AUTARQUIA — SERVIÇO FUNERÁRIO

— Não infringe a Constituição a lei municipal que organiza, sob regime de autarquia, o serviço funerário.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Iolanda Darci Dias Novais *versus* Serviço Funerário do Município de São Paulo
Embargos infrigentes n.º 34.155 — Relator: Sr. Desembargador
J. G. R. DE ALCKMIN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes nº 34.155, da comarca de São Paulo, em que é embargante Iolanda Darci Dias Novais, sendo embargado o Serviço Funerário do Município de São Paulo: Acordam, em Primeiro Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, integrado neste o relatório de fls., rejeitar os embargos para que subsista, por seus fundamentos, o venerando acórdão recorrido.

Custas como de direito.

O Serviço Funerário do Município de São Paulo, entidade autárquica, propôs ação cominatória contra a embargante Iolanda Darci Dias Novais, para que esta se abstenha de praticar atos que constituem serviço público municipal, a cargo, exclusivamente, do Serviço Funerário, como venda de caixões, locação de paramentos e transporte fúnebre para cemitérios locais ou para outras localidades.

Acolhida a demanda, a decisão logrou mantida embora sem unanimidade de votos, pois o ilustre Juiz Vieira Neto considerava que o art. 2º da Lei municipal nº 5.562, de 13 de novembro de 1958, em que se funda a pretensão da autora, seria inconstitucional, à vista do disposto no art. 141, § 16, da Constituição federal.

Inconformada pretende a vencida, nos presentes embargos, que se reconheça a inconstitucionalidade invocada e que, ainda que rejeitada essa argüição, se lhe reconheça lícita a prática de serviços e funções mencionados a fls.

Apenas quanto à questão da inconstitucionalidade merecem examinados os embargos. O respeitável voto vencido dissentiu dos demais sòmente quanto à consideração de que o art. 2º da Lei municipal nº 5.562 não se mareava da pecha de inconstitucionalidade. Portanto, sòmente nessa parte, em que se manifestou divergência no resultado do julgamento, é que são cabíveis os embargos infringentes. Êstes "não têm a proprie-

dade da devolução integral". "A quebra da unanimidade estabelece a embargabilidade relativa, isto é, a embargabilidade quanto às questões em que se deu a divergência" (v. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, págs. 179-181).

Restrita, pois, a solução dos presentes embargos, à questão da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei municipal nº 5.562, merecem êles rejeitados.

Pretende-se que êsse artigo, declarando que se consideram serviços públicos municipais, a cargo exclusivo do Serviço Funerário, a fabricação e fornecimentos de caixões mortuários, a remoção de mortos, o transporte funebre e de coroas nos cortejos fúnebres, a ornamentação de câmaras mortuárias e a instalação e manutenção de velórios, ofende ao disposto no art. 141, § 16 da Constituição federal, pôsto que inadmissível monopólio municipal em tais serviços (fls.).

Tal entendimento não procede.

Não se cuida, no caso, de monopólio de atividade ou indústria, como o prevê o art. 146 da Lei Magna, monopólio que sòmente cabe à União estabelecer e que reclama lei especial. Não estabeleceu, a Lei municipal nº 5.562, tal monopólio. Fêz coisa diversa. Conceituou tais serviços como serviços públicos municipais, como de fato o são. E como serviços públicos municipais, a particulares se proibiu exercê-los, o que em nada infringe a qualquer princípio constitucional. O monopólio se refere a indústrias e atividades de caráter privado. E com êle são inconfundíveis os privilégios exclusivos relativos aos serviços públicos.

Consoante demonstrou, largamente, Meireles Teixeira (*Os Serviços Públicos de Eletricidade e a Autonomia Local*, págs. 175-211) a referência constitucional a monopólio, no art. 146, se prende ao sentido econômico, nêle não se incluindo a nacionalização dos serviços públicos, nem a chamada municipalização.

Não há falar, portanto, em ilícito estabelecimento de monopólio municipal quanto aos serviços reservados à autarquia autora. A Municipalidade, atendendo ao disposto no art. 28, nº II, *b*, da Constituição federal, organizou serviço público local apenas, sem estabelecer monopólio algum.

A isto se poderá opor que os serviços reservados à autarquia não se podem conceituar como serviços públicos. Seria atividade comercial ou industrial, subtraída ao campo de ação dos cidadãos, ao qual ela naturalmente pertencia. E isso caracteriza o monopólio (Mário Mazagão, *Curso de Direito Administrativo*, tomo II, pág. 292).

Mas a própria Constituição federal reserva, aos Municípios, a administração de cemitérios (art. 141, § 10). O sepultamento, assim, constitui serviço público local e nada pode impedir que o Município disponha sôbre a política mortuária, "que abrange o sepultamento de cadáveres, pompas fúnebres, remoção de ossos, registro de enterros, etc." (Lopes Meireles, *Direito Municipal Brasileiro*, vol. I, pág. 306). Compreende-se, perfeitamente, que determinada atividade seja considerada serviço público, desde que se destine a satisfazer necessidades essenciais da coletividade, *"qui ne peuvent être satisfaits completement, soit en raison de leur nature, soit en raison de circonstances exceptionelles, ou de circonstances au moins particulières, que par l'intervention de l'administration"* (v. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 28-18).

Ora, no tocante a enterramento e às demais atividades previstas no art. 2º da Lei nº 5.562, é inegável a necessidade de tais serviços e é inegável que, por circunstâncias particulares (enterramento de indigentes, coibição de preços extorsivos), sòmente através da municipalização de tais serviços se atende ao interêsse coletivo. Logo, como no caso de serviços de transportes urbanos e outros tantos que as Municipalidades se podem reservar, não há ver, na exploração dessas atividades exclusiva-

mente pelo Município, o monopólio econômico apenas permitido à União.

Não existe, assim, inconstitucionalidade no reservar, a Lei nº 5.562, ao Serviço Funerário, as atividades indicadas em seu art. 2º.

E os embargos merecem rejeição.

São Paulo, 21 de março de 1961. — *J. G. R. de Alckmim,* Presidente e Relator. — *Dimas R. de Almeida.* — *Henrique Machado.* — *Vieira Neto.* — *Lafayette Sales.*