

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado SEI nº 29.0001.0069995.2019-88

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. ART. 1º,
ART. 2º, CAPUT, E § 1º DO ART. 3º, CAPUT, § 1º, EXPRESSÃO
“SOMENTE LIBERANDO O CADÁVER PARA TRANSPORTE ÀS
AGÊNCIAS FUNERÁRIAS MUNICIPAIS OU CONCESSIONÁRIAS”
CONSTANTE DO § 2º E § 3º DO ART. 4º, E ART. 8º, TODOS DA LEI Nº
17.180, DE 25 DE SETEMBRO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO. DISPOSIÇÕES DO DECRETO MUNICIPAL Nº 58.965/2019.
RESTRIÇÕES À LIVRE INICIATIVA E À LIVRE CONCORRÊNCIA NO
SETOR DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS, CEMITERIAIS, DE CREMAÇÃO E
COMERCIALIZAÇÃO DE PLANOS FUNERÁRIOS. OFENSA À LIVRE
INICIATIVA, À LIVRE CONCORRÊNCIA E À DEFESA DO CONSUMIDOR.
OFENSA À REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS NO
TOCANTE À POSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO DE LEGISLAR APENAS NO
QUE SE REFERE A INTERESSE LOCAL.**

1. Lei do Município de São Paulo que, ao estabelecer que os serviços funerários, cemiteriais e de cremação, no mais amplo sentido, são serviços públicos e serão objeto de concessão, estabelece restrições à realização de tais atividades por agentes privados. Lei que, ainda, restringe a comercialização de planos funerários e transporte de cadáveres e restos mortais, no âmbito do Município de São Paulo.

2. Restrições que não estão em consonância com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, que resguardam a livre iniciativa, a livre concorrência e os interesses do consumidor. Ofensa ao art. 144 da CE/89 por sua remissão aos arts. 1º, IV, e 170, IV e V, da CF/88.

3. Regulamentação de transporte de cadáveres e restos morais para além do Município. Afronta à repartição constitucional de competências. Tema além do interesse local. Ofensa ao art. 144 da CE/89 por sua remissão aos arts. 25, § 1º, e 30, I e V, da CF/88.

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido liminar, em face do art. 1º, do art. 2º, do caput e do § 1º do art. 3º, do caput, § 1º, expressão “somente liberando o cadáver para transporte às agências funerárias municipais ou concessionárias” constante do § 2º e § 3º do art. 4º e do art. 8º, da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019, bem como do § 1º do art. 7º, do § 1º do art. 22, do § 1º do art. 67, da expressão “só” constante do caput do art. 70, do caput e dos §§ 1º a 3 do art. 74 e do art. 75, do Decreto nº 58.965, de 25 de setembro de 2019, do Município de São Paulo**, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS PRECEITOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei nº 16.703, de 04 de outubro de 2017, do Município de São Paulo, é o diploma legal que “disciplina as concessões e permissões, obras e bens públicos que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD”.

Referida lei foi **alterada pelo art. 1º da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019**, do Município de São Paulo, que tratou especificamente da prestação de serviços cemiteriais e funerários no Município.

Assim, atualmente, a Lei nº 16.703/17, com as alterações dadas pela Lei nº 17.180/29, no que interessa à presente ação, passou a dispor:

Art. 1º. O Plano Municipal de Desestatização – PMD tem como objetivos fundamentais:

I – reordenar, no âmbito do Município de São Paulo, a posição estratégica da Administração Pública Municipal na economia, transferindo à iniciativa privada as atividades que podem ser por ela melhor exploradas;

II – permitir que a Administração Pública Municipal concentre os seus esforços nas atividades em que a presença do Município seja fundamental para a consecução das suas prioridades;

III – contribuir para a reestruturação econômica do setor público municipal, com especial atenção à eficiência no cumprimento de suas finalidades e sustentabilidade;

IV – promover investimentos nos bens e serviços que forem objeto de desestatização;

V – garantir a racionalização do uso e da exploração de bens e serviços, mediante a avaliação de seu valor econômico e a implementação de novas formas de exploração;

VI – permitir que o Município regulamente a exploração de serviços e o uso de bens públicos a fim de distribuir equitativamente custos a eles associados;

VII – garantir a modernização dos instrumentos regulatórios em prol da livre concorrência;

VIII – promover a ampla conscientização dos custos e oportunidade associados à exploração de bens municipais e à prestação de serviços públicos, bem como a transparência dos processos de desestatização;

IX – garantir a defesa e manutenção dos serviços ambientais já existentes.

(...)

Art. 9º. Fica o Executivo autorizado a outorgar concessões e permissões dos seguintes serviços, obras e bens públicos:

(...)

VI – os cemitérios e crematórios públicos, os serviços cemiteriais nos cemitérios e crematórios públicos, bem como os serviços funerários (inciso incluído pelo art. 1º da Lei nº 17.180/2019).

(g.n.)

A Lei nº 17.180/2019, do Município de São Paulo, ainda promoveu alterações na Lei nº 8.383, de 19 de abril de 1976, que reorganizara o serviço funerário municipal.

Por conseguinte, no presente momento, a Lei nº 8.383, de 19 de abril de 1976, **com as modificações dadas pelo art. 2º da Lei nº 17.180/2019**, estabelece no que interessa à presente ação:

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.

(g.n.)

Finalmente, a **Lei nº 17.180/2019, do Município de São Paulo**, trouxe disposições em seu próprio texto, nos seguintes termos:

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.

§ 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 ossuários, 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 Pública 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.

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 13.621/2016, 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. 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.

(g.n.)

Para completar, anote-se que foi promulgado o **Decreto nº 58.965, de 25 de setembro de 2019**, que, dentre outros, **regulamentou** as disposições da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019. No que interessa à presente ação, o referido decreto estabelece:

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 art. 22.

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

(...)

Art. 22. Os serviços cemiteriais compreendem a execução dos serviços de:

I – sepultamento;

II – exumação;

III – instalação e manutenção de velórios;

IV – vigilância;

V – manutenção de ossuário e columbário;

VI – ajardinamento, limpeza, conservação, a manutenção de túmulos e jazigos; e

§ 1º. Fica autorizada a prestação de serviços cemiteriais pelos cemitérios particulares existentes na data de publicação deste decreto, ressalvadas as disposições do seu artigo 7º.

(...)

Art. 67. Para efeitos deste decreto, considera-se serviço funerário o desenvolvimento das seguintes atividades:

I – transporte de restos mortais;

II – fornecimento de caixões, urnas funerárias ou cinerárias e afins, aos usuários dos serviços;

III – gestão de agências funerárias;

IV – ornamentação de câmaras mortuárias e salas de velórios para realização as homenagens, bem como transporte de coroas em cortejos fúnebres.

§ 1º. Os serviços prestados nos incisos I, II e III do ‘caput’ deste artigo serão prestados exclusivamente pelo Poder Público ou suas delegatárias, ressalvado o disposto no artigo 93 deste decreto.

Artigo 68. 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.

$$(\dots)$$

Artigo 70. Os serviços funerários no Município de São Paulo só poderão ser prestados pelo Poder público ou pessoas jurídicas delegatárias de serviços públicos, na forma prevista neste decreto, que, além das cláusulas contratuais, obrigam-se-ão:

$$(\dots)$$

Art. 74. 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 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.

(...)

Art. 75. 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.

(g.n.)

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos impugnados ferem a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Com efeito, referidas disposições normativas municipais são incompatíveis com o art. 144 da Constituição Paulista, o qual dispõe que, *verbis*:

Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Ao condicionar a autonomia dos Municípios à observância dos princípios previstos em seu bojo e na Constituição Federal de 1988 (CF/88), o art. 144 da Constituição Estadual possui caráter de **norma remissiva**, reproduzindo, aliás, o *caput* do art. 29 da Carta Magna.

A incompatibilidade vertical arguida pode se dar em face de norma remissiva da Constituição Estadual, não havendo espaço para se cogitar de contraste direto da lei municipal com a Constituição Federal.

A parametricidade das normas constitucionais estaduais de caráter remissivo, para fins de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais perante o Tribunal de Justiça local (art. 125, § 2º, CF/88), constitui questão amplamente discutida e pacificada no Supremo Tribunal Federal (AgR Recl. 10.500/SP; Min. Rel. Celso de Mello; D.J. 26/10/2010 e AgR Recl. 10406/GO; Min. Rel. Gilmar Mendes; D.J. 26/08/2014).

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há usurpação da competência da Corte Constitucional Federal quando os Tribunais de Justiça locais, no exercício de sua competência prevista no art. 125, § 2º, da Constituição da República, verificam a compatibilidade de leis municipais com normas constitucionais estaduais que fazem remissão às disposições da Carta Magna de 1988.

Não bastasse, em se tratando de **normas constitucionais centrais de reprodução obrigatória**, o Supremo Tribunal Federal sedimentou em sede de **repercussão geral** que:

“Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados” (Tema 484).

É assaz relevante trazer à baila ensinança explicando que:

“outro grupo de normas centrais é o constituído pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal, que, a partir da Constituição Federal de 1946 (art. 18, passaram a limitar a autonomia constitucional do Estado-Membro, quer no exercício excepcional do poder constituinte auto-organizador, quer no exercício constante dos poderes reservados, obedecendo à regra de que aos Estados se reservam todos os poderes que implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição Federal.

A identificação dos princípios estabelecidos reclama a interpretação do texto da Constituição Federal o seu conjunto, para reunir as regras dispersas que definam a origem, a causa, o começo, o germe, o elemento predominante da Constituição Federal. Os princípios estabelecidos se alojam nas normas constitucionais federais sobre repartição de competências, o sistema tributário, a organização dos Poderes, os direitos políticos, nacionalidade, os direitos e as garantias individuais, os direitos sociais, ordem econômica, a educação, a família e a cultura, afinal, na matéria dispersa no texto constitucional federal. A Constituição expansiva amplia e dilata o campo dessa pesquisa dos princípios estabelecidos, enquanto a Constituição não expansiva e breve contrai e reduz o campo dos princípios estabelecidos” (Raul Machado Horta. *Direito*

Constitucional, 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 42).

Como explorado pelo ilustre Ministro Roberto Barroso em venerando acórdão distinguindo as normas de observância obrigatória das de reprodução facultativa e proibida:

“12. Como se sabe, a autonomia dos entes federativos (art. 18 da CRFB/1988) corresponde ao poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada um deles o poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração. Nesse sentido, o art. 25 da Constituição da República prevê que Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

13. A vinculação das Cartas estaduais à Constituição da República determina que os Estados: (i) adotem as normas de observância obrigatória; (ii) optem pela previsão ou não de normas de reprodução facultativa; e (iii) não editem normas de reprodução proibida. Essas três implicações do dever de obediência à Constituição Federal obrigação, permissão e proibição levaram a doutrina constitucional a procurar sistematizar as possibilidades e limites do poder constituinte estadual.

II. RELAÇÕES ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO

ESTADUAL

1. Normas de observância obrigatória

14. A Constituição de 1988 traz no seu corpo um conjunto expressivo de normas que são de observância obrigatória pelos Estados membros. Tais disposições, referidas pela

doutrina como normas centrais, podem ser expressas ou implícitas. Delas se extraem mandamentos ou proibições, vale dizer: elas limitam a capacidade de auto-organização dos Estados impondo ou interditando determinados arranjos institucionais. A seguir, uma breve sistematização do tem.

15. A primeira categoria de normas de observância obrigatória é a dos denominados princípios constitucionais sensíveis. Centro nervoso do sistema federativo, encontram-se eles enunciados taxativamente no art. 34, VII da Constituição. A violação de qualquer desses princípios acarreta a consequência gravíssima que é a intervenção federal. Confira-se a textualidade do dispositivo:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

.....

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

16. O segundo grupo de normas de observância obrigatória pelos Estados-membros é constituído pelas chamadas normas constitucionais de preordenação. Essas normas geralmente

(...)

V – 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;

(...)

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:

(...)

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

III – FUNDAMENTAÇÃO

As novas disposições normativas acarretaram as seguintes restrições às atividades econômicas referentes a cemitérios, crematórios, serviços funerários e comercialização de planos funerários, no âmbito do Município de São Paulo:

- a) proibição de criação de novos cemitérios privados (art. 3º, § 1º, da Lei nº 17.180/2019);
- b) instituição de monopólios verticalizados dos serviços funerários, de transporte funerário e de cremação aos concessionários públicos (arts. 1º e 2º, *caput* e § 1º do art. 3º e *caput*, § 1º, expressão “somente liberando o cadáver para transporte às agências funerárias municipais ou concessionárias” constante do § 2º e § 3º do art. 4º, da Lei nº 17.180/2019);

religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1967, o cenário se alterou e as Constituições deixaram de tratar, de forma explícita, dos serviços relativos a cemitérios e sepultamentos.

Contudo, 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.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que esses serviços são municipais, valendo destacar o seguinte precedente assim ementado:

“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. - Precedentes do STF.

III. - RE conhecido e provido” (STF, RE 387.990-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 13-05-2004, DJ 31-05-2004, p. 90).

Embora este desponha como entendimento prevalecente, está longe de ser unânime. A título de ilustração, Fernando Herren Aguillar advoga que os serviços funerários, na atual ordem constitucional, não poderiam constituir serviço público, explicando que:

“na vigência da CF/88, na ausência de qualquer ressalva às atividades funerárias, estas são atividades livres à iniciativa privada. Não se encontram listadas em nenhuma parte da

CF/88 como serviço público ou função público. E não há motivo para que sejam atividades de acesso restrito aos particulares”. (Migalhas, de 07 de junho de 2010, < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108545,11049-Servicos+funerarios+sao+servicos+publicos>>, acesso no dia 05 de novembro de 2019)

Neste passo, é relevante consignar que não há uma definição única e precisa, na jurisprudência e na doutrina jurídica, do que sejam os “serviços funerários”.

De qualquer modo, é conhecido o fato de que diversos Municípios brasileiros permitem a exploração plena do setor relativo a cemitérios, cremação e atividades funerárias pela **iniciativa privada**.

Todavia, no âmbito restrito da ação direta de inconstitucionalidade, no qual resta interditado debate que tenha por ponto de partida questões fáticas, não se revela viável apreciar a legitimidade das disposições normativas paulistanas que estabeleceram os serviços cemiteriais, de cremação e funerários genericamente como serviços públicos.

Por outras palavras, a opção política do legislador paulistano pelo reconhecimento de que tais serviços não podem constituir atividade econômica a ser exercida exclusivamente por atores privados, ainda que com obediência a normas de polícia administrativa, não pode ser analisada no âmbito restrito do controle concentrado. Isso porque tal análise demandaria o revolvimento de questões fático-probatórias relacionadas ao mercado e às suas condições de atender ao interesse de toda a coletividade paulistana sem qualquer participação direta do Poder Público, de forma minuciosa, o que é inviável na ação direta.

A impossibilidade de trazer o debate jurídico a respeito dos serviços aqui analisados serem elevados à categoria de serviço público no Município de São Paulo, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, no entanto, não afasta a avaliação jurídico-constitucional a respeito de restrições impostas por lei

à exploração da atividade econômica por particulares, ainda que a legislação municipal tenha qualificado tais serviços como serviços públicos.

E é o que se fará na presente ação.

Com efeito, o reconhecimento de que uma atividade econômica – como é o caso dos serviços cemiteriais, de cremação e funerários no sentido mais amplo – deva ser prestada por um determinado ente federativo, à luz da ordem constitucional vigente, não pode excluir, por si só, a possibilidade de a iniciativa privada exercer tal atividade econômica, caso não haja previsão constitucional expressa em sentido contrário. E é justamente o que ocorre com os serviços cemiteriais, de cremação e funerários em sentido amplo. Nada há no Texto Constitucional que proíba o particular de explorar tais atividades, diversamente do que ocorre, por exemplo, com o serviço postal que deve ser mantido pela União Federal (art. 21, X, CF/88) – e que é **serviço público exclusivo**, impedindo sua execução por outrem no mercado privado dada a titularidade pública.

Ou seja, os serviços cemiteriais, de cremação e funerários são **serviços públicos não exclusivos**, de maneira que, a *latere* da prestação pelo poder público de forma direta ou indireta (mediante concessão ou permissão, figuras da delegação de sua execução a particulares), é admitida a exploração dessa atividade pelo setor privado, sob controle de polícia administrativa, competindo com o poder público, em preito à liberdade econômica.

Sendo assim, os citados serviços, conquanto sejam prestados pelo Poder Público no Município de São Paulo, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, o que pode se justificar inclusive pela sua relevância para a tutela da dignidade da pessoa humana e da saúde pública, não podem ser excluídos da livre iniciativa e da livre concorrência consagradas como fundamento e princípio do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, IV, e do art. 170, *caput* e IV, da Constituição da República.

Restrições à atuação da iniciativa privada são a exceção no modelo econômico consagrado pelo nosso sistema constitucional, cuja regra fundamental

Com relação a esses serviços **não exclusivos** do Estado, pode-se dizer que são considerados **serviços públicos próprios**, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados **serviços públicos impróprios**, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 149).

Na mesma toada, Dinorá Adelaide Musetti Grotti explica que:

“Cumpre também distinguir entre os serviços públicos privativos do Estado, ainda que admitida a possibilidade de sua prestação pelo setor privado em regime de autorização, concessão ou permissão estatal, e os serviços públicos não privativos do Estado, sendo lícita a sua execução pelos particulares. Assim, os serviços de seguridade social – saúde (art. 199, caput), previdência social (art. 202) e assistência social (art. 204) –, e os de ensino (art. 209, caput), não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares em contexto de exploração de atividade econômica, tendo em conta que a Lei Maior não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. A saúde merece especial atenção do constituinte, a ponto de salientar que as ações e serviços de saúde são de todo modo qualificados como de relevância pública (art. 197, primeira parte). Além de ser livre à iniciativa privada, a assistência à saúde também admite a participação de instituições privadas ‘de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes

deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos' (art. 199, § 1º).

As atividades desenvolvidas paralelamente pela ação dos particulares podem submeter-se apenas aos condicionamentos e fiscalizações inerentes às normas públicas expressivas do chamado 'poder de polícia' do Estado. Nestes casos, porém, é indubitável que o Poder Público poderá outorgá-los em concessão ou permissão a alguém – salvo expressa previsão constitucional –, sob pena de ofender os direitos de prestação das demais pessoas que atendam os pressupostos legais indispensáveis à comprovação de suas habilitações, que os desenvolvam como agentes econômicos, não como delegatários de serviço estatal.

Logo, é forçoso concluir que o ingresso da iniciativa privada em tais campos não significa que estarão descaracterizados da categoria 'serviço público' quando protagonizados pelo Estado sob regime peculiar" (Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 96-97).

Alexandre Santos de Aragão, por sua vez, utiliza a nomenclatura "serviços compartilhados", dissertando que:

"essas atividades (saúde, educação etc.) devem ser denominadas em seu conjunto como 'serviços compartilhados', sendo certo que, quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas, eventualmente, de interesse público ou regulamentadas (caso sujeitas às autorizações operativas, que serão analisadas no Capítulo seguinte), e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário dos demais serviços públicos,

pela inexistência da reserva da titularidade estatal”
(Alexandre Santos de Aragão. *Direito dos Serviços Públicos*.
4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 150).

Por seu turno, Gustavo da Rocha Schmidt aprofunda a análise do tema a respeito da concomitância de uma atividade econômica poder ser exercida pelo Estado como serviço público e por particulares a partir do regime da livre iniciativa, enfatizando que apenas uma “justificativa regulatória de alta relevância constitucional” poderia excluir da livre iniciativa uma atividade econômica. Eis a sua posição:

“A regra é a de que, mesmo na presença do Estado, se existir agente privado interessado em exercer a atividade econômica de competência estatal (quer dizer, o serviço público), com intuito de lucro, poderá fazê-lo, cabendo o Poder Público, no limite, usar da regulação para assegurar que o interesse público, de índole constitucional, seja respeitado.

Isso não significa que exista um mandamento constitucional proibindo, de antemão e de forma absoluta, que se atribua ao Poder Público a exclusividade na prestação de serviços públicos. Inverte-se a lógica, apenas. Por se tratar de uma restrição à livre iniciativa, a exclusividade só será admitida caso exista, para tanto, alguma justificativa regulatória de alta relevância constitucional” (Gustavo da Rocha Schmidt. “O conceito constitucional de serviço público”, in: *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, abril/junho 2016, p. 102)

Neste ponto, é preciso reconhecer que, no tocante aos serviços de cemitério, de cremação e funerários no mais amplo sentido, não se identifica uma “justificativa regulatória de alta relevância constitucional” que permita excluir os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência no que tange à atividade econômica cujo exercício é debatido na presente ação direta.

1.000.000.000,00 no Brasil, com perspectivas de crescimento.

A exploração privada deste setor é feita por aproximadamente 5.500 empresas, variando de microempresas de faturamento médio de R\$ 60.000,00 mensais a **grandes conglomerados com mais de R\$ 19 milhões faturados anualmente**” (Gabriel Mattioli de Miranda. “Serviços Funerários e Livre Iniciativa Econômica – Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)”, monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação do Professor Fabrício Antonio Cardim de Almeida, São Paulo, 2011, pág. 8, grifos nossos, <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/180_Monografia-Gabriel.pdf>, acesso no dia 09 de janeiro de 2020)

Desta forma, considerando a gama de empresas que já prestam as mais diversas modalidades de serviços que podem ser compreendidos como serviços funerários e a grandeza da proporção do mercado nacional, infere-se que não há realmente motivo legítimo e razoável para impedir que agentes privados atuem livremente neste mercado, submetendo-se apenas a regulamentações administrativas para proteção da saúde pública e da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, no atual tempo constitucional, as restrições à iniciativa privada e à livre concorrência refletem contrariedade ao interesse dos consumidores de tais serviços, porque reduzem as vantagens oriundas da competição, e, por conseguinte, ao art. 170, V, da Constituição Federal. É o que Fernando Menegat coloca em evidência, observando que um regime de livre concorrência incentiva a prática de melhores serviços e preços para atrair consumidores interessados:

“Com a quebra da exclusividade da titularidade estatal sobre a atividade em questão, admite-se sua bipartição em serviço público (titularizado exclusivamente pelo Estado, a

disciplina jurídica também protege o regime de mercado sob a o cânone da competição nos processos de produção, distribuição, circulação e consumo de bens e serviços, impedindo “formas de dominação como cartéis, trustes, oligopólios em geral” (Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 356), inclusive regimes cartoriais. E sob o prisma da subsidiariedade da intervenção (direta ou indireta) do Estado na ordem econômica, limite negativo à sua atuação, a Constituição ainda faculta a iniciativa privada a exploração de atividades de interesse geral (arts. 194, 196, 199, 202, 205 e 209, Constituição Federal v.g.), de tal sorte que tudo aquilo que não é monopólio ou exclusividade do Estado é consentindo ao setor privado de maneira privativa ou concorrente.

É interessante consignar que, antes da Lei nº 17.180/2019, era permitida, no Município de São Paulo, a construção de cemitérios privados. As novas disposições legais e infralegais de 2019, por conseguinte, acabaram por fechar o mercado aos agentes econômicos privados, permitindo somente a sobrevivência de cemitérios privados já existentes (§ 1º do art. 3º da Lei nº 17.180/2019 e § 1º do art. 7º e § 1º do art. 22, ambos do Decreto nº 58.965, de 25 de setembro de 2019).

Por outras palavras, o espaço então existente e consolidado para a livre iniciativa, em paralelo com os cemitérios e crematórios públicos, foi eliminado, sem qualquer justificativa que viesse amparada pelo ordenamento constitucional.

No que toca à comercialização de planos funerários, o art. 8º da Lei Municipal ora atacada, ao prever que somente podem ser comercializados por empresas com sede ou filial instaladas no Município de São Paulo e, ainda que o administrador do plano deva ser concessionário do Município ou possuir termo de responsabilidade solidário com o concessionário, também se apresenta inconstitucional.

A propósito, vale esclarecer que a Lei (Federal) nº 13.261, de 22 de março de 2016, é o diploma legal que estabelece a normatização, a fiscalização e a

comercialização de planos de assistência funerária. No parágrafo único do art. 2º, a referida lei estabelece que:

Considera-se plano ou serviço de assistência funerária o conjunto de serviço contratados a serem prestados ao titular e a seus dependentes na realização das homenagens póstumas.

Não há dúvida de que a comercialização de planos funerários é uma atividade econômica e, enquanto tal, não poderia ter sofrido restrições pautadas em critérios geográficos ou de relação com o administrador do plano com os concessionários do serviço público. Evidente também a afronta aos dispositivos constitucionais já relacionados.

É o que o Supremo Tribunal Federal já afirmou em caso semelhante:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS POR APLICATIVO. LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA.

1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99.

2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas.

3. **As normas que proíbam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte**

seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)” (STF, RE 1.054.110-SP, Tribunal Pleno, julgamento no dia 09 de maio de 2019 – g.n.).

Para completar, atenção peculiar demanda o § 1º do art. 4º da Lei nº 17.180/19. O dispositivo, como já visto, cuida de transporte de cadáveres e restos mortais, quando este perpassa os limites territoriais do Município de São Paulo. Confira-se novamente a sua redação:

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**.

Ocorre que, ao tratar de transporte de cadáveres ou restos mortais que se estende para fora da base espacial do Município, a disposição normativa contraria a repartição constitucional de competências que atribui ao Município competência para legislar sobre tema de interesse local (art. 30, I e V, da Constituição Federal) e ao Estado a competência residual (art. 25, § 1º, da Constituição Federal).

Ora, a atividade de transporte que ultrapassa os limites do Município de São Paulo não constitui interesse local, senão regional. Desta forma, inconstitucional previsão em ato normativo municipal sobre tal questão.

Neste sentido, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal já afirmou com clareza:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À CARTA DA REPÚBLICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu pedido formulado em apelação, consignando (folha 176 a 178): [...] A Constituição Federal determina a competência dos Municípios para ‘legislar sobre assuntos de interesse local’ e ‘organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local...’ (art. 30, incs. I e V). A expressão ‘interesse local’ diz respeito a fatos que se desenvolvam dentro dos lindes da comuna, de modo que, segundo o preceito constitucional mencionado, os Municípios têm competência legislativa tão-somente em relação a tais assuntos. Nas questões que transcendem os lindes físicos do Município, de regra a competência normativa pertence ao Estado, consoante o que dispõe o artigo 25, § 1º da Constituição. [...] Na realidade, as rés não vêm impedindo a autora, empresa funerária particular de outro município, de promover o transporte intermunicipal de corpos de pessoas falecidas, a pedido dos familiares. E nem poderiam fazê-lo, face à legislação mencionada. A controvérsia cinge-se à comercialização de produtos funerários, como urnas, flores etc., à prestação de outros serviços complementares. De se convir, entretanto, que a Lei Estadual nº 9.055/94, em consonância, também, com a Lei Maior, estabelece em seu artigo 1º que o ‘serviço de transporte intermunicipal de cadáveres, inclusive a comercialização de caixões, urnas funerárias e a prestação de outros serviços a ele complementares, são livres à iniciativa privada, vedada a garantia de exclusividade em virtude de localização da empresa que o realize’. Cuidando-

se de questão que transcende os lindes físicos do Município de Campinas, a competência normativa, como já salientado, pertence ao Estado. Consequentemente, não pode a legislação municipal de Campinas colocar obstáculos ao transporte de cadáveres que se destinem a outros municípios – serviço que, segundo o dispositivo legal referido, abrange a comercialização de produtos e outros complementares -, a pretexto de regular matéria de interesse local. [...] 2. O processamento do extraordinário pressupõe encontrar-se o recurso enquadrado em uma das alíneas do inciso III do artigo 102 da Carta da República. Na maioria dos casos, evoca-se a alínea ‘a’ e, então, cumpre ao recorrente, consideradas as premissas do acórdão impugnado, demonstrar a transgressão de texto constitucional. Isso não ocorre na hipótese dos autos. Na espécie, a Corte de origem concluiu que em se tratando de transporte intermunicipal, a competência normativa é do Estado. Assim, descabe vislumbrar violência o artigo 30, incisos I e V, da Constituição Federal, diante do registro feito no acórdão, de estar em jogo transporte intermunicipal. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao recurso extraordinário” (STF, RE 237.204-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 26-08-2009, DJe 14-09-2009).

Por todo o exposto, conclui-se que não se afiguram legítimas as disposições impugnadas na presente ação, de sorte que se faz necessário, com fundamento no art. 144 da Constituição Estadual combinado com os arts. 1º, 25, § 1º, 30, I e V, e 170, *caput* e incs. IV e V, da Constituição da República:

- 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 (que versam sobre a concessão dos serviços cemiteriais e funerários), 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 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 (dispositivos relacionados às restrições relacionadas ao transporte de cadáveres e restos mortais) e o art. 8º (dispositivo relativo à comercialização de plano funerário), todos da Lei nº 17.180, de 25 de setembro de 2019, do Município de São Paulo.

Para finalizar, em razão da relação de dependência com as disposições legais impugnadas, também se faz necessário declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 1º do art. 7º, do § 1º do art. 22, do § 1º do art. 67, da expressão “só” constante do *caput* do art. 70, do *caput* e dos §§ 1º a 3º do art. 74 e do art. 75, todos do Decreto nº 58.965, de 25 de setembro de 2019

IV – PEDIDO LIMINAR

Presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bastantes para autorizar a suspensão liminar da vigência e eficácia dos preceitos normativos impugnados. A aparência do bom direito se mostra inquestionável pela apreciação de todos os motivos acima elencados, a demonstrar a inconstitucionalidade das disposições normativas do Município de São Paulo.

O perigo da demora decorre do imediato impacto que a recente lei acarreta junto ao mercado de serviços cemiteriais, de cremação, funerários e de comercialização de planos funerários no Município de São Paulo e, por conseguinte, aos consumidores que, num momento de particular vulnerabilidade, poderão encontrar menos opções para o funeral, sepultamento e cremação de seus familiares, caso o setor econômico afetado reste imobilizado. O perigo da demora ainda vem relacionado às concessões que o Município pretende realizar,

Requer-se a requisição de informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de São Paulo e a citação da douta Procuradora-Geral do Estado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede-se deferimento.

São Paulo, 20 de janeiro de 2020.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

pss

Protocolado SEI nº 29.0001.0069995.2019-88

Assunto: Representação para o controle de constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 17.180/2019, do Município de São Paulo

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
2. Promovo o arquivamento da representação no tocante aos dispositivos que atacam as regras relativas à concessão dos serviços funerários no Município de São Paulo, contempladas pela Lei nº 17.180/2019, uma vez que, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, não se revela admissível analisar afronta indireta a normas constitucionais, isto é, ofensa que demanda a análise de fatos ou de legislação infraconstitucional. Com efeito, o exame da legitimidade das condições da concessão dos serviços públicos funerários – tabelamento de preços e divisão em lotes – envolve questões fáticas que não podem ser apreciadas na presente via do controle concentrado.
3. Oficie-se ao interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 20 de janeiro de 2020.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

pss