

SERVIÇO PÚBLICO: serviços funerários.
Caracterização por lei.

É difícil imaginar-se sociedade civilizada
sem esse serviço.

Francisco José Lutzemberger
Promotor Público, Assessor

1. Enrique Icart Anoot impetrou segurança contra ato do Sr. Prefeito do município de Uruguaiana, consistente no alvará de licença n.º 524/69, que se acha por cópia às fls., por entender inconstitucional o art. 1.º da Lei n.º 158, de 3/5/1950, daquele município, que concedeu à Santa Casa de Caridade de Uruguaiana o privilégio para o serviço de transporte fúnebre no referido município.

A mencionada disposição violaria o art. 153, § 23, da atual Carta Magna.

A impetração arrimou-se em longo e brilhante parecer de Paulo Brossard de Souza Pinto, professor de Direito Constitucional, fartamente ilustrado.

2. O agravado refutou a argüição, invocando a autoridade de Hely Lopes Meirelles, o Manual do Prefeito, editado pelo então Ministério do Interior e Justiça, e Ruy Cirne Lima, concluindo que se trata de serviço público da competência do município e, como-tal, delegável, inclusive com privilégio.

Acrescenta que a autonomia administrativa municipal é assegurada pela Constituição Federal.

3. O erudito parecer em que se apoia a inicial parece haver influído decisivamente na manifestação do Ministério Público. em ambas as instâncias, bem como na respeitável sentença, que concedeu a segurança, e no venerando aresto da colenda 1.ª Câmara Cível Especial, que se inclinou igualmente pela inconstitucionalidade da norma legal municipal citada.

4. O talentoso Prof. Paulo Brossard de Souza Pinto apenas ensaiou, ao longo do seu parecer, a análise do tema fundamental que lhe cabia resolver e do qual depende a solução a adotar-se, que consiste em saber se o transporte fúnebre é, ou não, verdadeiro serviço público.

A começar, não há, na atual Constituição, em seu art. 153, regra similar à do § 10, do art. 141 da Carta de 1946, enfatizada no parecer.

Data *venia* da lição do preclaro jurista Pontes de Miranda, referida no parecer, parece mais defensável a opinião em contrário de Hely Lopes Meirelles, da qual se aproxima o ensinamento de Cretella Júnior, reproduzido no parecer.

É difícil imaginar-se sociedade civilizada, com sua complexa vida urbana atual e centros populosos, sem o serviço funerário, entendido este em todos os aspectos, inclusive o sepultamento.

Tanto é que os grandes administrativistas chegam a estudá-lo em capítulo próprio.

Como admitir que algum cadáver não tenha o necessário transporte e sepultamento, hipótese admissível se se conceituar a atividade como puramente comercial ou industrial?

Além do grave perigo que isto representaria para a saúde pública, haveria ainda grosseiro desrespeito ao morto e seus familiares.

O que podia ser irrelevante para o grupo nômade, é vital e existencial para a grande sociedade fixa ou estável.

Talvez seja esta a característica essencial do serviço público, cuja conceituação é o tormento dos publicistas, os quais hoje não mais opõem restrições ao íntimo entrelaçamento que ele apresenta com o desenvolvimento social, razão por que se admite que ao Estado cabe declarar quais os serviços que se devem considerar públicos.

Neste sentido, o escólio de Antônio de Oliveira Leite (in *Rev. Dir. Administrativo*, v. 49/33):

“Por isso mesmo, costuma se dizer, como o faz o professor Deodato, que o juiz da necessidade pública é o Estado”.

5. Nenhuma dificuldade maior parece resultar da falta de concorrência pública e concessão regular, de que cogita o Cap. XVII do Código de Posturas de Uruguaiana, e sua Lei Orgânica, porque neste caso ocorreu por lei e não por simples ato do executivo, que teria de cumprir tais regras legais, mencionadas no parecer.

6. O assunto não é novo nos Tribunais, havendo o próprio Excelso Pretório julgado, por duas vezes, que se trata de atos sem vício de inconstitucionalidade, ainda que se trate de decisões já

muito recuadas no tempo (de 1904 e 1905), constantes de "O Direito", v. 96, p. 425-431, como lembra Carvalho de Mendonça, em seu "Trat. Dir. Comercial Brasileiro", 6.^a ed., v. 1, p. 303, em nota de rodapé.

7. O culto Tribunal de Justiça de São Paulo, em ven. aresto majoritário da 6.^a Câmara Cível, de 10/4/53, julgou revogada pela Constituição de 1946, a Lei n.º 218, de 1930, do município de São José dos Campos, de conteúdo igual ao art. 1.º da Lei n.º 158 de Uruguaiana.

Posteriormente, porém, em 18/9/57, por grande maioria (24 contra 6 votos), o egrégio Plenário do mesmo Tribunal de Justiça REPELIU A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE de igual lei do mun. de Guaratinguetá, através do erudito e convincente venerável acórdão publicado na Rev. Administrativa, v. 54/110 e 56/236 a 240, que merece reprodução integral, por esgotar o exame da matéria e ser inteiramente aplicável ao caso vertente:

"Acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, repelir a arguição de inconstitucionalidade.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Benedito Gonçalves de Castro contra ato do Prefeito do Município de Guaratinguetá, que lhe não permitiu estabelecer-se na cidade com pequena indústria de serviço funerário, por considerá-la ilegal, uma vez tal serviço fora havido como público e entregue a sua exploração a terceiro, mediante concessão, sob regime de exclusividade. Pretende o impetrante ser inconstitucional esse privilégio e em absoluto não corresponder à prestação de serviço público. Em suas informações, esclarece o Prefeito que tal serviço fora concedido em exclusividade a terceiro, através de concorrência pública e nos termos da Lei municipal n.º 178/52, que dispôs sobre a execução do serviço funerário no Município, relativo ao fornecimento de ataúdes e estabelecimento de câmaras ardentes, bem como à realização do transporte do falecido, em carros fúnebres. Tal lei se promulgara com base na Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, Lei estadual n.º 1, de 18 de setembro de 1951, art. 16, § 1.º, n.º XVIII, que confere dita atribuição aos Municípios. Aliás, a matéria é de peculiar interesse. Cabe a eles, portanto, face ao art. 28 da Constituição federal de 1946, como entidades autônomas, privativamente, regulá-la pelos seus órgãos próprios. Acolhendo as alegações do Prefeito e as ponderações do Promotor Público da Comarca, denegou o MM. Juiz a ordem pretendida. Dessa decisão houve recurso de agravo para o Tribunal de Justiça do Estado.

Aceitando parecer da ilustre Procuradoria da Justiça, reconheceu a egrégia 6.^a Câmara Civil a inconstitucionalidade argüida da Lei municipal n.º 178/1952, face ao disposto no art. 141, § 14, da Constituição federal de 1946, que assegura o livre exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. Com base, todavia, no art. 200 da mesma Constituição federal e no art. 274 do Regimento Interno deste egrégio Tribunal, determinou a remessa dos autos ao Plenário, para que se manifestasse, pela maioria absoluta dos seus membros, sobre essa inconstitucionalidade, como matéria prejudicial ao julgamento do feito. Data venia dos eméritos julgadores, deu o egrégio Tribunal Pleno pela constitucionalidade da lei em causa, por maioria absoluta de votos, repelindo a impugnação feita, por entender, na espécie, se configura serviço público suscetível de ser explorado em regime de concessão e com a prerrogativa de privilégio exclusivo.

2. Realmente, o serviço de transporte de cadáveres em carro fúnebre e o fornecimento de ataúde e estabelecimento de câmaras ardentes constitui serviço público, de caráter municipal, por pertinente ao peculiar interesse local, cuja autonomia *in genere* está assegurada por texto expresso da Constituição federal, de 1946, art. 28, e estadual de 1947, art. 21, e *in specie* regulada pela Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, art. 16, § 1.º n.º XVIII. Portanto, por conveniência coletiva, podiam e podem os Municípios do Estado, mediante lei própria, retirar tal atividade do comércio comum e elevá-la, ante a utilidade pública em jogo e de que é juiz, à categoria de serviço público. Podem, ainda, entregá-la, como atividade social, à exploração de particular, mediante privilégio exclusivo, através de concorrência pública. Dessa forma resguarda os interesses do Município e dos municípios, estabelecendo as tarifas de prestações do serviço concedido, as condições de salubridade e decência do seu exercício e a permanência da existência de organização que se dedique a esse mister, obrigada a atender, gratuitamente, aos funerais dos indigentes e, mediante preços módicos, os de pessoas pobres, sob a fiscalização direta e imediata do Poder Público Municipal. Por isso é o regime que deve ser preferido pelos Municípios. De há muito acolheu-o o da Capital do Estado de São Paulo. No estrangeiro, *verbi gratia*, predomina nas Comunas da França e da Itália. Assim procedeu, também, a Municipalidade de Guaratinguetá, ao promulgar a Lei n.º 178/1951, e ao dar execução aos seus mandamentos. Legítimo, pois, o seu comportamento.

3. A propósito convém ouvir-se o que escreveu sobre o tema, em tese de doutoramento, Joseph Pulby: *Une question cependant*

deve ser resolvida antes de qualquer outra; é aquela de saber se o monopólio deve ser mantido ou bem se se deve abandonar à livre concorrência os serviços destinados às funerais. Aos partidários da liberdade, pode-se opor que somente o monopólio permite intervir na fixação dos preços e, em seguida, de dar satisfação ao fazendo desaparecer todos os exageros... Os benefícios que apresenta o regime de liberdade e de livre concorrência são longe de serem também grandes, nesta matéria, quando se trata de se dizer. É preciso levar em conta a situação toda especial, na qual se encontram as famílias nestes momentos-lá. Elas não estão nem em estado, nem capazes de tratar, de fazer um contrato, de discutir as cláusulas e o preço. O mais abatido de seus membros diz então ao primeiro fornecedor que se apresenta, qual quer seja: "Ocupem-se de tudo, façam alguma coisa de bem". E então, se presume que a família possa pagar ou mesmo quando ela não protesta, faz-se, não sempre serviços brilhantes, mas certamente uma nota carregada... Além disso, não é certo que a concorrência resultaria tão rapidamente em um monopólio de fato ao benefício de alguma sociedade. Há então todos os inconvenientes do monopólio sem gozar de nenhuma das garantias que ele comporta... De outro lado, a adoção do regime de liberdade teria como consequência de colocar, à carga das comunas, os custos de inumação dos indigentes... O monopólio, enfim, deve ser mantido, porque as inumações põem em jogo de modo muito graves questões de ordem pública, de higiene e de salubridade (cf. O monopólio das Pompas Funerárias, p. 451, 452 e 453. ano 1904).

4. Esta providência não fere, por conseguinte, o livre exercício das profissões, assegurado pelo art. 141, § 14, da Constituição federal de 1946, porque se trata de regulamentação de serviço público, do modo mais adequado de efetivá-lo. Os casos em que a conveniência administrativa, tendo em vista especial interesse coletivo, aconselha sejam algumas atividades avocadas pelo Estado, ou Município, e transformadas em serviço público, são de difícil classificação, pois só o exame das circunstâncias objetivas convence ou não da necessidade de retirá-las da ação livre dos particulares e sujeitá-las a regime de controle. Considerar, porém, por conveniência administrativa, certo serviço como público, é atribuição discricionária do Estado ou do Município, nos limites das respectivas competências. Não existem e não podem existir contornos precisos estabelecendo a esfera tanto dos serviços públicos, como dos de utilidade pública, como, ainda, dos privados. A medida de evoluir das sociedades políticas, esses serviços saem de uma zona para serem encaixados na outra. Sem

dúvida, constituem o grau de civilização e progresso da nação, as necessidades do povo e as condições peculiares de cada local. Há mesmo uma zona crepuscular entre muitas delas, em cuja linha de circunferência as esferas se interpenetram. Convertidas, justificadamente, em razão do bem coletivo, tais atividades em serviços públicos, eles são geridos pela própria administração pública, através da sua socialização ou municipalização, ou por concessão. Trata-se, então, de ato administrativo pelo qual o Poder Público incumbe a uma pessoa, natural ou jurídica, de exercer um serviço público. Embora continue a ter o caráter de serviço público, é ele exercido em nome, por conta e risco do concessionário. Coloca-se o concessionário no lugar do concedente, pois o serviço é público, exercendo-o por sub-rogação.

5. Atendendo a razões político-governamentais, ao invés de gerir diretamente o serviço, o Estado o faz por intermédio do concessionário, havido como capaz de desempenhá-lo satisfatoriamente, o qual afiança, mediante as cautelas julgadas necessárias, assim proceder. Há, na concessão, a outorga ao particular do exercício de serviço público. Portanto, tal outorga é, e não pode deixar de ser, condicional, temporal e pessoal. A concessão, na verdade, é um simples processo técnico de execução de serviço público, de acordo com as exigências deste. O serviço público delegado deve ter, como o serviço público levado a efeito pelo Estado ou pelo município, o objetivo principal de atender ao interesse coletivo, pois não seria admissível essa forma de exploração se tal garantia não existisse. Ao concessionário são atribuídas as prerrogativas de exercer os poderes peculiares aos entes políticos, necessários ao desempenho do serviço; de cobrar taxas, denominadas tarifas, dos usuários, como contraprestação dos serviços a eles fornecidos; de exploração do serviço, de regra, em exclusividade; tudo na forma e condições em que forem outorgadas essas faculdades. Pelo fato de incumbir o concedente, ao concessionário, da execução de um serviço público e, mais, deste aceitar tal incumbência, nascem desse ato jurídico — concessão de serviço público — direitos e obrigações recíprocas. Assim, cabe ao concessionário o direito de executar o serviço público, assegurado a seu favor uma equação financeira estabelecida por ocasião da outorga da concessão e cabe ao concedente o direito de obrigar o concessionário a executar o serviço público, no interesse da coletividade, segundo organização e funcionamento mais convenientes para se atingir tal fim.

6. A exclusividade confere ao concessionário simplesmente o privilégio de explorar, sem concorrência econômica e direta de

outras empresas, o serviço concedido. A concessão a título exclusivo não interdita, de forma absoluta, os particulares de obterem a prestação do mesmo serviço independente do concessionário, utilizando-se de meios apropriados para isso. Assim, apesar da concessão com exclusividade do serviço de eletricidade, pode um indivíduo, para seu uso, fabricá-la pessoalmente; e, mesmo, pode vender a terceiro a comodidade, objeto da concessão, desde que não interfira nos elementos que a justificaram, tal como o fornecimento de gás, sem o uso de canalização na via pública, como seja o caso de gás engarrafado. A exclusividade não tira ao Estado o poder de reorganizar o serviço público concedido, ou de organizar outro serviço público concedido, que lhe seja complementar, ou mesmo de prover idêntico serviço público em outro local ou zona. A única proibição é a de explorar ou conceder serviço absolutamente idêntico e que importe em competição direta ao anteriormente concedido com exclusividade. Portanto, a concessão com privilégio exclusivo de prestação de gás não impede outra em moldes semelhantes para a de eletricidade, embora ambos os serviços sejam de fornecimento de energia, refrigeração, calor e iluminação; do mesmo modo, a concessão de serviço de bondes, com privilégio exclusivo em cada cidade, não impede a outorga de concessões de linhas de ônibus até nos mesmos percursos e de metropolitanos nas mesmas zonas.

7. Ao contrário do que acontece com os serviços de caráter particular, em que as empresas exploradoras podem negar a prestação de determinado serviço por falta de aparelhamento e podem, ainda, por sua vez, cobrar o que entenderem pela prestação dele, incumbe às empresas concessionárias a prestação de serviço sempre que solicitado e nas tabelas fixadas pelo Poder Público, de forma a não permitir a discriminação de tarifas e tratamento. Quando há fiscalização do Poder Público relativamente à gestão do serviço, a duplicidade de empresas concorrentes é, de certo, desaconselhável, por constituir inútil competição, que só se deve procurar como elemento indireto para aperfeiçoamento do serviço e barateamento dos preços — vantagens que, na hipótese, são obtidas diretamente pela ação do Poder Público na regulamentação e fiscalização da gestão da concessão. O livre comércio só servirá, por conseguinte, para dificultar a exploração do serviço e encarecê-lo. Ruinosa para o serviço, porque ou as empresas entrariam em acordo, para se dirimirem contendas desaconselháveis, constituindo-se em trusts, cujos malefícios são conhecidos e, por essa forma, ficaria inutilizado qualquer proveito a ser obtido pela competição, ou, então, haveria lutas na prestação do serviço, o que acarretaria a quebra de alguns, prejudicando

a estabilidade e prestação do próprio serviço ocasionando a disputa e retraimento de capital, pelo receio de conseqüências desastrosas na exploração. Os serviços públicos são aqueles que devem dar lucros moderados, por isso os seus exploradores precisam estar, mais ou menos, certos em auferir tais lucros, pois do contrário preferirão empregar os seus haveres em empresas arriscadas, mas que, em compensação, lhes oferecem probabilidades de proveito muito superior.

8. Daí impor-se, em casos como o presente, de prestação de serviços de funerais, a sua retirada do comércio comum, na salvaguarda do interesse coletivo, de ordem social, da vida em comunidade dos munícipes, e de ordem individual, de vantagem pessoal de cada um deles. Com isso se não fere a liberdade de comércio de quem quer que seja, pois se não institui monopólio da atividade a favor de terceiro com tal comportamento, mas se regulamenta o seu desempenho, elevando-o à categoria de serviço público, em consideração ao bem comum.

Custas na forma da lei”.

OPINO, por tais razões, por que seja repelida a arguição de inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei n.º 158, de 3/5/1950, do mun. de Uruguaiana.

Porto Alegre, 27 de outubro de 1970.