CONCESSÃO — SERVIÇO FUNERÁRIO

— É legítima a exploração, mediante concessão, de serviço funerário.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Benedito Gonçalves de Castro *versus* Prefeito Municipal de Guaratinguetá
Agravo de petição n.º 80.408 — Relator: Sr. Desembargador
O. A. BANDEIRA DE MELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 80.408, da comarca de Guaratinguetá, em que é agravante Benedito Gonçalves de Castro e agravado o Prefeito Municipal de Guaratinguetá: Acordam, em sessão

plenária do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, repelir a argüição 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 fôra havido como público e entregue a sua exploração a terceiro, mediante concessão, sob regime de exclusividade. Pretende o impetrante ser inconstitucional êsse privilégio e em absoluto não coresponder à prestação de serviço público. Em suas informações, esclarece o Prefeito que tal serviço fôra concedido em exclusividade a terceiro, através de concorrência pública e nos têrmos da Lei municipal n.º 178/1952, que dispôs sôbre 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 interêsse. Cabe a êles, portanto, face ao art. 28 da Constituição federal de 1946, como entidades autônomas, privativamante, 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 Sexta 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 dêste egrégio Tribunal, determinou a remessa dos autos ao Plenário, para que se manifestasse, pela maioria absoluta dos seus membros, sôbre 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 interêsse 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 jôgo e de que 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 interêsses do Município e dos munícipes, 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 êsse mister, obrigada a aten-

der, 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 sôbre o tema, em tese de doutoramento, Joseph Pulby: *Une question cependant doit être résolue avant toute autre; c'est celle de savoir si le monopole doit être maintenu ou bien si on doit abandonner à la libre concurrence les fournitures destinés aux funérailles. Aux partisans de la liberté, ou peut opposer que seul le monopole permet d'intervenir dans la fixation des prix et, par suite, de leur donner satisfaction en faisant disparaître des tarifs toute exagération... Les avantages que présente le régime de liberté et de libre concurrence sont loin d'être aussi grands, en cette matière, qu'on se plait à le dire. Il faut tenir compte de la situation toute spéciale, dans laquelle se trouvent les familles à ces moments-là. Elles ne sont ni en état, ni capables de traiter, de faire un contrat, d'en débattre les clauses et le prix. Le moins abattu de ses membres dit alors au premier fournisseur que se présente, quel qu'il soit: "Occupez-vous de tout, faites quelque chose de bien". Et alors, si on présume que la famille puisse payer ou même qu'elle ne proteste pas, on fait, non pas toujours des funérailles brillantes, mais certainement une note chargée... D'ailleurs, il n'est pas certain que le concurrence n'aboutirait pas très rapidement à un monopole de fait au profit de quelque société. On aurait alors tous les inconvénients du monopole sans joir d'aucune des garantis qu'il comport... D'autre part, l'adoption du régime de liberté aurait pour conséquence de mettre, à la charge des communes, les frais d'inhumation des indigents... Le monopole, enfin, doit être maintenu, parce que les inhumations mettent en jeu de trop traves questions d'ordre public, d'hygiène et de salubrité* (cf. *Le monopole des Pompes Funèbres*, págs. 451, 452 e 453, ano 1904).

4. Dita 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 interêsse 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-los da ação livre dos particulares e sujeitá-los a regime de contrôle. 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. À medida do evolver das sociedades políticas, êsses 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, êles 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 êle 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 satisfatòriamente, 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 acôrdo com as exigências dêste. O serviço público delegado deve ter, como o serviço público levado a efeito pelo Estado ou Município, o objetivo principal de atender ao interêsse coletivo, pois não seria admissível essa forma de exploração se tal garantia não existisse. Ao concessionário são atribuídas as prerrogativas de exercer os podêres peculiares aos entes políticos, necessários ao desempenho do serviço; de cobrar taxas, denominadas tarifas, dos usuários, como contraprestação dos serviços a êles 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, dêste aceitar tal incumbência, nascem dêsse ato jurídico — concessão de serviço público — direitos e obrigações recíprocas. Assim, cabe ao concessionário o direito de excutar o serviço público, assegurada 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 interêsse 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 emprêsas, 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 eletrividade, 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, ccm 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 emprêsas exploradoras podem ne-

gar a prestação de determinado serviço por falta de aparelhamento e podem, ainda, por sua vez, cobrar o que entenderem pela prestação dêle, incumbe às emprêsas 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 emprêsas 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 emprêsas entrariam em acôrdo, 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 aquêles 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 emprêsas 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 interêsse coletivo, de ordem social, da vida em comunidade dos munícipes e de ordem individual, de vantagem pesoal de cada um dêles. 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.

São Paulo, 18 de setembro de 1957. — *Amorim Lima*, Presidente. — *O. A. Bandeira de Melo*, Relator designado. — *Sousa Lima*, vencido. — *Leme da Silva*. — *Frederico Roberto*. — *Pedro Chaves*. — *Davi Filho*. — *Joaquim de Silos Cintra*. — *Rafael de Barros Monteiro*. — *Prado Fraga*. — *Otávio Lacorte*. — *J. Augusto de Lima*. — *Alcides Faro*, vencido. — *Minhoto Júnior*, vencido. — *Luís Morato*. — *Cantidiano de Almeida*. — *Paulo Barbosa*. — *Pinheiro Machado*. — *Tomás Carvalhal*. — *Plínio Carvalho Pinto*. — *Martins Ferreira*. — *Ferraz de Sampaio*. — *Eryx de Castro*. — *Jonas Vilhena*. — *Ferreira de Oliveira*, vencido. — *Dimas de Almeida*. — *Young da Costa Manso*. — *Campos Gouvêa*, vencido. — *Andrade Junqueira*. — *Euler Bueno*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto: Vencido. Votei pela inconstitucionalidade da Lei n.º 178, de 26 de julho de 1952, promulgada pelo Município de Guaratinguetá, neste Estado, como que definiu o serviço público municipal, a explorar-se por concessão e mediante privilégio, tudo quanto diz com os funerais, notadamente o fornecimento de ataúdes, de câmaras ardentes, de carros fúnebres, etc., etc.

Data venia da brilhante argumentação do acórdão, continuo preferindo as razões que vingaram na Câmara (fls.). Semelhante monopólio já desde João Monteiro se tinha como atentatório da Lei Magna, no inciso que chegou até nossos dias para resguardar o livre exercício das profissões (Cf. *Aplicações do Direito*, pág. 366).