CEMITÉRIOS — CONCESSÃO — DIREITO DE SEPULTURA E DANO MORAL

— Às municipalidades, sem embargo de terem a seu cargo a polícia mortuária e conquanto os terrenos de cemitério sejam bens públicos municipais, escapa, em princípio, a faculdade de interferir diretamente nos túmulos, seja para permitir exumações, para determinar inumações, ou para consentir modificações pleiteadas por terceiros.

CONSULTA

"D. Isabel de Andrade Gama, viúva de Cristóvão de Andrade, pede a esta Prefeitura licença para retirar do túmulo de n.º 22, da quadra I, do Cemitério Municipal: *a*) os restos mortais de seu marido, a fim de colocá-los no jazigo da família; *b*) uma pedra memorativa, ali, abusivamente, posta.

O finado era desquitado da requerente e, ao tempo da sua morte, vivia, maritalmente, com D. Malvina de Almeida, com quem tivera, entre outros filhos, o de nome Nélson, também inumado no dito túmulo 22, quadra I, citada, cuja perpetuidade ela formalizou (Proc. n.º 4.265/1946 — Malvina de Almeida — Sepulturas e Carneiros no Cemitério Municipal).

O processo não esclarece, mas, sabe este Serviço Legal, de ciência própria, a titular Malvina de Almeida e seu filho Cristóvão, maior, se opõem às pretensões da suplicante".

PARECER

I — *Do direito de sepultura* — Apesar de discussão crepitante e das muitas teorias em tôrno da natureza do direito de sepultura e sua caracterização (DABOT, *Droit des Particuliers Concernant les Sepultures*, pág. 78; WALINE, *Manuel Elementaire de Droit Administratif*, pág. 582; GRAILLE, *Manuel des Concessions de Terrains dans les Cimitières*, pág. 49; BATBIE, *Droit Public Administratif*, vol. 5/374; PIROZZI, *Sepoltura*, pág. 15; WIDSCHEID, *Pand.*,

vol. 1/505; COVIELLO, *Diritto Civile*, pág. 304; MARTIN, *Funerailles et Sepultures*, pág. 254; LOBÃO, *Notas a Melo*, vol. 2/17, etc.), o que se conclui, muito nìtidamente, é que a existência dêsse direito é inconcussa, e mais que, na concessão de terrenos nos cemitérios, não se pode compreender um direito de propriedade, porque as necrópoles, como bens de uso comum dos Municípios (Cód. Civ., art. 66, I, e CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Int.*, vol. 2/119), são inalienáveis (Cód. Civ., art. 67) e o que é inalienável não pode ser cedido a nenhum título.

Os cemitérios, que a princípio estiveram entregues às autoridades eclesiásticas (Lei de 1-10-828, art. 66,§ 2), sempre tiveram reconhecido êste seu caráter de *res extra commercium* (COELHO DA ROCHA, *Instituições*, vol. 1/57; PRAZANTARO *Sepulcro, in Dig. Italiano*, vol. 21/882; BIELSA, *Derecho Administrativo*, vol. 3/40; VASCONCELOS, "Os Cemitérios e o *Jus Secpulchri*", *in Rev. de Crit. Jud.*, vol. 34/70, etc.).

Laicizado o Estado, a administração deles passou às municipalidades, sendo hoje pura e simplesmente nominal a distinção entre cemitérios seculares e religiosos (Const., art. 122, 5).

Todos, profitentes ou agnósticos, têm direito a sepulcro, direito que sempre existiu, nada obstante, em certa fase, a Igreja considerá-lo mero favor seu concedido a pessoas de outros credos.

E, se é certo que, como bens públicos municipais, os terrenos de cemitérios são inalienáveis, não se desintegrando, conseqüentemente, os sepulcros, do patrimônio dos Municípios, o poder de polícia mortuária, de que êstes se vêem investidos, não lhes credencia, contudo, uma livre interferência nas sepulturas, de molde a poderem autorizar alterações nelas, nem inumações ou exumação, a seu talante, alheados da observância de certos princípios dominantes.

A análise do direito subjetivo no-lo demonstra às declaradas.

Efetivamente, não há direito sem sujeito, sem objetivo, nem sem obrigação correspondente, geradora fatal de responsabilidades.

Ao proprietário do direito, ao titular do direito, ao ser que o direito beneficia, chama-se o seu sujeito. E, como a personalidade natural finda com a morte (Cód. Civ., art. 10), segue-se que êsse sujeito, nem no direito de sepulcro, poderá ser o defunto: *mors omnia solvit*.

Assim, tendo de ser um ente vivo o titular do direito, a pessoa do morto, aqui, desaparece, para ser vista, apenas, a personalidade daquele com quem a municipalidade contratou o sepulcro, isto é, Malvina de Almeida: ela é o sujeito do direito em exame e, como utente dêsse direito, é quem, salvo os reduzidos casos legais, pode pedir ou impedir inumações, exumações ou modificações na sepultura n.º 22, da quadra 1, do Cemitério Municipal de Juiz de Fora.

Objeto do direito é aquele sôbre que o sujeito "exerce sua prerrogativa jurídica" (EDMOND PICARD, *o Direito Puro*, pág. 75) e, isto pôsto, no direito de sepulcro sua incidência será a inumação.

A inumação faz-se de duas formas: em valia comum e em sepultura certa. Quando em vala comum, resolve-se a obrigação da municipalidade, com o simples ato do enterramento. Quando em sepultura determinada, a municipalidade obriga-se, ainda, mediante o pagamento de taxas prefixadas, à con-

servação dos restos mortais nela colocados. E' o que, própria ou impròpriamente, se chama *direito de concessão*.

Como obrigação ou relação de direito, tem-se o vínculo que liga o objeto ao sujeito e, no direito de sepulcro, ela então será de fazer — *jus faciendi*, por isso que a obrigação se aperfeiçoa com uma prestação de serviço, ou seja, com a prestação do serviço materializado no já referido objeto do direito de sepulcro.

Resumindo-se a análise feita, dir-se-á; a Prefeitura de Juiz de Fora responde, perante D. Malvina de Almeida, na sua condição de pessoa ativa e, conseqüentemente, na sua qualidade de titular do direito de sepulcro, por uma obrigação de fazer, consistente na prestação de um serviço que é a inumação dos restos mortais de Cristóvão de Andrade e, porque ela perpetuou a sepultura, a Prefeitura de Juiz de Fora responde mais pela guarda dêles, continuadamente, alí no túmulo 22, da quadra 1, do Cemitério Municipal.

E' verdade que a concessão não transmite, ao seu titular, direito dominical, mesmo porque, no nosso direito, não há transmissão da propriedade imóvel sem a respectiva transcrição (Cód. Civ., art. 531), enquanto que, por dentro lado, como simples acessórios dos terrenos de cemitérios, os túmulos, por seguirem a sorte do principal (Cód. Civ., art. 59), são também inalienáveis e, como tais, impenhoráveis, conforme tem resolvido a jurisprudência de nossos Tribunais (*Rev. dos Trib.* vol. 73-311).

E porque a concessão apenas signifique "uma obrigação assumida pelo concedente de fixar e manter o local necessário à inumação de um corpo ou vários corpos, indefinidamente ou por tempo determinado" (Carv. Santos, ob. e loc. cits., pág. 185), às municipalidades, sem embargo de terem a seu cargo a polícia mortuária e conquanto os terrenos de cemitérios sejam bens públicos municipais, escapa, em princípio, a faculdade de interferir diretamente nos túmulos, seja para permitir exumações, para determinar inumações, ou para consentir modificações pleiteadas por terceiros.

E, assim sendo, em última análise, à Prefeitura de Juiz de Fora é defeso autorizar a trasladação solicitada por D. Isabel de Andrade Gama, bem como a retirada da pedra comemorativa.

II — *Do dano moral* — Uma desobediência, aqui, não seria, portanto, apenas um desrespeito à sacratice da coisa, mais importaria, ainda, em lesão grave de direito, sujeita à reparação, pelo menos, do dano moral, se outro não concoresse.

Alcino de Paula Salazar (*Reparação do Dano Moral*), Ávio Brasil (*O Dano Moral no Direito Brasileiro*) e José de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*) discorrem, fartamente, sôbre o assunto, em alentado estudo da tese da reparação do dano moral, à luz do direito positivo nacional e alienígena, e em face da *communis opinio doctorum*, nos países cultos, tese hoje, aliás, já consagrada, sem ambages, no ante-projeto do nosso Cód. das Obrigações (arts. 181 e 182).

A ilustre professora da Universidade de Coimbra, Zulmira Pires de Lima (*in Rev. For.*, vol. 83/216 e segts. e 412 e segts.), por sua vez, em lúcido estudo, aprecia, de per si, argumento por argumento em prol da irressarcibilidade do dano moral e, rebatendo-os, um a um, faz ressaltar a pureza da tese contrária, de resto, já plenamente vitoriosa.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, que sempre e malgrado brilhantes votos dos MINISTROS PEDRO LESSA e PEDRO DOS SANTOS, recusou guarida à reparação do dano extra-patrimonial, já acentuou que "O princípio do próprio dano puramente moral vai abrindo caminho, triunfando na doutrina e se inserindo nos Códigos" (MINISTRO OROZIMBO NONATO, *in Rev. For.*, volumes 94/477).

O sobredito professor SALAZAR (ob. cit., pág. 71 *usque* 86) faz-nos relatório circunstanciado a respeito da jurisprudência pátria, alcançando nossos dias.

E, dentre os venerandos Acórdãos prolatados, dada sua direta relação com o caso na tela da discussão e sua precisão de conceitos, assinala-se o do egrégio Tribunal de Apelação de Minas Gerais, relatado pelo eminente DESEMBARGADOR AMILCAR AUGUSTO DE CASTRO (*in Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, volumes 2-318; *Rev. For.*, vol. 93-528; *Jurisprudência — Tribunal de Apelação*, vol. 13-249), o qual, reformando respeitável sentença da primeira instância, condenou a Prefeitura de Ubá a indenizar dano moral.

Proclamando o princípio, em que se firma, da existência do direito de sepulcro, tão seguramente realçado por CLÓVIS BEVILÁQUA (*Soluções Práticas do Direito*, vol. 1/105), pondera:

"E, na verdade, se se trata de *um direito*, que direito será êsse que pode ser impunemente violado? Para bem resolver a questão deve-se, pois, começar por aqui: a pessoa que convencionou com o município a perpetuação de um túmulo, pagando ao concedente tôdas as taxas devidas, adquire, ou não, um direito de uso dêsse túmulo?

E se adquire um direito, e o concedente viola êsse direito, *retirando do jazigo abusivamente, e consumindo os despojos mortais nêle encerrados*, será possível que êsse concedente nenhuma reparação deve pelo *dano moral* que causou ao cessionário?

Então nós pagamos as taxas devidas *para serem conservados* nos cemitérios os restos mortais dos parentes queridos, e fica ao livre arbítrio da Prefeitura, que recebeu as taxas e firmou conosco um contrato, abrir os túmulos e atirar aquêles despojos à vala comum, causando-nos um tremendo dano moral, sem nenhuma reparação"? (*Rev. For.*, vol. 93/528).

O que entre nós ora se disputa, é sôbre se, dentro da contextura do Código Civil, o ressarcimento do dano extra-econômico encontra, ou não, apoio.

Civilistas dos mais renomados dissentem hoje, em face do nosso direito vigente, como, mais acirradamente, dissentiram ontem, à luz do direito caduco. E essa dúvida conspícua de doutores, essa dissonância de mestres, revela, só por si, uma elevada afirmação de que vive sim, no nosso direito positivo também, a responsabilidade do dano moral.

De feito, à vista das nossas leis, não se poderá negar, como irrefragável e proficientemente demonstrou o DESEMBARGADOR AMILCAR AUGUSTO DE CASTRO, abrigo ao *jus sepulcri ad perpetuam*.

E outra coisa, senão confirmar êsse egrégio conceito, não fêz, no seu derradeiro pronunciamento, o nosso Tribunal maior, quando, só em face da disposição expressa do art. 1.537 do Código Civil, resolveu que, *nos casos de homicídio*, não há lugar para a reparação do dano moral (*Rev. For.*, vol. 94/477), donde o corolário de que é inafastável essa reparação nos demais.

A euremática nacional, pode-se, pois, dizer, também, se define pela idoneidade jurídica da adversada puridade, em face do nosso direito escrito, da reparação do dano moral.

III — *Conclusão — Ex positis*, êste Serviço Legal acaba pelo indeferimento do pedido de fls., ds D. Isabel de Andrade Gama, o qual carece de fundamento legítimo e, por isso mesmo, expõe a Prefeitura de Juiz de Fora à obrigação de ressarcir perdas e danos, ainda que puramente morais.

E neste sentido opina.

Ut nobis videtur. — F. Rodrigues Valle, Advogado em Minas Gerais.