

Imprestável é, portanto, o argumento sustentado com brilho pelo Banco Central do Brasil, de que o conhecimento da alienação pelo poder concedente antigo e atual importou em aprovação tácita à compra e venda. A renúncia à reversão somente se consumaria se lançada de forma expressa, com autorização de lei. Fora daí, há desvio de bem, que o concedente não tem competência para validar, nulo o ato que nesse sentido prescrevesse. Nula é, por consequência, a compra e venda, e reivindicável o imóvel reversível. Ao Estado da Guanabara, como sucessor da União, cabe exercer os direitos que a esta cabiam, inclusive o de integrar no seu patrimônio direitos que lhe foram sonegados.

Não há, finalmente, no fato de utilizar o Estado um direito que cabia à União nenhuma lesão a uma dependência administrativa desta. Cogita-se de bem de uma sociedade de direito privado — a Sociéte Anonyme du Gaz, alienado em fraude ao poder concedente. A prevalecer a tese sustentada pelo Banco Central, seria fácil a burla à lei: bastaria que o particular de má-fé, adquirindo um bem reversível, o vendesse ao poder concedente ou a uma de suas autarquias. Adquiriria o Estado ou a União, assim, de forma onerosa, bem que viria a obter, fatalmente, a título gratuito. A êsse resultado leva o crime perfeito. Ao contrário do que afirmou o impugnante, retomar um bem ilícitamente desviado não importa em prejuízo certo, pois éle poderá, em qualquer tempo, obter indenização do alienante pela venda de objeto impróprio ao comércio.

Face às razões expendidas, parece-nos, salvo melhor juízo, que o Estado não poderá processar as guias sem a assinatura do termo sugerido no processo, cabendo-lhe reivindicar o bem desviado ilícitamente pela concessionária, ora sob a posse do Banco Central do Brasil.

Rio de Janeiro, 7 de abril de 1967.

RAYMUNDO FAORO
Procurador do Estado

CONCESSÃO DE SERVIÇOS FUNERARIOS. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO

São duas as principais afirmações do parecer do douto Assessor do Departamento do Patrimônio:

1) Foi de fato, e não de direito, a passagem do controle sobre a concessionária dos serviços funerários à Secretaria de Serviços Públicos, a despeito de disposição da Lei n.º 716, de 4-8-1952;

2) A Secretaria de Serviços Públicos não se apresenta como o órgão mais indicado ao exercício dêsse controle, especialmente porque a concessionária se utiliza única e exclusivamente de bens imóveis do Estado.

Para obter informações precisas a respeito, o ilustre Coordenador da GCO pediu a audiência prévia da Secretaria, “inclusive com esclarecimentos completos relativamente aos atos e respectivos fundamentos legais pelos quais verificou-se a passagem do controle do serviço público de exploração de cemitérios para a citada Secretaria”.

Há, portanto, como se vê, dois aspectos do problema a ser examinados: o jurídico e o administrativo propriamente dito.

I

Juridicamente a matéria, a meu ver, pode ser assim resumida:

A Lei n.º 716, de 4-8-1952, previu, na época, a criação de uma comissão especial de controle da concessão, que seria presidida pelo Diretor do Patrimônio.

Mas, com a Constituição do Estado, e posterior criação da Secretaria de Serviços Públicos pela Lei n.º 263, de 24-12-1962, a situação alterou-se por completo.

O art. 49 da Constituição Estadual dispõe, *in verbis*:

“A fiscalização efetiva da execução dos contratos ou permissões de serviços públicos prestados por particulares e a fixação de tarifas deverão ser realizadas por comissões com amplos poderes de exame e investigação, assegurada a publicidade de seus trabalhos por meio de relatórios anuais, com a demonstração de cálculos das tarifas em vigor”.

Por sua vez, a Lei n.º 263, regulamentando a Constituição, em seu artigo 5.º, II, n.º 10, letra a, integrou na administração da SPU, como órgãos centrais, tais Comissões Estaduais de Controle dos Serviços Concedidos.

Ora: se a Constituição Estadual, disciplinando especificamente a questão do controle das concessionárias, determinou que êsse controle fôsse feito por comissões com características próprias, e se essas Comissões de Controle de Serviços Públicos Concedidos, pela lei ordinária, n.º 263, são órgãos da Secretaria de Serviços Públicos, nada existe hoje, mais, de pé, do que a respeito dispunha a Lei n.º 716, de 1952.

Na exposição de motivos do Decreto “E” n.º 482, de 10-7-1964, êsse aspecto jurídico do problema vem magnificamente exposto, valendo transcrevê-la:

“A Lei n.º 716, de 5-8-1952, que regulava o controle dos serviços funerários e mortuários, a cargo da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, sofreu profunda alteração com o advento da Constituição do Estado da Guanabara. O sistema de fiscalização e fixação de tarifas foi confiado a uma Comis-

são, com amplos poderes de exame e investigação, à qual se deve submeter a concessionária, como condição mesma da permanência do contrato.

A Lei n.º 263, de 24-12-1962, ao regulamentar a Carta Magna local, autorizou a Secretaria de Serviços Públicos a organizar comissões estaduais de controle dos serviços públicos, com todos os poderes previstos no art. 49 da Constituição. Desapareceu, em consequência, o mecanismo contingente, meramente formal, instituído na Lei n.º 716”.

A respeito do assunto, cumpre transcrever, também, passagem do parecer do Procurador do Estado RAYMUNDO FAORO, a propósito do Decreto “P” n.º 2.504, de 5-6-1964:

“Por amor à coerência, em cumprimento à Constituição, parece impor-se o estabelecimento de nova comissão estadual de serviços concedidos, com a incumbência de fiscalizar os serviços funerários e mortuários, em toda a amplitude, abrangendo as instituições que realizam tais operações. De pouca eficiência seria ela, entretanto, se ficasse limitada à nomeação dos membros que a compõem, sem dotá-la de organização administrativa permanente. A constituição dela deveria ficar a exclusivo critério do Secretário de Serviços Públicos, que, pelo Decreto “E” n.º 238, de 17-12-1963, está incumbido de proceder a estudos para regulamentar e fiscalizar a concessão”.

O Decreto citado no parecer acima, em seu artigo 5.º, com efeito, dispõe:

“O Secretário de Estado de Serviços Públicos promoverá os estudos que se fizerem necessários à revisão do contrato de concessão dos serviços a que se refere este decreto e, *bem assim, baixará os demais atos que se fizerem necessários à sua integral execução*”.

Com o advento da Constituição Estadual, portanto, e a regulamentação de seu artigo 49 pela Lei n.º 263, de 1962, a competência para a fiscalização e controle da Santa Casa de Misericórdia, no que se refere à exploração de serviços funerários, é da Secretaria de Serviços Públicos.

II

O problema administrativo da aptidão do órgão que deva exercer a fiscalização, para ser encarado, exige, a meu ver, uma prévia caracterização das atribuições da Santa Casa, nos termos do contrato de concessão em vigor.

Não se pode deixar de registrar, com efeito, que a questão da fiscalização dos serviços funerários tem sido objeto de muita indefinição.

Há uma plethora de atos sobre o assunto, sem que a solução tenha ainda aparecido.

Às vezes, são órgãos que não se consideram estruturados para exercer o controle dos serviços, caso da Secretaria de Saúde (vide Lei n.º 248, de 1948); outras vezes são órgãos — como é o caso do Departamento do Patrimônio — que, partindo de um pressuposto, *data venia*, equivocado, desejam chamar a si a fiscalização.

A propósito deve-se registrar que o argumento do duto, culto e zelo do assessor do Patrimônio, para que o serviço não seja fiscalizado pela SPU, é de que a Santa Casa utiliza em sua atividade, única e exclusivamente, *bens imóveis do Estado*.

Ora: os concessionários de serviços públicos se utilizam sempre de bens do domínio público. Basta ver-se o caso dos transportes coletivos, dos telefones, do gás, da energia elétrica, dos mercados, dos parqueamentos, etc. . . .

Utilizam-se, porém, de bens do domínio do Estado, *prestando serviços públicos*, como é precisamente o caso da Santa Casa.

A Santa Casa — e aí está o engano, *data venia*, do ilustrado parecer do assessor do Patrimônio — não detém mera concessão de uso especial sobre bens de uso comum. Presta serviços públicos!

O fato de prestar ela serviço público *atrai* a competência de fiscalização para a Secretaria de Serviços Públicos.

Em outras palavras: a Secretaria de Serviços Públicos fiscaliza o serviço — dinâmico; a competência do Patrimônio só há quando a utilização do bem público é estática — quando não há serviço.

O que caracteriza a competência da SPU é a existência do serviço; e, desde que haja serviço, enquanto ele houver, não há que falar em competência do Patrimônio.

O artigo 112 do Código de Contabilidade do Estado, embora não tenha a precisão de terminologia desejada, dá bem o exemplo do que afirmamos acima, quando diz:

“Os bens imóveis do domínio patrimonial do Distrito Federal são administrados pela Secretaria Geral de Finanças, *mas a administração dos utilizados por serviços subordinados às outras Secretarias Gerais é da competência dessas enquanto durar a utilização, revertendo esses bens à jurisdição da Secretaria Geral de Finanças, independentemente de ato especial, quando cessar a utilização*”.

Dizíamos, porém, que é necessária uma prévia caracterização das atribuições da Santa Casa, de acordo com seu contrato de concessão, para que se defina, de uma vez, o problema da fiscalização.

Com efeito, as idas e vindas observadas até agora, em relação ao *affaire* Santa Casa, prendem-se, a meu ver, ao fato de que, pelo contrato, atribuíram-se àquela instituição funções de naturezas diversas.

Além de serviços funerários, outorgou-se à Santa Casa administração de serviços hospitalares, por exemplo.

É óbvio, que em relação a serviços hospitalares, a Secretaria de Serviços Públicos nada tem a controlar. Mas é da SPU a fiscalização dos serviços públicos funerários.

É preciso, pois, proceder-se a uma dissociação do que está estabelecido no contrato: a Santa Casa é uma só; o contrato é um só; mas há mais de uma concessão atribuída à Santa Casa pelo contrato.

No que tange à concessão do serviço funerário, aí, e só aí, está a competência da SPU. Quanto a serviços hospitalares e outros, a competência será da Secretaria de Saúde, e de outros órgãos do Estado.

Registre-se, aliás, que a origem do "conflito de jurisdição" suscitado pelo zeloso e culto assessor do Patrimônio, que se encontra em seu parecer de 28-9-1966 (Ofício 31-Assessoria), prende-se a fato relacionado com "serviços hospitalares" e não funerários.

No caso sob exame naquele parecer, a Santa Casa, tendo deixado de utilizar um hospital, pediu à SPU autorização para locar o terreno resultante da demolição do aludido hospital a terceiros.

Naquele caso, a competência era do Departamento do Patrimônio e não da SPU, e nisso estou de acordo com o ilustre Procurador ROCHA LAGOA. Primeiro, porque os serviços eram hospitalares, e não funerários; depois, porque cessara a utilização do bem no serviço, e a competência, aí, nos termos do art. 112 do Código de Contabilidade, *revertera* à Secretaria de Finanças, através de seu órgão próprio, o Patrimônio.

Quando se tratar de serviços funerários, todavia, enquanto estiverem sendo prestados esses serviços, a competência é da SPU, como já vimos.

De qualquer sorte, é preciso uma definição, que só pode ser dada após um levantamento, no contrato, do que é serviço público funerário, e do que não é.

* * *

Esse levantamento, façamo-lo desde logo:

No contrato de 27-7-1953, e seu termo aditivo de 11-2-1954, são serviços públicos:

1 — Guarda e conservação dos cemitérios públicos de São Francisco Xavier e de São João Batista, e dos 11 cemitérios públicos municipais existentes na cidade.

Nota: A expressão "guarda e conservação", usada no contrato, não espelha a realidade dos fatos. A Santa Casa, nos cemitérios, presta serviços,

e em função desses serviços é que possui a guarda e conservação do cemitério.

2 — Guarda e conservação (vide nota anterior) do novo cemitério que se vier a fazer na Zona Sul;

3 — Instalação e ampliação de cemitérios, com aumento de áreas;

4 — Instalação de agências funerárias;

5 — Serviços funerários em geral, tais como: sepultamentos, enterros de indigentes, transportes em coches funerários, recolhimento de ossos, condução de material e remoção de corpos em ambulâncias, fornecimento de caixões, colocação de adornos nos túmulos, etc. . . .

6 — Demais serviços públicos funerários.

A relação acima não é taxativa, é enunciativa. Outros serviços públicos funerários podem ser acrescidos à mesma.

O que se deve deixar claro é que os serviços de outra natureza, prestados pela Santa Casa, especialmente os hospitalares, não são serviços públicos funerários e, como tal, não são da competência da SPU.

* * *

Pelo exposto, sugiro as seguintes medidas a ser tomadas:

a) Revisão do Decreto "E" n.º 1.304, de 8-11-1964, que apegando-se à parte revogada da Lei n.º 716, contraria as disposições da Constituição Estadual e da Lei n.º 263, de 1962.

b) Criação, desde logo, por Decreto, da Comissão de Controle dos Serviços Funerários, como órgão central de deliberação coletiva da Secretaria de Serviços Públicos, integrado em sua estrutura.

c) Remessa de ofício à Secretaria de Governo, com cópia do presente parecer.

É o que parece, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1966.

LETÁCIO JANSEN JÚNIOR
Procurador do Estado