



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
"Palácio Moisés Viana"
Unidade Central de Controle Interno

PARECER de CONTROLE Nº 014/2009

ENTIDADE SOLICITANTE: Secretaria de Planejamento

FINALIDADE: Regularização de imóveis no Cemitério Municipal

ORIGEM: Processo nº 967/2009.

DOS FATOS:

Ocorre que chegou a esta Unidade de Controle Interno, para manifestação, o processo de solicitação para construção mausoléu no cemitério público, solicitado, em auditoria, à Secretaria de Planejamento - DEMA.

DA LEGISLAÇÃO:

_ Lei Orgânica;

_ CF;

_ Código Civil;

DA PRELIMINAR:

No cumprimento das atribuições estabelecidas nos Arts. 31 e 74 da Constituição Federal e na Lei Municipal nº 4.242, de 27/09/2001, e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício de controle prévio e concomitante dos atos de gestão, cumpre-nos lembrar que **a presente consulta deve vir instruída com parecer do Órgão de Assistência Técnica ou Jurídica da autoridade consulente**, conforme orientação do Tribunal de Contas do Estado, a fim de dar subsídios à manifestação desta Unidade de Controle. Visando a orientação do Administrador Público, mencionamos, a seguir, os pontos anotados no curso dos exames que entendemos conveniente destacar, **lembrando ainda que, por força regimental, a resposta à consulta não constitui pré-julgamento de fato ou caso concreto (Regimento Interno – UCCI – Decreto 3.662/03).**

DA FUNDAMENTAÇÃO:

Antes de analisar qualquer matéria de mérito, é imprescindível que se esclareça, definitivamente, qual é a natureza do imóvel sob estudo. **Definitivamente se trata de uma área total constante da matrícula de propriedade em nome Município – Cemitério Municipal**, sobre a qual encontra-se construído uma sepultura, conforme foto em anexo aos

autos, porém, **sem dúvidas, se trata de um IMÓVEL PÚBLICO**. Desta forma o regime de propriedade, **direito real**, a ser considerado é totalmente diferente dos cemitérios privados.

A natureza jurídica do direito à sepultura é outra situação que, diga-se de passagem, gera inúmeras controvérsias entre os doutrinadores, mas ratificamos, é assunto diverso do direito de propriedade, por se tratar de **direito pessoal**. Assim já ressalta FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, em suas ensinanças:

"Em razão disso, nas legislações municipais, nos estatutos das entidades titulares de cemitérios, nos atos jurídicos celebrados pelos interessados, aparecem os mais variados termos jurídicos (v.g., venda da sepultura, arrendamento, locação, propriedade do sepulcro, etc.), que não refletem a verdadeira natureza do direito formado, servindo apenas para obscurecer ainda mais o tema que, de si, já se apresenta complexo.

Daí a confusão reinante. Fala-se comprei uma sepultura, o arrendamento está vencido, et caetera (tudo de forma errada)".

Conforme esta Assessoria Jurídica já teve oportunidade de se manifestar, em outras ocasiões, no que tange a matéria "Cemitérios", em virtude do curso de "Administração de Cemitérios Públicos", do qual tivemos a oportunidade de participar, juntamente com os Administradores de cemitérios de São Paulo, referência para toda a América Latina, o *direito a sepultura* em cemitérios privados, força à conclusões que não se aplicam aos cemitérios públicos.

Desta forma é importante, para que não restem entendimentos equivocados ou de caráter privatístico, que a análise da natureza jurídica do direito à sepultura em cemitérios particulares, bens privados, **não pertence ao direito administrativo, mas ao direito civil**, eis que a prestação de serviço público, **por força de permissão administrativa, não afeta a titularidade do domínio do imóvel** no qual se encontra a necrópole, conforme continua o referido doutrinador na sua manifestação:

"Por isso, examinando-se os cemitérios do ponto de vista do titular do domínio sobre seu solo, pode-se dizer que os mesmos classificam-se em cemitérios públicos e cemitérios privados. Públicos são todos aqueles que estiverem localizados em imóvel do domínio público, seja ele qual for. Aliás, cemitério privado, é todo aquele situado em imóvel de titularidade privada. (...)" (grifos nossos).

O direito à sepultura é instituto que **consiste, basicamente, no direito-de-sepultar e no direito-de-manter-sepultado**, que é conferido a pessoa física (e seus sucessores) ou jurídica por força de negócio jurídico celebrado com o proprietário de cemitério.

Trata-se, conforme decisões dos Tribunais Pátrios, citamos o julgamento da Apelação nº 52.591, do TJSP, adotando o entendimento de CLÓVIS BEVILAQUA, **de direito de uso.**

JUSTINO ADRIANO FARIAS DA SILVA, ao tratar do tema ora examinado, estabelece critério útil para a solução do problema, baseado nos direitos reais, vigente no direito brasileiro, em razão do princípio do *numerus clausus*, ou seja, "somente aqueles ali mencionados". E prossegue na sua explicação:

"Deveras, se, conforme o entendimento dominante, não é possível a constituição de direitos reais que não se encontrem previstos em lei (=

Código Civil e legislação extravagante) nem a alteração do conteúdo que a lei lhes atribui, é evidente que, para ser direito real, o jus sepulchri deverá se enquadrar em algum dos tipos de direitos reais regulados legalmente, pois, do contrário, tratar-se-á de direito pessoal.

Do rol dos direitos reais, devem ser excluídos, de início, os direitos reais de garantia (penhor, anticrese e hipoteca), eis que o jus sepulchri não tem por finalidade garantir o adimplemento de dívida, vinculando o seu pagamento a determinado bem.

Por idêntica razão, não apresenta o direito à sepultura semelhança com as rendas constituídas sobre imóveis, que SILVIO RODRIGUES também inclui entre os direitos reais de garantia, eis que o proprietário do imóvel no qual se encontra localizado o cemitério não perde, completamente, o direito de usar, gozar, fruir e dispor do terreno, o que é revelado pela experiência comum e pela análise dos instrumentos contratuais e estatutos das entidades titulares das necrópoles, diferentemente do que ocorria com o instituto regulado pelos artigos 749 a 754 do Código Civil de 1916, em que o bem imóvel era transferido para o patrimônio do rendeiro ou censuário, restando ao beneficiário ou censuista apenas o direito de exigir o pagamento de renda.

Se o proprietário do imóvel não deixa de ser titular, na sua totalidade, das prerrogativas inerentes ao domínio (jus utendi, fruendi et abutendi), relativamente ao terreno no qual será construído o jazigo, é evidente, ainda, que o jus sepulchri não confere ao seu titular o domínio sobre aquela porção de solo, porquanto a propriedade é o mais pleno dos direitos reais.

Não se cogitando de direito de propriedade, nem de direito real de garantia, muito menos, configura servidão predial, dado que tal espécie de direito pressupõe a existência de dois imóveis, o que não ocorre no caso dos jazigos em cemitérios, o que é totalmente irregular, pois haveria de se reconhecer a propriedade do titular do direito à sepultura sobre a porção do terreno do cemitério, **o que já demonstramos não ser correto.**

Continuando a análise do Direito, conforme os institutos de direitos reais, se é da essência do “direito à sepultura” a sua transmissão, por ocasião do falecimento do titular, não se trata, igualmente, de usufruto, uso ou habitação, eis que tais espécies de direitos reais, limitados, extinguem-se pela morte do usufrutuário, usuário ou habitante (artigo 1410, I c/c 1413 e 1416 do Código Civil), o que tornaria inócua a aquisição do direito.

Também a enfiteuse, por sua vez, apesar de, a princípio, não se apresentar, incompatível com o *direito de sepultura*, eis que o titular do domínio útil tem a prerrogativa de usar o bem e o direito positivo, e expressamente admitir a sua transmissão por herança (artigo 681 do CC/16), não é aceitável, pois o caráter perpétuo da enfiteuse, s.m.j, também é incompatível com o direito de propriedade plena.

Ora, neste ponto é importante que se entenda a diferença entre o instituto da propriedade e do direito à sepultura, haja vista que o direito à sepultura não se confunde com as demais modalidades de “direitos reais limitados” previstos, nem pelo Código Civil de 1916, nem pelo de 2002, **até porque o prazo de duração do direito de superfície não é obstáculo à configuração do direito à sepultura**, mas, para configuração do direito de propriedade existe a **necessidade de registro imobiliário para constituição desse direito (artigo 1.227 do Código Civil) e da forma pública do respectivo instrumento (artigo 1.369 do Código Civil), como condição sine qua non.**

Também já tivemos a oportunidade de mencionar, em outra manifestação desta UCCI, que a utilização do subsolo para fins de construção de jazigo não exclui a possibilidade de **utilização do direito de superfície**, eis que o § único do artigo 1.369 do

Código Civil vigente, em sua parte final, expressamente a autoriza "**se for inerente ao objeto da concessão**", o que ocorre, por exemplo, nos cemitérios parques.

Também já mencionamos, em outra oportunidade, com base na mesma doutrina supra exposta, que a constituição do direito de superfície a título gratuito ou oneroso (artigo 1.370 do Código Civil), por sua vez, **é indiferente para fins de caracterização do direito de sepultura**, eis que nada obsta que o titular da propriedade permita a inumação de cadáver em parcela do solo de cemitério, por mera liberalidade, até mesmo cemitério particular.

É irrelevante, também, a possibilidade de transmissão do direito de superfície por ato *inter vivos*, **salvo se no local já houver sido realizada a inumação de restos mortais, hipótese em que se poderia cogitar de desvirtuamento da finalidade da concessão**, modalidade de extinção da superfície (artigo 1.374 do Código Civil), inovação salutar que serve para inviabilizar, inclusive, **a aquisição do direito à sepultura** com finalidade especulativa.

Cabe agora ressaltar a “concessão de uso”, instrumento adequado para utilização nos cemitérios públicos, instituída pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 271/67, ainda em vigor, nos seguintes termos:

"Art. 7º. É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

*4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência."*

Logo, não há obstáculo à constituição do direito a sepultura pela concessão de uso regulada pelo DL nº 271/67, eis que o direito real em questão possui as características essenciais para a configuração do direito à sepultura (direito de uso de terreno e possibilidade de transmissão *mortis causa*), sendo irrelevantes as demais (onerosidade/gratuidade, prazo de duração, etc.) para a qualificação do negócio jurídico. Outrossim, mais uma vez ressaltamos que:

*"O direito de uso no *jus sepulchri*, todavia, não se confunde com o direito real de uso, conforme entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação nº 42.857 (RT 323/461), o que será demonstrado a seguir. CLÓVIS, aliás, utiliza a expressão "aspecto do uso", provavelmente para ressaltar que não se trata do *jus in re aliena* previsto nos artigos 742 a 745 do CC/16."*

"A concessão de uso do DL nº 271/67, portanto, não se confunde com o direito pessoal concedido pelo Estado, a título precário, para utilização de bem público.

também denominado concessão. Cf. STJ – 1ª Turma – RESP nº 124.755-DF – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 19.08.97 – v.u.; STJ – 2ª Turma – RESP nº 124.142-DF – Rel. Min. Peçanha Martins – j. 18.12.97 – v.u.”

Por todo o exposto, e, após compulsar os autos, verificou-se que o pedido da requerente trata da “*possibilidade de APROVAÇÃO DE LICENÇA para construção de um Mausoléu*”, no que não vislumbramos nenhum problema, outrossim, coloca-se como “*proprietária de um Imóvel sito à Rua Av. Da Saudade nº (cemitério Municipal)*”, o que não condiz com o conjunto probatório, nem com a legalidade.

Consta dos autos que a propriedade da área supra indicada pertence ao Cemitério Público Municipal, por via de consequência, ao Município de Sant’Ana do Livramento, mais ainda, trata-se de bem público inalienável, conforme folhas 15 – verso: “*não foi encontrado nenhum registro referente ao referido mausoléu. Não existe cadastro que confirme a propriedade deste referido terreno no Cemitério Público Municipal.*”

Busca a requerente demonstrar a “propriedade” do imóvel através da apresentação de uma “Certidão de Óbito”, contendo anotações feitas “a mão” na margem do documento. Ressalte-se que não pode ser reconhecida tal pretensão, **para fins de declaração de propriedade, nem para fins de alteração no Cadastro de Imóveis do Município**, por ser totalmente irregular e ilegal, não servido como documento hábil a demonstrar a propriedade, até porque a solicitação não pede o reconhecimento de tal direito, mas **tão só** para “APROVAÇÃO E LICENÇA para construção de um Mausoléu”.

De outra forma, o fato de a requerente pretender construir um mausoléu, não interfere no seu “direito de sepultar”, deixando-se cristalizado que tal construção não confere o “direito de propriedade” sobre o imóvel, principalmente por se tratar de bem público.

Por derradeiro, a manifestação da Procuradoria Jurídica é totalmente equivocada e induz a realização de uma ilegalidade, que, se utilizada como precedente, poderá trazer graves consequências para a Administração Municipal, quando se posiciona no sentido de que “*o documento mostra-se suficiente para comprovar a propriedade do terreno.*” **Não há base legal para tal entendimento**, até porque, nem sequer a Procuradoria demonstrou seu convencimento, através de argumentos que possibilitem conferir a propriedade de um bem público a um particular, baseado em cotas marginais, feitas a mão, na certidão de óbito.

Já, no que tange ao LICENCIAMENTO, a pretensão, de forma alguma, poderá ser autorizada à requerente, se não forem atendidos os requisitos de proteção ao meio ambiente, exigidos pelo DEMA.

Assim sendo não há que se falar em regularização cadastral para conceder a propriedade, mas, tão somente, a demonstração da posse da área, o que poderá ser feito com o deferimento de concessão de uso de bem público, já que existe demonstração fática da inumação do falecido, conforme documentos juntos.

De outra forma, se estaria criando uma aberração jurídica, onde uma fração de área de um todo público seria “vendida” a um particular sem, sequer, desmembrar o todo, isso sem considerar a impossibilidade de tal elucubração, já que os bens públicos são inalienáveis.

MANIFESTA-SE, portanto:

a) pela inexistência de embasamento legal que permita a alienação, mais especificamente, “venda” ou alteração dos dados do Cadastro Municipal, em relação ao imóvel sob estudo, indicado pela requerente, com base na documentação apresentada;

b) pela inexistência de documentos que comprovem a propriedade da requerente sobre o imóvel público;

c) pela impossibilidade de alienação à particulares das área integrantes do todo do Cemitério Municipal, por ser bem público inalienável;

d) pela possibilidade de a requerente, exercer seu direito de sepultura, desde que atendidas as exigências do DEMA, no que tange à proteção do meio ambiente, construindo o Mausoléu, sob o regime de “concessão de uso por tempo indeterminado”, sem no entanto, jamais ter “direito de propriedade” sobre o imóvel do Município de Sant’Ana do Livramento;

e) quanto à consulta apresentada, a resposta é pela possibilidade de DEFERIMENTO, quanto à “Aprovação e Licença para construção do Mausoléu”, sem, contudo qualquer alteração no Cadastro de Imóveis da Prefeitura, a não ser a possibilidade de averbação de um possível título de “Concessão de Uso”.

É o parecer, s. m. j.

Controle Interno, em Sant’Ana do Livramento, 19 de maio de 2009.

Adv. **Teddi Willian Ferreira Vieira** – OAB/RS 54.868
UCCI – Técnico de Controle Interno – Matr. 21.875