MUNICÍPIO — SERVIÇO PÚBLICO LOCAL — CONCESSÃO

— O Município pode tornar públicos certos serviços e delegá-los, mediante concessão.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Júlio Bueno Rodrigues *versus* Evaristo Bianchesi
Apelação cível n.º 90.751 — Relator: Sr. Desembargador M. GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 90.751, da comarca de Itapira, em que é apelante Júlio Bueno Rodrigues, sendo apelado Evaristo Bianchezi: Acordam, em ses-

são da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado o relatório de fls., que complementa o da sentença de fls., como parte integrante dêste, dar provimento parcial ao recurso e excluir a verba honorária, tudo por votação unânime.

1. A tese da inconstitucionalidade da lei municipal improcede.

Pode o Município, atento às necessidades comuns dos munícipes, tornar públicos certos serviços, subtraindo-os da atividade dos particulares. E, se não quiser explorá-los diretamente, pode delegá-los, através de um contrato de concessão, reservando, para si, a "regulamentação" e a "fiscalização" dos serviços concedidos.

A condição primeira para um serviço tornar-se público é a necessidade coletiva, é o bem comum. Em tais hipóteses, faz-se mister a observância dos seguintes requisitos, como ensinam os tratadistas: permanência, regularidade, eficiência e generalidade do serviço, a par da modicidade nas taxas ou tarifas.

No caso, a necessidade coletiva decorre da condição de ser o homem mortal. Ninguém escapando à fatalidade (ricos, remediados ou pobres e indigentes), natural é que o município, dentro da esfera de suas atribuições, procure organizar, regulamentar e fiscalizar o serviço funerário.

Ao município está assegurada a organização dos serviços públicos locais (art. 28, n.º II, *b*, da Constituição federal e art. 21 da Constituição estadual). E a lei Orgânica dos Municípios atribui ao município competência para prover aos seus interêsses e ao bem-estar de sua população, dispondo, di-lo expressamente, sôbre o "serviço funerário" e sôbre os cemitérios.

Já o egrégio Tribunal Pleno, em caso idêntico oriundo da comarca de Guaratinguetá, teve ocasião de assentar: "Realmente, o serviço de transporte de cadáveres em carro fúnebre e o fornecimento de ataúde a estabelecimento de câmaras ardentes, constitui serviço público, de caráter municipal, por pertinente ao peculiar interêsse local". "Portanto, por conveniência coletiva, podiam e podem os municípios do Estado, mediante lei própria, retirar tal atividade do comércio comum e elevá-la, ante a utilidade pública em jôgo, e de que é juiz, à categoria de serviço público".

Deveras, quem residiu no interior ou em pequenas cidades, deve manter viva a lembrança de ter visto corpos conduzidos em rêdes ou em macas improvisadas, com o acompanhamento singelo daqueles que se sensibilizam com os infortúnios do próximo.

É evidente: não pode o município ficar indiferente a tal estado de coisas. Organizar, regulamentar e fiscalizar os serviços reclamados por tal situação é atribuição específica dos nossos municípios. Nada há-de inconstitucional na Lei municipal n.º 321, de 16 de julho de 1957.

2. O outro aspecto, o da delegação daqueles serviços públicos, é também legítimo.

Se o município não se acha em condições de, diretamente, explorar os serviços de funerais, pode delegá-los, abrindo livre concorrência e fazendo contrato de concessão com o vencedor que cobrará tarifas, como contraprestação aos serviços prestados. Trata-se de puro ato administrativo, determinado por conveniências político-governamentais, conveniências de que o Poder Público é o único juiz. Os podêres públicos, mercê principalmente da burocracia, são maus administradores. Vê-se com bons olhos, pois, a delegação de podêres a emprêsas particulares, que passarão a prestar, então, relevante serviço público. Se a emprêsa particular não cumprir o contrato de Direito Público, é outro problema. Mas, o não cumprimento não

deve trazer como conseqüência a censura do sistema. O que pode trazer, isso sim, é a intensa fiscalização do Poder Público, que poderá, outrossim, tomar medidas paralelas, para remediar o mal, em proveito sempre do bem comum. Assim, seja pela reversão, revogação, resgate ou encampação, seja pela caducidade, rescisão consensual, renúncia do concessionário ou falência da emprêsa, pode e deve a municipalidade tomar as providências cabíveis em cada caso, se não atendidos, com vantagens, os interêsses da comunidade, o bem comum.

Nesse particular, firmou, de igual modo, o colendo Tribunal Pleno, no agravo de petição n.º 80.408, em mandado de segurança da comarca de Guaratinguetá: "Podem, ainda, entregá-la, como atividade social, à exploração de particular, mediante privilégio exclusivo, através da concorrência pública, dessa forma, resguarda os interêsses do município e dos munícipes, estabelecendo as tarifas de prestação de serviço concedido, as condições de salubridade e decência do seu exercício e a permanência da existência de organização que se dedique a êsse mister, obrigada a atender, gratuitamente, aos funerais dos indigentes, e mediante preços módicos, aos de pessoas pobres, sob a fiscalização direta e imediata do Poder Público municipal. Por isso, é o regime que deve ser preferido pelos municípios".

Nesse particular, não há inobservância da Constituição federal, quando assegura o livre exercício de qualquer profissão (art. 141, § 14), porque ela também, assegura ao município o poder de "organizar os serviços públicos locais" (art. 28, n.º II, *b*).

3. Porém, na hipótese dos autos, segundo se vê do Decreto n.º 321, dos editais de concorrência e do contrato de concessão, o Poder Público municipal, dando isenção de impostos, entendeu de retirar do comércio e de alçar o serviço público às necessidades do ramo, e que foram devidamente especificadas (o fornecimento de urnas ou caixões; o transporte em carros fúnebres; e a edificação de carneiros, no cemitério local). Conseguintemente, o que não foi taxativamente enumerado não foi abrangido pela concessão, não foi retirado do comércio particular e não foi elevado a serviço público. A regra é a liberdade de comércio. É exceção o que visa a restringir uma atividade comercial.

Destarte, o autor só tem direito de insurgir-se contra a concorrência, no que diga respeito às urnas, ao transporte e aos carneiros, porque sòmente estas atividades foram, especìficamente, retiradas do comércio particular.

Não pode insurgir-se, como é meridianamente claro, contra a decoração e ornamentação de câmaras ardentes, contra a venda de artigos, como velas, castiçais, cortinas, imagens, coroas e contra a prática de atos que não estejam compreendidos na outorga do Poder concedente, pois êste não chegou a tornar serviço público senão aquilo que, especificadamente, mencionou.

Logo, não podia a sentença deferir a ação *in totum*. Ela procede em parte, no que tange àquilo que o Poder Público especificou. Mas, improcede, na parte que o Poder Público não tornou serviço público e não retirou do comércio comum.

Aliás, não se pode confundir o "enterramento" com "cerimônias fúnebres" (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 14/211), "exéquias" com "sepulturas". Exéquias são a parte espiritual dos ofícios pelos mortos, isto é, cerimônias e sufrágios, ou a encomendação do morto; as "sepulturas" são a parte material daqueles ofícios, embora parte sagrada, em razão da bênção do lugar (*Direito Eclesiástico*, vol. 2/394, citado por Herotides da Silva

Lima, *in Revista dos Tribunais*, vol. 212/159).

A Prefeitura de Itapira, em boa hora, cuidou apenas da parte material, assim mesmo no que diga respeito aos "caixões", ao "transporte" e aos "carneiros". E agiu com intuito de proteger os desafortunados, pois, previu que a "concessionária fornecerá à Prefeitura Municipal, gratuitamente, até cinco urnas mensais e respectivo transporte, destinadas a indigentes" (item 3.º).

E, como é da essência da concessão, do monopólio ou do privilégio, a razoabilidade da tarifa, tudo indica que a Municipalidade não descurará dessa parte, tanto mais que estabeleceu "prévio exame" das autoridades municipais, relativamente aos preços dos caixões e de transporte.

Tal orientação ajusta-se à natureza jurídica da concessão, comtrato de Direito Público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado *intuitu personae* (Mário Mazagão, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*).

Bem acentuou o insigne Relator Bandeira de Melo, no agravo de petição citado: "A exclusividade confere ao concessionário simplesmente o privilégio de explorar sem concorrência econômica e direta de outras emprêsas, o serviço concedido. A concessão, a título exclusivo, não interdita, de forma absoluta, os particulares de obterem a prestação do mesmo serviço, independente do concessionário, utilizando-se de meios apropriados para isso". "Assim, apesar da concessão com exclusividade do serviço de eletricidade, pode um indivíduo, para seu uso, fabricá-la pessoalmente". "E, mesmo pode vender a "terceiro" a comodidade, objeto da concessão, desde que não interfira nos elementos que a justificarem, tal como o fornecimento de gás, sem o uso de canalização por via pública, como seja o caso do gás engarrafado".

Acentuou-se, ainda: "A exclusividade não tira ao Estado o poder de reorganizar outro serviço público concedido, que lhe seja complementar, ou mesmo de prover idêntico serviço público em outro local ou zona". "A única proibição é a de explorar ou conceder serviço público absolutamente idêntico e que importe em competição direta ao anteriormente concedido com exclusividade".

Conseguintemente, é restrita a concessão da Municipalidade de Itapira. O autor só pode pleitear que o réu se abstenha de atos, no tocante a "caixões", "transporte" e "carneiros". Quanto ao mais, nada pode pleitear. Eis por que procede a ação apenas em parte.

Ante o exposto, reconhece que a lei municipal não é inconstitucional; que a Municipalidade pode delegar os serviços tornados públicos; e que a concessão é restrita ao que foi, especìficamente, retirado do comércio particular.

Dá-se, por isso, provimento parcial à apelação, para determinar que o apelante se abstenha da prática de atos concernentes a "caixões", "transporte" e "carneiras" apenas, sob pena de multa cominatória constante da sentença. Não é devida a verba honorária: não houve culpa, dolo ou malícia do apelante e, ao contrário, ajuizando a demanda, seguiu êle os conselhos que lhe foram dados pelo Prefeito, pelo Presidente da Câmara Municipal e por um vereador.

Custas em proporção.

São Paulo, 28 de abril de 1959 — *A. de Oliveira Lima*, Presidente com voto — *M. Guimarães*, Relator — *Vicente Sabino Júnior*.