



SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



Expediente: DPE nº 035/2020

Interessado: Diretoria Executiva Fundação Procon SP

Objeto: Ofício nº04/2020/DIAGI/DPDC/Senacon/MJ – Encaminhamento de solicitação da Associação de Cemitérios e Crematórios do Brasil a respeito da desestatização dos cemitérios no Município de São Paulo.

Ementa: Desestatização dos cemitérios do Município de São Paulo - Associação de Cemitérios e Crematórios do Brasil - ACEMBRA, Prejuízo consumidores - serviços públicos – Concessão de serviço público - Serviços de funerária, cemitério e crematório são de competência do Município - ADI 1221 – Lei nº 17.180/2019 - ADI proposta pelo Ministério Público - abertura de licitação - contratação dos concessionários - Secretaria de Acompanhamento Econômico (CADE) - lei nº12.529/2011 - Competência do Procon SP - Política estadual de proteção e defesa do consumidor - Iniciativa privada - Livre concorrência.

MANIFESTAÇÃO TÉCNICA

I – RELATÓRIO

Trata-se de Manifestação Técnica a respeito de Ofício nº 04/2020/DIAGI/DPDC/Senacon/MJ sobre a desestatização dos cemitérios, das funerárias e dos crematórios públicos do município de São Paulo com prisma nos reflexos causados às entidades relacionadas ao ramo de atuação, que solicitaram ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor a adoção de providências.



2



SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



interesse que diz de perto com as necessidades imediatas do município. Leciona Hely Lopes Meirelles que 'o serviço funerário é da competência municipal, por dizer respeito a atividades de precípua interesse local, quais sejam, a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios' (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 10ª edição, 1998, atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes, Malheiros Editores, pág. 339)¹.

Trata-se de entendimento tradicional no Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do decidido no RE 49.988/SP, de relatoria do Ministro Hermes Lima, cujo acórdão está assim ementado:

Organização de serviços públicos municipais. Entre estes estão os serviços funerários. Os municípios podem, por conveniência coletiva e por lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum.' (RTJ 30/155).

O serviço funerário tem diferentes regimes de prestação no Brasil. Dependendo do município, pode ser prestado por particulares em livre iniciativa ou ser monopólio estatal exercido diretamente ou por meio de concessionárias. Eventuais monopólios foram regularmente questionados e defendidos perante o Poder Judiciário, sendo frequente sua contraposição com o princípio constitucional da livre iniciativa, previsto no artigo Art.170, *caput*, CF/88².

Nesta toada, a Carta Magna de 1988 deu origem ao conceito da concessão de serviço público, que se trata de um contrato pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições preestabelecidas, a execução e exploração de determinado serviço, que lhe é privativo, a terceiro que para isso manifeste interesse e que será remunerado

¹ Vide: <https://www.migalhas.com.br/depeso/108545/servicos-funerarios-sao-servicos-publicos> Acesso em 07.04.2020.

² Vide: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/180_Monografia-Gabriel.pdf Acesso em 07.04.2020.





SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



Assim, qualquer sugestão a respeito de matéria de consumo ficaria inviável, justamente pelo fato de que o tema versado na proposta foge do alcance técnico da Fundação PROCON.

O assunto em discussão, todavia, deve ser levado em consideração pelas entidades competentes, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para comentá-la e analisá-la, tendo em vista a importância do assunto tratado.

A despeito da matéria analisada não ser de competência da Fundação Procon, traçaremos algumas ponderações sobre o assunto.

Em setembro de 2019, o prefeito Bruno Covas sancionou, com veto parcial, a lei nº 17.180 aprovada na Câmara Municipal que possibilitou a licitação da concessão dos serviços funerários e dos cemitérios públicos da Cidade de São Paulo. Também houve a publicação do decreto da Prefeitura que regulamentou os serviços funerários, cemiteriais e de cremação da cidade⁶.

Por meio da nova lei, a Administração reorganizou o Serviço Funerário de São Paulo, bem como estabeleceu providências quanto à prestação dos serviços cemiteriais e funerários.

Dentre as novidades trazidas pela nova lei, houve a estipulação do prazo de três anos para exumação do cadáver e mais dois anos para que ossadas identificadas e não reclamadas ou não destinadas pelo familiar responsável fiquem depositadas em ossário.

O artigo 3º determina que compete ao Poder Público, indiretamente, sob regime de concessão, a execução dos serviços cemiteriais, funerários e de cremação no Município de São Paulo. Contudo, no §2º, permite à iniciativa privada a “atividade cemiterial de disponibilização e manutenção de salas de velório, bem como as atividades funerárias de higienização, tamponamento, somatoconservação e tanatoestética ou necromaquiagem”.

⁶ Vide: <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeito-sanciona-legislacao-que-autoriza-a-concessao-dos-servicos-funerarios-e-dos-cemiterios-publicos> Acesso em: 08.04.2020



SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



Ressalte-se que a regulamentação deste dispositivo contém o rol de atividades funerárias e cemiteriais de competência do município e, portanto, passíveis de serem executadas com exclusividade por concessionários.

Também foi vetado o inteiro teor do artigo 10 pela área técnica jurídica da Prefeitura, por subtrair do cidadão a faculdade de escolha do respectivo prestador, indo de encontro à liberdade econômica.

O artigo pretendeu dividir geograficamente as áreas de atuação dos futuros concessionários em quatro lotes, a serem operados por distintos concessionários, aumentando a possibilidade de que lotes ficassem desertos, circunstância que, somada à vedação que impede a prestação do serviço de forma direta pelo Poder Público, poderia gerar sérios transtornos para a Cidade.

O veto ao artigo 10 considerou que a regra que se buscou instituir com o dispositivo relacionava-se diretamente com a forma de modelagem e contratação, bem como com a falta de precisão advinda do termo “lotes equilibrados”, que suscitaria diferentes interpretações, inclusive por parte dos órgãos de controle, implicando em insegurança jurídica na aplicação da norma.

O veto ao inteiro teor do artigo 14, justificou-se pelo fato de o referido dispositivo já se encontra suficiente e completamente regrado pela Lei nº 11.083, de 6 de setembro de 1991, e no seu regulamento, que estabelece a gratuidade do sepultamento e dos meios a ele necessários.

Segundo a área técnica jurídica da Administração, a redação conferida não possibilitava definir com clareza os limites da gratuidade a ser concedida e também permitia a interpretação de que cemitérios particulares seriam obrigados a conceder a gratuidade, hoje limitada aos cemitérios públicos.



SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



Neste contexto, o Ministério Público de São Paulo com o fim de impugnar os dispositivos da Lei 17.180 de 27 de setembro de 2019, que disciplinou as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2008.805-10.2020.8.26.0000 no Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A referida ADI menciona que a nova lei, ao determinar que os serviços funerários, cemiteriais e de cremação sejam objeto de concessão, estabelece restrições à realização de tais atividades por agentes privados e, ainda, restringe a comercialização de planos funerários e transporte de cadáveres e restos mortais, no âmbito do Município de São Paulo.

Afirma que essas restrições 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.

Aponta que a regulamentação de transporte de cadáveres e restos mortais para além do Município afronta a repartição constitucional de competências, visto que a questão suplanta o mero interesse local, o que ofende ao art. 144 da CE/89, por sua remissão aos arts. 25, § 1º, e 30, I e V, da CF/88.

Alega que as novas disposições normativas acarretam restrições às atividades econômicas referentes a cemitérios, crematórios, serviços funerários e comercialização de planos funerários, no âmbito do Município de São Paulo, mediante a proibição de criação de novos cemitérios privados, a instituição de monopólios verticalizados dos serviços funerários, de transporte funerário e de cremação aos concessionários públicos e, ainda, a imposição de restrições à comercialização de planos de assistência funerária.

Em relação aos serviços cemiteriais, de crematório e funerários em geral, a ADI destaca que a Carta Magna não os contemplou, de forma expressa e categórica, como serviços públicos a serem prestados por qualquer dos entes federativos.



A ADI ressalta 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.



SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



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.

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

Vale ressaltar que, simultaneamente ao ajuizamento da mencionada ADI pelo Ministério Público, a Prefeitura de São Paulo publicou o aviso de abertura de licitação e o edital de concessão, com o fim de efetivar a contratação dos concessionários.

É sabido que até a publicação da lei nº 17.180/2019, os serviços relacionados a cemitérios eram prestados de forma a permitir a liberdade de iniciativa e da livre concorrência, princípios trazidos pelo texto constitucional de 1988.

No modelo até então utilizado, concorrem e convivem cemitérios privados e públicos. Os serviços de cremação são prestados por apenas um crematório público, contudo, havia a possibilidade de criação de crematórios particulares. Já os serviços funerários eram prestados em regime de exclusividade pela autarquia municipal de São Paulo.

Por outro lado, mas no mesmo contexto, a comercialização de planos de assistência funerária já era regulada pela lei nº 13.126/2016 em regime de liberdade de oferta.



10



SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



Ao Estado é conferida a intervenção no domínio econômico para reprimir abusos do poder que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, o Estado só estará legitimado a atuar no mercado concorrencial quando expressamente autorizado e ainda assim de forma excepcional, se presentes os imperativos de segurança nacional e relevante interesse público.

Isto porque, em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis e as empresas precisam buscar constantemente formas de se tornarem mais eficientes para que possam aumentar os seus lucros. Deste modo, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas.

Destaca-se que as infrações cometidas, no âmbito do direito de concorrência, são passíveis de punição na esfera administrativa e judicial, tanto cível quanto criminalmente. E compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, nos termos da lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, a missão de zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

Ainda, cabe mencionar que a Lei Federal nº12.529/2011, em seu artigo 19, incisos I e VI, estabelece que compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, (i) opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras



SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; (vi) propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País.

À vista do exposto, acreditando tratar-se do âmbito de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que é apto para opinar sobre a temática, a Fundação PROCON/SP deixa de se manifestar sobre o mérito do tema por não estar inserido dentre suas atribuições.

Estas são as considerações acerca da matéria que temos para o momento.

São Paulo, 13 de abril de 2020.

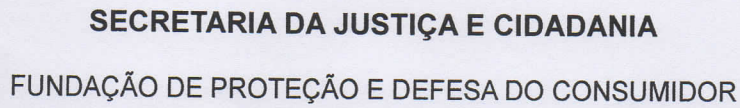
Cíntia M. de C. Koyaishi
Especialista em Proteção e Defesa do Consumidor
Diretoria de Assuntos Jurídicos

De acordo. À consideração Superior.

Patrícia Alvares Dias
Supervisão Técnica Administrativa
Diretoria de Assuntos Jurídicos



Matéria DOCREC 478/2022. Documento digitalizado e autenticado por ANDRÉ MARCON, juntado ao DOCREC 478/2022 por ANDRÉ MARCON. Sua validade pode ser conferida em <https://snpesjsgspsa.saga-paule.sp.gov.br/Home/AbrirConferenciaDocumento.do?ID=382459>. Este é uma cópia da original assinada pelo <https://snpesjsgspsa.saga-paule.sp.gov.br/Home/AbrirConferenciaDocumento.do>. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sj/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 2083441-44.2020.8.26.0000 e código 1070D7



PROCONSP

GUILHERME FARID

~~Chefe de Gabinete – Fundação PROCON/SP~~

Cód. Arq.17046 - 006.01.02.001