

PARECER Nº 10/78-HCG

Cemitério Religioso. Prorrogação da Concessão. Possibilidade.

proc. 06/400.177/78

Por força da Lei 716, de 5 de agosto de 1952, ficou o Prefeito do antigo Distrito Federal, hoje Município do Rio de Janeiro, nos termos e limites ali consignados, autorizado a "delegar à Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro a administração, guarda e manutenção dos cemitérios de São João Batista e São Francisco Xavier", ambos municipais, sendo-lhe, ademais, autorizado "permitir a entidades religiosas, de ritos não católicos, a construção e exploração de cemitérios particulares em terrenos da Prefeitura, ou em áreas desocupadas do Cemitério de São Francisco Xavier" (art. 9º). Esta provisão, ao que tudo indica, visou dar eficácia prática à ressalva inscrita no § 10, do artigo 141, da Constituição Federal de 1946, que, a par de proclamar a secularidade dos cemitérios e de estabelecer a competência municipal para administrá-los, reconheceu às associações religiosas o direito de manter cemitérios particulares.

Na conformidade da lei, aos 27 de julho de 1953, a Municipalidade e a Santa Casa da Misericórdia renovaram, pelo prazo de 26 anos, o contrato entre elas firmado em 21 de outubro de 1901, pelo qual foi reconhecido, àquela entidade, o privilégio, exclusivo, da guarda e conservação dos cemitérios públicos municipais, dentre eles, o de São Francisco Xavier (artigos 1º e 2º). Considerando que, em 6 de dezembro de 1952, a Prefeitura, nos termos do citado artigo 9º, da lei, havia dado às entidades religiosas israelitas, a concessão para, em algumas quadras do Cemitério de São Francisco Xavier, instalar a Necrópole Judaica, obrigou-se a Santa Casa a respeitá-la (cláusula 7ª), concessão a seguir renovada pelo contrato de 6 de outubro de 1953, cujo inteiro teor se encontra às fls. 5 a 9 verso, do expediente, a que ora, pela primeira vez, se alude.

Estando o prazo contratual prestes a expirar-se, o que se verificará no dia 11 de dezembro do ano em curso (fls. 12), o Conselho de Ad-

ministração do Cemitério Comunal Israelita do Rio de Janeiro, em nome das Sociedades Israelitas partícipes do contrato, pelos motivos relevantes que aduz, solicita ao Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro a sua prorrogação, como expressamente previsto na cláusula 2ª, daquele instrumento.

O processo seguiu os seus trâmites regulares, opinando o Sr. Secretário Municipal de Obras e Serviços Públicos "favoravelmente à prorrogação (do prazo do contrato) por mais 25 anos, mediante a assinatura de um termo com o Município" (fls. 18). Em face da promoção, o Sr. Chefe de Gabinete do Prefeito fez presente o assunto a esta Casa, "solicitando parecer sobre a viabilidade legal do pedido" (fls. 19).

Que o atendimento do pedido é, juridicamente, viável, parece-me indubitoso. A prorrogação está contemplada no contrato; a legitimidade da existência de cemitérios administrados por associações religiosas é abonada pela legislação em vigor — artigos 2º e 7º do Decreto-Lei nº 88, de 7 de agosto de 1969. Resta, tão-somente, a examinar, se o prazo da prorrogação está legalmente limitado ou aberto à mútua conveniência das partes. Esta aparente perplexidade se encontra subjacente no remate do pedido — fls. 4 — que omitiu tal aspecto, pois, genericamente, expressou "o desejo de prorrogar dito convênio, na mesma forma". A Requerente, assim, se mostrou atenta aos termos da cláusula 2ª do contrato, que, não obstante admitir a prorrogação, silenciou sobre a extensão do novo prazo: "... findo o qual as partes contratantes, de comum acordo, poderão prorrogá-lo". O pressuposto do **comum acordo**, como se afigura inequívoco, alcança a prorrogação no seu mérito intrínseco e extrínseco, e, dentro deste, o seu prazo.

De toda sorte, não sei se consciente ou não daquela circunstância, a Administração fez a sua opção por um novo prazo de 25 anos (fls. 18).

A resposta à dúvida embute-se na conceituação jurídica do Cemitério Israelita, se público ou particular, e na primeira hipótese, sob que regime é explorado.

A peculiaridade do cemitério israelita emerge do Decreto-Lei 88, de 7 de agosto de 1969.

Com efeito, dito diploma legal, ainda em vigor no novo Estado do Rio de Janeiro e no Município de sua Capital, expressa:

“Artigo 1º — Os cemitérios situados no Estado da Guanabara poderão ser:

I — públicos, quando pertencentes ao domínio estadual;

II — particulares, quando pertencentes ao domínio privado, ainda que destinados ao sepultamento de quaisquer pessoas.”

A expressão “domínio estadual” se explica pela singularidade do extinto Estado da Guanabara, de estrutura dúplice — Estado Município. “Domínio privado” não se contrapõe a “domínio estadual”, mas a domínio público.

Os cemitérios de associações religiosas, são, por regra não excepcionada, particulares, ex vi do artigo 2º, da lei que como tal, os reconhece. Escapou ao legislador, ao assentar o tratamento, a peculiar condição do Cemitério Comunal Israelita que, sem embargo de ser religioso, se situa em próprio municipal ou seja público (Decreto nº 646, de 17.3.1976).

Todavia, atendendo a que a dicotomia legal se inspirou, tão-só, na titularidade do domínio sendo toda e qualquer outra distinção de caráter accidental, pode-se afirmar que o cemitério de que se cuida é um cemitério público.

Se utiliza bem público, a que título o faz?

A resposta à indagação está contida na ementa da Lei 716/52, sob cuja égide foi o contrato formalizado. Ela dispõe sobre a delegação da administração de cemitérios, cuja base física se assenta em bens públicos municipais. Em outras palavras, sobre a utilização concedida de um bem público para nele ser exercitado o serviço funerário, que é um serviço público. O emprego da palavra “delegação” ao invés do vocábulo “concessão”, se explica pelo significado quase sinônimo das duas expressões, pois,

“... a concessão é uma delegação de poder, uma forma de administração descentralizada, a própria administração pú-

blica, ou uma função dela exercendo-se, por intermédio do concessionário, em virtude de uma necessidade de ordem pública, a necessidade de manter o controle do Estado sobre os serviços públicos, apesar da expansão deles, ou de dilatar a vida administrativa, sem os inconvenientes da descentralização” (CLODOMIL CARDOSO — Cemitérios — Administração pelos Municípios — Revista do Serviço Público, 1942).

Esclarece, ainda o ilustre parecerista que

“Os cemitérios são bens destinados, ao mesmo tempo, a um serviço público, em razão do qual se fazem as inunicações, e ao uso direto do público.”

Visualiza-se, então, que a concessão genérica do cemitério, em realidade, encorpa duas concessões distintas. Uma de eficácia imediata e outra de eficácia deferida. A primeira, entre a Administração e o concessionário administrador dos serviços funerários; a segunda entre o Poder Público, senhor do bem assim fracionado, e o titular da sepultura ou do sepulcro. Em síntese, uma concessão de serviço público e uma concessão de domínio público.

A segunda concessão é estranha ao problema suscitado no processo. Cuida-se, tão-somente, do prazo da primeira e da forma de sua adjudicação. Sendo concessão, não há termo prefixado, vale dizer, deve ser aquele compatível com o serviço. Sendo concessão de serviço público, em princípio, só pode ser adjudicada mediante concorrência (Constituição Estadual, artigo 162, § 1º).

Esta regra é mitigada pela Lei Ordinária, in casu, Lei Municipal nº 4, de 15 de junho de 1977, e seu Regulamento, Decreto nº 1167, de 9 de setembro de 1977, que na sua Seção IV a excepciona.

Ainda aqui, a hipótese é singular. Por ser singular não se adequa, com exatidão, em qualquer das excludentes arroladas no artigo 13 do Decreto. Por analógica extensão, poderia se entrever forçado contrato com a dispensa de licitação “na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização”. A Associação Religiosa se configuraria como prestadora de serviços, de notória especialização.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

Examinando a questão. HELY LOPES MEIRELLES — *Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., págs. 252/253, comenta:

“É inexigível, portanto, a licitação para as contratações em que se verifique a impossibilidade jurídica de competição, por ser um só o contratante possível ou por serem indiscriminados os destinatários de seu objeto, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração” (págs. 252/3).

Estamos em face de um caso concreto em que a licitação “é inexigível” pela impossibilidade jurídica de competição e “por ser um só o contratante possível”. Assim, a dispensa, a meu juízo, se impõe.

Do exposto, concluo:

1) A prorrogação do contrato celebrado entre as Associações Religiosas Israelitas e a Municipalidade para a instalação, manutenção e administração do Cemitério Judáico em parcela do Cemitério São Francisco Xavier, por expressamente prevista e não encontrar obstáculo legal, é, juridicamente, viável, desde que haja “comum acordo”, sobre todos os seus aspectos.

2) O prazo da prorrogação tem como limite o interesse público envolvido.

Anoto, contudo, que a viabilidade jurídica da prorrogação não representa a única premissa a ser fixada para que ela se realize. Há de se lhe somar o pressuposto da sua conveniência, atual ou futura.

Nesta perspectiva, permito-me alertar V. Exa. para a circunstância de que o contrato de que se cuida se insere em um ajuste maior, que é aquele celebrado com a Santa Casa da Misericórdia, cujo prazo expira em 21 de abril de 1979. Não me parece, assim, que, no momento, seja recomendável prorrogar-se o contrato por prazo outro que aquele que medear entre o seu término e a referida data. Oportunamente, em função do que se vier a estabelecer com relação ao Cemitério de São Francisco Xavier, onde, em algumas de suas quadras, se situa a Necrópole Judaica, o assunto seria reestudado, formalizando-se,

então, a juízo da Administração, novo contrato com as associações representadas pela Requerente.

Isto sendo observado, não convindo manter-se o ajuste por tempo indeterminado, se faria, agora, uma simples prorrogação de seu prazo até aquela data.

É o que me parece, com as ressalvas de praxe.

Em 13.10.78.

Hélio Campista Gomes
Procurador do Estado

De acordo. À consideração do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral.

Em, 13.10.78.

Oswaldo Astolpho Rezende
Procurador-Chefe da Procuradoria de
Urbanismo e Serviços Públicos

VISTO.

1. Aprovo o Parecer constante do Ofício nº 10/78-HCG.

Deverá ser esclarecido quem assinará o termo, se as Associações Israelitas que figuraram no termo anterior (fls. 5) ou se o Conselho de Administração do Cemitério Comunal Israelita do Rio de Janeiro (fls. 3), examinando-se, em qualquer hipótese, a prova da representação.

2. Encaminhe-se, com urgência, ao Gabinete do Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 1978.

Roberto Paraiso Rocha
Procurador-Geral do Estado