, mas estabelece vínculos de Direito Administrativo. É a lição de Hely Lopes Meirelles: "Os locais para sepultura nos cemitérios municipais são obtidos mediante concessão remunerada, impròpriamente denominada venda. Não há alienação de tais terrenos, porque os cemitérios, sendo bens públicos de uso especial, são inalienáveis enquanto guardarem essa destinação. Como concessão, mantém o Município poder de revogá-la, se o interêsse público o exigir" (*Direito Municipal Brasileiro*, vol. I, pág. 306).

Face ao exposto, conclui-se, de pronto, a ausência do primeiro requisito para a viabilidade do interdito proibitório. Falta aos autores a posse, que entendem defender. Não há confundir posse, insista-se, com a titularidade do direito de concessão. E posse de direitos pessoais não é defendível pelas ações possessórias.

Assim sendo, são os autores carecedores da ação que propuseram. A sentença contudo, examinou o próprio mérito da pretensão e concluiu pela perfeita legalidade do ato administrativo, uma vez que a desafetação do imóvel se fêz segundo os princípios atinentes à espécie e os direitos dos concessionários ficaram resguardados pela Administração Pública. Daí o haver julgado pela improcedência da ação.

Nega-se, pois, provimento ao recurso pelos fundamentos da sentença e pelos motivos ora expostos.

São Paulo, 26 de junho de 1961. — *Flávio Tôrres*, Presidente. — *Vicira Neto*, Relator. — *João Cavalcânti Silva*. — *Lafayette Sales*.

*

SENTENÇA

Omissis ...

Tendo o sancador silenciado sôbre a preliminar de não cabimento dos interditos contra atos da Administração pública, cumpre a êste Juízo, nesta oportunidade, deixar expresso o seu entendimento, que é desfavorável à pretensão da ré. Em tempos pretéritos a dúvida suscitada talvez tivesse a sua razão de ser, embora alimentada com a invocação de autores alienígenas, notadamente os franceses Bezenet, Reviart, Aubry et Rau, Garsonnet e Demolombe. Mas já Astolfo Resende pusera em relêvo que a lição dêsses mestres se prendia a particularidades da organização constitucional e política da França, sem adequação maior com as instituições nacionais. Mas hoje a admissibilidade da proteção possessória contra atos da Administração pública encontra apoio na lei. Seabra Fagundes, após transcrição do parágrafo único do art. 371 do Código de Processo Civil, aduz: "Nesta referência ao processo da manutenção ou reintegração liminar, quando a turbação ou esbulho sejam atribuídos à Administração pública, está manifestamente pressuposto o cabimento dos remédios possessórios, contra os atos e fatos administrativos. Assim, tôda vez que fato da Administração restrinja, sem assento em lei, o exercício dos podêres inerentes ao domínio ou propriedade de alguém, fica ao prejudicado a possibilidade de socorrer-se dos interditos" (Seabra Fagundes, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., pág. 437).

Fica, assim, pelas razões consignadas, repelida a preliminar da ré.

3. Ao que se infere do longo arrazoado integrante da inicial, pretendem os requerentes obstar o ato da Prefei-

tura, de a par com os invocados direitos próprios que lhes assistiriam como concessionários de sepulturas perpétuas, apegando-se também a cláusulas da escritura de doação do terreno do cemitério, outorgada à ré pelo Cel. Francisco de Paula Goulart e outro.

Mas a verdade é que o imóvel foi doado à Prefeitura para que "do mesmo use e goze como melhor lhe convier", sem o estabelecimento de modalidade ou condição que viesse impedir, de futuro, destinação outra da área que não fôsse para a sua utilização como cemitério.

A reserva feita, por iniciativa da donatária, de duas sepulturas para as famílias dos doadores, não implica em permanência definitiva daquele imóvel como cemitério, mas impõe, apenas, se assegure, com o caráter de perpetuidade, a subsistência dos dois sepúlcros, no local em que eventualmente se encontrar o cemitério da Municipalidade. Ou seja: no terreno doado, enquanto êste guardar a destinação de cemitério; na nova necrópole, no momento em que a antiga perder a sua primitiva destinação.

Sob êste aspecto, pois, não assiste aos requerentes o direito de impedir se efetive a extinção do cemitério velho.

4. Resta saber se os requerentes como titulares do direito de uso de sepulturas perpétuas, podem impedir que se altere a destinação anterior da área questionada, e a conseqüente trasladação dos restos mortais para a nova necrópole municipal.

Inútil e impróprio seria que a sentença enveredasse pelo rumo de longas divagações doutrinárias, com pretensões monográficas, no estabelecimento do conceito de *jus sepulchri*. Mesmo porque a solução do litígio *sub judice* não pode ser encontrada na maior ou menor amplitude que se empreste a êsse conceito. Questão diversa é a que constitui o ponto de maior interêsse para o deslinde da pendência. E isto porque não se defronta, na espécie, com atos administrativos de rotina que desconheçam ou embaracem o exercício normal dos direitos dos concessionários de sepulturas. Mas sim com providência mais ampla, tècnicamente denominada de desafetação, importando em alteração radical da destinação do imóvel anteriormente ocupado pelo cemitério, que deixa de ficar vinculado ao uso especial que antes o caracterizara.

Resguardados os direitos dos concessionários, que se exercitam onde quer que se encontre o cemitério municipal, e que não cessam e nem caducam diante da abertura de uma nova necrópole, nenhuma razão assiste aos requerentes para que pretendam impedir se extinga o cemitério velho. O que podem exigir é a subsistência dos seus direitos, em condições não menos favoráveis que as anteriores, no nôvo local.

Assim, não tem êste Juízo por que divergir das conclusões do magnífico estudo feito por Fernando Henrique Mendes de Almeida (*Revistas dos Tribunais*, vols. 252 a 258/59). Admitida a concessão perpétua de terrenos de cemitério como concessão constitutiva, que "gera o direito de uso administrativo, protegível pelos interditos", daí não se segue que o Poder Público fique impedido de alterar, por razões ponderáveis, a destinação de uma área, em certo tempo ocupada por um cemitério. A turbação ao direito de uso da sepultura concedida, enquanto integrante da área especialmente destinada a cemitério, é fato totalmente diverso da trasladação de restos mortais, decorrente de desafetação do terreno, legalmente processada.

Ao Município, evidentemente, cumpre dispor a respeito, inclusive no tocante à mudança do cemitério da comuna, como o pôs em relêvo, no parecer que ilustra os autos, o eminente jurista Benedito Costa Neto. Já Barbalho assinalara que "a situação e a administração dos cemitérios muito importam à higiene e salubridade dos centros populosos e à polícia municipal. Não poderiam ser deixados ao arbítrio dos par-

ticulares e das confissões religiosas; e sendo assunto de caráter puramente local, a nenhuma autoridade poderia caber senão à edilidade" (*Constituição Federal Brasileira*, 2ª ed., 1927, pág. 419).

A inconveniência de persistirem os cemitérios a ocupar as partes centrais das cidades já foi até, em nosso País, objeto de consideração legislativa. Observe-se que o art. 4º do projeto de secularização dos cemitérios, subscrito por Rodolfo Dantas e Rui Barbosa, em 22 de câmaras municipais trasladarão para setembro de 1879, já dispunha que "as fora dos povoados os cemitérios que ora existam no meio dêles; tendo em tal caso os atuais concessionários de terrenos direito de obter nos novos cemitérios superfície igual à do terreno a que se estende a sua concessão; e para aí serão transportados os restos mortais, nos prazos que os regulamentos fixarem".

5. Sendo incontroverso o direito do Poder Público de proceder à desafetação de um bem de uso especial, só a ilegalidade do procedimento poderia trazer algum amparo aos requerentes. Mas tal não ocorreu na espécie. A mudança da destinação do imóvel foi objeto de lei votada pela Câmara Municipal de Presidente Prudente, no uso de suas atribuições específicas; jazigos perpétuos foram concedidos no nôvo cemitério, com isenção de quaisquer taxas; a trasladação dos restos mortais ficou a cargo da Prefeitura; justa indenização ficou assegurada aos titulares do direito de uso das sepulturas concedidas. Editais foram publicados. E a medida logrou o apoio, pràticamente, de tôda a população prudentina.

6. As razões que ditaram a alteração da destinação do terreno, efetivada pelo Poder competente, estão, a rigor, a salvo da apreciação pelo Judiciário. Mas não será demasia que se consigne que elas realmente atendem ao interêsse público, e não brotam de simples capricho ou arbítrio. O cemitério antigo, em desuso, foi relegado ao abandono, inclusive e principalmente pelas famílias que ali tinham os seus mortos sepultados. A penosa impressão que ali se colhe, já êste Juízo foi compelido a consignar no despacho de fls. As testemunhas ouvidas, outrossim, dão notícia de que a área se transformara em local de encontro de marginais.

7. O culto aos mortos é um dos traços de superioridade dos indivíduos e das coletividades. Nêle assentou, em grande parte, a grandeza do Império Romano. Encampou-o o cristianismo. E da mesma forma que se enfraquecem as famílias que se olvidam dos antepassados, debilitam-se as nações que se descuram da veneração dos seus maiores.

Mas não se veja, como o pretendem os requerentes, na transladação de restos mortais, um ato de profanação. As contingências da vida em sociedade impõem por vêzes providências dessa natureza. Mantendo-se, não obstante, a continuidade do culto e o respeito devido aos despojos dos que se foram desta vida.

E é bem mais piedoso e cristão que se dê sepultamento condigno, na nova necrópole, aos despojos dos velhos moradores de Presidente Prudente, construtores qualificados ou anônimos da grandeza da cidade, do que se permita que êsses restos mortais permaneçam no terreno baldio em que se transformou, há vários anos, o antigo campo-santo. A subsistência do cemitério antigo, tal como se encontra, em um matagal inóspito, com os túmulos quebrados, perdidos entre arbustos, com cêrcas e muros derruídos, sôbre representar um atentado contra a higiene e salubridade públicas, e contra a estética da cidade, corporifica, acima de tudo, um ato de desrespeito contra a memória dos que ali foram inumados.

Procurando pôr um paradeiro a essa situação vexatória, pelos meios legais, não incidiu a Prefeitura Municipal de Presidente Prudente em atuação suscetível de reparo a correção por parte do Judiciário. Agiu legítima e legalmente.

Daí não poder vingar a pretensão dos autores.

8 — Pelo exposto, e em face de tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente ação, e condeno os autores ao pagamento das custas do feito.

Publique-se na audiência designada.

Presidente Prudente, 6 de fevereiro de 1961. — *Aniceto Lopes Aliende.*