



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade
Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
Assessoria Técnica

Nota Técnica SEI nº 8553/2020/ME

Assunto: **Ação de Inconstitucionalidade contra a Lei do Município de São Paulo nº 17.180/2019 e do Decreto do Município de São Paulo nº 58.965/2019, que regulam os serviços funerários, cemiteriais e de crematórios**

INTRODUÇÃO

1. A presente nota técnica analisa os potenciais efeitos anticoncorrenciais da Lei do Município de São Paulo nº 17.180/2019 e do Decreto nº 59.196/2020, que regulam os serviços funerários, cemiteriais e de crematórios daquele município, bem como do Edital de Concorrência nº 002/SGM/2020, que prevê a concessão desses serviços para iniciativa privada^[1].

2. A presente análise foi motivada a partir de alguns pontos questionados pela **ACEMBRA** Associação Cemitérios e Crematórios do Brasil, pela **SENCEP** – Sindicato dos Cemitérios e Crematórios Particulares do Brasil, bem como pela Ação de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face de alguns dispositivos da legislação supracitada. Dada as competências previstas no Art. 19 da Lei nº 12.529/2011, esta Seae examina as questões levantadas e propõe algumas recomendações.

RETROSPECTIVA DO PROBLEMA EM DISCUSSÃO

3. Em fevereiro de 2020 a ACEMBRA e o SINCEP (“PETICIONÁRIAS”) entraram com requerimento para ingressá-las como *Amicus Curie* na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face de dispositivos da Lei do Município de São Paulo nº 17.180/2019 e do Decreto nº 59.196/2020.

Em linhas gerais, conforme explica as PETICIONÁRIAS, o Ministério Público de São Paulo (MP/SP) questiona a constitucionalidade do modelo de desestatização promovido por essa legislação recentemente promulgada pelo município. Em suma, de acordo as PETICIONÁRIAS, são os seguintes principais efeitos deletérios:

- Proibição da criação de novos cemitérios privados (inclusive religioso);
- Proibição da criação de crematórios privados;
- Proibição da prestação de serviços funerários pelos cemitérios privados;
- Proibição da comercialização de planos de assistência funerária por agentes independentes;
- Limitação dos serviços que podem ser prestados pelos cemitérios privados já existentes; e
- Instituição de reservas de mercado verticalizados em favor dos Futuros Concessionários, na medida em que eles deterão o privilégio da prestação em regime de exclusividade dos serviços funerários e de assistência funerária, mas também poderão oferecer aos usuários os serviços cemiteriais, estes em regime de

concorrência com os cemitérios privados já existentes, além dos serviços de cremação também em regime de exclusividade.

- Tabelamento dos preços dos serviços, concomitante com sua elevação e uniformização para diferentes serviços, incluindo certa rigidez de serviços ofertados;
- Divisão dos cemitérios em quatro blocos, admitindo-se que seja rematado apenas por dois interessados;
- Adoção do critério de maior valor de outorga e não menor tarifa para escolha do vencedor

4. Então, ao solicitarem suas participações como *Amicus Curie* na ADIN, a ACEMBRA e o SINCEP manifestaram sua concordância e apoio à interpretação do Ministério Público ao considerar que tais medidas violam a Constituição Estadual e a Constituição Federal. Primeiro porque, “a pretexto de regular determinada atividade com suposto interesse local, excede a competência legislativa municipal a imposição de restrições tão severas e contrárias aos princípios da ordem econômica ao impedir o exercício da livre iniciativa, da livre concorrência e contrariar aos interesses do consumidor”. Em segundo lugar, porque “a proibição da criação de novos cemitérios e crematórios privados implica na vedação à criação de novos cemitérios e crematórios **religiosos**, tendo em vista que os cemitérios e crematórios públicos são seculares, o que afeta a liberdade de crença.

5. Além disso, a ACEMBRA e o SINCEP manifestaram outra preocupação referente ao prazo. Conforme explicam na petição, com base na referida legislação, a Prefeitura já vem dando andamento em processo licitatório para contratação dos serviços funerários, cemiteriais e de crematórios para o Município, cujo processo já está em fase bastante adiantada, sendo que o prazo para apresentação de propostas vence no dia **20 de março/2020**. Então, torna-se urgente e fundamental a **reapreciação** do pedido liminar formulado pelo Ministério Público e a **suspensão dos atos** impugnados até a apreciação final da ADI pelo Órgão Especial. Para as PETICIONÁRIAS, é evidente o risco que pode decorrer de uma eventual consumação do processo licitatório em andamento, vez que a homologação do processo deverá consumir direitos irreversíveis aos vencedores do certame[2].

6. Por fim, diante desse contexto, as PETICIONÁRIAS solicitaram a esta Sae a análise de medidas cabíveis no exercício da advocacia da concorrência contra as disposições contidas na Lei nº 17.180/2019, em especial por meio de manifestação nos autos da ADI proposta pelo PMSP com vistas a contribuir para seu acolhimento pelo TJSP.

ANÁLISE

7. Esta Secretaria já manifestara, por meio das Notas Técnicas nº 06145/2012 e nº 06016/2013 sobre assuntos relacionados à prestação de serviços funerários. No primeiro caso, a Seae constatou que a opção da Prefeitura de **Nova Iguaçu (RJ)** de delegar a prestação de serviços funerários a uma única empresa, ainda que precedida de licitação e respeitada a legislação vigente, acaba por reduzir a concorrência ao “conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços”, o que seria explicitamente uma medida anticoncorrencial. Já a Nota Técnica nº 06016/2013 examinou o caso dos serviços funerários de **Curitiba (PR)**, o qual obedecia a um sistema de rodízio entre as empresas prestadoras de serviços e ainda fixava o preço dos serviços considerados obrigatórios. Do mesmo modo, esses procedimentos foram interpretados pela Seae como prejudiciais à concorrência.

8. Recentemente (dezembro de 2019) esta Secretaria manifestou também no processo licitatório denunciado pelas PETICIONÁRIAS, caso objeto da presente nota técnica. Na ocasião, a Prefeitura de São Paulo publicou comunicado de Consulta Pública (Diário Oficial Diário Oficial em 02/10/2019, página 71), solicitando contribuições em relação à Minuta de Edital para Concessão dos serviços de gestão, operação, manutenção, exploração, revitalização e expansão dos 22 (vinte e dois) cemitérios e dos crematórios públicos e da prestação dos serviços funerários do Município, bem como referente ao Decreto nº 58.965/2019 (atualmente substituído pelo Decreto nº 59.196/2020).

9. Em linhas gerais, pode-se dizer que estas análises destacaram a importância de se permitir, na medida do possível, uma maior flexibilização para participação do setor privado em setores que não haveria falhas de mercado bem definidas. Na próxima seção, retomamos essa análise com um pouco mais de detalhes para o caso dos serviços funerários, cemiteriais e crematoriais do Município de São Paulo procurando considerar todos os aspectos elencados pelas PETICIONÁRIAS.

Metodologia

10. Para análise dos aspectos concorrenciais (foco da presente nota), esta Seae utiliza a metodologia desenvolvida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2017)[3], que consiste de um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. Nestes termos, o impacto competitivo poderia ocorrer por meio das seguintes possibilidades: (i) limitação no número ou variedade de fornecedores[4]; (ii) limitação da concorrência entre empresas[5]; (iii) diminuição do incentivo para empresas competirem[6]; e (iv) limitação das opções dos clientes e da informação disponível[7]

11. Essencialmente os seguintes normativos da Prefeitura de São Paulo são objeto de análise:

- i. Lei Municipal nº 17.180, de 25 de setembro de 2019;
- ii. Decreto nº 59.196, de 29 de janeiro de 2020 (que substituiu o Decreto nº 58.965/2019); e
- iii. Minuta de Edital para Concessão dos serviços de gestão, operação, manutenção, exploração, revitalização e expansão dos 22 (vinte e dois) cemitérios e dos crematórios públicos e da prestação dos serviços funerários no Município de São Paulo

12. Ressaltamos que não se pretende avaliar se essas normas possuem dispositivos inconstitucionais ou não, o que foge de nossa competência. O objetivo é avaliar esses dispositivos sob o ponto de vista econômico, especialmente relacionados aos seus potenciais impactos na concorrência, conforme mandato conferido pelo Art. 19 da Lei nº 12.529/2011. Para tanto, a ideia é identificar, a partir do *checklist* da OCDE (2017), se tais dispositivos têm o potencial de prejudicar a concorrência ou não.

Uma visão geral: a questão da amplitude do conceito de serviços públicos

13. O Município de São Paulo restringiu, por meio do Art. 3º da Lei nº 17.180/2019, as formas de prestação de serviços funerários, cemiteriais e de cremação, o que foi feito arrogando para si a competência para prestação desses serviços. No entanto, o Poder Concedente fará isso indiretamente, já que a previsão será delegar tais serviços ao setor privado por meio de concessões[8]:

*“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. (Grifo nosso).

14. Não se pretende (e nem caberia) questionar a legalidade da escolha do município em incluir uma ampla gama de atividades relacionadas aos serviços cemiteriais, funerários e de cremação na categoria de serviços públicos, submetendo-os todos eles ao **regime de concessão**. Em outras manifestações correlatas, esta Seae já mostrara sua compreensão de que não há ilegalidade por parte do município em legislar sobre os serviços funerários e cabe a ele definir quais atividades relacionadas entrariam nessa categoria de serviços públicos[9].

15. No entanto, se não podemos questionar a legalidade, podemos questionar a conveniência, do ponto de vista econômico, para incluir uma ampla gama de atividades no conceito de serviços públicos. Ainda que os parágrafos 1º e 2º definem algumas exceções, a submissão de todos os demais serviços a algum

regime de concessão nos parece desnecessária e muitas vezes pode representar prejuízos à concorrência. Conforme já manifestado noutras ocasiões, o fato do Estado submeter a oferta de qualquer bem ou serviço a algum regime de concessão, ainda que seja legalmente amparado, tipicamente representa alguma restrição à concorrência. **Geralmente** a adoção desses modelos regulatórios está associada a exclusão de ofertantes do mercado e/ou à alguma regra de fixação de preços. A primeira restrição equivale à restrição do tipo 1 da metodologia da OCDE, qual seja “limitação no número ou variedade de fornecedores”, mais especificamente por conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços (item “a” do tipo 1). A segunda restrição equivale à restrição do tipo 2 da OCDE, que é a “limitação da concorrência entre empresas”, especialmente por limitar a capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços (item “a” do tipo 1).

16. É importante deixar claro que esta Secretaria não se posiciona sempre contrária a modelos regulatórios mais restritivos. O nosso ponto é que as restrições precisam ser bem justificadas. A questão central seria: sob quais condições a exclusão de todos os potenciais ofertantes de um mercado e a concessão desse mercado a um único ofertante seria preferível ao livre mercado? Tipicamente o caso clássico dos monopólios naturais é compreendido na literatura econômica como uma boa justificativa técnica para fundamentar essa decisão política[10].

17. No entanto, pelo menos numa análise prévia, muitos dos serviços considerados pela legislação do município não parecem ter características de um monopólio natural e sendo assim não haveria razões para serem submetidos a algum regime de concessão. Conforme já consagrado na literatura econômica e demonstrado, por exemplo, por Pinto Jr e Fiani (2013)[11], a caracterização de um monopólio natural requer a confirmação de duas hipóteses importantes: (i) presença de economias de escala em toda a amplitude relevante de produção; e (ii) subatividade de custos que gerem economias de escopo no caso de firmas multiprodutos. Esta secretaria não identificou estudos técnicos-econômicos que demonstrem a presença dessas características nos serviços supracitados.

18. Intuitivamente, até pode parecer razoável supor alguma característica dessa natureza para o caso de uma firma responsável pela **construção, manutenção e operação do cemitério**, pelo menos em algumas condições especiais. Isto porque certamente os investimentos referentes à construção são gastos não desprezíveis, pois, entre outros itens, envolve a aquisição de uma área urbana geralmente bastante valorizada. Nesses casos, pode ser que a curva de custo médio seja decrescente em toda amplitude relevante de produção, que é definida pelo tamanho da demanda. Noutras palavras, se o mercado for relativamente pequeno para o porte do investimento requerido, pode ocorrer ganhos de escala se a oferta for garantida por produtor único, caracterizando um monopólio natural. De qualquer modo, trata-se de mera especulação e essa hipótese precisaria ser avaliada por meio de estudos técnicos-econômicos específicos (adiante faremos mais algumas considerações sobre a construção de novos cemitérios[12].

19. Existiriam outras justificativas para que todos os serviços funerários sejam ofertados sob regime de concessão? Nosso entendimento é que essa necessidade não está clara. Essa percepção não exclui, evidentemente, o reconhecimento da importância desses serviços. É compreensível que tais atividades sejam bastante sensíveis ao meio ambiente e especialmente à saúde pública, pois toda operação (desde o óbito até o sepultamento) envolve cuidados especiais que precisam ser atendidos, tais como a possibilidade de propagação de doenças que levaram ao óbito, a decomposição do corpo, entre muitas outras.

20. Conforme mostrado por Miranda (2011)[13], a participação privada nesse setor já é bastante expressiva nesses serviços. De acordo com autor, referente ao ano de 2009, a exploração privada desse setor é feita por aproximadamente 5.500 empresas, variando entre micro e pequenas empresas e até grandes conglomerados. Então, se algo não está sendo bem feito, o município poderia atacar diretamente o que está deixando a desejar, espedindo normas que discipline e estabeleça requisitos a serem atendidos pelo privado. Nessa linha, o papel do município seria fiscalizar o cumprimento desses requisitos. É importante lembrar que serviços importantes para sociedade, tais como serviços médicos e educação, também estão nessa linha e podem servir como parâmetro de comparação.

21. Para concluir, o que não nos parece adequado é o Estado avocar para si a responsabilidade de uma atividade que já vem sendo desempenhada pelo setor privado, para em seguida retorná-la novamente ao setor privado por meio de uma concessão, o que, por definição, constitui-se em processo bastante moroso e custoso, inclusive com presença de riscos jurídicos por envolver contratos entre partes. Se é para ser

delegado ao setor privado, então que fique desde já com o setor privado, bastando estabelecer regras de atuação. Entendemos que esta estratégia poderia ser feita, por exemplo, aumentando o rol de atividades no parágrafo 2º do art. 3º da Lei 17.180/2019 e abrindo espaço para edições de normas que disciplinem a participação do privado.

22. Por fim, ainda que seja mantida a exigência de concessão para certos serviços, seria fundamental garantir a participação de vários agentes, sempre que possível. É importante lembrar que a **necessidade de prévia licitação para a delegação de serviço público não condiciona a concessão de exclusividade à prestação do mesmo**. Conforme já destacamos noutras manifestações, o inciso III, do artigo 7º e o artigo 16 da Lei nº 8.987/95 sustentam essa afirmação:

“Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviço, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta lei. (Grifo nosso).

23. Em suma, para ter exclusividade é necessário justificativa do ato que demonstre inviabilidade técnica ou econômica de se promover uma concessão sem essa garantia.

Da proibição de novos cemitérios (crematórios).

24. Nos termos do art. 23º do Decreto nº 59.196/2020, 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 sepultras; e (vii) manutenção e conservação das instalações e áreas comuns dos cemitérios, prestados nos termos de leis do município. Observe que o Decreto não inclui **a construção de cemitérios** no rol de atividades definidas como serviços cemiteriais.

25. De fato, a separação das atividades de construção do cemitério e as atividades cemiteriais parece adequada do ponto de vista regulatório. Os serviços cemiteriais definidos acima equivalem, essencialmente, aos serviços de Operação & Manutenção, cujo gastos associados correspondem ao OPEX (*Operational Expenditure*). Por outro lado, a construção de novos cemitérios corresponde ao CAPEX (*Capital Expenditure*) do projeto, o que deve ser bastante expressivo, especialmente por envolver a aquisição de áreas urbanas valorizadas, conforme já falamos. Essa distinção é essencial porque as condições de oferta nos dois cenários (cemitério já em operação ou a ser construído) são significativamente diferentes.

26. No entanto, o modelo regulatório desenhado pelo Município de São Paulo extrapola ao vedar a participação do setor privado na **construção de novos cemitérios**, conforme previsto no parágrafo 1º do Art. 7º do Decreto nº 59.196/2020:

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. (Grifo nosso).

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

27. Diante dessa vedação do parágrafo 1º, novos cemitérios (e crematórios) somente poderão ser construídos pelo Poder Público, o que limita a possibilidade de novas ofertas. Por definição, a medida representa uma restrição do tipo 1 da metodologia da OCDE, qual seja “limitação no número ou variedade de fornecedores”, mais especificamente por conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços ou, alternativamente, a um pequeno grupo de ofertantes (item “a” do tipo 1).

28. Sem entrar no mérito se esse dispositivo afronta ou não os Art. 1º e 170º da Constituição, esta Secretaria entende que não há justificativas claras para impedir a participação do setor privado na construção de novos cemitérios (e crematórios). Ao contrário, a participação do setor privado pode ser extremamente importante em várias circunstâncias, especialmente num cenário de escassez de recursos e de necessidade de novos terrenos para sepultura.

29. Qual é o receio em relação à oferta de novos cemitérios por parte do setor privado? De fato, presume-se que algumas questões particulares desse setor precisam ser observadas e reguladas pelo Município. Do ponto de vista dos requisitos necessários a serem atendidos, o parágrafo 2º do artigo mencionado já estabelece que os cemitérios particulares deverão atender as mesmas normas e procedimentos aos quais estão submetidos os cemitérios públicos. Nesse caso bastaria estender esses mesmos requisitos para os novos cemitérios ou mesmo acrescentar mais algum que se julgue importante. Ou seja, na linha do que já foi dito na seção anterior, do ponto de vista da essencialidade dos serviços, não haveria motivos para evitar novos cemitérios privados.

30. O receio seria um excesso de ofertas? A princípio poder-se-ia pensar na hipótese de um excesso de ofertas de cemitérios (e crematórios) e uma consequente falência de alguns deles por conta da concorrência acirrada. Como corolário, se a questão não estiver bem modelada, o município poderá ter problemas para dar continuidade aos serviços após a falência do privado, especialmente no sentido de garantir o caráter secular dos cemitérios.

31. No entanto, mais uma vez entende-se que não seja necessário proibir a participação do privado para garantir essas condições especiais de oferta. O município pode estabelecer requisitos adicionais para oferta de cemitérios privados (incluindo os já instalados) para garantir seu caráter secular. Por exemplo, pode-se estabelecer a regra que, na hipótese de falência, os bens inerentes ao cemitério (terreno, salas de velórios e instalações em geral) sejam revertidos ao poder público, o qual poderá dar continuidade na O&M diretamente ou por meio de nova concessão ao setor privado. Ainda que esse tipo de restrição possa implicar em considerável aumento de risco para o privado, ela não constitui uma proibição[14]. Nessa perspectiva, cabe ao setor privado avaliar a relação entre risco e retorno e decidir-se pelo investimento ou não. Mas note que a livre iniciativa estaria sendo preservada.

32. É pertinente lembrar que a participação do setor privado em projetos *greenfield* já está amparada pela Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões e Permissões) ao prever a **concessão precedida de obra pública**, na qual o privado realizaria a construção do cemitério por conta e risco e seu investimento seria remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por determinado prazo, nos termos previsto pelo inciso III do Art. 2º da referida lei. Nesta linha, poder-se-ia ainda pensar na previsão de estudos prévios para demonstrar a necessidade e a viabilidade técnica-econômica (EVTE) de se construir mais um cemitério na cidade. Uma vez demonstrada a viabilidade (o que pode ser provocada pelo próprio setor privado), uma licitação seria aberta pelo Poder Público, a exemplo do que ocorre em outros setores.

33. Em suma, a possibilidade de construção de novos cemitérios/crematórios[15] pelo setor privado é uma alternativa atraente do ponto de vista econômico e não deveria ser vedada conforme previsto no parágrafo 1º do art. 7º do Decreto nº 59.196/2020. Enfatizamos que todos os requisitos relacionados à essencialidade e continuidade dos serviços poderiam ser estabelecidos pelo município, sem a necessidade de vedação de participação do setor privado.

Dos Planos Funerários e do transporte de cadáveres

34. Outra restrição significativa refere-se à comercialização de planos funerários prevista no Art. 8º da Lei 17.180/2019:

“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”. (Grifo nosso).

35. Esta regra representa severa restrição à concorrência e pode ser enquadrada no tipo 1 da metodologia da OCDE (2017), descrita acima. Ou seja, há aqui uma clara **limitação no número ou variedade de fornecedores**, especialmente pelas seguintes razões: “*concede direitos exclusivos a um único fornecedor (ou pequeno grupo) de bens ou serviços*” (item 1.a) e porque “*limita a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços*” (item 1.c).

36. Além disso, a regra representa também uma limitação ao número de fornecedores ao “*criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços*” (item 1.e da metodologia ODCE). Do ponto de vista do funcionamento da economia, não há razões para impedir que empresas de outros municípios ofereçam serviços no município de São Paulo. Ao contrário, mais ofertantes no mercado tende a resultar em mais opções aos consumidores e geralmente a preços mais acessíveis.

37. Na mesma linha enquadra-se o Parágrafo 1º do art. 4º da Lei 17.180/2019:

Art. 4º (...)

§ 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. (Grifo nosso).

38. Observe que o dispositivo limita a participação de veículos de outras cidades, o que representa também uma limitação ao número de fornecedores ao “*criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços*” (item 1.e da metodologia ODCE). Do mesmo modo, não parece haver alguma motivação em termos de segurança, saúde ou qualquer outra justificativa para limitar a participação de veículos de outras cidades. Sendo assim, trata-se de barreira desnecessária à concorrência.

39. Em suma, os serviços de Planos Funerários deveriam estar incluídos no rol de atividades previstas no parágrafo 2º do Art. 3º da Lei nº 17.180/2019, podendo ser ofertados livremente pela iniciativa privada, com base na Lei Federal nº 13.261, de 22 de março de 2016, que estabelece a normatização, a fiscalização e a comercialização de planos de assistência funerária. Com relação aos serviços de transporte de cadáveres, caso não sejam incluídos nessa lista de exceções (que parece ser a melhor solução), é importante não limitar o número de transportadores e nem vedar a participação de veículos de outras cidades. Conforme já argumentamos antes, basta estabelecer as normas de segurança e os requisitos necessários para prestação dos serviços e fiscalizar o cumprimento dessas exigências.

Do agrupamento dos cemitérios em 4 lotes

40. Nesta subseção retomamos o ponto relacionado à **concentração horizontal** que está sendo promovida pela Concessão em andamento, conforme previsto no item 3.1.do Edital/2019 da Prefeitura de São Paulo, em que os 22 Cemitérios Públicos foram agrupados em 4 (quatro) blocos.

41. Nossa manifestação anterior foi no sentido de que não haveria uma clara demonstração de que o agrupamento dos 22 cemitérios em 4 blocos gere ganhos de escala e consequentemente o caminho mais natural seria realizar as licitações individuais para cada um dos cemitérios. No argumento estava implícita a ideia de que a estratégia poderia pulverizar um pouco mais os cemitérios entre os potenciais *players* do mercado, especialmente porque o capital necessário para participar seria menor.

42. No entanto, é oportuno ponderar que, ainda que o argumento acima esteja correto, é preciso reconhecer que a questão de agrupamento em lotes é controversa na literatura e que, de fato, os resultados podem ser ambíguos quando se considera a hipótese de conluios. A literatura econômica tem enfatizado que a formatação dos lotes (blocos) é estratégica para evitar conluios na licitação, sendo que a regra geral é que devem ser formatados de modo que o objeto em disputa seja difícil de dividir entre os competidores [Pellegrini (2018)][16].

43. Autores como Klemperer (2004)[17] e Grimm et al (2006)[18] tem sugerido as seguintes regras práticas para definir o número ótimo de lotes: (i) o número de lotes deve ser menor do que o número esperado de participantes; e (ii) deve haver ao menos um lote a mais do que o número de incumbentes no mercado, sendo este reservado a novos participantes.

44. No caso em análise, considerando que são 22 cemitérios públicos a serem licitados e 20s. 33 cemitérios privados (e potenciais participantes[19]), a situação (sem agrupamento) **pode** violar a regra prática (i) sugerida acima, o que facilitaria, pelo menos em tese, a formação de conluio. Sem a necessidade de se aprofundar sobre a questão, ponderamos nossa recomendação anterior, quando a substituímos por uma recomendação mais branda no sentido de reconhecer que a hipótese de conluio não pode ser totalmente descartada no presente caso. Nessa linha, apenas sugerimos que, em havendo oportunidade[20], a questão seja reexaminada considerando esses fatores (prós e contra). Caso não seja constatado risco iminente de formação de conluio, fica valendo nossa sugestão anterior de editais individuais.

A questão da verticalização

45. Nesta subseção discutimos a questão da verticalização de atividades sob a gestão de concessionários para deixar claro nossa interpretação sobre o assunto e destacar nosso ponto de vista sobre duas situações distintas: (i) aquela verticalização promovida por meio da integração de atividades dentro e fora de um cemitério; e (ii) integração de atividades promovida dentro de um determinado cemitério.

46. No primeiro caso nos manifestamos na audiência pública e não visualizamos como sendo uma boa estratégia concorrencial a proposta de exigir que todos os serviços funerários estejam atrelados à concessão de algum dos blocos de cemitérios, pois isso configuraria uma verticalização setorial desnecessária. Aqui destacamos que, ao se adotar essa estratégia, corre-se o risco de excluir do mercado um número significativo de *players* sem qualquer justificativa. Quem não conseguir se associar a algum dos vencedores seria expulso do mercado? Então, na presente nota ratificamos nosso entendimento anterior de que essa exclusão de *players* do mercado prejudica desnecessariamente a concorrência.

47. No entanto, o caso da integração de atividades dentro de um cemitério pode ter certo sentido econômico e não nos opomos a ela. Pode fazer sentido delegar um conjunto de serviços já prestados pelo cemitério para uma única firma, a qual funcionará como gestora desse conjunto de atividades de O&M no âmbito daquele cemitério, inclusive permitindo-a fazer subcontratações para serviços específicos. Muito provavelmente a execução desse conjunto de atividades (verticalização) no âmbito do cemitério (numa única firma) deve gerar economias de escopo por conta de subatividade dos custos da gestão[21]. No entanto, esse direito de prestar esse conjunto de atividades por uma única firma dentro do cemitério não precisa vedar o direito de outro *player* executar algumas dessas atividades fora dele. Ou seja, presume-se que seja possível conviver com serviços sendo prestados pelos cemitérios e serviços sendo prestados por outras firmas fora dos cemitérios[22].

Do tabelamento de preços e o critério de julgamento

48. O tabelamento de preços é uma típica restrição à concorrência. Nos termos da metodologia OCDE (2017), o tabelamento de preços representa uma restrição do tipo 2.1, qual seja a limitação da concorrência entre empresas em decorrência da limitação da capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços.

49. Frequentemente os governos (incluindo o brasileiro) regulam os preços de serviços tradicionalmente ofertados por meio de monopólios, tais como os serviços básicos de água, eletricidade, gás, etc. (os chamados “*utilities*”). Este tipo de controle de preços é provavelmente mais vantajoso e potencialmente melhor para os consumidores nesses casos e pode ser uma solução apropriada na ausência de melhores alternativas.

50. No entanto, na maioria dos outros casos o uso desse tipo de modelo regulatório é desnecessário e não apresenta vantagens em relação às forças naturais do mercado. Nesses casos, conforme argumenta a OCDE (2017), “*quando se estabelecem preços mínimos, as empresas que podem praticar preços ainda mais baixos são impedidas de conquistar quota de mercado pela oferta de propostas economicamente mais vantajosas aos consumidores. Da mesma forma, a existência de um limite máximo de preços pode levar à redução substancial dos incentivos à inovação e à oferta de produtos novos e/ou de elevada qualidade, e os concorrentes podem efetivamente alinhar os seus preços ao preço máximo*”. Esse nos parece ser o caso de muitos dos serviços funerários, cemiteriais e crematoriais.

51. Nos casos de serviços ofertados por meio de monopólios, é habitual o uso de algum modelo que fixe os preços e se estabeleça algum indicador de correção ao longo do período de concessão. No

entanto, mesmo admitindo esse caminho, a Seae entende que o critério de julgamento da licitação poderia ser melhorado. O modelo escolhido pela Prefeitura de São Paulo foi o de adotar como critério de julgamento o maior valor global de outorga fixa a ser paga ao Poder Concedente, sendo que nesse caso os preços de todos os serviços já são tabelados previamente em edital.

52. Esse modelo tende a ser vantajoso do ponto de vista fiscal, vez que se tem o incentivo para extrair a maior outorga possível. No entanto, do ponto de vista dos usuários, a melhor alternativa seria adotar o critério de julgamento como sendo **a menor tarifa**. Nesse modelo, o governo fixa um valor de outorga e deixa que os concorrentes disputem o mercado. Quem oferecer a menor tarifa, vence o leilão. Note que esse critério resulta numa concorrência melhor para os usuários (consumidores), objetivo central da Advocacia da Concorrência.

Proposta de uma legislação federal

53. Nas notas técnicas anteriores a Seae já tinha sugerido a edição de lei federal para estabelecer algumas diretrizes gerais para o setor. Reforçamos esse ponto aqui. Evidentemente não se pretende retirar a competência dos municípios para legislar sobre a matéria, mas entende-se que seja possível estabelecer algumas diretrizes gerais, a exemplo do que já existe em outros setores de titularidade dos municípios, tais como saneamento e transporte urbano.

54. Apenas a título de ilustração, a lei federal poderia conter alguns conceitos e diretrizes gerais tais como:

- Uniformização dos conceitos de serviços funerários, cemiteriais e crematoriais;
- Prever que tais serviços podem ser prestados pela prefeitura e/ou pela iniciativa privada;
- Estabelecer as condições básicas para participação do setor privado, que não dependem das características particulares do município;
- Estabelecer a exigência de continuidade dos serviços cemiteriais para visitas mesmo após esgotada sua capacidade;
- Estabelecer alguns requisitos básicos e/ou parâmetros de essencialidade dos serviços que necessariamente precisam ser atendidas e que não dependam das particularidades do município;
- Entre outras.

CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

55. A presente nota técnica avaliou os aspectos concorrenciais referentes ao modelo regulatório dos serviços funerários, cemiteriais e crematoriais do Município de São Paulo. Essencialmente o referido modelo inclui a Lei Municipal nº 17.180/2019, Decreto nº 59.196/2020 e a Minuta de Edital de Concessão desses serviços ao setor privado.

56. Nossa análise foi focada em alguns pontos questionados pelas PETICIONÁRIAS, bem como pela ADI ajuizada Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). O Quadro I abaixo sintetiza os problemas identificados e as respectivas ações que poderiam eliminar ou mitigar o efeito anticoncorrencial.

Quadro I

Resumo dos problemas concorrenciais e das sugestões

Problemas concorrenciais	Recomendações
Conceito muito amplo de serviços públicos (Por exemplo, planos funerários estão incluídos no rol de serviços a serem concedidos pelo Poder Público)	Reduzir as atividades sujeitas ao regime de concessão (uma possibilidade seria ampliar as exceções previstas no parágrafo 2º do art. 3º da Lei 17.180/2019)
Proibição de construção de novos cemitérios/crematórios pelo setor privado	Excluir o parágrafo 1º do Art. 7º do Decreto nº 59.196/2020
Vedação à oferta de Planos funerários por empresas fora do município e obrigatoriedade de vínculo desses serviços à alguma concessionária	Excluir o Art. 8º da Lei 17.180/2019 e incluir os serviços de planos funerários no rol de exceções previstas no parágrafo 2º do art. 3º da mesma lei
Vedação do transporte de cadáveres por veículos provenientes de outras cidades dentro do município	Excluir o parágrafo 1º do Art. 4º Lei 17.180/2019 e publicar as exigências necessárias para o transporte e fiscalizar os

	serviços
Agrupamento dos 22 cemitérios em 4 blocos	Reexaminar a conveniência do agrupamento levando-se em conta o <i>trade-off</i> entre concentração e possibilidade de conluio nas licitações
Vedação de atividades fora dos 4 blocos de licitação (verticalização forçada)	Alterar o edital no que for necessário para não impedir que outros prestadores de serviços fora do cemitério continuem ofertando seus serviços
Critério de julgamento pelo maior valor de outorga pode não gerar ganhos para os consumidores no processo de concorrência	Altear o critério de julgamento para menor tarifa. Essa estratégia reduz o problema do tabelamento dos preços
Ausência de legislação federal para uniformizar conceitos e definir diretrizes gerais para o setor	Discutir e propor lei federal

À consideração superior.

Documento assinado
eletronicamente

RICARDO COELHO DE
FARIA
Assessor

Documento assinado eletronicamente

ALEXANDRE MESSA PEIXOTO DA SILVA
Secretário Adjunto da Secretaria de Advocacia da Concorrência e
Competitividade

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

CÉSAR COSTA ALVES DE MATTOS
Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade - Seae

[1] O referido Edital encontra-se aberto para propostas, sendo que foi confirmado pelo Despacho Autorizatório da Prefeitura de São Paulo, publicado no Diário Oficial da Cidade em 04/02/2020, página 38.

[2] De acordo com as Peticionárias, caso não seja concedida liminar, serão consumados fatos com implicações jurídicas e econômicas relevantes com a criação de expectativas de direito para os vencedores do certame, o que resultará naturalmente em pleitos indenizatórios à Prefeitura em casos de tentativas de revisão após a homologação.

[3] OCDE (2017), *Guia para Avaliação de Concorrência: Volume 2 - Diretrizes*,

www.oecd.org/competition/toolkit.

[4] A limitação no número ou variedade de fornecedores é provável no caso de a política proposta: (a) conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços; (b) estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento; (c) limitar a alguns tipos de

fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços; (d) aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; ou (e) criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão de obra ou realizarem investimentos.

[5] A limitação da concorrência entre empresas é provável no caso de a política proposta: (a) limitar a capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços; (c) limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços; (d) fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados; ou (e) aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos concorrentes novos).

[6] A diminuição do incentivo para as empresas competirem é provável no caso de a política proposta: (a) estabelecer um regime de autorregulamentação ou de corregulamentação; (b) exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas; ou (c) isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência.

[7] A limitação das opções dos clientes e da informação disponível é provável no caso de a política proposta: (a) limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor; (b) reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio de aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores; ou (c) alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência

[8] Na Constituição as possibilidades são mais amplas. Conforme art. 175: “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”. Numa primeira análise a Seae interpreta que as restrições inseridas pelo Município de São Paulo não sejam interessantes. Embora estas formas de prestação de serviços (direta ou por meio de permissões) podem não ser as mais adequadas do ponto de vista econômico (e geralmente não são), presume-se que seja conveniente mantê-las disponíveis para ocasiões especiais (ainda que temporariamente). Por exemplo, se o leilão der vazio ou no caso de caducidade de uma concessão, o município pode ter dificuldades para dar continuidade na operação dos serviços por um determinado período. Do mesmo modo, ainda que muito raro, pode haver ocasiões especiais em que o regime de permissão possa ser mais conveniente, o que pode acontecer, por exemplo, quando o serviço não exigir investimentos significativos e nem a reversibilidade de bens para o domínio público. Nestes casos pode ser mais fácil para o Poder Concedente reaver os serviços quando achar oportuno.

[9] Estamos aqui nos fundamentando também, inclusive, nas explicações contidas na Petição Inicial do MPSP: (...) tem prevalecido entendimento no sentido de que os “serviços funerários” são serviços públicos municipais e, atualmente, essa compreensão encontraria o seu fundamento no art. 30, V, da Constituição Federal, que estabelece competir aos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”—e que denota um rol exemplificativo”. Consolidando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já definiu que os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. C.F., art. 30, V.

[10] É importante frisar ainda que, mesmo nesse caso, a concessão de um monopólio ao privado somente gerará ganhos sociais na presença de um modelo regulatório bem estruturado e bem implementado.

[11] Adiante faremos mais algumas considerações sobre a construção de novos cemitérios.

[12] PINTO JR, Helder Queiroz e FIANI, Ronaldo. **Regulação Econômica**. In: KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia (Orgs). Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

[13] MIRANDA, Gabriel Mattioli de. **Serviços Funerários e Livre Iniciativa Econômica – Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)**. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/180_Monografia-Gabriel.pdf, acesso no dia 09 de janeiro de 2020.

[14] Nessa linha, esses bens também não poderão ser dados em garantia, o que deve aumentar o custo do crédito. fls. 37

[15] Na seção não demos destaque para o caso dos crematórios, mas todo raciocínio seria basicamente o mesmo. Talvez a única diferença substancial é que a área necessária para construção de um crematório seja significativamente menor, o que tende facilitar ainda mais a prestação dos serviços pelo privado. Neste caso, a bem da verdade, a situação nos parece afastar bastante da hipótese de um monopólio natural.

[16] PELLEGRINI, Guilherme Martins. **Licitação mulunitária: modelagem de contratações públicas a partir da teoria dos leilões**. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

[17] KLEMPERER, Paul. **Auctions: Theory and Practice**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

[18] GRIMM, Veronika, PACINI, Riccardo, SPAGNOLO, Giancarlo, ZANZA, Matteo. 'Division into lots and competition in procurement', in DIMITRI, Nicola, PIGA, Gustavo, SPAGNOLO, Giancarlo. *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

[19] Não estamos aqui considerando outras hipóteses, tais como possibilidade de participantes de *players* de outras cidades, bem como a possibilidade de algum *player* possuir mais de 1 cemitério dentre os 20. De qualquer modo, a ausência dessa informação não prejudica nossa argumentação

[20] A oportunidade se refere a uma eventual hipótese de o edital ser reexaminado pelo Poder Concedente

[21] Por exemplo, um único gestor de contratos (atividades) não precisará ter um escritório de contabilidade para cada uma das atividades

[22] Provavelmente os cemitérios podem levar vantagens comparativas em relação às firmas que prestam serviços sem o vínculo direto com algum cemitério. No entanto, entendemos que esta situação se assemelha à realidade de muitos outros mercados e que precisa ser enfrentada por seus participantes. Mas vetar a oferta de serviços por parte dos cemitérios para contornar essa dificuldade também não nos parece um caminho saudável para concorrência

57.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Messa Peixoto da Silva, Secretário(a) Adjunto(a)**, em 10/03/2020, às 17:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Coelho de Faria, Assessor(a) Técnico(a)**, em 10/03/2020, às 18:41, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **César Costa Alves de Mattos, Secretário(a) de Advocacia da Concorrência e Competitividade**, em 10/03/2020, às 18:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **6883510** e o código CRC **1E9D74B7**.