SERVIÇO FUNERÁRIO — INTERÊSSE PÚBLICO — MONOPÓLIO — AUTARQUIA

— O serviço funerário é de interêsse público e social; nada impede a sua organização autárquica.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Yolando Darci Novais e outros *versus* Serviço Funerário do Município de São Paulo
Apelação cível n.º 34.155 — Relator: Sr. Desembargador HENRIQUE MACHADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 34.155, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio* e são apelantes e recìprocamente apelados, de um lado, Yolanda Darci Dias Novais e, de outro, o Serviço Funerário do Município de São Paulo: Acordam em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado o relatório de fls., como parte integrante dêste, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade da Lei municipal n.º 5.562, art. 2.º, de 1958, contra o voto do Sr. Revisor, e no mérito, negar provimento a todos os recursos, sendo que o Sr. Revisor não conhecia do *ex officio*.

O recurso oficial era obrigatório, dado que vencida em parte a autarquia municipal, que não dispõe de patrimônio próprio e se confunde com a própria Municipalidade.

Não se pode negar a ocorrência de interêsse publico, como de atividade social, ao serviço funerário. Dêle se deve exigir, de seu desempenho, extrema decência, o que poucas vêzes se conseguiria com a liberdade de sua exploração ou de seu comércio por particulares.

Acresce que nem tôdas as criaturas humanas se encontram em condições de, em determinado momento da vida, arcar com as despesas decorrentes da prática do ato piedoso do enterramento de parentes. Haverá, sempre, por isso mesmo, a necessidade de o Poder Público tomar a si o encargo de fornecer pelo menos o caixão com que será enterrado o defunto e o de conduzi-lo ao campo santo.

Para que possa arcar com êsses gastos, por certo que se deve fornecer ao Poder Público os indispensáveis meios, o que se conseguirá com a cobrança de taxa maior, dos mais afortunados parentes do defunto, contrabalançando-se, por essa forma, as despesas com os indigentes.

Não se deve esquecer, por outro lado, que há igualmente interêsse social, se bem que de outra espécie, em acudir-se a própria família do defunto, justamente em suas horas de maior amargura, livrando-a de um contrato a ser feito com um particular, encarregado dos serviços fúnebres, geralmente extorsivo para ela, incapaz, no momento, de maior ponderação e sensatez, inibida pela dor que a constrange.

E quase sempre acontece, quando procurada pelo particular, dizer, como observa Joseph Pulby: *"occupez-vous de tout, faites quelque chose de bien."* Êsse mesmo escritor, com perspicácia e precisão, estudou a espécie, apontou fatos da vida diária, que também se repetem nesta Capital, concluindo que "o monopólio, enfim, deve ser mantido, porque as inumações põem em jôgo graves questões de ordem pública, de higiene e de salubridade" (*Le Monopole des Pompes Funèbres*, págs. 451 e segs.).

Os nossos repertórios de jurisprudência dão notícias de inúmeras decisões, tôdas elas concluindo pela ocorrência do interêsse publico e social ao serviço funerário.

Na Capital, de longa data o serviço vinha sendo considerado de utilidade pública e, como tal, executado pelo Município, através de concessão a uma firma particular, a A. P. Rodovalho Júnior & Filhos, até que, pelo Decreto municipal n.º 269, de 28 de novembro de 1941, passou para a gestão direta do Poder concedente.

Pela Lei municipal n.º 5.562, de 13 de novembro de 1958, o Serviço Funerário foi reorganizado sob forma autárquica, passando a seu cargo exclusivo: "*a*) a fabricação e o fornecimento de caixões mortuários para falecidos na cidade de São Paulo; *b*) a remoção dos mortos, salvo nos casos em que o transporte deva ser feito pelo serviço de Polícia; *c*) o transporte de coroas nos cortejos fúnebres; *d*) a ornamentação das câmaras mortuárias; *e*) a instalação e manutenção de velórios, ressalvado o disposto na Lei n.º 3.773, de 24 de junho de 1949; e *f*) o transporte fúnebre, por estrada de rodagem, dêste município para outra localidade" (art. 2.º).

Essa exclusividade teve por base e fundamento o art. 16, § 1.º n.º XVIII, da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo.

Acoima-se a Lei municipal n.º 5.562 de inconstitucional, porque criaria privilégio de atividades que são garantidas a qualquer particular pela Constituição Federal.

Aquela lei não se apresenta com tamanho vício, *data venia* de valiosas opiniões em contrário, inclusive a dos eminentes juristas Pontes de Miranda e Vicente Ráo, expressada em pareceres que instruem os autos.

E quem responde, com vantangem, à argüição dos eminentes mestres, é o próprio Tribunal de Justiça do Estado, através de seu venerando acórdão, onde em parte se lê que "dita providência (da exclusividade) 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 avo-

cadas 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 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 conceitos fixos, mas de conteúdo variável. Variáveis segundo 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" (*Revista dos Tribunais*, vol. 275/546).

Aliás, em recente julgamento, o egrégio Supremo Tribunal Federal assentou que "não se pode contestar que os serviços funerários sejam nitidamente de caráter público, por visarem à satisfação de conveniências coletivas, sendo assim de interêsse geral a sua realização pelo poder municipal, diretamente ou através de uma autarquia. Perfeitamente lícita foi, pois, a deliberação do poder municipal da cidade de São Paulo de excluir do campo ordinário do comércio o fornecimento de artigos funerários, sujeitando-o privativamente à autarquia, especialmente instituída para tal fim, com o justo objetivo de alcançar melhor funcionamento dos serviços. Tratando-se, destarte, de regulamentação de serviço público, nenhuma ofensa existe ao livre exercício das profissões, assegurado pelo art. 141, § 14, da Constituição federal" (mandado de segurança impetrado por Josieur do Nascimento Novais, proprietário da firma Serviço Geral de Luto, contra o Sr. Prefeito do Município de São Paulo).

A ré, no caso dos autos, insiste no exercício daquelas atividades que a lei atribuiu com exclusividade à autarquia municipal, ora autora. Não quer se restringir a serviços paralelos, como os de simples despachante, ou intermediário, ou da venda de artigos de caráter nitidamente religioso. Já lhe foram impostas multas e já sofreu um busca e apreensão de um caixão mortuário e de um carro fúnebre.

Não se justificava o seu procedimento, nem procediam as razões de seu apêlo.

De igual modo, improcediam as razões do apêlo da autora, porque, insistindo a ré na prática daquelas atividades, contra ela poderão ser impostas as sanções expressamente previstas na própria lei.

Essas as razões por que negaram provimento a todos os recursos, inclusive o "ex officio".

São Paulo, 13 de junho de 1960 — *Lafayette Sales Júnior*, Presidente com voto. — *Henrique Machado*, Relator. — *Vieira Neto*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto: A Municipalidade não podia, sem ferir o art. 141, § 16, da Constituição monopolizar os atos de comércio e indústria enumerados no citado art. 2.º da Lei n.º 5.562, de 13 de novembro de 1958. Como doutrina Pontes de Miranda em seus *Comentários à Constituição de 1946*, nota ao art. 146, "não há permissão de monopólios estaduais ou municipais". Com efeito, êsse artigo da Constituição refere-se tão-sòmente à União e limita seu poder monopolizador, impondo o interêsse público como base da intervenção no domínio econômico, e como limite aos direitos fundamentais.

Assim sendo, nem o Estado, nem o Município, têm o poder de intervir diretamente no domínio econômico, monopolizando atividades que podem ser exercidas pelos particulares. A Municipalidade pode é exercer fiscalização sôbre as atividades relativas a serviços funerários, editando regras sôbre a remoção dos mortos, das coroas, sôbre a ornamentação, sôbre velórios, enfim sôbre tôdas as atividades e

condições do entêrro. Mas não pode é avocar para si, ou para autarquia, o monopólio dessas atividades.

Pelo exposto, propus a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Pleno para o exame da questão constitucional.