

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000325435

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2083441-44.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são autores ACEMBRA – ASSOCIAÇÃO CEMITÉRIOS E CREMATÓRIOS DO BRASIL e SINCEP – SINDICATO DOS CEMITÉRIOS E CREMATÓRIOS PARTICULARES DO BRASIL, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, AFASTARAM AS PRELIMINARES CONHECIDAS E, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO, NA PARTE NÃO EXTINTA. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. TORRES DE CARVALHO (COM DECLARAÇÃO) E JAMES SIANO. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN E MOACIR PERES.

São Paulo, 28 de abril de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS
RELATOR
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADIn nº 2.083.441-44.2020.8.26.0000 – São Paulo

Voto nº **43.498**

Autores: ACEMBRA - ASSOCIAÇÃO CEMITÉRIOS E CREMATÓRIOS DO BRASIL E OUTRO

Réus: PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO E OUTRO

(Lei nº 17.180/19, arts. 2º, 3º e parágrafos, 4º e parágrafos, 8º, 9º, 11 e 13)

LITISPENDÊNCIA

Inocorrência. Ausentes identidade de partes, pedidos e causas de pedir.

Preliminar afastada.

FALTA DE INTERESSE DE AGIR E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Presentes os pressupostos para propositura da ação. Defesa de interesse de suas associadas constituiu decorrência do objeto da ação. Preliminar acolhida apenas quanto ao pleito de suspensão do procedimento licitatório, descabido na via eleita. Não conheço desse pedido.

Preliminar afastada, na parte conhecida.

PERDA DE OBJETO

Art. 4º, § 1º e parte final do § 2º da Lei nº 17.180/19. Dispositivos analisados durante processamento da presente ação. Inviável nova apreciação. Perda superveniente de objeto.

Processo julgado extinto, quanto a esses dispositivos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei nº 17.180, de 25.09.19 alterando a Lei nº 16.703, de 04 de outubro de 2017, do Município de São Paulo, disciplinando as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD, modificando a Lei nº 8.383, de 19 de abril de 1976, reorganizando o Serviço Funerário do Município de São Paulo, bem como estabelecendo providências correlatas quanto à prestação dos serviços cemiteriais e funerários.

Arts. 2º e 3º, §§ 1º, 2º e 3º. Transferência dos serviços cemiteriais e funerários à iniciativa privada por meio de concessão. Possibilidade. Competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I da CF), neles incluídos serviços cemiteriais e funerários. Competência quanto ao ponto, firmada pela Suprema Corte.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ofensa aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor inocorrente. Concessão de serviços públicos objetiva a escolha de empresas que possam melhor prestá-los. Ademais, não há óbices para participação de interessados no processo de concessão, atendidas as exigências legais. Vício ausente. Precedente deste C. Órgão Especial.

Arts. 4º, parte inicial do § 2º; 9º e 13. Obrigação aos órgãos de saúde quanto a informação de óbitos ocorridos no município e exigências impostas aos concessionários quanto a comprovação de capacidade técnica, operacional e econômica. Inconstitucionalidade, sequer apontada, ausente.

Art. 11. Tabelamento de preços de serviços padronizados. Possibilidade, quando mantida a prática de preços de mercado para os serviços personalizados. Precedente do C. STF. Vício inocorrente.

Princípio da liberdade de crença. Ausente qualquer vedação à prática de cultos religiosos ou liturgias. Lei nº 4.100, de 06.09.51, em pleno vigor, permite a manutenção de cemitérios particulares por associações e organizações religiosas. Violação inocorrente.

Decreto nº 59.196/20. Ausente vício de inconstitucionalidade na Lei nº 17.180/19, não é caso de reconhecimento de inconstitucionalidade por arrastamento.

Ação, quanto aos subsistentes pontos impugnados, descabida.

Ação improcedente, com observação.

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, da ACEMBRA – Associação Cemitérios e Crematórios do Brasil e SINCEP - Sindicato dos Cemitérios e Crematórios Particulares do Brasil, tendo por objeto os arts. 2º; 3º, §§ 1º, 2º e 3º; 4º, §§ 1º e 2º; 8º, 9º, 11 e 13 todos da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019, alterando a Lei nº 16.703, de 04 de outubro de 2017, do Município de São Paulo, disciplinando as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD, modificando a Lei nº 8.383, de 19 de abril de 1976, reorganizando o Serviço Funerário do Município de São Paulo, bem como estabelecendo providências correlatas quanto à prestação dos serviços cemiteriais e funerários.

Sustentaram, em resumo, a ofensa a dispositivos constitucionais. Competência para legislar sobre assuntos de interesse local não é absoluta. Inconstitucional a imposição de restrições contrárias aos princípios da ordem econômica, da administração pública e da liberdade de crença. Violado o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. Ao proibir a criação de novos cemitérios, como os cemitérios religiosos, ofende a liberdade de crença. Há pareceres técnicos condenando o modelo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

adotado. Mencionou jurisprudência. Necessário declarar, por arrastamento, inconstitucionais dispositivos do Decreto nº 59.196/20. Daí a liminar e a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/36).

Indeferiu-se a liminar (fls. 347/349), admitiu-se (fls. 379/382) pleito (fls. 353/357) de habilitação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica como *amicus curiae*. Vieram informações do Prefeito Municipal (fls. 387/399), com documentos (fls. 400/467) e do Presidente da Câmara Municipal (fls. 500/538). Rejeitados (fls. 486/489) embargos declaratórios do indeferimento da liminar (fls. 471/475). Deixou de se manifestar a Procuradoria Geral do Estado (fl. 549). Manifestaram-se a Douta Procuradoria de Justiça (fls. 552/571), os autores (fls. 574/588) trazendo documentos (fls. 589/553) e o CADE (fls. 665/668).

Remetidos os autos à Mesa (fl. 669) na sessão do **C. Órgão Especial** do dia 27.01.21 o I. Des. **TORRES DE CARVALHO** pediu vista (fls. 688/689) e após (na sessão de 17.02.21) apresentou divergência parcial, ocasião em que retirei o feito de pauta para melhor analisar a questão à luz das ponderações feitas por Sua Excelência.

É o relatório.

2. Afasto as preliminares conhecidas. Julgo extinto o processo quanto a alguns dispositivos. No mais, julgo improcedente a ação, com observação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, da ACEMBRA – Associação Cemitérios e Crematórios do Brasil e SINCEP - Sindicato dos Cemitérios e Crematórios Particulares do Brasil, tendo por objeto os **arts. 2º; 3º, §§ 1º, 2º e 3º; 4º, §§ 1º e 2º; 8º, 9º, 11 e 13 todos da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019**, alterando a Lei nº 16.703, de 04 de outubro de 2017, **do Município de São Paulo**, disciplinando as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD, modificando a Lei nº 8.383, de 19 de abril de 1976, reorganizando o Serviço Funerário do Município de São Paulo, bem como estabelecendo providências correlatas quanto à prestação dos serviços cemiteriais e funerários.

Com o seguinte teor a norma impugnada:

“Art. 1º O art. 9º da [Lei nº 16.703, de 4 de outubro de 2017](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:”

“Art. 9º”

“VI - os cemitérios e crematórios públicos, os serviços cemiteriais nos

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cemitérios e crematórios públicos, bem como os serviços funerários.”

.....
“§ 3º...”

“VI - será garantido, na concessão de que trata o inciso VI do 'caput' deste artigo, o caráter secular dos cemitérios, o acesso sem indagação de crença religiosa, bem como a liberdade da prática dos respectivos ritos a todos os cultos religiosos, respeitadas as normas vigentes.”

“Art. 2º O art. 2º da [Lei nº 8.383, de 19 de abril de 1976](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:”

“Art. 2º Compete ao Serviço Funerário do Município de São Paulo, por meio de Concessionárias, a prestação dos serviços cemiteriais e funerários.”

“Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará o disposto no 'caput' deste artigo, observadas as normas técnicas vigentes.”

“Art. 3º Compete ao Poder Público, indiretamente, sob regime de concessão, conforme autorização prevista no inciso VI do art. 9º da [Lei nº 16.703, de 2017](#), a execução dos serviços cemiteriais, funerários e de cremação no Município de São Paulo.”

“§ 1º Os cemitérios particulares já existentes no Município poderão dar continuidade à prestação dos serviços cemiteriais.”

“§ 2º A atividade cemiterial de disponibilização e manutenção de salas de velório, bem como as atividades funerárias de higienização, tamponamento, somatoconservação e tanatoestética ou necromaquiagem também poderão ser executadas pela iniciativa privada, cumpridos todos os requisitos determinados pelas autoridades de regulação, controle e vigilância sanitária.”

“§ 3º O Poder Executivo estabelecerá nos contratos de concessão instrumentos que assegurem a livre escolha e evitem o direcionamento da oferta dos serviços cemiteriais.”

“Art. 4º O transporte de cadáveres e restos mortais humanos de óbitos ocorridos no Município de São Paulo e destinados a velório, inumação ou cremação em seu território são de sua exclusividade ou de suas delegatárias.”

“§ 1º O transporte de cadáveres ou restos mortais decorrentes de exumação, realizado por veículos condutores provenientes de outras cidades dentro do Município de São Paulo, somente será permitido quando o óbito ou a inumação tiverem ocorrido fora da cidade de São Paulo, ou quando o cadáver for destinado à inumação ou cremação em outro Município.”

“§ 2º Os estabelecimentos de saúde, tanto públicos como privados, o Instituto Médico Legal – IML e o Serviço de Verificação de Óbitos da Capital deverão comunicar todos os óbitos ocorridos ao órgão da Administração Municipal competente, somente liberando o cadáver para transporte às agências funerárias municipais ou concessionárias.”

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“§ 3º A liberação do cadáver para agência funerária de outra localidade somente ocorrerá quando comprovada a destinação do corpo para inumação ou cremação em outro município, conforme procedimento estabelecido em decreto.”

“§ 4º O descumprimento das disposições deste artigo ensejará a aplicação de multa, cujo montante será de no mínimo R\$ 12.000,00 (doze mil reais) e no máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a depender da gravidade da infração.”

“§ 5º Os valores estabelecidos neste artigo serão atualizados anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA ou, na sua ausência, pelo índice que vier a substituí-lo.”

“Art. 5º Os terrenos municipais dentro dos cemitérios públicos e destinados ao sepultamento de cadáveres ou restos mortais, bem como os ossuários podem ser cedidos por prazo fixo ou indeterminado.”

“§ 1º A cessão referida no “caput” deste artigo será realizada em nome de pessoas físicas e transmitida somente a título de sucessão, vedada sua comercialização a terceiros.”

“§ 2º A cessão pode ser extinta mediante ausência de pagamento de preço público ou tarifa de manutenção ou ausência de conservação das sepulturas ou dos ossuários, bem como o desrespeito às demais obrigações constantes do respectivo termo, conforme nele previsto.”

“§ 3º A cessão ou extinção previstas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderão ser efetivadas pelo Poder Público ou por seus delegatários.”

“§ 4º Os ossuários devem ser separados por ossadas de cadáver “identificado”, de cadáver “identificado e não reclamado” e de cadáver “não identificado”, sendo que as ossadas não poderão ser empilhadas e devem ser acondicionadas em material não biodegradável, assim como suas informações.”

“Art. 6º Em qualquer dos casos de extinção da cessão de terreno ou ossuário, a Administração notificará o cessionário para que dê destinação à ossada decorrente da exumação do cadáver, conforme o procedimento estabelecido em decreto.”

“§ 1º É responsabilidade do cessionário dos terrenos e ossuários nos cemitérios públicos a manutenção de seu endereço e outros dados pessoais devidamente atualizados no cadastro do respectivo cemitério.”

“§ 2º Restando infrutífera a tentativa de localização do cessionário de acordo com os dados cadastrados no cemitério, a Administração publicará edital no Diário Oficial da Cidade, bem como buscará eventuais novos endereços do cessionário na Receita Federal, a outras concessionárias de serviços públicos e demais entidades que possam subsidiar o Município com as informações correspondentes.”

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

§ 5º (VETADO)

Art. 7º (VETADO)

“Art. 8º No âmbito do Município de São Paulo, a comercialização de plano funerário se dará exclusivamente por empresas com sede ou filial instaladas no Município de São Paulo que observarem a Lei Federal nº 13.261/2016, devendo todos os tributos relacionados a receita serem recolhidos no Município e o administrador do plano ser o Concessionário do Município ou possuir termo de responsabilidade solidária com o Concessionário como forma de garantir a prestação do serviço nos termos do contrato comercializado, sendo vedado o exercício da atividade de comercialização de plano funerário por qualquer outro agente.”

“Art. 9º A Concessionária deverá, durante o processo de seleção, comprovar a capacidade técnica, operacional e econômica para desempenhar as atividades funerárias e cemiteriais, fruto do objeto da concessão.”

Art. 10. (VETADO)

Parágrafo único. (VETADO)

“Art. 11. Todas as Concessionárias terão preços tabelados para os 04 (quatro) tipos de serviços padronizados, quais sejam, Social, Popular, Padrão e Luxo e poderão praticar preços de mercado para os serviços personalizados.”

Art. 12. Deverá ser criada Agência Reguladora para fiscalizar e garantir as observações das normas estabelecidas nesta Lei, bem como nos contratos de concessão a serem firmados.

“Art. 13. Cada Concessionária deverá prover 01 (um) crematório para cada lote de concessão.”

Art. 14. (VETADO)

Parágrafo único. (VETADO)

“Art. 15. O Executivo Municipal garantirá que o contrato de concessão disponha sobre a criação, na área de cemitérios municipais, de memoriais de mortos políticos do período do regime ditatorial brasileiro, os quais deverão:”

“I - garantir a preservação das ossadas dos mortos políticos;”

“II - garantir espaço e infraestrutura para estudos e trabalhos científicos de identificação e recuperação da história e da memória;”

“III - garantir espaço de visitação para preservação da história e culto à memória.”

“§ 1º O Executivo criará uma comissão, em parceria com a Sociedade Civil, para consolidar as diretrizes de criação, manutenção e preservação dos memoriais criados nos termos do 'caput'.”

§ 2º (VETADO)

“§ 3º Especificamente para as ossadas encontradas na Vala Comum de Perus, a Prefeitura garantirá que o contrato de concessão disponha sobre a

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

destinação de espaço e apoio para que os estudos de identificação não sejam interrompidos e as ossadas sejam preservadas.”

“Art. 16. O Executivo regulamentará, no que couber, as disposições desta Lei.”

“Art. 17. Ficam revogados:”

“I - o inciso II do art. 3º da [Lei nº 8.383, de 19 de abril de 1976](#);”

“II - o [Ato nº 326, de 21 de março de 1932](#);”

“III - a [Lei nº 7.179, de 17 de setembro de 1968](#);”

“IV - a [Lei nº 7.960, de 22 de novembro de 1973](#).”

“Art. 18. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.”

Pleiteia ainda, o reconhecimento da **inconstitucionalidade, por arrastamento**, de dispositivos constantes do **Decreto nº 59.196, de 29.01.2020** que regulamenta os serviços:

“Art. 7º Os cemitérios particulares já existentes no Município na data de publicação da [Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019](#) poderão dar continuidade à prestação dos serviços cemiteriais discriminados no artigo 23.”

“§ 1º Fica vedada à iniciativa privada a construção de crematórios ou novos cemitérios particulares no Município de São Paulo.”

“§ 2º Os cemitérios particulares deverão obedecer às mesmas normas e procedimentos aos quais estão submetidos os cemitérios públicos, no que couber.”

(...)

“Art. 23. Os serviços cemiteriais compreendem a execução dos serviços de:”

“I - sepultamento;”

“II - exumação;”

“III - instalação, disponibilização e manutenção de salas de velório;”

“IV - vigilância;”

“V - manutenção de ossuário e columbário;”

“VI - ajardinamento, limpeza, conservação e manutenção de sepulturas; e”

“VII - manutenção e conservação das instalações e áreas comuns dos cemitérios, prestados nos termos das Leis Municipais [nº 7.687, de 29 de dezembro de 1971](#), [nº 8.383, de 19 de abril de 1976](#), e [nº 17.180, de 25 de setembro de 2019](#).”

(...)

“Art. 42. Os cemitérios públicos poderão aparelhar-se para proceder à cremação de cadáveres, nos termos disciplinados no respectivo contrato de concessão.”

(...)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Art. 68. Para efeitos deste decreto, considera-se serviço funerário o desenvolvimento das seguintes atividades:”

“I - transporte de restos mortais;”

“II - fornecimento de urnas funerárias aos usuários dos serviços;”

“III - gestão de agências funerárias;”

“IV - ornamentação de câmaras mortuárias e salas de velórios para realização das homenagens, bem como o transporte de coroas em cortejos fúnebres.”

“§ 1º Os serviços previstos nos incisos I, II, e III do “caput” deste artigo serão prestados exclusivamente pelo Poder Público ou suas delegatárias, ressalvado o disposto no artigo 92 deste decreto.”

“Art. 69. As atividades complementares relacionadas aos serviços funerários, de livre iniciativa, e discriminados nos incisos abaixo, também poderão ser prestadas pelo Poder Público ou suas delegatárias:”

“I - higienização;”

“II - tamponamento;”

“III - somatoconservação;”

“IV - tanatoestética ou necromaquiagem.”

“Parágrafo único. As atividades previstas neste artigo devem obedecer as normas sanitárias e ambientais vigentes.”

“Art. 70. Os prestadores dos serviços funerários no Município de São Paulo obrigar-se-ão a:”

“I - cumprir as disposições deste decreto e demais normas técnicas, urbanísticas, sanitárias e ambientais expedidas pelos órgãos competentes; e”

“II - respeitar os preços públicos ou tarifas fixados para os respectivos serviços.”

“Art. 71. Os prestadores dos serviços funerários afixarão em cada estabelecimento, em local visível ao público, bem como nas plataformas digitais, as seguintes informações:”

“I - tabela com os valores dos serviços e produtos oferecidos;”

“II - preços públicos e/ou tarifas máximas vigentes dos serviços e produtos; e”

“III - informações relativas a gratuidades.”

(...)

“Art. 74. Consideram-se serviços das agências funerárias:”

“I - venda de urnas funerárias;”

“II - agenciamento de cessão de uso de sepultura;”

“III - contratação do transporte de cadáveres;”

“IV - contratação de outros serviços estritamente necessários ao sepultamento ou cremação do cadáver humano, obedecidas as disposições legais.”

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“CAPÍTULO III”

“DO TRANSPORTE FUNERÁRIO”

“Art. 75. O transporte de cadáveres e restos mortais humanos de óbitos ocorridos no território municipal e destinados a velório, inumação ou cremação no território municipal são de exclusividade do Poder Público ou de suas delegatárias.”

“§ 1º O Poder Público ou suas delegatárias deverão buscar o cadáver no local de atestação do óbito a que se refere o “caput” e conduzi-lo ao local de prestação de atividades complementares aos serviços funerários, desde que localizado no Município de São Paulo, à respectiva agência funerária, ao local do velório, inumação ou cremação.”

“§ 2º Os cadáveres apenas poderão ser removidos e transportados pelo Poder Público e suas delegatárias, em veículos adequados para essa finalidade.”

“§ 3º O ingresso e a circulação de veículos condutores de cadáveres ou restos mortais decorrentes de exumação, provenientes de outras localidades, no território municipal, são permitidos apenas quando o óbito ou a inumação tiverem ocorrido fora da Cidade de São Paulo ou quando o cadáver for destinado à inumação ou cremação em outro município.”

“§ 4º Os estabelecimentos de saúde, tanto públicos como privados, o Instituto Médico Legal (IML) e o Serviço de Verificação de Óbitos da Capital deverão comunicar todos os óbitos ocorridos ao órgão municipal competente, somente liberando o cadáver para transporte às agências funerárias municipais.”

“Art. 76. Apenas será permitido que o cadáver seja liberado para transporte por agência funerária de outra localidade quando comprovada sua destinação para inumação ou cremação em outro município.”

(...)

“Art. 92. Os serviços cemiteriais dos cemitérios públicos, os serviços funerários e os serviços de cremação a que se refere este decreto serão prestados, na ausência de delegatárias, diretamente pelo Poder Público.”

“§ 1º Na hipótese de prestação direta pelo Poder Público, compete ao órgão municipal competente arrecadar e receber todas as receitas, inclusive de tarifas e preços públicos, advindas dos serviços prestados, bem como exercer todas as atribuições do administrador do cemitério referidas no artigo 9º deste decreto.”

“§ 2º Os requisitos para a concessão de gratuidade previstos no artigo 81 deste decreto passarão a vigorar a partir da assunção dos serviços pelas delegatárias.”

Sustentam os autores a incompetência do Município para impor restrições severas em evidente prejuízo a ordem econômica, restando claramente violados os

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

princípios da livre iniciativa, liberdade econômica, proteção ao consumidor e liberdade de crença.

Pois bem.

a) Quanto à preliminares.

a.1 – Litispendência.

O Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo arguíram a existência de litispendência diante de anterior ação direta de inconstitucionalidade - **ADIn nº 2.008.805-10.2020.8.26.0000**, também distribuída a este Relator – ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça impugnando a mesma norma – **Lei nº 17.180, de 25.09.19** – a inviabilizar a análise do mérito da presente ação.

Constitui objeto da anterior ação - ADIn nº 2.008.805-10.2020.8.26.0000 – ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça:

*“1) **conferir interpretação conforme ao art. 1º, ao art. 2º, ao caput e ao § 1º do art. 3º, da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019, do Município de São Paulo, a fim de que seja excluída qualquer interpretação no sentido de que os serviços cemitérios, de crematório e funerários, em sentido amplo, embora sejam considerados serviços públicos municipais, não possam ser prestados em regime de livre iniciativa e de livre concorrência paralelamente por agentes econômicos privados;**”*

*“2) **declarar inconstitucional o caput, o § 1º, a expressão 'somente liberando o cadáver para transporte às agências funerárias municipais ou concessionárias' constante do § 2º e o § 3º do art. 4º e o art. 8º, todos da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019, do Município de São Paulo;**”*

*“3) **declarar inconstitucionais, por arrastamento, o § 1º do art. 7º, o § 1º do art. 22, o § 1º do art. 67, a expressão 'só' constante do caput do art. 7º, o caput e os §§ 1º a 3 do art. 74 e o art. 75, do Decreto nº 58.965, de 25 de setembro de 2019, do Município de São Paulo.**” (grifei - fl. 37 da ADIn nº 2.008.805-10.2020.8.26.0000).*

O art. 1º da Lei nº 17.180/19 e Decreto nº 58.965, de 25 de setembro de 2019 não constituem objeto da presente ação, (quanto a esse último a não ser indiretamente – por arrastamento) não havendo, quanto a eles, nada a analisar.

a.1.a) – Quanto ao art. 2º, caput e §1º do art. 3º.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ainda que se trate dos mesmos dispositivos - **art. 2º, caput e §1º do art. 3º** – ausente a tríplice identidade a caracterizar a litispendência.

Não há identidade de partes.

Diversos os **pedidos**. Aqui se busca o reconhecimento da **inconstitucionalidade**, enquanto o douto Procurador Geral de Justiça pretende **conferir interpretação** “*a fim de que seja excluída qualquer interpretação no sentido de que os serviços cemitérios, de crematório e funerários, em sentido amplo, embora sejam considerados serviços públicos municipais, não possam ser prestados em regime de livre iniciativa e de livre concorrência paralelamente por agentes econômicos privados;*” (grifei – fl. 37 da ADIn nº 2.008.805-10.2020.8.26.0000).

Diversos também os argumentos invocados – **causa de pedir** -. Lá o Procurador Geral de Justiça argumenta com a **não exclusividade** do Estado na prestação dos serviços públicos a serem concedidos, o que justificaria a prestação deles por particulares e, na presente ação, os autores argumentam com a incompetência do Município para legislar sobre serviços funerários impondo severas restrições em evidente violação a princípios constitucionais.

Assim, quanto ao **art. 2º e caput e § 1º do art. 3º da Lei nº 17.180, de 25.09.19, ausentes** os pressupostos legais para reconhecimento da **litispendência**.

Afasto, com relação a esses preceitos, a arguição.

a.1.b) Quanto ao art. 4º e parágrafos e art. 8º.

Já quanto ao **caput** do **art. 4º, § 1º** e expressão “*somente liberando o cadáver para transporte às agências funerárias municipais ou concessionárias*” – **parte final do § 2º e art. 8º da Lei nº 17.180, de 25.09.19**, analisados na ADIn nº 2.008.805-10.2020.8.26.0000 de que sou Relator, impõe-se reconhecer a **superveniente falta de interesse de agir**.

Análise anterior da constitucionalidade desses preceitos **inviabiliza** nova apreciação.

Naquela ação firmou-se a **constitucionalidade do art. 4º e § 1º e parte final do § 2º** com o afastamento do alegado vício de iniciativa – idêntico fundamento do pedido da presente ação – quanto a exclusividade do transporte de cadáveres e restos

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mortais humanos decorrentes de óbitos ocorridos no município de São Paulo conferida aos delegatários.

Com relação ao **art. 8º**, o reconhecimento da **presença** do vício de inconstitucionalidade naquela ação, **inviabiliza** nova apreciação.

Prejudicada a análise desses preceitos.

Por fato superveniente – análise da constitucionalidade dos dispositivos em ação anteriormente ajuizada ADIn nº 2.008.805-10.2020.8.26.0000 - **reconhece-se** a perda do interesse processual na modalidade necessidade.

Assim, quanto ao **art. 4º, § 1º** e parte final do **§ 2º** e quanto ao **art. 8º da Lei nº 17.180, de 25.09.19**, por superveniente falta de condição da ação, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, é caso de **julgar extinto o processo**, sem resolução de mérito.

a.2 - Falta de interesse de agir e inadequação da via eleita.

Arguíram ainda, com a falta de interesse de agir e a inadequação da via eleita pois, segundo alegam, defendem interesses próprios subjetivos (fls. 390 e 512).

Inequivocamente os autores congregam a classe dos cemitérios e crematórios privados do Brasil (fl. 02). Todavia, a alegada defesa de interesses comerciais e econômicos se mostra decorrente do próprio pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados.

Como se vê da inicial, apontaram a violação de normas constitucionais - arts. 111; 144 e 275 da CE e arts. 1º, IV; 5º, VI; 29; 30, I, II e V; 37; 170, IV e V e 273 da CF – argumentando com a **incompetência** do Município para legislar sobre serviços funerários e a violação aos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, proteção do consumidor e liberdade de crença e por fim requereram a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 17.180/19 e Decreto nº 59.196/20 ou subsidiariamente “*seja conferida interpretação conforme à Lei Municipal nº 17.180/2019, afastando-se a proibição da criação de novos cemitérios privados e de crematórios privados, as restrições às atividades que podem ser prestadas por cemitérios privados, a prestação de serviços funerários em regime de exclusividade pelos Futuros Concessionários e as restrições à comercialização de planos funerários...*” (fl. 35).

De **inadequação** da via eleita quanto a esses pontos, **não** há falar.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apenas quanto ao pleito de **suspensão do procedimento licitatório** (fl. 34) **vinga** a arguição. Como já adiantado, restringe-se a presente ação, a análise da constitucionalidade das normas.

É caso, portanto, de **não conhecer** desse pleito.

Acolho, em parte, a arguição de falta de interesse de agir, na modalidade adequação, e **não** conheço do pleito de suspensão do processo licitatório instaurado pelo Município de São Paulo para concessão dos serviços funerários.

b) Improcedente a ação.

Os autores sustentaram a inconstitucionalidade de dispositivos da **Lei nº 17.180, de 25.09.19 do município de São Paulo** por faltar ao município, segundo alegam, **competência** para legislar sobre **serviços funerários**. Argumentaram que as severas restrições impostas à prestação dos serviços violam a ordem econômica e a liberdade de crença.

O I. Des. **TORRES DE CARVALHO** propõe o acolhimento parcial da ação para “... *conferir interpretação conforme ao art. 2º e ao 'caput' e § 1º do art. 3º da LM nº 17.180/19 do município de São Paulo para **excluir qualquer interpretação no sentido de que os serviços cemitérios, de crematório e funerários, em sentido amplo, embora sejam considerados serviços públicos municipais, não possam ser prestados em regime de livre iniciativa e de livre concorrência paralelamente por agentes privados; e declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 7º, § 1º do DM nº 59.196/20, que veda à iniciativa privada a construção de crematórios ou novos cemitérios particulares no município de São Paulo***” (grifei - sugestão final de seu voto - fl. 8).

Pleito original e proposta, no entanto, encontram refutação nas considerações a seguir, com pequenos acréscimos tópicos à matéria em exame.

A Constituição Federal conferiu aos Municípios competência para **legislar** sobre assuntos de **interesse local** (art. 30, inciso I), **suplementar a legislação federal e estadual** no que couber (art. 30, II) e **organizar e prestar**, diretamente, **ou sob regime de concessão ou permissão**, os **serviços públicos de interesse local** (art. 30, V).

Segundo leciona **GIOVANI DA SILVA CORRALO**:

"É através das competências consignadas ao Município no texto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitucional que é possível definir sua autonomia. Assim, para que seja possível compreender o alcance do processo legislativo municipal, é fundamental discorrer sobre as competências do Município na Federação Brasileira. Isso porque não é possível ao Município legislar sobre matérias da competência da União ou dos Estados-membros. Ademais, reafirma-se que o locus adequado para a consignação das competências municipais é a Constituição. Nenhum outro instrumento pode ser utilizado para tal fim, uma vez que somente a Constituição pode determinar as competências dos entes que integram a Federação."

(...)

*"A repartição de competências na Constituição de 1988 tem por foco um federalismo de **cooperação**, que busca a integração e a interação dos entes federados na efetivação das suas atribuições, superando-se o federalismo dual, onde as competências são exercidas isoladamente."*

*"A predominância dos interesses é o critério mais relevante na repartição de competências, cabendo à União as questões de interesse geral e nacional, aos Estados as matérias de interesse regional e aos Municípios tudo o que disser respeito ao **interesse local.**"*

(...)

"No que tange às competências municipais, mais especificamente, devem ser observados os arts. 29, 29-A e 30 da CF, que constituem o núcleo fundante da autonomia municipal. (...)."

*"Enquanto o art. 29 apresenta os preceitos norteadores das leis orgânicas e o art. 29-A apresenta os limites de despesa do Legislativo Municipal, o art. 30 apresenta um rol bastante abrangente de matérias da competência dos Municípios. O ponto nuclear deste campo de atuação das Municipalidades é o **interesse local**. Existindo interesse local, pode o Município agir administrativamente e normalizar legislativamente determinada matéria."*

(...)

"... o interesse local deve ser apreendido consoante uma compreensão sistêmica da Constituição, que não pode ser interpretada através de partes isoladas, já que o próprio texto impõe limites hermenêuticos. (...)."

*"... compreender a existência, ou não, do **interesse local** depende, impreterivelmente, de uma análise circunstanciada de cada situação, analisando-se suas particularidades e singularidades. Isso porque '**interesse local**', como muitas expressões jurídicas, é conceito indeterminado, cuja determinação, no processo de adjudicação de sentido levado a cabo por todo intérprete, depende de consideração das circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes no processo interpretativo. Dentre as circunstâncias jurídicas, além da Constituição Federal, salienta-se a própria lei orgânica, cujo papel é central nessa determinação."*

"Diante dessa demarcação de competência aos entes que integram a

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federação é que se afirma a autonomia de cada qual para a elaboração do seu sistema normativo, sem a possibilidade de conflitos entre leis municipais, estaduais e federais em virtude de uma posição hierárquica no contexto federativo. Nesse mesmo sentido manifesta-se Maria Regina Macedo Nery Ferrari: 'Constata-se que, em decorrência da repartição rígida de competências, tanto União como Estados e Municípios devem atuar dentro do universo para eles reservado pela Lei Fundamental. Desta forma, não pode existir hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais, pois a mesma matéria não pode ser disciplinada validamente pelas três ordens jurídicas ora analisadas. (...), Desta forma, a lei municipal deve prevalecer em todas as matérias que demonstrem interessar apenas ou preponderantemente à comuna, e, conseqüentemente, a lei federal ou estadual não pode violar este campo de autonomia do Município, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, por desatender à repartição de competências previstas na Lei Maior do Estado Brasileiro.'

"Reforçando o exposto encontra-se o princípio da subsidiariedade dos princípios informadores do federalismo, que conduz a uma prevalência dos entes locais na resolução dos problemas que não dependam dos demais ou cuja dependência não seja cabal a ponto de significar a assunção de tal competência." (grifei – "O Poder Legislativo Municipal" – Ed. Malheiros – 2008 – p. 49/55).

E, especificamente quanto ao **serviço funerário**, ensina **HELY LOPES MEIRELLES**:

"O serviço funerário é da competência municipal, por dizer respeito a atividades precipuo interesse local" – *quais sejam: a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios. As três primeiras podem ser delegadas pela Municipalidade, com ou sem exclusividade, a particulares que se proponham a executá-las mediante concessão ou permissão, como pode o Município realiza-la por suas repartições, autarquias, fundações ou empresas estatais."*

*"Quando delegados esses serviços a particulares, serão executados sob fiscalização e controle da Prefeitura, para que assegurem o bom atendimento do público e a modicidade das tarifas. **Este poder de regulamentação é irrenunciável e deverá ser exercido ainda que omitido na delegação, porque a polícia mortuária e a fiscalização dos serviços concedidos são atributos do Município como entidade delegante.**"* (grifei - "Direito Municipal Brasileiro" – Ed. Malheiros – 17ª ed. – 2013 – p. 472).

No mesmo sentido, leciona **NELSON NERY COSTA**:

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“É tipicamente municipal a prestação de serviços funerários, por estar presente o interesse local, na confecção de caixões, no transporte de cadáveres e na administração de cemitérios. Pode haver a delegação de tais incumbências, desde que o controle e a fiscalização do Município impliquem um atendimento ao público digno e com tarifas módicas.” (grifei - “Direito Municipal Brasileiro” – Ed. Forense – 6ª ed. – 2014 – p. 229).

Como se vê, Município, por força de disposição constitucional **possui**, inequivocamente, **competência para legislar sobre assuntos de interesse local** neles compreendidos, os serviços funerários e cemiteriais.

Seguro o entendimento da **Suprema Corte** quanto ao ponto:

*“Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **SERVIÇOS FUNERÁRIOS ESTÃO COMPREENDIDOS DENTRE AQUELES DE INTERESSE LOCAL.** ADI 1.221/DF. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.”*

*“I - **Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado o interesse imediato do município. Precedente.**”*

“II - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais locais. Incidência da Súmula 280/STF.”

“III - Conforme a Súmula 279/STF, é inidônea, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos.”

“IV - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (art. 1.021, § 4º, do CPC).” (grifei - RE 626415 AgR/SP – DJ-e 01.09.2020 – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

*“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. **Permissão de serviço funerário. Competência municipal.** Sistema de rodízio. Ofensa aos princípios da livre concorrência e da ordem econômica. Não ocorrência. Poder de polícia. Possibilidade. Precedentes.”*

*“1. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.221/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, definiu que os serviços funerários são considerados serviços públicos de competência legislativa municipal, uma vez que abarcados pela expressão serviços públicos de interesse local, constante no art. 30, inciso V, da Constituição da República.**”*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“2. Nos termos do acórdão recorrido, a instituição do sistema de rodízio entre as funerárias no Município de Curitiba não inviabilizou o exercício da atividade econômica da agravante, tratando-se de mera manifestação do poder de polícia da Administração Pública, com base na supremacia do interesse público sobre o privado.”

“3. Agravo regimental não provido. 4. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça.” (grifei – ARE 862377-AgR/PR – DJ-e 03.12.18 – Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO. SERVIÇO FUNERÁRIO. C.F., art. 30, V.”

“I. - **Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. C.F., art. 30, V.**”

“II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (grifei - ADI 1221/RJ – DJ-e 31.10.03 – Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Trata-se de serviço público de atendimento à população no delicado trato com o falecimento de seus entes, quando necessário transporte dos restos mortais, fornecimento de urnas funerárias com as devidas preparações do féretro para sepultamento, viabilização de velório e por fim o sepultamento em local adequado ou cremação. Disciplina, como estabelecida, *data maxima venia*, **não** implica em violação a dispositivos constitucionais.

Firmada a competência do Município para legislar sobre serviços cemiteriais e funerários, que não se limita, *data maxima venia*, a regulamentá-los, mas, inclusive para “... organizar e prestar, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão...” (art. 30, V, primeira parte, da CF/88), impõe-se analisar se as condições impostas para prestação desses serviços afiguram-se excessivamente restritivas, como alegam os autores, a caracterizar violação à ordem econômica, aos princípios da livre iniciativa, liberdade econômica, proteção ao consumidor e liberdade de crença.

Município de São Paulo, no âmbito do Plano Municipal de Desestatização - PMD implantado pela Lei nº 16.703, de 04.10.17, promoveu alterações na Lei nº 8.383, de 19.04.76 que trata do Serviço Funerário Municipal, **a fim de viabilizar a transferência da prestação desses serviços à iniciativa privada**, por meio de concessão.

Para tanto adotou as seguintes medidas, dentre outras, a fim de disciplinar a prestação desses serviços por seus concessionários, contra as quais se insurgem os autores:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a) restringiu a prestação desses serviços apenas a seus concessionários (art. 2º e *caput* do art. 3º da Lei nº 17.180/19); **b)** manteve a continuidade da prestação dos serviços cemiteriais pelos cemitérios privados já existentes (art. 3º, § 1º); **c)** permitiu a prestação dos serviços cemiteriais de disponibilização e manutenção de salas de velório e serviços funerários de higienização, tamponamento, somatoconservação e tanatoestética ou necromaquiagem também pela iniciativa privada (art. 3º, § 2º); **d)** determinou a adoção de medidas a serem estabelecidas nos contratos de concessão que assegurem a livre escolha e evitem o direcionamento da oferta dos serviços cemiteriais (art. 3º, § 3º); **e)** restringiu o transporte de cadáveres ou restos mortais de óbitos ocorridos no município de São Paulo e destinados a velório, inumação ou cremação em seu território, a seus concessionários (*caput* do art. 4º); **f)** permitiu o transporte dentro do município de São Paulo por veículos condutores provenientes de outros municípios, de cadáveres ou restos mortais decorrentes de exumação apenas quando o óbito tiver ocorrido fora do município de São Paulo ou quando o cadáver for destinado à inumação ou cremação em outro Município (art. 4º, § 1º); **g)** determinou aos estabelecimentos de saúde públicos ou privados, IML e Serviço de Verificação de Óbitos da Capital a comunicação de todos os óbitos ocorridos no município ao órgão competente e a liberação do corpo apenas às suas concessionárias ou às agências funerárias municipais (art. 4º, § 2º); **h)** restringiu o comércio de planos funerários às empresas com sede ou filial no município de São Paulo (art. 8º); **i)** exigiu dos interessados na concessão, comprovação da capacidade técnica, operacional e econômica para prestação dos serviços (art. 9º); **j)** determinou o tabelamento de preços para serviços padronizados facultando a prática de preços de mercado para serviços personalizados (art. 11) e **l)** exigiu que a concessionária proveja 01 crematório para cada lote de concessão (art. 13).

A **ordem econômica**, como instrumento para implementação do Estado Democrático de Direito, prevista no **art. 170 da Constituição Federal**, pauta-se pelos seguintes princípios:

*“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”*

“I - soberania nacional;”

“II - propriedade privada;”

“III - função social da propriedade;”

*“IV - **livre concorrência**;”*

*“V - **defesa do consumidor**;”*

*“VI - **defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;**” [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42,](#)*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de 19.12.2003)

“VII - redução das desigualdades regionais e sociais;”

“VIII - busca do pleno emprego;”

“IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

“Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (grifei).

Autores argumentam com a violação aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência e consequentemente com a defesa do consumidor ao restringir a prestação dos serviços aqui em análise.

O princípio da livre iniciativa, na lição de **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**,

“... indica que todas as pessoas têm o direito de ingressar no mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Trata-se, na verdade, da liberdade de exploração das atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa é realmente o postulado maior do regime capitalista.” (“Manual de Direito Administrativo” – Ed. Atlas – 25ª ed. – 2012 – p. 901).

Por seu turno, o **princípio da livre concorrência**,

“... é assumido como garantia-institucional da ordem econômica. A projeção do mercado das diferentes e autônomas iniciativas é tida como a forma mais adequada de racionalização econômica, porque, em razão da diversidade e competitividade de ofertas, cria-se terreno favorável para um progresso econômico e social em benefício dos cidadãos.” (**NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY** in “Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional” – Ed. Revista dos Tribunais – 6ª ed. – 2016 – p. 1.103).

Assegura-se, assim, a todos os interessados, o direito de iniciar a exploração uma atividade econômica por sua conta e risco. E, por outro lado, a livre concorrência estimula o desenvolvimento do mercado em razão da diversidade e competitividade de ofertas em benefício dos cidadãos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contudo, na interpretação conjunta dos princípios norteadores da ordem econômica, conclui-se que o **princípio da livre iniciativa** encontra **limitações** na defesa do **interesse público**.

A **Suprema Corte**, nesse sentido, já se pronunciou:

*“O princípio da **livre iniciativa**, inserido no caput do art. 170 da Constituição **nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo**. Esses princípios claramente **definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada**.” (grifei – ARE 1104226/AgR – DJe – 25.05.18 – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**).*

O princípio da livre iniciativa no tocante ao exercício de atividade econômica, portanto, **não** possui aplicação **ilimitada e irrestrita, sendo descabido, data maxima venia, interpretá-lo isoladamente**.

Todavia, outra a natureza da atividade aqui em exame.

No caso, os serviços a serem concedidos - cemiteriais e funerários - envolvem o transporte de restos mortais, o fornecimento de urnas mortuárias, ornamentação de câmaras mortuárias e salas de velórios, cremação ou sepultamento e ainda vigilância, manutenção do ossuário e columbário, ajardinamento, limpeza, conservação, manutenção das sepulturas e ainda das instalações e áreas comuns dos cemitérios (arts. 23 e 68 do Decreto nº 59.196/20).

Trata-se, repita-se, inequivocamente de **serviço público de interesse local**, vale dizer, de titularidade do Município.

Oportuno transcrever a lição de **MARÇAL JUSTEN FILHO** quanto ao ponto:

*“A prestação do serviço público pressupõe a utilização de recursos limitados para a satisfação de necessidades entre si excludentes. Isso envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível. Logo, o serviço público corresponde a uma atividade econômica em acepção ampla. No entanto, **o serviço público é uma atividade econômica (sem sentido amplo) atribuída juridicamente à titularidade do Estado**. Logo, **configura-se como uma intervenção direta do Estado no***

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

domínio econômico. Sempre que uma certa atividade é qualificada como serviço público, existe uma intervenção estatal na ordem econômica. Afastam-se os princípios da livre iniciativa (porque a exploração daquela atividade passa a ser de titularidade do Estado) e da livre concorrência (eis que, em princípio, o serviço público é um monopólio estatal).” (grifei – “Curso de Direito Administrativo” – Ed. Revista dos Tribunais – 9ª ed. – 2013 – p. 736/737).

Assim, sendo o Município o titular da prestação desses serviços, a transferência deles à iniciativa privada **não** configura violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e sequer da defesa do consumidor.

Interesse público justifica a medida.

Nesse sentido já se decidiu neste **C. Órgão Especial**:

“**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Lei nº 3.854, de 25 de novembro de 1999, do Município de São Caetano do Sul, que fixa distância mínima de 3.000 metros entre estabelecimentos de serviços funerários. Ofensa ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. Inocorrência. **O Poder Público é o titular dos serviços públicos. É pacífico o entendimento de que dentre os serviços públicos a que competem os Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, estão incluídos os serviços funerários. Por ser, em essência, um serviço público, não se pode invocar os princípios inerentes à atividade privada para afastar regra de regulamentação de serviço público. O particular não tem ampla liberdade e deve se submeter a normas específicas do regime de direito público.** A matéria regulamentada pela norma impugnada insere-se no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição da República ao chefe do Poder Executivo Municipal e as condições sob as quais o próprio Poder Público ou o particular prestará o serviço devem ser eleitas por ato de gestão administrativo, por serem inerentes ao planejamento e organização do Município. **Inconstitucionalidade não configurada. Incidente de inconstitucionalidade improcedente.**” (grifei – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055390-33.2015.8.26.0000 - v.u.j. de 27.01.16 – Rel. Des. CARLOS BUENO).

A transferência dos serviços por meio de **processo de concessão** busca selecionar as empresas que melhor poderão prestá-los, tudo no interesse da coletividade. **Não** se está restringindo o exercício de uma atividade econômica, **mas** apenas selecionando empresas privadas para prestação de um serviço público. **Diversas as situações.**

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse contexto, é possível a participação de qualquer interessado, atendidas as exigências legais, na seleção para concessão desses serviços. Quanto ao ponto, a comprovação de capacidade técnica, operacional e econômica (**art. 9º da Lei nº 17.180/19**), bem como a exigência de fornecimento de 01 crematório por lote de concessão (**art. 13 da Lei nº 17.180/19**) **não** apresentam vício de inconstitucionalidade, sequer apontado. **Exigências** se coadunam com o serviço a ser prestado e configuram itens essenciais para atendimento dos interesses da população.

Nem tampouco se vislumbra vício na exigência de que os estabelecimentos de saúde públicos ou privados, o Instituto Médico Legal e o Serviços Verificação de Óbitos da Capital, **informem** os óbitos ocorridos ao órgão municipal competente (**primeira parte do § 2º do art. 4º**). Determinação **não** implica em ofensa a preceitos constitucionais, também não apontados.

Da mesma forma quanto ao **tabelamento de preços** dos (**art. 11 da Lei nº 17.180/19**).

A norma determinou o tabelamento de preços para 04 (quatro) tipos de serviços **padronizados**: social, popular, padrão e luxo **deixando livre**, para prática de preços de mercado, os serviços **personalizados**.

Ora, sendo o serviço funerário, como exaustivamente afirmado, de interesse local, portanto da competência do Município, inexistente vício na estipulação dos preços a serem cobrados pelos serviços **padronizados**. Norma expressamente ressaltou a possibilidade de **prática de preços de mercado** para a cobrança dos serviços **personalizados** em respeito ao princípio da livre concorrência.

Nesse sentido já se pronunciou a **Suprema Corte**:

*“Os **serviços funerários são de interesse local** (ADI 1.221/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso), portanto, **não há inconstitucionalidade no tabelamento de preços dos serviços de sepultamento, exumação e traslado de corpo, serviços funerários fundamentais, pelo Município.**”*

“No mesmo sentido: RE 601.798/MG, de minha relatoria.”

“Ademais, como bem enfatizado nos pareceres constantes dos autos, na tabela de preços combatida inexistente 'quaisquer interferências nas prestações acessórias ou secundárias, cognominadas de 'diferenciadas' pelo recorrente, praticadas pelos cemitérios particulares, aí sim, no exercício de atividade tipicamente privada' (pág. 3 do documento eletrônico 8).” (grifei – RE 626415/SP

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

– DJe de 05.04.18 – Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**).

Estipulação de preços como determinado, busca a defesa do consumidor, que se utilizará desses serviços, na maioria das hipóteses, em momento delicado de perda, quando a própria situação não permite buscar no mercado, as melhores ofertas. De outra parte, respeitada a livre concorrência no tocante aos serviços personalizados. Especificações e exceções conciliam interesses de todos os envolvidos.

Por fim, resta analisar a alegada violação ao **princípio da liberdade de crença**.

Autores aduzem que, “... *ao proibir a criação de novos cemitérios e crematórios particulares, a Lei Municipal nº 17.180/2019 acaba por proibir inclusive a criação de novos cemitérios e crematórios particulares religiosos, de modo que apenas os cemitérios particulares já existentes ou os cemitérios públicos estarão disponíveis para atendimento de usuários que possuam crenças religiosas.*” (fl. 31).

Ora, a norma, ao restringir a prestação dos serviços cemiteriais aos concessionários, proibiu a construção de cemitérios particulares à iniciativa privada (art. 7º, § 1º do Decreto nº 59.196/20) **ressalvando** a continuidade da prestação dos serviços cemiteriais em cemitérios particulares já existentes (art. 3º, § 1º da Lei nº 17.180/19).

A construção de novos cemitérios particulares, assim como a realização de qualquer construção, é submetida às regras locais disciplinadas no Plano Diretor Municipal, Código de Obras, Código de Posturas e demais normas locais elaboradas de acordo com as peculiaridades de cada local. Tratando-se de assunto de interesse dessa natureza, ao Município cabe estabelecer tais regras e autorizar qualquer construção ou reforma.

Assim, **inexiste** vício no regramento imposto.

De outra parte, a Constituição Federal assegura a **liberdade de crença** (art. 5º, VI da CF) garantindo o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Por seu turno, o **princípio da laicidade do Estado** (art. 19, I da CF) impede terminantemente ao Município o envolvimento com qualquer prática religiosa, seja por meio de subvenção, promoção de eventos, e ainda, por meio de construção de cemitérios religiosos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse contexto, o Município de São Paulo, segundo a **Lei Municipal nº 4.100, de 06.09.51**, em pleno vigor (fls. 395/396), permitiu às **associações religiosas** legalmente constituídas, a manutenção de **cemitérios particulares**. Confira-se:

“Art. 1º As associações religiosas, legalmente constituídas no País, sem distinção de raça, nacionalidade ou crença dos respectivos associados, poderão manter cemitérios particulares, sob administração de autoridade municipal.”

“Art. 2º Os cemitérios particulares serão utilizados na forma dos estatutos das associações que os mantiverem, sendo livre a prática dos respectivos cultos religiosos.”

“Parágrafo Único. A utilização a que se refere o presente artigo dependerá da exibição de documento fornecido por representante habilitado da entidade religiosa.”

“Art. 3º Para os efeitos do artigo anterior, as entidades interessadas deverão comunicar à Prefeitura o nome do seu representante legal ou preposto devidamente habilitado.”

“Parágrafo Único. À Prefeitura é reservado o direito de exigir, em sendo o caso, documentação compatível com os objetivos da presente Lei.”

“Art. 4º As sepulturas, bem como os enterramentos e exumações obedecerão a todas as prescrições das leis e regulamentos municipais e estaduais sobre cemitérios, notadamente os que dizem respeito à sua administração, fiscalização e conservação.”

“Parágrafo Único. Às mesmas prescrições ficam sujeitas as construções e os empreiteiros de obras em cemitérios.”

“Art. 5º Nos cemitérios particulares serão cobradas as mesmas taxas estabelecidas para os cemitérios municipais e que lhes forem aplicáveis.”

“Art. 6º As associações religiosas que, na forma desta Lei, mantiverem cemitérios particulares incumbe prover diretamente às despesas com a sua construção, manutenção e conservação, inclusive do pessoal, salvo do administrador ou servidores municipais designados para os serviços de administração e fiscalização.”

“Art. 7º As sociedades religiosas infratoras desta Lei incorrerão nas penas de suspensão ou cassação da autorização do funcionamento dos respectivos cemitérios, a juízo do Prefeito.”

“Art. 8º O Executivo baixará as necessárias instruções para a fiel execução da presente Lei.”

“Art. 9º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

Legislação específica, repita-se, em pleno vigor, assegura às Associações

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Religiosas a manutenção de cemitérios particulares, atendidas as exigências legais e de acordo com o respectivo Estatuto.

Ressalte-se, ademais, que a norma impugnada **não** impede a prática de cultos religiosos ou liturgias.

Assim, **ausente** qualquer ofensa ao princípio da liberdade de crença.

Também por esse motivo, **não** é caso de acolher a ação.

Em suma, o Município exerceu regularmente sua competência legislativa, **não** havendo, nos dispositivos apontados, afronta à Constituição.

Ausente vício de inconstitucionalidade nos dispositivos apontados da **Lei nº 17.180, de 25.09.19 não** é caso de reconhecimento de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos do **Decreto nº 59.196, de 29.01.20**.

Prejudicada determinação para se providenciar o julgamento conjunto com a ADIn nº 2.008.805-10.2020.8.26.0000.

3. Afasto as preliminares conhecidas. Julgo extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, quanto ao caput do art. 4º, § 1º e parte final do § 2º e art. 8º. Julgo, quanto ao mais, improcedente a ação, com observação

EVARISTO DOS SANTOS
Relator
(assinado eletronicamente)