

em terreno que não era de sua propriedade e que fazia parte da concessão. É manifesto o desejo de desvincular o imóvel da concessão, impondo, ao poder concedente, o fato consumado.

Como se viu, a licença da construção do prédio teve como pressuposto a sua destinação para os serviços da concessionária: nesse sentido, foi o parecer do ilustre advogado da antiga Prefeitura do Distrito Federal, MACHADO GUIMARÃES. Se assim não tivesse sido entendido — e a Société concordou, implicitamente, com as considerações do advogado — também não teria havido o acôrdo e a concessionária não teria tido condições de construir o edifício. O problema da desapropriação era conexo ao da construção e ambos foram decididos através do mesmo acôrdo, já que este facilitou a licença *aedificandi* e o edifício inclui-se, portanto, entre os bens que deveriam reverter.

O problema, se fôr encarado pelo prisma do direito civil — tão do agrado da concessionária na hipótese *sub specie* — também não a favorece, em face do que prescreve a segunda parte do artigo 547 do Código Civil. Não pode a Société reclamar indenização e a retenção, e nem a A B E S P apresentar-se como terceiro, alheio ao que ocorre.

A orientação jurisprudencial e da doutrina, neste caso, é a da obediência aos princípios da acessão, porque, como salienta CLÓVIS:

“conceder a indenização ao que procedeu de má-fé seria fomentar a falta de escrúpulo e constranger o proprietário a despesas, que não desejaria fazer. Não é do lado do que anda de má-fé que se deve colocar o direito; sua função é proteger a atividade humana orientada pela moral ou, pelo menos, a ela não oposta” (CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, vol. III, pág. 87, 5.<sup>a</sup> edição — Livraria Francisco Alves).

A Société, na qualidade de concessionária, conhecia os termos do contrato e as suas obrigações e a A B E S P é uma sociedade civil, criada pela primeira ré e outras entidades que se incluem no grupo que tem em mãos a concessão da iluminação. Nem comprador e nem vendedor podem alegar boa-fé e desconhecimento da situação jurídica do imóvel.

#### XII) Conclusão.

Ante o exposto, julgo a ação procedente, declarando nula a transação celebrada pela escritura de fôlhas 24/32, cancelando-se a transcrição feita no Registro Geral de Imóveis e decretada a reversão do imóvel ao patrimônio estadual e perdas e danos que se apurarem em execução.

Condeno, ainda, as rés, a pagarem, solidariamente, as custas do processo e honorários advocatícios que fixo em NCr:\$ 1.000,00 (hum mil cruzeiros novos).

P. R. I.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 1968.

JOSÉ JOAQUIM DA FONSECA PASSOS  
Juiz de Direito

## PARECERES

### CEMITÉRIO. INSTALAÇÃO E EXPLORAÇÃO POR EMPRESA PRIVADA: ILEGALIDADE

Urbanizadora de Parques e Jardins S. A., Companhia fundada em 26 de setembro de 1967, com o capital de cinquenta mil cruzeiros novos, sediada nesta Cidade, solicita ao Estado autorização para construir e instalar um cemitério, em área situada no loteamento SULACAP, na Estrada Intendente Magalhães. Informa que o projeto assenta sobre gleba de 200.000 m<sup>2</sup>, “sendo em sua maior parte ajardinada, com um grande parque central”, prevista a capacidade de 12.000 a 16.000 jazigos, cuja aquisição se faria mediante “concessão perpétua”.

O pedido, depois de ingressar na Secretaria de Obras Públicas no dia 25-1-1968, foi examinado, sob o ponto de vista urbanístico, pelo Senhor Diretor do DEU. O Exmo. Sr. Secretário proferiu, a seguir, o seguinte despacho: “Deferido, em face dos precisos esclarecimentos prestados, em 7-2-1968, pelo Sr. Diretor do DEU”. Remetido o processo ao Departamento de Edificações, ficou aguardando, até 23 de julho do ano corrente, a prova do registro imobiliário do terreno no qual se assentaria o cemitério. Ocorreu, todavia, que o Exmo. Sr. Secretário de Serviços Públicos, em agosto de 1968, ao tomar conhecimento do assunto por meio de fotocópias, solicitou a audiência da Procuradoria-Geral, para o “fim de que sejam fixadas normas, dentro dos dispositivos legais vigentes, que possibilitem atuação da Secretaria de Serviços Públicos, em relação a pedidos idênticos”.

Para melhor apreciar o pedido, a Procuradoria solicitou fôsse apensado a este processo o de n.º 07/000.049/68, em cujo corpo se encontram os despachos supra aludidos. Desde logo, verificou-se que a Requerente, fundada provavelmente no despacho do Exmo. Sr. Secretário de Obras Públicas, realizou ampla publicidade do empreendimento, batizando-o de Cemitério Parque Jardim da Saudade, em jornais (*Última Hora*, de 20-6-1968 e 26-8-1968; *O Globo*, de 15-6-1968 e 4-9-1968, entre outros) e prospectos avulsos (em anexo). Ao que se informa, sem confirmação entretanto, já teria havido alienação de jazigos, conseqüente provável da publicidade. Diante de tais informações, o Exm.º Sr. Procurador-Geral solicitou ao Exmo. Sr. Secretário de Obras Públicas esclarecimentos acerca de seu despacho, exarado no Proc. n.º 07/000.049/68, que parecia aludir exclusivamente ao projeto urbanístico. S. Exa., o Secretário de Obras Públicas, em resposta, consignou que sua decisão versara “tão somente à construção

do conjunto urbanístico". "Em face do que" — prosseguiu — "entendo que, sem as demais formalidades, não há como se expedir o alvará de construção e muito menos se permitir vendas" (D.O. de 12-9-1968, fls. 14.052). O Estado, mercê da instrução do processo, tornou explícito que não deferira o pedido da Urbanizadora de Parques e Jardins S. A., ficando ao risco desta as medidas que vier a tomar, contra a lei.

Recentemente, a Urbanizadora de Parques e Jardins S. A. prestou ao Sr. Procurador-Geral novos esclarecimentos acêrca da empresa proposta (expedientes de 12, 18 e 19 do corrente mês, com anexos). A interessada informa que reputou suficiente, para o início de suas atividades, o despacho deferitório do Exmo. Sr. Secretário de Obras Públicas, de 21-2-1968 (no qual não percebeu apenas o caráter de aprovação urbanística). Depois de adquirir o terreno (15-3-1968), passou ela a vender os jazigos, sob a forma de *concessão perpétua*, colocando-os junto ao público (já vendidos 300 jazigos). A interessada demonstra não ter logrado distinguir, pelos elementos fornecidos, a diferença existente entre cemitério de exploração individual e os cemitérios públicos e de associações religiosas — daí a duvidosa valia de seus esclarecimentos.

2. A pretensão da Urbanizadora de Parques e Jardins S. A. afronta, desde logo, o disposto no art. 3.º do Decreto Federal n.º 789, de 27-9-1890, que, ao secularizar os cemitérios, proibiu o estabelecimento de cemitérios particulares. O preceito legal está, ainda, em pleno vigor (cfr. ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, Rio, 1952, 2.º vol., pág. 107; HELI LOPES MEIRELES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1964, pág. 132). A Constituição de 1891 (art. 72, § 5.º) manteve o mesmo princípio, reconhecendo a Carta de 1934 (art. 113, 7) o direito de as associações religiosas instituírem cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. As Constituições de 1937 (art. 122, 5.º) e de 1946 (art. 141, § 10) continuaram a tratar do assunto, voltando a última a autorizar as associações religiosas a manter cemitérios particulares. A vigente Carta é omissa. O confronto entre o Decreto Federal n.º 789, de 1890, e as Constituições posteriores mostra que estas, ao admitirem cemitérios particulares de *associações religiosas*, não revogaram a proibição naquele contida. À margem da lei, criaram, apenas, uma exceção específica, particularizada. O silêncio da Constituição de 1967 não tem qualquer efeito ab-rogatório, visto que a lei continua a ter vigência, como a teve no curso das Cartas anteriores. Da atual realidade constitucional decorre, todavia, a consequência de que os municípios podem legislar amplamente sobre a matéria, sem peias constitucionais, estabelecendo normas que revoguem o Decreto Federal n.º 789, de 1890 (que continua a reger a espécie, em virtude de se haver deslocado a competência legislativamente equiparada). Em termos de poder, portanto, os municípios podem prover de modo diferente acêrca de cemitérios, alterando a legislação federal e sem respeito às normas constitucionais peremptas. No Estado de São Paulo, a recente lei de organização dos municípios (Lei n.º 9.842, de 19-9-1967), já adequada à Carta de 1967, entregou às comunas a competência de prover

sobre os cemitérios, embora, timidamente, aludisse apenas aos públicos e, na categoria dos particulares, só mencionasse os pertencentes a associações religiosas. O legislador paulista excluiu, sem aparente justificativa, a previsão acêrca de cemitérios particulares de exploração por pessoas não caracterizadas como associações religiosas.

3. O projeto da Urbanizadora de Parques e Jardins S. A. cogita da construção de um cemitério para o fim de exploração comercial. Trata-se de empreendimento inédito, expressamente vedado pelas disposições constitucionais vigentes até 15-3-1967 e pela legislação ainda não revogada. Duas preliminares merecem ponderadas: a) poderá a lei futura autorizar cemitérios como atividade comercial?; b) será lícita a alienação de jazigos sob a forma de *concessão perpétua*, tal como pretende a interessada?

4. O Direito Romano situava os terrenos e os monumentos destinados a sepulturas na categoria das *res religiosas*, que se integravam na classe dos bens *extra commercium* (cfr. VAN WETTER, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1875, t. 1.º, pág. 113; E. PETIT, *Tratado Elementar de Derecho Romano*, Buenos Aires, pág. 165). O Código Civil, na fórmula estrita do art. 69, consagrou, entre as coisas fora do comércio, apenas "as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis", nas quais caberiam, sem maior dúvida, os terrenos em cemitérios públicos (in WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, São Paulo, 1962 — Parte Geral, pág. 163). A tradição romanística e a densidade do sentimento religioso que prende a sepultura ao culto não permitem, todavia, descartar o problema sem maior exame. RUI BARBOSA, na vigorosa campanha que dedicou à secularização dos cemitérios, afirmava, em 1880, na Câmara dos Deputados:

"O cemitério, como cemitério, não pode constituir propriedade individual. Esta, na plenitude de sua existência, supõe duas condições essenciais: o direito de transformação e o direito de exploração, exercidos pelo dono, ou seus representantes, sobre o objeto apropriado... Pois bem: reconheceis aos indivíduos ou às associações, o direito de transformar o cemitério particular, enquanto as cinzas humanas confiadas à sua guarda ocuparem-lhe os jazigos, enquanto o cemitério fôr o cemitério? Decididamente não: o primeiro corpo que ali se deu à sepultura, apagou daquele torrão o cunho da propriedade civil, que não se renovará antes de extraída a derradeira ossada e dispersas as últimas cinzas. Admitis, em relação ao cemitério, a faculdade livre, ampla, sem limites, de exploração, inerente sempre ao domínio completo, à verdadeira propriedade? Mas seria autorizar no enterramento dos mortos um comércio odioso, uma indústria repugnante ao sentimento de humanidade incompatível com a civilização, desconhecida até hoje. Ora, uma propriedade intransformável e inexplorável não é uma propriedade "como

qualquer outra”, não constitui propriedade no sentido exato das relações que essa palavra significa” (*Comentários à Constituição Federal*, São Paulo, 1934, vol. V, págs. 245, 246).

OTTO MAYER exclui igualmente os cemitérios da propriedade particular, mesmo se pertencentes aos cultos religiosos, tendo em vista a tradição jurídica que lhes caracteriza a qualidade de *res religiosae*, no Direito Romano, e *res benedictae*, segundo o direito canônico. “O exemplo dos cemitérios” — esclarece — “prova que para classificar uma coisa entre as coisas públicas não se têm somente em conta considerações abstratas, senão que resulta de um desenvolvimento histórico que reúne influências diversas para produzir o efeito final” (*Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, 1951, t. III, pág. 125, n.º 29). O serviço a que se destinam — o repouso dos mortos e a saudade dos vivos — infundem-lhes a qualidade de coisa pública, sobre a qual atua a polícia administrativa, de modo a confundir a fiscalização com a administração do bem. O Tribunal de Justiça de S. Paulo, fiel a essa orientação, reconheceu ao cemitério particular da Sociedade Israelita imunidade tributária, sob êste fundamento:

“... pertença embora o imóvel em causa a pessoa jurídica de direito privado, comprovada se acha a sua destinação a fim não econômico, de interesse geral, bastante a enquadrá-lo em condição mui próxima das coisas fora do comércio...” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 46, pág. 140).

Parece evidente, portanto, que o fim do cemitério, que não é mero depósito de cadáveres, mas objeto do culto dos mortos, no qual se envolvem considerações de salubridade e higiene, exige particular vigilância do Estado. Não pode confundir-se com mera empresa comercial, voltada apenas para o lucro de seus incorporadores. A Administração Pública deve traçar-lhe as condições de uso, quer para a proteção dos vivos, como também para assegurar o enterramento de pobres e ricos, interferindo nas condições e formas de vendas dos jazigos, como faz em seus próprios cemitérios, no exercício da polícia mortuária. Ao dispor sobre os cemitérios particulares, o Estado deve ponderar nas conseqüências que resultariam da entrega de tal atividade às empresas comerciais, que se desinteressariam, obviamente, do sepultamento dos indigentes. A regulamentação dos cemitérios — aberta à competência local — deve conjugar-se com os serviços mortuários e funerários, para o bem de todos.

5. A alienação de jazigos sob a forma de *concessão perpétua*, como propõe a Urbanizadora de Parques e Jardins S. A., assenta em manifesto equívoco. Somente os bens públicos são suscetíveis de concessão, na forma prevista pela minuta de contrato. A concessão de jazigos é, atualmente, o regime usual de utilização dos cemitérios públicos, regime que evoluiu da venda e do direito real para aquela figura de direito administrativo

(cfr. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Cíveis*, n.º 20 ao art. 52, § 2.º; STF: *Rev. Trim. de Jurispr.*, vols. 33, pág. 271; 34, pág. 481; RODRIGUES VALE, *Rev. de Dir. Adm.*, vol. V, pág. 327; TJSP, *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 27, pág. 249; TASP, *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 72, pág. 217; FERNANDO MENDES DE ALMEIDA, *Rev. do Arquivo*, vol. 120, e *Rev. dos Trib.*, vol. 119, pág. 493). Nas próprias informações da proponente (expediente de 12-9-1968), está expressa a matéria, sem que tenha ela se apercebido do caráter público dos cemitérios, de onde derivou tal regime jurídico.

Para o caso de cemitério *privado*, o jazigo se transferiria mediante venda, ou sob modalidade de uso (art. 742 do Código Civil) (CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, art. 742).

6. De todo o exposto, resulta que o pedido da Urbanizadora de Parques e Jardins S. A. é frontalmente contrário à lei. O início de suas atividades, sem deferimento do Estado, deferimento de mérito, caracteriza ato ilícito da empresa, como o seria o loteamento sem aprovação ou a incorporação ilegal.

7. A proponente juntou diversos subsídios para demonstrar a licitude do empreendimento, que teria similar em São Paulo. Não atentou ela, porém, que os cemitérios invocados como precedente, bem como a legislação que os autorizaria, alude a *cemiterios públicos municipais ou particulares de associações religiosas*, admissíveis sob o Decreto federal n.º 789, de 1890, e a Constituição de 1946 (art. 141, § 10), que continua a vigor como lei ordinária (ALCINO PINTO FALCÃO, *ob. cit.*, pág. 107). A recente Lei paulista n.º 9.842, de 19-9-1967 (Organização dos Municípios), não franqueou aos particulares (embora, no regime consitucional de 1967, pudesse fazê-lo) a exploração de cemitérios, salvo para as associações religiosas.

No Estado da Guanabara, as disposições que regem o assunto são as seguintes: Decreto federal n.º 789, de 27-9-1890; Constituição de 1946, art. 141, § 10; Lei n.º 716, de 5-8-1952; além de outros, de menor importância.

8. Em vista do advento da Constituição de 1967, que, por omissão, transfere plenamente ao município a competência para regular o sistema de cemitérios e dos serviços mortuários e funerários, será conveniente o preparo de regulamento do sistema integrado de tais atividades. Para isso, previamente, convém que os órgãos especializados das Secretarias de Saúde, Obras Públicas e Serviços Públicos forneçam à Procuradoria os elementos de fato que a habilitem a elaborar a minuta de decreto ou lei, a ser oferecida à apreciação do Exmo. Sr. Governador. A nova prescrição cuidará de estruturar a Comissão de exame e fiscalização, prevista no art. 72 da Carta Estadual, cujos estudos foram determinados no Decreto “E” n.º 482, de 10-7-1964, por sugestão do signatário, sem que conheçamos os resultados do trabalho.

Depois disso, a proponente poderá renovar seu pedido, amoldando-o

às normas a serem editadas, em igualdade de condições com todos os interessados.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1968.

RAYMUNDO FAORO  
Procurador do Estado

**CONCORRÊNCIA PÚBLICA. DOCUMENTAÇÃO INCOMPLETA.  
CONCESSÃO DE PRAZO PARA COMPLEMENTAÇÃO.  
ILEGALIDADE**

Cuida-se de uma concorrência pública ordinária para o fornecimento e colocação do grupo de elevadores do Edifício-sede da Secretaria do Governo, para a qual foi baixado o edital n.º 1-68, que fixou para a abertura das propostas o dia 6 do corrente (item 3).

Nos pontos que interessam ao caso em exame, há no edital as seguintes disposições, ambas do item n.º 10:

— a da alínea *b*, que obrigava o proponente a apresentar atestado de idoneidade financeira fornecido pelo menos por dois Bancos, nas condições que especifica;

— a da letra *c*, pela qual se exigia a comprovação satisfatória de fornecimento e instalação de natureza e meta semelhante à do serviço em concorrência.

Segundo consta da ata por cópia, a proposta da firma Elevadores Schindler do Brasil S. A. não foi aberta, "tendo em vista não ter comprovado o item 10, letra *c*, do Edital e a declaração de idoneidade moral atestada pelo Banco do Estado da Guanabara ser de 31 de janeiro de 1967", tendo sido abertas as dos demais concorrentes, sob protesto de um deles, que pedia o julgamento imediato das propostas dos concorrentes que haviam obedecido ao edital.

No dia seguinte ao da realização da concorrência, a firma Schindler juntou, com a carta de fls. 29, os documentos de fls. 30 e 31, *para suprir as duas falhas antes apontadas*, pelo que a Comissão houve por bem sugerir, tendo em vista o que tem ocorrido em outras concorrências do Estado, a abertura da proposta em data a ser designada, solução encampada na exposição de fls. 37/38.

Conforme ficou exposto, a proposta da Schindler não foi aberta porque ela:

— não comprovou o item 10, letra *c*, do edital;

— juntou atestado para comprovação do item 10, *b*, datado de 31 de janeiro de 1967.

Para sanar essas duas falhas, a Comissão consentiu que a firma oferecesse, *no dia seguinte*, os documentos de fls. 30 e 31. É, em última análise, sobre esse procedimento — se legal ou não — que se questiona.

Para cumprir o disposto no item 10, letra *b*, do edital, deveria o concorrente juntar

"atestado de idoneidade financeira fornecido pelo menos por 2 (dois) Bancos de capital realizado mínimo de ..... NCr\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros novos) cada um, no qual se declare que a firma tem idoneidade financeira para o fornecimento e instalação no valor da presente concorrência".

A Schindler juntou, para tal fim, os documentos de fls. 25 e 26, *cujos termos não me parecem consentâneos com o que se exige no dispositivo citado*. A dúvida, porém, não foi essa, mas sim o fato de um dos atestados ter sido firmado aos 31 de janeiro de 1967, isto é, *há quase dois anos*.

O edital, nesse ponto, não especificou a respeito das datas desses atestados, para o fim de se saber quais os que poderiam ser aceitos. Parece-me, contudo, que não precisava fazê-lo, por ser de gritante evidência que o que se queria conhecer era a idoneidade financeira do concorrente *à data da realização da concorrência*, e não *há dois anos atrás*, quando outra poderia ser sua situação.

Creio que, nesse particular, um critério razoável seria o de só se aceitar atestado *com data posterior à publicação do edital, no órgão oficial*, pois só a partir desse fato se pode admitir que ele houvesse sido obtido com vistas à concorrência de que se trata.

Quanto ao que dispôs o item 10, letra *c*, devia o concorrente oferecer "comprovação satisfatória de fornecimento e instalação de natureza e meta semelhante", afirmando-se na ata por cópia da fls. 32 que a Schindler *não fez tal comprovação*, apesar de haver junto inicialmente o documento de fls. 24, *por certo julgado insatisfatório pela Comissão*.

Como se vê, embora em relação a um item (o 10, *c*) se afirme *a ausência de comprovação*, e em relação ao outro (10, *b*) se pressuponha *tê-la considerado insatisfatória*, o certo é que a Comissão de Concorrência permitiu que o concorrente em causa *oferecesse nova documentação em prazo que a ata não menciona*, ficando sua proposta para ser "julgada em outra instância", como consta da mesma ata.

A mim me parece, pelas razões acima expostas, que em relação a ambos os dispositivos o que houve foi *a apresentação de documentação julgada insatisfatória pela Comissão*. Nesses casos, como se deve proceder?

Segundo disposições contidas no Caderno de Obrigações, aprovado pelo Decreto n.º 15.155, de 15-2-1960:

*a)* o edital deve mencionar "os documentos que deverão instruir as propostas, bem como as condições a que deve obedecer a sua apresentação" (art. 34, letra *h*);

*b)* no dia e hora marcados, remida a Comissão de Concorrência, serão os concorrentes convidados a exhibir "toda a documentação exigida no edital ou convite" (art. 40);