

RUI CELSO REALI FRAGOSO
E ADVOGADOS ASSOCIADOS

Rua Professor Filadelfo de Azevedo, 91
CEP 04508-010 – São Paulo – SP
+55 11 3887-7315
www.ruifragosoadogados.com.br

Rui Celso Reali Fragoso
José Pedro Silva Costa
José Emmanuel Burle Filho
Paulo Rubens Soares Hungria Jr.
Denise Ferragi Hungria
Luís Gustavo Casillo Ghideti
Marcela De Deo Fragoso
Ceres Lina Behmer
Ricardo De Deo Fragoso
Paula Ferreira Mendonça Cruz

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMUNIDADE RELIGIOSA JOÃO XXIII, por seus advogados (**Doc. 1**), inconformada com a r. decisão de fls. 220/221, exarada pelo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo nos autos da AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO ANTECIPAÇÃO DE TUTELA promovida contra a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem, respeitosamente, com fulcro nos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor **recurso** de

A G R A V O D E I N S T R U M E N T O,

com requerimento liminar de antecipação de tutela, nos termos dos artigos 527, inciso III, do CPC, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas.

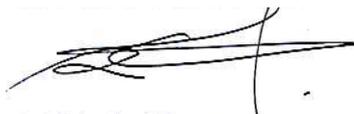
Requerem, igualmente, em atendimento aos incisos I e II do art. 525 do CPC, a juntada das cópias das peças constantes do rol anexo, declaradas autênticas pelos advogados signatários, nos termos do artigo 365, IV, do CPC.

RUI CELSO REALI FRAGOSO
E ADVOGADOS ASSOCIADOS

Em atendimento ao disposto no artigo 524, III do CPC, informam que seus advogados são Rui Celso Reali Fragoso, OAB/SP nº 60.332, e José Emmanuel Burle Filho, OAB/SP nº 26.661, com escritório nesta Capital na Rua Professor Filadelfo Azevedo, 91, Vila Nova Conceição, CEP 04508-010, e que o endereço da agravada, ainda não citada, é a Rua Pamplona, 227, Jardim Paulista, onde se localiza a Procuradoria Geral do Estado.

Termos em que, com as inclusas razões, requerem o provimento do recurso e deferimento dos requerimentos.

São Paulo, 23 de janeiro de 2015.



Rui Celso Reali Fragoso
OAB/SP nº 60.332



José Emmanuel Burle Filho
OAB/SP nº 26.661

RUI CELSO REALI FRAGOSO
E ADVOGADOS ASSOCIADOS

Processo nº 1052373-41.2014.8.26.0053 – 3ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo/SP
AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA *INAUDITA*
ALTERA PARTE

Agravantes: COMUNIDADE RELIGIOSA JOÃO XXIII
Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo

RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

DOUTO DESEMBARGADOR RELATOR
DOUTA CÂMARA

1. Trata-se de Ação anulatória de **parte** do Decreto de Utilidade Pública nº 57.843/12, em virtude da violação flagrante à Constituição Federal, Código Penal e legislação municipal na edição desse ato, no qual, em suma, o **Metro (Cia do Metropolitano de São Paulo) objetiva passar o monotrilho no meio do Cemitério Morumby.**

Prontamente e sem atentar para a peculiaridade e a relevância do caso, com todo o respeito, a MM. Juíza indeferiu a liminar de antecipação dos efeitos da tutela (Doc. 2), por não ter verificado “*qualquer ilegalidade, quicça inconstitucionalidade, do Decreto Estadual nº 57.84312, que fundamenta a ação expropriatória*”.

2. *Permissa venia*, bem ao reverso, no caso, a inicial demonstra a existência de inconstitucionalidade e ilegalidade no Decreto impugnado, na parte em que ele se refere às áreas do Cemitério Morumby, da ora agravante.

3. Como exposto na inicial, a agravante é proprietária e administradora do Cemitério do Morumby (<http://www.cemiteriomorumby.com.br/>). De conformidade com o seu

Estatuto Social, ela atua há cerca de 50 (cinquenta) anos com o objetivo de “*proporcionar, sem qualquer fito de lucro, a elevação cultural do povo, através de obras missionárias, pastorais, catequéticas e educativas de renovação comunitária e manter sob sua administração, cemitérios particulares, de acordo com a respectiva legislação*”. E, para essa finalidade, a agravante por delegação - autorização dada pelo Município - presta **serviços públicos** funerários e de sepultamentos, compreendo a construção, manutenção e conservação das sepulturas (Docs. 3 e 4).

Esses serviços de sepultamento, exumação e traslado de corpo, e conservação de sepulturas tem natureza jurídica típica de serviço público **essencial**, conforme reiteradas decisões desse E. Tribunal de Justiça e do C. Superior Tribunal de Justiça¹.

4. Por outro lado, é notório que o Cemitério do Morumby, primeiro Cemitério Parque da América do Sul, com inspiração arquitetônica norte-americana e amplo jardim, traduz um **ambiente sereno e único** na cidade de São Paulo, sendo, por isso, inclusive considerado como atração turística pelo *site* oficial do Turismo de São Paulo, que ressalta a “*originalidade em sua arquitetura em formato de círculos e pelos diferentes arranjos paisagísticos*”².

Além da beleza panorâmica, a necrópole também recebe diariamente centenas de usuários de seus serviços públicos que buscam enterrar seus parentes e/ou velar e rezar pelas as memórias de seus entes falecidos. E, ainda, pessoas que vistam o Cemitério para conhecer e reverenciar túmulos de personalidades famosas, como, por ex., o do piloto Ayrton Senna e da cantora Elis Regina.

¹ “Tratam-se apenas dos serviços básicos de sepultamento, exumação e traslado de corpo, cuja natureza típica de serviço público essencial é indiscutível. Com efeito, ao realizá-los, todos os cemitérios, públicos ou privados, estão sujeitos a observar os mesmos procedimentos legais e regulamentares, pois estes serviços têm conseqüências sanitárias e registrárias, tratando-se de genuínos atos oficiais.” (TJ/SP, AC nº 9169857-13.2008.8.26.0000, rel. Des.Ferreira da Cruz, j. 29/01/2014).

“Paralelamente, dúvida também não há com relação à qualidade de fornecedora (art. 3º do CDC) da COMUNIDADE RELIGIOSA JOÃO XXIII, ora recorrente, que disponibiliza a prestação dos serviços acima mencionados, de sepultamento, exumação e traslado de corpos, havendo, ainda, no cemitério que administra, floricultura e lanchonete. (...) Não impede a aplicabilidade do CDC a natureza pública dos serviços funerários, reconhecida, na doutrina, por Justino Adriano Farias da Silva (Tratado de direito funerário: teoria geral e instituições de direito funerário. São Paulo: Método, 2000, p. 560) e, na jurisprudência, pela Primeira Turma deste STJ (REsp 622.101/RJ, Rel. Ministro José Delgado). (...) Neste caso julgado pela Segunda Turma desta Corte, como visto, tratava-se de cemitério público municipal, que constitui, na lição de Justino Adriano Farias da Silva (op. Cit., p. 395), bem público de uso especial (art. 99, II, do CC/02), outorgando a Municipalidade o uso de jazigos nele existentes não por meio de contrato, mas sim da outorga de concessão de uso de bem público, ato tipicamente administrativo.” (STJ, REsp 1.090.044/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21/06/2011).

² <<http://www.cidadedesaopaulo.com/sp/br/o-que-visitar/atrativos/pontos-turisticos/4137-cemiterio-do-morumby->> Acesso em 05/12/2014.

5. **Parte da área** do Cemitério é prevista no Decreto de Utilidade Pública 57.843/2012 (Doc. 5) para ser desapropriada e usada pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ - na construção da via elevada para a Linha 17 Ouro/Monotrilho.

As áreas previstas nesse Decreto e relativas ao ora agravante já são objeto de ação de desapropriação (nº 1048635-45.2014.8.26.0053) proposta pelo METRÔ perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, com despacho inicial de imissão prévia na posse dessas áreas, que ainda não se concretizou em razão da prévia avaliação prévia, sendo, assim, o dano iminente. (Doc. 6).

Porém, como revelado na inicial da ação, na qual a decisão ora agravada foi prolatada, especificamente no que se refere às áreas da ora agravante, o **Decreto 57.843/12 é nulo por motivo de inconstitucionalidade e ilegalidade**. A agravante destaca que esses vícios são agravados pelo fato dela prestar, por delegação, um serviço público de natureza essencial.

III. Do Direito

6. De início, importante destacar que os vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade aqui alegados referem-se a elementos do ato administrativo sempre vinculados, daí porque sobre eles não incide (e não cabe alegar) o juízo de discricionariedade, mesmo quando se trata de ato de desapropriação como o ora impugnado, como bem revelam precedentes do Poder Judiciário, com destaque ao REsp 97.748.³

7. Por isso, embora discricionário, o Decreto Estadual 57.843/12 é ato **sempre** vinculado em relação à sua finalidade, a qual tem que ser conforme com a ordem jurídica. Por isso, a definição da finalidade deve ser feita de acordo: **(a)** com a Constituição Federal, e, no caso, de forma especial, não pode contrariar ou bater de frente com princípios fundamentais

³ “DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. Cuida-se de mandado de segurança no qual o impetrante pretende invalidar ato de autoridade judicial que imitiu o Estado do Rio de Janeiro na posse de imóvel objeto de processo expropriatório. Visa, ainda, à anulação do Dec. Expropriatório n. 9.742/1987. A segurança foi concedida pelo TJ-RJ ao entendimento de que haveria ocorrido manifesto desvio de finalidade no ato expropriatório, pois, além de o Decreto omitir qual a utilidade pública na forma do DL n. 3.365/1941, os imóveis desapropriados destinavam-se a repasse e cessão a terceiros, entre eles, os inquilinos. O Min. Relator entendeu que se submete ao conhecimento do Poder Judiciário a verificação da validade da utilidade pública, da desapropriação e seu enquadramento nas hipóteses previstas no citado DL. A vedação que encontra está no juízo valorativo da utilidade pública, e a mera verificação de legalidade é atinente ao controle jurisdicional dos atos administrativos, cuja discricionariedade, nos casos de desapropriação, não ultrapassa as hipóteses legais regulamentadoras do ato. Com esse entendimento, a Turma não conheceu do recurso. [REsp 97.748-RJ](#), Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5/4/2005.” No mesmo sentido, RSTJ 13/272, STJ-RDA 179/181 e RTJ 72/479

esculpidos no artigo 1º da Carta, especialmente em face do atinente à dignidade da pessoa humana, previsto no seu inciso III; e **(b)** à tutela dessa dignidade prevista no Código Penal.

Por isso, aqui, relevante considerar precedentes do STF.

Assim, no julgamento do Inquérito 3.412/AL (STF, Pleno – Doc. 7), sua relatora Min. Rosa Weber fez colocação perfeitamente aplicável no exame da legitimidade do Decreto no ponto ora atacado, uma vez que a concretização da implantação do VLT⁴ na área da agravante e objeto da desapropriação privará pessoas, ou seja, um indivíduo ou *“alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos”*. Destaque-se que como delegatária dos serviços públicos, é dever da ora agravante garantir aos usuários atuais e futuros de seus serviços o respeito a essa dignidade.

Nesse v. julgado, o Min. Ayres Britto destacou que no exame da dignidade da pessoa humana o que se **protege** *“é o indivíduo gente, é o indivíduo ser humano. Por isso que o Ministro Luiz Fux falou em dignidade da pessoa humana, sim. É um indivíduo de carne e osso, vísceras, sangue, cartilagem, alma. É o indivíduo, sim, como pessoa humana que está sendo protegido pelo artigo 149 do Código Penal. Ou seja, o objetivo do tipo penal (ali examinado) foi o de transbordar o campo propriamente trabalhista para alcançar o indivíduo enquanto gente, ser humano”*. Aqui, note-se, esse *“protege”* foi totalmente ignorado pelo Decreto no ponto impugnado na ação.

8.2 Na ADI 2.649/DF, sua Relatora, Min. Carmen Lúcia alerta que *“devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção”* a esses valores dos atos discricionários (aqui o Decreto 57.843), e, por isso, *“o Estado tem o dever constitucional incontornável de modelar as estruturas política e administrativa por ele criadas e desenvolvidas para o atingimento”* desses valores, com destaque para o da dignidade da pessoa humana.

Isso tudo levou o Min. Ayres Britto a advertir em seu voto nessa ADI 2.649 que: *“O caso não é de propriedade privada. Não se trata disso, mas de prestação de serviço*

⁴ Veículo Leve sobre Trilhos

público”. Sem dúvida, essa advertência é aplicável aqui no exame da ilegalidade do Decreto deduzida na ação anulatória.

9. O quadro jurídico acima exposto sobre a relevância, a correta e a devida observância do princípio fundamental da **dignidade da pessoa humana** na modulação política e administração para a construção do VLT aplica-se no exame do presente agravo, pois, o serviço público prestado pela agravante compreende o atendimento e o zelo da dignidade da pessoa humana como um **todo**, representado pelos seus milhares de usuários (indivíduos), como titulares de concessões de jazigos.

10. De tudo resulta que o Decreto 57.843 desconsiderou e afrontou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana uma vez que (é intuitivo) as obras de implantação do viário sobre a área do Cemitério do Morumbi, e, posteriormente, as contínuas e reiteradas passagens de VLT sobre tal área caracterizam fato que por si só **causa** – em relação aos usuários dos serviços funerários – uma “*perturbação*”⁵ ou uma “*violação intensa e persistente de seus direitos básicos*” de terem. “*enquanto gente, ser humano*”, paz, sossego ou concentração no sepultamento de seus parentes e amigos, nas suas orações e recordações quando visitam o jazigo de ente querido e saudoso, sabidamente carregadas de emoções, lembranças e saudades.

11. Em síntese, o **Decreto** na parte impugnada na ação de anulação e relativa à área do Cemitério do Morumbi é **inconstitucional e ilegal** porque ignorou: **(i)** que as obras e, após, as contínuas passagens de VLTs vão perturbar e/ou quebrar a regularidade de enterro ou de cerimônia funerária ou de culto religioso a pessoa falecida; **(ii)** que essa perturbação atenta contra a acepção constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana do art. 1º, III da CF; e **(iii)** afronta o serviço público prestado pelo Cemitério por delegação, no qual se insere o dever de assegurar a cada usuário o respeito à sua dignidade humana.

12. Registre-se que esses valores e a dignidade da pessoa humana caracterizam a finalidade do artigo 21 do **Decreto Municipal** nº 2.415 de 25 de fevereiro de 1954, que regulamenta o funcionamento de cemitérios particulares de associações religiosas, quando, na sua alínea “F”, veda a promoção de assuada (vozeria, balbúrdia, desordem) nas dependências das necrópoles.

⁵ Vide item 12.

13. Não bastassem esses vícios e desvios de finalidade, o exame da legalidade do juízo discricionário que culminou na edição do Decreto 57.843, na parte destinada a desapropriar áreas do Cemitério Morumbi para construção do modal viário suspenso (monotrilho), revela que ele bate de frente com o **Código Penal**.

De fato, no Título V – Capítulo II “Dos Crimes contra o Respeito aos Mortos”, o Código Penal tutela a dignidade humana acima apontada, mais especificamente em seu **artigo 209**, cujo tipo penal é “*Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia religiosa*”.

Por isso, aqui, de forma análoga, é de se aplicar ensino do Min. Ayres Britto quando no referido Inq. 3.412, ao examinar a dignidade humana do trabalhador em face do artigo 149 do Código Penal, disse que aí (como aqui) “*o caso é de respeito à dignidade da pessoa humana pela sua vertente penal, da proteção penal*”, pois, “*o Código Penal concretiza a Constituição; mantém com a Constituição um elo causal mesmo, ou um vínculo de funcionalidade para tirar a Constituição do papel e fazer com que ela se incorpore ao cotidiano, tanto dos indivíduos quanto dos trabalhadores (aqui são os titulares das concessões de jazigo) na sua malha protetiva*”.

Portanto, o Código Penal, ao proteger nesse art. 209 a **dignidade humana** no concernente ao *respeito aos mortos e aos seus parentes* também concretiza a vontade da Constituição e, assim, busca “*tirar a Constituição do papel e fazer com que ela se incorpore ao cotidiano*” do respeito à dignidade humana dos familiares e dos amigos, e até dos admiradores do morto “*na sua malha protetiva*”.

14. Por outro ângulo, esse artigo 209 torna incontroverso que a não perturbação de enterro ou cerimônia funerária integra a malha protetiva da dignidade da pessoa humana contida no art. 1º, III, da Constituição. E isso, diga-se desde logo, foi desprezado, ignorado e afrontado pelo ato ora impugnado, daí a sua ilegitimidade frente à Carta Magna e também ao Código Penal.

Reitere-se que a observância da dignidade da pessoa humana compreende tem como pressuposto o **respeito aos mortos**. Portanto, é intuitivo, esse respeito não será observado já com as obras do monotrilho caso não sejam desde já obstadas; e, depois, com as contínuas e permanentes passagens do VLT sobre o Cemitério do Morumbi, como acima exposto.

15. O exame da doutrina revela essa desconformidade do ato discricionário, ora impugnado, com a Constituição e com o Código Penal. Vejamos.

15.1. Com propriedade, Nelson Hungria demonstra que segundo “*a Exposição de Motivos, os crimes contra o respeito aos mortos têm parentesco próximo com os crimes contra o sentimento religioso. O respeito aos mortos reveste-se de um cunho religioso. Costuma-se mesmo falar em ‘religião dos túmulos’.* Explica-se, portanto a reunião das duas classes de crimes num mesmo título da Parte Especial do Código, a exemplo, aliás, de quase todos os Códigos estrangeiros.”⁶

No mesmo sentido, a obra “*Código Penal e sua Interpretação – Doutrina e Jurisprudência — Ed. Revista dos tribunais – 8ª Edição*”, de Alberto Silva Franco e Rui Stoco, na parte do “*Capítulo II – Dos crimes contra o respeito aos mortos*” revela a importância de se proteger a dignidade da pessoa humana, mesmo falecida, *in verbis*:

“**O sentimento de respeito aos mortos** é, sem dúvida, um destes valores, amoldados na comunidade brasileira – e nas demais de seu entorno cultural -, de maneira arraigada e profunda. Não obstante o respeito devido ao pluralismo existente em nosso meio social – e que consiste princípio enformador do Estado brasileiro -, pode-se assegurar que entre nós se espraia um sentido valorativo que reverencia a “dignidade da pessoa morta”, na dicção da Primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, de 1994 (Ministério da Justiça, Relatório da Primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Brasília: Ministério da Justiça, 1994, p. 29).

Com efeito, a cultura brasileira, desde que se tem conhecimento de manifestações desta índole entre nós, sempre referenciou a pessoa morta: os indígenas: os indígenas que habitavam as terras onde seria posteriormente instalado o Estado nacional realizavam ritos funerários para seus mortos, davam-lhes sepultamento condigno, os quais variavam de acordo com a região e culturas a que pertenciam, como demonstram achados arqueológicos que correspondem ao ‘fim do período terciário para o quaternário’, quando o homem surgiu no Brasil (Justino Adriano Farias da Silva..Tratado de Direito Funerário. São Paulo: Método, 2000, tI, p.379 e s.). A cultura pré-histórica brasileira foi, posteriormente, incorporada à percepção cultural dos colonizadores, e, posteriormente, da dos imigrantes, e configura hodiernamente um mosaico múltiplo e interracial, que tem como ponto de convergência o **valor da dignidade da pessoa morta.**

A dignidade da pessoa morta, enquanto valor cultural é amparada constitucionalmente, considerada como um dos ‘valores que não possuem uma existência material ou tangível, mas que necessitam das coisas ou das pessoas para poderem ser percebidos’ (Francisco Javier Díaz Revorio. Valores superiores e interpretación constitucional. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.31). Bem por isto é que se

⁶ Comentários ao Código Penal, Vol. VIII – Ed. Revista Forense, 2ª edição, págs. 71/72.

poderia apontar como sendo o bem jurídico tutelado como a dignidade da pessoa morta, ao se considerar que 'sendo o cadáver a projeção ultra-existencial da pessoa humana, o bem personalista da dignidade da pessoa morta constitui o objeto primário e constante da tutela contra os atos de desrespeito aos despojos humanos e aos sepulcros' (Reforma do Código Penal Italiano. Esquema para delegação legislativa para a publicação de um novo Código Penal. Documenti Giustizia, p. 366).

(...) De fato, a dignidade da pessoa morta, embora diga respeito diretamente aos familiares e pessoas próximas do falecido, alcança igualmente outros indivíduos, tanto assim que Claus Roxin divisa a tutela dos delitos correlacionados com cadáveres e sepulturas, incidir sobre 'a comunidade', visto que 'perturba a paz pública, sem a qual tampouco pode existir um sistema social liberal' (Derecho Penal, Parte General, 2. Ed. Madri. Civitas, 2006, p. 59)". (Pág. 999).

(...)

A dor decorrente da morte de alguém recai diretamente sobre seus familiares e pessoas próximas, as quais possuem direitos subjetivos de ver realizadas as exéquias do ente falecido e promover seu sepultamento de maneira harmônica; após a inumação, ostentam os direitos de desejar que a sepultura e os restos mortais daquele que deixou de existir não sejam objetos de atos que possam ser contrários à dignidade de pessoa morta. O direito penal abrigará, primeiramente este bem jurídico derivado destes direitos subjetivos dos familiares e pessoas próximas do ser que faleceu, como um bem jurídico individualizado, fundado, em última análise, na dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), e, de modo específico, a liberdade negativa de cada ser humano, que pode ser materializada no seu direito à intimidade e privacidade (CF, art. 5º, X), para, de outro lado, resguardar-se o funeral de interferências e agravos, preservando-o contra a prática de injúria constitucional, diversamente a simples lesão de sentimentos." (Pág. 1000).

Tratando especificamente do "art. 209. Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária", sobre o seu "Bem Jurídico", os mesmos autores demonstram que:

"A doutrina majoritariamente compreende como bem jurídico protegido no crime de impedimento ou perturbação de enterro ou cerimônia funerária como 'o sentimento de respeito aos mortos' (Damásio E. de Jesus. Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva 2007, v. 3, p. 73).

A partir da noção de bem jurídico exposta acima, vislumbra-se neste crime a intervenção punitiva ocorrendo para tutelar, primacialmente, os direitos subjetivos de familiares e amigos próximos da pessoa falecida de poder realizar seu sepultamento ou cerimônia de funerária sem interferências que as perturbe ou impeça sua efetivação. De forma secundária, é abrigado na proteção penal, o devido respeito à memória dos mortos e sua possibilidade de expressão, como um bem jurídico de caráter supra-individual." (págs. 1001 e 1002).

15.2. Sobre o "Tipo Objetivo" desse art. 209, Alberto Silva Franco e Rui Stoco asseveram:

“A ação incriminada consiste em impedir (...) ou perturbar, com o significado de atrapalhar, embaraçar, dificultar, estorvar, tumultuar. Por ser um crime de forma livre, qualquer meio de execução pode ser empregado(...)” (pág. 1002).

E, ainda, segundo Nelson Hungria, na obra citada:

“(...) O que a lei penal protege (e neste particular tem ela caráter constitutivo, e não meramente sancionatório) não é a paz dos mortos (como se tem pretendido, com abstração do axioma de que os mortos não têm direitos), mas o sentimento de reverência dos vivos para com os mortos. É em obséquio aos vivos, e não aos mortos (tal como no caso da “calúnia contra os mortos”, prevista no art. 138, § 2º), que surge a incriminação. O respeito aos mortos (do mesmo modo que o sentimento religioso) é um relevante valor ético-social, e, como tal, um interesse jurídico digno, por si mesmo, da tutela penal. Cuida esta de resguardar a incolumidade dos atos fúnebres, do cadáver em si mesmo e da sepultura. Em tal sentido, o Código contempla várias modalidades delituosas que, a seguir, passamos a analisar: ‘impedimento’ ou ‘perturbação de cerimônia funerária’, ‘violação de sepultura’ (...)” (pág. 72).

Em ponto mais específico ao presente caso relativo ao Cemitério, Nelson Hungria ainda destaca:

“25. Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária. Com esta rubrica, o art. 209 incrimina o fato de ‘impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária’. Sobre o sentido dos verbos “impedir” e “perturbar”, veja-se nº 20. **Por enterro entende-se a transladação do cadáver, com ou sem acompanhamento, para o lugar onde deve ser inumado. Cerimônia funerária é todo ato de assistência ou homenagem que se presta a um defunto. Trata-se de cerimônia secular ou civil, pois que, se tem caráter religioso (ex. encomendação, missa de corpo presente, etc.), o crime enquadra-se no art. 208.** São cerimônias funerárias, por exemplo, o amortalhamento, o embalsamamento, a câmara ardente, o velório, as honras fúnebres junto à sepultura, etc.” (págs. 72/73 – g.n.).

Nesse “nº 20”, diz que: “A ação pode consistir em impedir ou em perturbar o ato de culto religioso. (...); **perturbar** é **desnormalizá-lo, tumultuá-lo, quebrar-lhe a regularidade.** Não basta, neste último caso, um simples desvio da atenção ou recolhimento dos fiéis: **é necessária uma alteração material, sensível, do curso regular do ato do culto.** O meio executivo, em qualquer caso, é onímodo (...)”. (pág.64 - g.n.).

Esse E. Tribunal de Justiça de São Paulo, após tecer considerações a respeito do tema, também decidiu no mesmo sentido: “*Diante disso, deve-se entender pela existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade, pela qual deve haver tanto a prevenção quanto a reparação de qualquer lesão à pessoa e à sua dignidade. E o morto também possui este direito.*”

(Apelação Cível 0307128-28.2005.8.26.0000 – Des. Lineu Peinado (presidente com voto), Des. José Luiz Germano e Des. Samuel Junior – relator).

15.3. Em conclusão, o juízo discricionário que norteou a escolha do trajeto no ponto em que ele passa sobre o Cemitério do Morumbi e a aceitação dessa escolha pelo Decreto **desrespeita** a Carta Magna e o Código Penal, e ainda contraria os entendimentos do Colendo STF no sentido de que o Estado, ao formular suas políticas públicas, deve respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e, como é natural, o Código Penal, daí a nulidade pedida na ação em que r. decisão agravada foi proferida.

16. Registre-se que não cabe, aqui, cogitar se a obra e a passagem sobre o Cemitério são relevantes para os futuros usuários do VLT ou para o Administrador Público, ou ainda, que o ato de escolha esteja inserido no juízo formulador da política pública do Estado, como tentativa de construir uma justificativa conforme com a Carta para esse ato de escolha ou conforme com a razoabilidade.

17.1. Isso porque, mesmo na formulação das políticas públicas, o Estado, por óbvio, não pode contrariar **(i)** a Constituição e os seus princípios, com destaque para os fundamentais para nosso Estado de Direito, e **(ii)** o Código Penal.

17.2. Nesse sentido, na referida ADI 2.649, o Colendo Pleno do STF proclamou pela voz da Ministra Carmen Lúcia que:

“O Estado (...) tem o dever constitucional incontornável de modelar as estrutura políticas e administrativas por ele criadas e desenvolvidas para o atingimento dos fins estabelecidos e das ordens que nele atuam. No caso brasileiro, aqueles como estes têm o seu fundamento na busca incessante da dignificação do ser humano (...).”

18. No caso, também descabe cogitar da chamada “*cláusula da reserva do possível*”, pois, o mesmo Colendo STF, Pleno, justamente com base no art. 1º, III, da CF, assentou que:

“A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, **com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas** definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do **mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.** (...)”

A noção de ‘**mínimo existencial**’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna (...). Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.).

Vale dizer, no caso em exame, a **não perturbação** de “*enterro ou cerimônia funerária*” insere-se nessa noção de “*mínimo existencial*”, como emanção direta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1ª, III, da CF), sendo inescusável que o Estado e o Poder Público que o representa, não o atendam na medida em que é possível eleger ou escolher **outro trecho em substituição** ao atual que, na forma acima, afronta e causa lesão à dignidade da pessoa humana e ao Código Penal.

Note-se que, mesmo na hipótese desse **outro trecho exigir um dispêndio maior de numerário**, quer nas obras do VLT quer na desapropriação, esse quadro **não** permite uma afronta à Constituição e ao seu princípio fundamental do inciso III do art. 1º e ao próprio Código Penal.

19. Aliás, também em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, assim, ao devido processo legal **material ou substancial**, o Poder Público tem o dever legal e constitucional de **ordenar a substituição do trajeto na parte que passa na área do cemitério**, acima referida, amoldando-o ao respeito da dignidade da pessoa humana.⁷

⁷ “Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, **com lesão aos direitos fundamentais**. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque “cada norma tem uma razão de ser”.

De fácil intuição, a definição da razoabilidade revela-se quase sempre incompleta ante a rotineira ligação que dela se faz com a discricionariedade. Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, **servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário** ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no **exame de validade** de qualquer atividade administrativa.

No aspecto da atuação discricionária convém ter presente ensino de Diogo de Figueiredo Moreira Neto demonstrando que a razoabilidade “atua como critério, finalisticamente **vinculado**, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto” para a prática do ato discricionário. Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência.” (MEIRELLES, Hely Lopes; Direito Administrativo Brasileiro, atualização: Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, 40ª edição 2014, págs. 96/97.)

Ora, é incontornável que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado no elemento ou requisito *finalidade* de qualquer decisão ou ato administrativo. Logo, se a finalidade determinante da escolha do “*traçado para a Linha 17 – Ouro no Trecho 2*” nos trechos em que tal traçado passa sobre área do Cemitério do Morumbi não tem relação “*de pertinência*” com “*os padrões de oportunidade e de conveniência*” fixados e decorrentes do respeito à dignidade da pessoa humana exigidos pela CF e pelo Código Penal, tem-se quadro jurídico de afronta à razoabilidade.

Aqui, importa destacar uma vez mais: mesmo acarretando maior dispêndio para o Estado, a escolha de **outro traçado em substituição ao atual** – de modo a excluir a passagem sobre área do cemitério – deve ser feita, pois, só assim, o atual traçado deixará de conter ofensa à dignidade da pessoa humana.

Por outras palavras, o atual traçado deve ser adequado à observância da dignidade da pessoa humana porque se for concretizado e executado causará “*restrições (...) abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais*” e desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

20. Então, o ato discricionário de escolha do “*traçado para a Linha 17 – Ouro no Trecho 2*” no trecho em que passa sobre área do Cemitério do Morumbi, em verdade está eivado de **inconstitucionalidade porque tal ato não se revela condizente com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, sendo, assim, lesivo até mesmo ao devido processo legal no sentido material.

Nesse sentido, vale ter presente excelente julgado do STF, Pleno, relatado pelo Ministro Celso de Mello:

“Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do poder público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.” (RTJ 160/143 – STF – Pleno).

Por isso, a manutenção do atual traçado e de seu respectivo ato discricionário de escolha **não é condizente com os princípios da legalidade e da razoabilidade**, este, hoje, no direito público, verdadeiro norte para o exame de qualquer questão como esta e para a interpretação de lei, decreto ou ato administrativo, de modo a assegurar sua conformação com a Carta, máxime no sentido de garantir e/ou de restaurar o respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e ao Código Penal.

21. Por tudo isso e como exposto na inicial da ação anulatória o Decreto de Utilidade Pública nº 57.843/12, na **parte relativa** às áreas da agravante, é ilegítimo e nulo.

CONCLUSÃO

O quadro jurídico acima indica, com todo respeito, que a r. decisão agravada não examinou com exatidão a aplicação da Carta Magna e do Código Penal, pois, bem ao reverso, o “Decreto Estadual nº 57.843/12, que fundamenta a ação expropriatória”, na parte relativa às áreas da agravante, é, sim, não só ilegal, mas, também, inconstitucional.

III. Da Liminar

22. No caso, a coexistência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* está demonstrada.

O *fumus boni iuris* em razão da inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto 57.843/12, na parte das áreas da agravante, que, respeitosamente, ficaram devidamente demonstradas acima, traduzindo a verossimilhança das alegações.

Já o *periculum in mora* é ate ínsito no caso, pois reside no fato de que já houve, na ação de desapropriação nº 1048635-35.2014.8.26.0053, a determinação judicial para imissão prévia na posse da área do Cemitério Morumby, após a avaliação prévia. Assim, a agravante está na iminência de perder sua propriedade, e, com a pronta realização das obras da implantação do VLT, cujo desfazimento será irreversível, haverá também lesão irreversível à dignidade da pessoa humana na forma acima exposta. Basta cada um pensar ou assumir a posição de quem está enterrando seu parente ou velando-o em uma visita e imaginar um VLT passando

nesse momento próximo ao túmulo e, assim, quebrando a concentra o e violando a sua dignidade humana.

Tem-se, assim, quadro de inequívoca a verossimilhança das causas de pedir e de que a demora na presta o jurisdicional acarretará graves e irreparáveis danos   agravante. Por tudo,   imperiosa a concessão da antecipa o dos efeitos da tutela, *inaudita altera parte*, para suspender o Decreto 57.843/12 na parte em que declarou de utilidade pública para fins de desapropria o as áreas do Cemitério

23. Por tudo, a agravante requer a concessão de antecipa o de tutela *inaudita altera parte* ordenando a imediata suspensão do referido Decreto na parte atinente às áreas do Cemitério, na forma acima exposta.

REQUERIMENTO FINAL

6. Ante todo o exposto, a agravante, respeitosamente, **requer** a Vossa Excelência, DD. Desembargador-relator, **a concessão liminar de antecipa o de tutela** para que o Decreto Estadual 57.843/12 seja suspenso na parte relativa às áreas da agravante até o julgamento do presente agravo, e   Douta Câmara o **provimento deste recurso** de agravo de instrumento, com a reforma da r. decisão agravada, para suspender o Decreto Estadual até o julgamento final da a o anulatória, confirmando os efeitos da liminar concedida.

Termos em que, apresentados em anexo os documentos obrigatórios e os que são úteis para o exame do presente recurso, reiteram pedido de liminar e de provimento do recurso, como medida de DIREITO.

P. Deferimento.

São Paulo, 23 de janeiro de 2015



Rui Celso Reali Fragoso
OAB/SP n  60.332



José Emmanuel Burle Filho
OAB/SP n  26.661