CEMITÉRIO — REGIME JURÍDICO — TRASLADAÇÃO DE RESTOS MORTAIS — DIREITOS DA VIÚVA E DOS HERDEIROS

— Prevalece o direito dos herdeiros, sobre o da viúva, no caso de trasladação de restos mortais do de cujus.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Cornélia Christina Renaux de Gasgon *versus* Prefeitura Municipal de Santos
Apelação cível nº 206 111 — Relator: Sr. Desembargador
GERALDO GOMES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação cível nº 206 111, da comarca de Santos, em que é apelante Cornélia Christina Renaux de Gasgon, sendo apelada a Prefeitura Municipal de Santos: Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Cornélia Christina Renaux de Gasgon propôs a presente ação ordinária contra a Prefeitura Municipal de Santos, visando a conseguir a trasladação dos restos mortais de seu finado marido, Paulo Fernandes de Gasgon, para outro jazigo, por ela adquirido posteriormente. A tal pedido se opôs a Prefeitura invocando, em preliminar, que a autora seria parte ilegítima, pois a ação deveria ser proposta contra os sucessores, que se opunham àquela trasladação, e não contra a Prefeitura, e, no mérito, tal pedido era improcedente, uma vez que a Prefeitura não estaria obrigada a trasladar, em face da Lei municipal nº 2 430, em seus arts. 504 e 506 (antigo Código Tributário) além de que, pelo art. 1 603, n.os I e IV, do Código Civil, entre direitos de herdeiros, descendentes ou ascendentes e direitos de cônjuge sobrevivente, prevaleceriam os primeiros, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Ora, com referência à preliminar, a decisão foi correta. Isso porque a medida pleiteada pela autora fora recusada pela Prefeitura administrativamente, em despacho fundamentado pelo que era parte para estar em juízo e responder aos termos da ação. A autora não era carente do pedido.

Quanto ao mérito, o magistrado decidiu com acerto. A Prefeitura não poderia ser compelida a proceder à trasladação de restos mortais, sem anuência de quem de direito. Acontece que o finado foi casado duas vezes e, tendo falecido em 1961, seus restos foram sepultados no jazigo que o mesmo adquirira em vida para seus genitores, ali estando os mesmos sepultados e inclusive sua primeira esposa e filho. Ainda que respeitável o desejo da segunda esposa, ora autora, em ver os restos de seu finado marido em outro jazigo adquirido pela mesma, para permanecer, de futuro, com os seus, no entanto, entre os direitos de cônjuge supérstite e os direitos da família do finado, hão de prevalecer estes últimos. Mas a apelante entende que seus direitos devam prevalecer. Ora, tivesse o finado pretendido ficar sepultado junto com sua segunda mulher, teria, em vida, manifestado isso claramente, inclusive adquirido campa para tal fim, como fez com relação a seus pais. Uma única testemunha foi ouvida e depôs em favor da autora. Mas também acontece que, quando

do sepultamento do finado marido, nesse jazido de seus familiares, nenhuma objeção teria levantado a ora autora de sorte que, sua recente aquisição do jazigo para tal fim esbarra na pretensão dos sucessores que a isso se opõem. Nesta condições, é razoável que prevaleça a situação preexistente, pois o falecido já se encontra há vários anos ali sepultado. E por isso nega-se provimento à apelação.

São Paulo, 1º de junho de 1973. *Euler Bueno,* pres., vencido com a seguinte declaração de voto: Quer a apelante compelir a Municipalidade de Santos a exumar os restos de seu marido, da sepultura onde se encontram, com os da primeira mulher, dos pais e de um filho, no Cemitério do Paquetá, para transferi-los para a campa que mais recentemente obteve em concessão, na mesma necrópole, destinada ao seu próprio casal.

Não logrou êxito, ante a oposição dos enteados, um dos quais intervém no feito como assistente; aduz a Municipalidade que lhe não é lícito abrir o túmulo sem o consentimento dos seus titulares, pelo que é ela parte ilegítima para ser demandada pela autora, cujos adversários legitimados seriam os enteados; no mérito, conduz as mesmas objeções para o desfecho da improcedência. Ouvida uma testemunha, a rememorar o desejo que lhe manifestou o finado, de que seus restos repousassem juntos com os de sua segunda mulher, sentenciou o Magistrado, rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e julgando improcedente a ação, por lhe parecer que a ordem da vocação hereditária enseja prevalência à vontade dos filhos, sobre a viúva, para a determinação do "lugar e modo de sepultura" do pai e marido pré-morto. Daí o recurso, bem processado, a que os eminentes Relator e Revisor negam provimento.

O lúcido Des. Sousa Lima tomou parte nos debates, sem voto, sublinhando o relacionamento que encontrara entre a situação dos despojos que se devem dar à sepultura e os transplantes de tecidos, órgãos e partes de cadáver, regidos pela Lei federal nº 5 479, de 1968, que reclamam autorização, em primeiro plano, do próprio doador e, sucessivamente, do cônjuge não separado, dos descendentes, dos ascendentes, dos colaterais e das corporações religiosas ou civis responsáveis.

O regime dos cemitérios, entre nós, só em 1967 perdeu as honras de uma disciplina constitucional, pois o elenco dos direitos e garantias individuais (arts. 150 da Carta Magna de então e 153 da vigente), ao contrário do que ocorreu nas anteriores Constituições republicanas, deixou de aludir aos cemitérios. O regime destes entre nós é fundamentalmente municipal, por tradição, desde os primeiros tempos do Império, quando também as autoridades eclesiásticas eram chamadas à conferência, para "os direitos do Ordinário" (cf. Lei de 1.10.1828 e Decreto legislativo nº 583, de 5.9.1850). A laicidade resultou dos Decretos republicanos n.os 119 A e 789, de 1890, concentrando este último, nos municípios, a polícia, a direção e a administração dos cemitérios (cf. Barbalho, *Constituição Federal Brasileira,* 1924, p. 419-420; cf. mais, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946,* v. 3/243). A quase-posse das sepulturas gentilícias e familiares, nas igrejas, nos tempos reinícolas de Almeida e Souza, de Lobão, entrava no comércio e podia ser penhorada por dívidas ("Interditos", § 123); no Império, segundo anota Teixeira de Freitas, as sepulturas perpétuas constituíam "direito real sobre o interior do solo", ainda de conteúdo privado (*Consolidação,* 3. ed. art. 52, § 2º, nota 20). Hoje em dia, os cemitérios municipais têm o *status* de bens públicos, a um tempo destinados ao uso comum dos que o queiram visitar, ao uso especial de dar sepultura ao cadáver de quem quer

que seja e, ainda, ao uso exclusivo das sepulturas concedidas, temporária ou perpetuamente, tudo o que se insere no campo do Direito Administrativo (cf. Themístocles Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo,* 1943, v. 5/86; cf. também Hely Lopes Meirelles, *Direito municipal brasileiro,* 1964, v. 1/294; cf. especialmente Fernando Henrique Mendes de Almeida, "Concessão perpétua de terrenos de cemitérios", *in RT* 258/59 e segs. n.os 117-118; cf. ainda a Consolidação das Posturas do Município da Capital de São Paulo, baixada pelo Decreto nº 3 052 de 1955, arts. 321 e segs. com destaque para o art. 346, *verbis*: "As concessões de terrenos, a prazo fixo ou indeterminado, podem ser feitas a particulares, famílias, sociedades civis, instituições, corporações, irmandades ou confrarias religiosas mediante pedido verbal feito pelo interessado ao administrador do cemitério..."). As concessões de sepulturas geram direitos que, embora semelhantes ao direito real de uso, como adverte Clóvis (Código Civil, 1917, v. 2/304), não se transmitem segundo os princípios do direito privado, pois "nada têm que ir haurir no direito civil", segundo a expressão do citado Fernando Mendes de Almeida, op. e loc. cit.). Ora, a concessão obtida pelo finado marido da autora, em 1953, teve o expresso desígnio de perpetuar a campa onde já estava sepultado seu pai, Domingos Fernandes (cf. fls.). A essa altura, a autora já era casada (fls.), pelo que dita concessão também a ela diz respeito, atenta a natureza familiar do sepulcro, onde se inumaram ainda a genitora, a primeira mulher e um filho de Paulo Fernandes de Gasgon (cf. fls.). Falecido o cabeça do casal, subsiste a concessão com a mulher até que, por sua morte, possa transferir-se aos filhos; é o que afina com as precedências na família brasileira e repercute, *verbi gratia,* no Ato municipal nº 1 518, de 1938, da Prefeitura da Capital de São Paulo: "Art. 1º. No caso de falecimento de concessionário de terreno nos cemitérios municipais e do seu cônjuge, se casado for, poderá a respectiva concessão ser transferida pela Prefeitura, salvo na hipótese do artigo seguinte: a) ao seu parente mais próximo, segundo a ordem da vocação hereditária estatuída na legislação civil; b) a um dos seus parentes, mediante desistência expressa dos demais, com parentesco no mesmo grau ou em grau mais próximo. Art. 2º. Poderá também a concessão ser transferida àquele que para tanto haja sido designado por disposição de última vontade do concessionário, expressa em testamento lavrado e processado em forma regular" (cf. *Lex,* legislação estadual, 1938, p. 304). A transferência, aos filhos, da concessão da sepultura da família, bem se vê, só se justifica depois do falecimento do concessionário "e do seu cônjuge", como está na expressa disposição paulistana. Com essa precedência natural, refletida na regra edilícia transcrita, afinam ainda os princípios a atender para a determinação do lugar e do modo do sepultamento. Havendo disposições escritas do morto, devem obedecer-se, ressalvados os direitos de terceiros (Código Civil, arts. 1 651-1 652); não as havendo e "verificada a divergência entre o cônjuge e os herdeiros, deverá prevalecer a vontade do cônjuge", preleciona Carvalho Santos (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro,* v. 6/240, nº 5). O mesmo recomendam Cunha Gonçalves para Portugal (*Tratados de direito civil,* 1955, v. 1, t. 1/340-341); Baudry-Lacantinerie e Wahl (*Trattato,* tradução italiana com edições de Bonfante, sucessões, v. 2, nº 2 126) e Planiol Ripert (*Traité pratique,* 1956, t. 4/17) para a França; e Ferrara para a Itália (*Trattato di diritto civile italiano,* 1921, v. 1, parte 1, p. 402, nota 2). A mesma ordem, com precedência para o cônjuge, prescreve o legislador brasileiro,

na Lei nº 5 479, de 1968, lembrada pelo Des. Sousa Lima, para autorizar a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver.

Considerando, pois que a viúva apelante tem precedência sobre os filhos de Paulo Fernandes de Gasgon, assim nos direitos decorrentes da concessão do jazigo em que está inumado, como ainda nos que dizem com a determinação do lugar em que deve ficar enterrado; e considerando mais, que teve a referida senhora a delicadeza moral e afetiva de obter a concessão de um outro terreno na mesma necrópole, assim programando a reunião dos despojos do seu casal, atendendo à vontade de seu marido, testemunhada a fls. pelo Dr. José Gomes da Silva, e à sua própria, respeitados os desentendimentos com os enteados e a memória da primeira esposa; o meu voto acolheu a apelação para julgar a ação procedente, condenada a Prefeitura ré a proceder à exumação dos restos de Paulo Fernandes de Gasgon da sepultura onde se encontram, campa nº 9, jazigo nº 20, acomodando-os na campa nº 61-A, jazigo nº 100, do mesmo cemitério do Paquetá, e pagando ainda honorários de 20% do valor atribuído à causa, além das custas. *Geraldo Gomes,* relator. Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Campos Gouvêa.