sociedade brasileira de direito público

sbdp

Gabriel Mattioli de Miranda

SERVIÇOS FUNERÁRIOS E LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA

Perspectiva jurisprudencial

(STF/STJ/TJSP)

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação do Professor Fabrício Antonio Cardim de Almeida

SÃO PAULO

2011

Resumo da Monografia

O serviço funerário tem diferentes regimes de prestação no Brasil. Dependendo do município, ele 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 (Art. 170, *caput,* CF/88). A forma de interpretar esta variação de regimes pelos Tribunais mudou conforme a época constitucional, o tipo de serviço funerário e o próprio órgão judicante. Esta pesquisa se dedicou a examinar a jurisprudência sobre o tema das restrições à iniciativa do serviço funerário, em especial quando contrapostas ao princípio da livre iniciativa. Conclui que há refração quanto ao princípio da livre iniciativa, acentuada nos Tribunais Superiores. O conceito de serviço público, aplicado ao serviço funerário de forma casuística, tende a excluir a incidência da livre iniciativa econômica.

Palavras-Chave: Livre iniciativa, serviço público, monopólio estatal, serviço funerário, direito administrativo, direito econômico.

Acórdãos citados:

STF: RE 5.290/MG, AI 21.566/SP, RMS 8.427/SP, RE 49.988/SP, RE 73.295/MG, RE 89.083/ES, RE 94.872/RJ, ADI-MC 1.221/RJ, ADI 1.221/RJ, RE 185.659/DF, RE 387.990/SP, RE 237.104/SP, ADPF 202/PR, Ag.Reg. ADPF 202/PR, RE 601.798/MG, AI 746.334/DF, AI 631.421/DF, AC 2.902/PR

STJ: REsp 622.101/RJ, RMS 21.101/RJ, REsp 1.103.633/MG

TJ/SP: Ap. 011.123-5/5-00, Ap. 20.105-5/4, Ap. 140.150.5/4, Ap. 247.79-5/4-00, Ap. 322.698-5/0-00, Ap. 382.671-5/7-00, Ap. 302.040-5.2-00, AI 797.466-5/2-00, AC 463.420-5/2-00, AI 797.466-5/2-00, Ap. 463.420-5/2-00, Ap. 829.760-5/0-00, AI 630.161-4/8-00, AI 855.233-5/1-00, Ap. 436.655-5/1-00, Ap. 844.475-5/0-00, Ap. 901.516-5/2-00, Ap. 0164623-77.2006.8.26.0000

Sumário

Agradecimentos.....5

Pequeno Glossário de Siglas e Expressões.....6

Capítulo I – Introdução.....8
I. Os serviços funerários e a liberdade de iniciativa.....8
II. Universo de Acórdãos.....10
III. Metodologia de Pesquisa.....11
III.1 – Possíveis críticas à metodologia do trabalho.....15

Capítulo II – As ações.....20
I. Proposta.....20
II. Supremo Tribunal Federal.....20
- RMS 8.427/SP.....21
- RE 94.872/RJ.....25
- RE 185.659/DF.....27
III. Superior Tribunal de Justiça.....28
- Resp 1.103.633/MG.....28
- RMS 21.101/RJ.....29
- Resp 622.101/RJ.....30
IV.Tribunal de Justiça de São Paulo.....30
- Ap.nº 302.040-5/2-00.....31

Capítulo III - Interpretação constitucional – STF.....36
I. Proposta.....36
II. Definição do serviço público municipal.....36
Constituição Federal de 1946.....37
Constituição Federal de 1967.....39
Constituição Federal de 1988.....41
II.Modo de prestação do serviço municipal.....42
Constituição Federal de 1946.....43
Constituição Federal de 1967.....44
Constituição Federal de 1988.....46
III.Proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência.....49
Constituição Federal de 1946 50
Constituição Federal de 1967.....51
Constituição Federal de 1988.....53

Capítulo IV – Jurisprudência – STJ.....56
I. Proposta.....56
II. Definição do serviço público municipal.....56
III. Modo de prestação do serviço municipal.....57
IV. Proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência.....59

Capítulo V – Jurisprudência – TJ/SP.....60
I. Proposta.....60
II. Definição do serviço público municipal.....61
III. Modo de prestação do serviço municipal.....63
IV. Proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência.....64

Capítulo VI – Conclusões.....66
I. Proposta.....66
II. Rejeição ao argumento da livre iniciativa em relação ao serviço público.....66
III. A indefinição do "serviço público" e sua forma de prestação.....68
IV. A lei paulista 9.055/94 – Precedente de abertura de serviço funerário ao mercado?.....71
a) Delimitação da competência municipal.....72
b) Originária de controvérsia no STF sobre o tema da iniciativa de prestação de serviços funerários 73
c) Contexto fértil para argumentação com base na livre iniciativa.....74
d) Precedente de estratégia para abertura do mercado, sem necessidade do uso do princípio constitucional da liberdade de iniciativa.....74
V. Direito adquirido à exploração X direito adquirido ao monopólio.....75
VI. Competência municipal e quebra de monopólio.....77
VII. Síntese do essencial.....78

Bibliografia.....81

Agradecimentos

"Se um viajante não se encontra com outro melhor ou igual a ele,
Deixe-o viajar só.
Não há companhia para o tolo."

Tradução livre do Dhamappada

Muitos mestres budistas interpretam este trecho como um aviso, um alerta, para que escolhamos sempre os mais sábios amigos e mestres. A sabedoria só pode vir dos melhores companheiros, e os tolos devem por bem caminhar sozinhos.

Pessoalmente, prefiro interpretar de outra forma.

Com tantos e tantas colegas de viagem que, cada um à sua maneira, me auxiliaram a tornar esta monografia um pouco mais rica, um pouco mais clara, um pouco mais humana... Imensamente tolo eu seria, se menosprezasse o passo que cada amigo dividiu comigo, o riso, e o mais discreto conselho.

Seria o viajante que não percebe seus amigos como seus melhores e seus iguais, como seus professores que acompanham seus passos. E, como tal, mereceria cada tropeço injustificado, e cada trilha solitária.

Agradeço aos coordenadores Henrique Motta Pinto e Luiza Andrade Corrêa, pelo imenso auxílio durante o curso da Escola de Formação e desta monografia; pelo esforço, disponibilidade, e as críticas mais frias, sem as quais o comodismo seria a regra.

Agradeço aos amigos da Escola de Formação do ano de 2011, por tornar o ano muito mais divertido, pelos comentários ao longo do projeto, pelo apoio sempre presente, e pelos argumentos e discussões enriquecedores.

Destes, em especial, agradeço aos amigos Artur Péricles Lima Monteiro que, em um momento difícil, me auxiliou a ver um pouco o lado bom, e a Luciano Del Monaco: Mais que um colega, um apaixonado pelo Direito, que me auxiliou tanto com a leitura e sugestões nas versões preliminares quanto na proposição de ideias sempre instigantes.

Agradeço ao professor Fernando Dias Menezes de Almeida; por suas aulas sempre esclarecedoras sobre temas por vezes obscuros tratados nesta monografia, pelos conselhos e auxílio incondicionais, e pela dedicação verdadeira de um professor vocacionado, contribuiu muito para esta monografia.

Agradeço aos colegas do Sampaio Ferraz Advogados, por me haver mostrado e aberto a porta para a Escola de Formação; em especial, na pessoa do amigo Luís Fernando Matricardi que, não se limitando a comentar as versões preliminares deste trabalho, me auxiliou com alguns dos mais sábios conselhos que me orientaram este ano.

Agradeço à minha família pelo apoio, por tornar possível este ano, e que, pelas manhãs preguiçosas de final de semana, me lembra por o que, afinal, estamos todos lutando.

A Vivian, por tudo.
Pois, ainda que eu falasse a língua dos homens,
E falasse a língua dos anjos,
Sem amor, eu nada seria.

Pequeno Glossário de Siglas e Expressões

Por este despretencioso glossário, pretendo apenas esclarecer o significado de algumas siglas e expressões utilizadas no corpo do trabalho que, à primeira leitura, podem causar estranhamento no leitor. Especialmente, aquele não acostumado com as expressões técnico-jurídicas.

Infelizmente, o jargão é por vezes inevitável; não por pedantismo, mas por sua precisão inestimável na definição de conceitos.

Por um pequeno e rudimentar resumo de cada conceito, espero tornar o corpo do trabalho um pouco mais claro.

AI – Agravo de Instrumento. Forma recursal adequada para reformar decisão interlocutória (que não dá fim ao processo), usada principalmente para reformar decisões em sede de liminar.

Ap. - Apelação. Forma recursal adequada para reformar sentença de primeira instância, por Tribunal de Justiça. Ver "**TJ**".

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Forma de acesso imediato ao STF, por meio do qual há controle de constitucionalidade de atos do Poder Público considerados lesivos a preceito fundamental, tanto abstratos quanto concretos. Pode ocorrer tanto de forma autônoma como incidental (ao ocorrer controvérsia constitucional na interpretação dos tribunais, com julgados divergentes em casos concretos).

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Forma de controle de constitucionalidade direto de atos normativos abstratos.

CF – Constituição Federal.

CF/46 – Constituição Federal promulgada em 18 de setembro de 1946. Em vigor até 15 de março de 1967, quando outorgada a Constituição Federal de 1967.

CF/67 – Constituição Federal outorgada em 15 de março de 1967. Passou por uma grande reforma por meio da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, fazendo com que alguns autores por vezes se refiram à "Constituição Federal de 1969". Em vigor até 05 de outubro de 1988, quando promulgada a Constituição Federal de 1988

CF/88 – Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, atualmente vigente no Estado Brasileiro.

MS – Mandado de Segurança. Ação de rito especial, cuja função é anular ou interromper ato de autoridade pública coatora, quando demonstrado direito líquido e certo.

STF, SUPREMO – Supremo Tribunal Federal.

TJ – Tribunal de Justiça. Instituição judiciária colegiada, cuja função principal é reanalisar, reformando ou mantendo, sentenças de primeiro grau. Por vezes, tem competência originária, julgando em primeira instância, *p.e.*, Mandados de Segurança impetrados em face de juiz de primeiro grau. Também tem competência para julgar constitucionalidade de leis municipais, em relação às constituições estaduais, em sede originária.

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJ/ES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

TJ/MG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

REsp – Recurso Especial. Forma recursal utilizada para reformar decisões de Tribunais de segunda instância (ver, *p.e.*, TJ), cujo fundamento é a violação de legislação federal pelo acórdão que se pretende ver reformado; ação de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

RE – Recurso Extraordinário. Forma recursal utilizada para reformar decisões de Tribunais de segunda instância (ver, *p.e.*, TJ), cujo fundamento é a violação da Constituição Federal pelo acórdão que se pretende ver reformado; ação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF).

RMS – Recurso em Mandado de Segurança. Forma recursal adequada para reformar sentença ou acórdão proferido em sede de mandado de segurança.

Serviços Funerários – Conjunto de atividades destinadas ao trato de falecido, excluindo a concessão de espaço de cemitérios. Abrange uma vasta gama de atividades, entre elas as ligadas ao manuseio, transporte, embalsamento, tratamento, acondicionamento de restos mortais, serviços de limpeza e preparação do cadáver para cerimônias, organização e reserva de espaço para velórios, funerais, cremações e pompas em geral, fornecimento de artigos funerários (caixões, altares, coroas de flores, urnas, etc.), entre muitos outros.

Quando no corpo do trabalho utilizar a expressão "Serviços funerários", estarei me referindo a todas as atividades mencionadas neste item; quando utilizar a expressão "Serviço Funerário", estarei me referindo especificamente a um dos serviços abaixo citados.

Serviços Funerários "stricto sensu" – Classificação feita pela leitura dos casos; alguns casos foram considerados pelos Tribunais como não estando abrangidos pelos "serviços funerários" que constituiriam serviço público. Estes constituintes de serviço público, os serviços funerários "stricto sensu", abrangem todos os serviços citados acima, com exceção do transporte intermunicipal do cadáver e do fornecimento de artigos e serviços funerários para pessoas jurídicas.

Serviços Funerários "em atacado" – Atividade de fornecimento de artigos e serviços funerários, não ao consumidor final, mas a pessoa jurídica cujo objeto seja a prestação destes serviços ao usuário. Normalmente, indústria de artigos funerários e prestadoras de serviços de tanatoproxia.

Transporte Intermunicipal de Cadáver – Serviço funerário consistente na atividade de transporte de corpo para município diverso, no qual podem ser prestados alguns ou todos os serviços funerários, incluído o sepultamento.

Capítulo I – Introdução

I. Os serviços funerários e a liberdade de iniciativa

No ano de 2009, foram registrados civilmente 1.079.228 óbitos no Brasil[1], um crescimento absoluto de mais de 20.000 falecimentos em relação a 2008, quando registrados 1.056.390 óbitos[2]. A higiene, acomodação e ornamentação do falecido, além de cerimônia de velório, prestados por empresa privada, custam em média, em capitais brasileiras, de R$ 1000,00 a R$ 2.000,00[3], podendo chegar a R$ 45.000,00 em empresas funerárias de luxo[4]. O setor movimenta atualmente mais de R$ 1.000.000.000,00 no Brasil, com perspectivas de crescimento[5].

A exploração privada deste setor é feita por aproximadamente 5.500 empresas[6], variando de microempresas de faturamento médio de R$ 60.000,00[7] mensais a grandes conglomerados com mais de R$ 19 milhões faturados anualmente[8].

Ainda assim, múltiplos municípios em todo o Brasil possuem seus serviços funerários em regime de monopólio ou com acesso restrito, por meio de autorizações, concessões ou permissões, por vezes exclusivas. Como exemplos, tomo o município de Nova Iguaçu (RJ), que estabelece necessidade de concessão[9] para prestação do serviço por particulares, e o Município de São Paulo, que estabelece monopólio estatal

1 Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, disponíveis em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2009/tabelas_pdf/tabela2_3.pdf. Acesso em 24/09/2011.
2 Dados disponíveis em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2008/tabela2_3.pdf. Acesso em 24/09/2011.
3 Pesquisa de Finados e Custo da Morte, realizada em Belo Horizonte no dia 25 a 29 de Outubro de 2010. http://www.mercadomineiro.com.br/custo-morte-finados-precos-pesquisa.jsp. Acesso em 24/09/2011.
4 "Com estabilização da mortalidade, funerárias investem em inovação". Portal G1 Economia e Negócios, 04/07/2010. Acesso em 24/09/2011. Documento disponível em http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/07/com-estabilizacao-da-mortalidade-funerarias-investem-em-inovacao.html
5 "A rentável indústria do Sr. Morte". ISTOÉ Dinheiro, ed 183, 23/02/2001. Acesso em 24/09/2011. Documento disponível em http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/12419_A+RENTAVEL+INDUSTRIA+DO+SR+MORTE
6 http://funexpo.com.br/blog/?page_id=97. Acesso em 24/09/2011. Ver, igualmente, nota 4.
7 "Funerárias captam clientes na porta de hospitais". Portal CLDF, 25/04/2008. Acesso em 24/09/2011. Documento disponível em http://www.cl.df.gov.br/cldf/noticias/falta-regulamentacao-ao-setor-diz-depoente-a-cpi-dos-cemiterios.
8 Ver nota 5
9 A Lei Federal 8.987/95, em seu artigo 2º, inciso II, define a concessão de serviço público como "delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".
10 O termo "estatal" se aplica genericamente à atuação do Estado Brasileiro, por meio de qualquer de

, exercido por meio de autarquia municipal, para múltiplas modalidades de prestação do serviço funerário[11].

Outros municípios, como Adamantina (SP), permitem a exploração plena do serviço por empresas privadas em regime de livre iniciativa[12], exigidos apenas requisitos sanitários e de garantia de permanência de prestação do serviço.

Esta diversidade de entendimentos pode ser vista não só na legislação, mas também na jurisprudência. Em 09 de dezembro de 2003, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.221, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, julgou inconstitucional disposição da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecia em seu artigo 13, inciso V, situações nas quais os serviços funerários deveriam ser prestados de forma gratuita. Fundamentando-se no art. 30, inciso V da Constituição Federal, o STF julgou, por unanimidade, que a disposição feriria uma "competência municipal" de administrar os serviços funerários[13].

Três anos depois, em 29 de março de 2006, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 7ª Câmara de Direito Público, julgou ilegítima monopolização de serviço funerário por autarquia do município de Santo André, estabelecida por legislação municipal. Considerou-se que o ato legislativo do município feria a livre iniciativa e o direito da concorrência, além de se mostrar incompatível com a legislação estadual. Em sua justificativa, o julgado praticamente esvazia a competência municipal legislativa sobre o assunto, ao afirmar que "o município não teria peculiar interesse no manejo dos cadáveres."[14]

Como observado, existem diversas controvérsias sobre o tema; exponho algumas questões:

---

seus entes – União, Estados ou Municípios. À atuação do ente específico "Estado [de São Paulo, p.e.]" utilizar-se-á o termo "estadual".

11 Lei 8.383/76, alterada pela Lei 11.172/92 e regulamentada pelo Decreto 31.747/92. Dispõe seu artigo 2º, §1º: "*As atribuições previstas neste artigo são de competência exclusiva do Serviço Funerário do Município de São Paulo, exceto as constantes nos incisos XVI e XVII.*" Legislação disponível em http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L8383.pdf e http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L11172.pdf. Acesso em 25/09/2011.

12 Lei complementar nº 141/2010 de Adamantina, disponível em http://www.adamantina.sp.gov.br/leis/2010/10.Lei.Complementar.141.pdf. Acesso em 15/10/2011.

13 ADI 1.221/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 09/10/2003

14 Trecho da ementa: "Não tem o município competência legislativa para arrostar preceito contido no art. 1º da Lei Estadual 9.555/94 (…) Inexistência de peculiar interesse municipal no trato e manejo de cadáveres (...)

1) Por quem, e como, podem ser prestados os serviços funerários no Brasil?
2) Quem tem a iniciativa para prestação destes serviços que constituem um mercado bilionário?
3) O município, de acordo com os tribunais, tem competência para estabelecer monopólios?
4) São levados em conta, no julgamento destas questões, os princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência (art. 170, IV e parágrafo único da CF)? Se sim, de que forma são utilizados, frente a determinação do poder público que venha a restringir a livre iniciativa?
5) Como os tribunais, afinal, interpretam o regime de iniciativa desta atividade? Há coerência ou diálogo entre eles?

II. Universo de Acórdãos

Inicialmente, meu projeto de pesquisa era destinado a investigar como se daria a atuação do STF diante de intervenções do Estado na área econômica, especialmente por meio de monopólio de atividade por empresas estatais.

Em pesquisa inicial, tendo como base de pesquisa o banco de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[15], utilizei a chave de busca "monopolio" no campo de pesquisa livre, preenchendo as caixas "Acórdãos" e "Decisões Monocráticas". Posteriormente, procurei o termo "livre iniciativa", da mesma maneira, e cruzei os resultados. Da análise de ambos, um caso me chamou a atenção: O Recurso Extraordinário 387.990/SP, no qual se discutia a constitucionalidade de monopólio, por autarquia do município de Santo André, das atividades funerárias.

Pela curiosidade do caso, que versa sobre uma controvérsia relevante, que poderia esclarecer o uso do princípio constitucional da livre iniciativa, escolhi o tema da iniciativa de exploração dos serviços funerários no Brasil, como ilustrativo da interferência do Estado na livre iniciativa por meio de monopolização de atividade, e sua interpretação pelos tribunais em geral (tendo em vista a aparente contradição entre uns e outros).

15 Disponível no site http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp

Acredito que, com este corte metodológico, a pesquisa poderá esclarecer como alguns tribunais lidam com o conflito entre livre iniciativa e determinações estatais que restrinjam a iniciativa à exploração dessa determinada atividade. Não pretendo esgotar o tema da livre iniciativa nos tribunais, mas apenas contextualizá-lo ao tema escolhido, a partir da descrição e análise dos casos em estudo. E a este objetivo dedico este trabalho.

III. Metodologia de Pesquisa

Optei, além de pesquisar no STF e STJ, Tribunais Superiores competentes, respectivamente, para julgar questões constitucionais e de legislação federal, buscar decisões também em um Tribunal de Justiça exemplificativo, tendo em vista a competência originária dos Tribunais de Justiça Estaduais para controle de constitucionalidade e legalidade de leis municipais em face da Constituição Estadual. Optei pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pela maior facilidade de obter dados no caso de eventual necessidade de pesquisa em campo, além de minha maior familiaridade com a instituição. De qualquer maneira, a escolha foi meramente exemplificativa, sem pretensão de generalizar qualquer conclusão retirada desta escolha para qualquer outro Tribunal de Justiça.

Para obter material de pesquisa nos Tribunais citados, desenvolvi os passos abaixo descritos para encontrar material jurisprudencial sobre o tema. Posteriormente, fiz fichamento de todos os acórdãos.

Procurando outros casos em que houvesse discussão do regime jurídico de iniciativa econômica dos serviços funerários no mesmo site de jurisprudência do STF, utilizei o termo "funerar$"[16]. A pesquisa gerou 30 resultados, dos quais apenas 11 tratavam de tema afeto ao regime jurídico de iniciativa dos serviços funerários. Ao final, obteve-se 11 acórdãos, por este método, originários do STF.

Posteriormente, fiz o mesmo no site de busca de jurisprudência do Superior Tribunal

16 O termo "$" substitui qualquer sufixo ao final da palavra, permitindo encontrar, na mesma pesquisa, "funerár**ia**" e "funerár**io**", por exemplo. Os acentos gráficos não são levados em conta pelo mecanismo de busca do site.

de Justiça[17], utilizando do mesmo expediente, buscando pelo termo "funerar$". O site retornou 11 resultados, sendo que apenas 3 acórdãos tratavam do tema acima exposto. Ao final, obteve-se 3 acórdãos, por este método, originários do STJ.

Ao pesquisar no site de busca de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo[18], utilizei novamente o termo "funerar*", no campo "Pesquisa Livre" [19]. A busca retornou 2.437 resultados, material excessivo para filtrar por leitura simples. Optei, então, por reduzir o campo de pesquisa utilizando os termos "funerar* E 'livre iniciativa'", obtendo assim os casos em que fossem citados, no mesmo documento, os termos relativos a funerárias e livre iniciativa.

Escolhi o termo "livre iniciativa" para restringir o universo por ter sido o termo escolhido pela Constituição Federal de 1988 para tratar deste princípio jurídico (por vezes também chamado de liberdade de iniciativa, liberdade de empresa, livre empresa, etc.) em seus artigos 1º, inciso IV e 170, *caput.*

Este expediente retornou 25 acórdãos, sendo que 14 acórdãos eram afeitos ao tema acima exposto, tendo como resultado 14 acórdãos obtidos por este método no TJ/SP.

Decidi, também, incluir no âmbito do trabalho as decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal encontradas na pesquisa. Acredito que as decisões monocráticas têm muito a contribuir para a completude do trabalho: Ao ver, por exemplo, a decisão monocrática no RE 387.990/SP, do Ministro Carlos Velloso, posso perceber claramente um reforço a uma caracterização dos serviços funerários como "serviço público"; desta maneira, repeti o método exposto acima para obter acórdãos no STF, porém checando somente a caixa "Decisões Monocráticas", obtendo 26 decisões. Filtradas, pelo mesmo padrão que os itens anteriores, segundo se tratassem do tema da iniciativa de prestação dos serviços funerários, geraram um total de 8 decisões monocráticas relevantes (todas, por peculiaridade do banco de dados do STF, do período pós-1988).

Em última fase, após leitura dos acórdãos e decisões, escolhi incluir as decisões que foram citadas pelos próprios Tribunais como jurisprudência relevante para o tema. Excetuando-se a jurisprudência citada que já havia sido incluída no trabalho por

17 http://www.stj.jus.br/SCON/
18 https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do
19 A expressão * no mecanismo de busca do site do TJ/SP tem a mesma função de $ no site do STF.

alguma das fases anteriores, selecionei mais dois acórdãos: Ap. 463.420.5/2-00, rel. Des. Evaristo dos Santos e Ap. n° 140.150.5/4-00, rel. Des. Soares Lima, citados na Apelação Cível nº 844.475-5/0-00, todos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ao final, foram obtidas 38 decisões relevantes para análise. Apesar deste número parecer exagerado para uma pesquisa qualitativa, de limite temporal tão exíguo, preferi não executar nenhum recorte temporal: há casos discutidos no Supremo Tribunal Federal de grande relevância para entender o tema em sua perspectiva histórica[20].

Utilizei fichas de decisão para organizar minha leitura, contendo: **A)** Informações básicas sobre o caso, permitindo sua identificação posterior; **B)** Breve resumo da situação de fato discutida no processo, para compreensão rápida do caso; **C)** Resumo da decisão apresentada pelo Tribunal, principal fonte das conclusões retiradas pela pesquisa.

Diversos acórdãos, apesar de terem como pano de fundo o tema proposto para esta monografia, acabavam sendo resolvidos em termos exclusivamente processuais, sem qualquer referência ou posicionamento, pelo órgão julgador, em relação ao tema do trabalho (como, por exemplo, ausência de prequestionamento dos dispositivos violados, solução final do RE 185.659/SP).

Acredito, por meio destes, ser possível extrair conclusões interessantes, mesmo que retiradas somente da propositura da ação perante os Tribunais, independentemente da decisão que o Tribunal veio a tomar. Saber, por exemplo, que o Tribunal de origem deferiu mandado de segurança permitindo exploração de determinado serviço funerário, contra direito municipal, pode ser fonte de conclusões interessantes.

Em lugar da retirada destas decisões que tenham decisão final fundamentada em termos exclusivamente processuais do escopo, escolhi não analisar profundamente estes casos, por meio de ficha completa. Ao invés disso, foram preenchidas fichas simples, apenas com dados processuais e questionamentos, sem se referir a decisão final do Tribunal. Serão usados, exclusivamente, para retirada de conclusões sobre a propositura de ações sobre o tema nos Tribunais, sem se referir a qualquer

20 Como, *p.e.*, o Mandado de Segurança 8.247, de 13 de dezembro de 1961, no qual consta expressamente da ementa que "exploração de casa funerária não é serviço público"

posicionamento do Tribunal.

Ao final, portanto, foi recortado o seguinte universo de acórdãos:

STF - Acórdãos	STF – Decisões Monocráticas
Recurso em Mandado de Segurança 5.290/MG	Recurso Extraordinário 387.990/SP
Agravo de Instrumento 21.566/SP	Recurso Extraordinário 237.104/SP
Recurso em Mandado de Segurança 8.427/SP	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 202/PR
Recurso Extraordinário 49.988/SP	Recurso Extraordinário 601.798/MG
Recurso Extraordinário 73.295/MG	Agravo de Instrumento 746.334/DF
Recurso Extraordinário 89.083/ES	Agravo de Instrumento 631.421/DF
Recurso Extraordinário 92.335/RJ	Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 202/PR
Recurso Extraordinário 94.872/RJ	Ação Cautelar 2.902/PR
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1221/RJ	-
Recurso Extraordinário 185.659/DF	-
Ação Direta de Inconstitucionalidade 1221/RJ	-

STJ		
Recurso Especial 622.101/RJ	Recurso em Mandado de Segurança 21.101/RJ	Recurso Especial 1.103.633

TJ/SP	
Ap. 011.123-5/5-00	Ap. 20.105-5/4
Ap. 140.150.5/4	Ap. 247.79-5/4-00
Ap. 322.698-5/0-00	Ap. 382.671-5/7-00
Ap. 302.040-5.2-00	AI 797.466-5/2-00
Ap. 463.420-5/2-00	AI 797.466-5/2-00
Ap. 463.420-5/2-00	Ap. 829.760-5/0-00
AI 630.161-4/8-00	AI 855.233-5/1-00
Ap. 436.655-5/1-00	Ap. 844.475-5/0-00
Ap. 901.516-5/2-00	Ap. 0164623-77.2006.8.26.0000

III.1 – Possíveis críticas à metodologia do trabalho

Nesta seção, gostaria de dedicar algumas linhas a responder eventuais anotações e dúvidas quanto à metodologia do trabalho; em especial, três percalços em minha pesquisa que me levaram a tomar decisões relevantes:

a) O número de acórdãos em alguns casos é bastante reduzido. É possível retirar conclusões a respeito de uma "jurisprudência" do STJ, por exemplo, a partir de três acórdãos?

Como explicado na metodologia do trabalho, utilizei-me, na medida do possível, de mecanismos que me permitissem exaurir as fontes de pesquisa (os sites dos tribunais). A seleção de acórdãos foi feita caso-a-caso a partir de todos os encontrados; posso afirmar, sem dúvida, que não há documento acessível por este mecanismo que não tenha sido incluido na pesquisa.

A pequena quantidade de acórdãos, porém, não invalida as conclusões a serem tiradas da pesquisa; a quase total ausência de acórdãos relevantes no STJ, por exemplo, é indício de que a discussão realmente se encontra em âmbito de legislação municipal, estadual e no constitucional, os quais não são os temas normalmente recebidos no STJ, especializado em controle de atos jurídicos com base na legislação federal.

De qualquer maneira, esta crítica é importante para ver os resultados da pesquisa sob perspectiva: considero razoável pensar que uma jurisprudência menos rica, com menos "tradição" em tribunal, efetivamente tende a ser mais instável, ainda que não inexistente.

Mantenho as conclusões retiradas dos acórdãos, considerando serem eles a fonte que tenho para extrair algum entendimento do tribunal, seja ele qual for. Porém, as conclusões serão enunciadas na forma "estes acórdãos apontam para tal sentido", e não "o tribunal futuramente julgará em tal sentido". Por mais fraca que seja a jurisprudência, não deixa de ser jurisprudência, e por mais forte que a seja, não indica perpetuidade no tribunal.

b) A seleção de acórdãos por tema pode não mostrar toda a realidade. O que dizer, por exemplo, por temas excluídos na "filtragem temática", tais como a aplicação do CDC aos serviços funerários (STJ, Resp 1.090.044/SP)? Não poderiam eles indicar algo do posicionamento do tribunal em relação ao princípio da livre iniciativa?

Algumas das decisões filtradas efetivamente apresentavam dados que poderiam vir a ser relevantes para os fins desta pesquisa; em especial, as que confirmam explicitamente um caráter de "serviço público" aos serviços funerários.

No entanto, o corte temático exigiu um limite: não é intuito da monografia verificar toda a regulamentação dos serviços funerários em contraposição ao regime de livre iniciativa.

Optei pelos casos nos quais se tratou de regime de iniciativa, nos quais se discutia quem, afinal, poderia prestar o serviço. Este tema, pela minha pesquisa preliminar, levanta constantemente o argumento da liberdade de iniciativa, admitido ou rechaçado.

Minha filtragem posterior de acórdãos só veio a confirmar esta visão. Em nenhum outro tema relacionado aos serviços funerários há esta discussão quanto à liberdade de iniciativa executada de forma tão explícita. O REsp citado na pergunta acima efetivamente trata de um tema que, como se verá, terá reflexos importantes para o regime de prestação dos serviços funerários (o caráter público do serviço).

Ainda assim, essas conclusões são somente reflexas, só fazem sentido à luz de análise já feita nos casos considerados relevantes. A *conclusão preliminar* desta análise anterior estaria me induzindo a buscar argumentos para confirmá-la, mesmo em temas que anteriormente já considerei irrelevantes.

É óbvio, neste ponto, o risco de se ter um viés argumentativo, buscar dados para fundamentar conclusões já feitas. Não é este o intuito deste trabalho. Por este motivo, optei expresamente por manter o tema restrito aos questionamentos de regime de iniciativa de prestação dos serviços funerários.

c) Um viés que poderia ser aparentemente encontrado no trabalho é a forma de questionamento do regime de iniciativa. Nos casos selecionados, a regra, com algumas exceções, é a tentativa, por quem se encontra excluído das hipóteses de permissão de prestação de certo serviço funerário, de ter esta permissão concedida, com base na liberdade de iniciativa.

Como explicado acima, a pesquisa foi feita de maneira a exaurir os acórdãos relevantes encontráveis pela base de dados. A seleção feita foi temática, não por argumentação ou forma do pedido.

A crítica apenas apresenta uma das conclusões do trabalho: efetivamente, a regra nesta discussão temática, com algumas exceções, é que quem busque o auxílio do judiciário seja o agente econômico que não tem permissão de prestar o serviço funerário, normalmente baseando-se em suposta violação à liberdade de iniciativa, especialmente no STF.

A crítica, porém, é parcialmente procedente em relação a um dos tribunais. O TJ/SP, pelas razões expostas no capítulo anterior, necessitava de um método para "filtrar" os acórdãos relativos a funerárias, de maneira a restarem os que permitissem verificar o posicionamento do tribunal em relação ao princípio da liberdade de iniciativa.

Infelizmente, o método encontrado (de cruzar os dados “funerárias” e “liberdade de iniciativa”) provavelmente impediu que fosse encontrada toda a verdade; com toda chance, foram perdidos vários acórdãos nos quais se discutia o regime de iniciativa de prestação de serviços funerários, e não se levantou o argumento da livre iniciativa.

Isto impediu, por exemplo, conclusões a respeito de ser comum, ou não, o levantamento deste argumento pelo recorrente/impetrante, e se o argumento poderia vir a ser “ignorado” pelo tribunal, quando não levantado.

Porém, os limites fáticos inerentes a toda pesquisa impunham um método de seleção que me permitisse procurar pelo posicionamento do tribunal em relação ao princípio, com o máximo de eficiência. Optei por procurar onde os próprios desembargadores, impetrantes ou recorrentes o consideravam importante.

Portanto, em relação a este Tribunal, omito qualquer conclusão relativa à frequência

de levantamento do argumento, ou se ele seria ou não utilizado quando não mencionado expressamente no caso. Me limito às conclusões em relação a como os serviços funerários são tratados pelo tribunal quando há questionamento perante a livre iniciativa.

d) A monografia utiliza, de forma indistinta, os conceitos de "monopólio" e "exclusividade", conceitos distintos na doutrina administrativista. Da mesma forma, os distintos termos "serviço público" e "atividade econômica" foram aplicados ao serviço funerário.

A doutrina de Direito Administrativo costuma distinguir as situações de "monopólio" e "exclusividade"; grosso modo, o conceito de monopólio se aplicaria somente a atividades econômicas exercidas por agentes em determinado mercado, em teoria, aberto. A exclusividade, por outro lado, se aplicaria a determinado agente público, tal como concessionária ou autarquia, ao qual se confere a atribuição de exercício privativo de determinada atividade de titularidade do Estado, considerada de interesse público.[21]

No âmbito desta monografia não se utilizou esta distinção. O termo "monopólio" foi aplicado às situações em que agente econômico único, que pode ser inclusive um agente público, explora privativamente determinada atividade, sem qualquer outra conotação. Ao termo "exclusividade", porém, se estipula conotação de "monopólio concedido legal ou constitucionalmente".

O termo "atividade econômica" foi utilizado com o mesmo sentido do termo "atividade econômica em sentido lato" estipulado por Eros Roberto Grau[22], englobando tanto as atividades econômicas abertas à iniciativa privada quanto as atividades econômicas consideradas de titularidade do Estado, inclusive os serviços públicos. Com este sentido, procurei deixar a definição da atividade econômica dos serviços funerários, seja como serviço público ou como negócio, a cargo dos Tribunais.

---

21 Assim, Hely Lopes Meirelles define monopólio estatal como "*reserva para o Poder Público de determinado setor do domínio econômico*". O termo exclusividade, por sua vez, é utilizado, por exemplo, ao se tratar de concessões: *"A concessão, em regra, deve ser conferida sem exclusividade (...)"*. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pgs. 410 e 673

22 Grau afirma não existir confronto entre a expressão "atividade econômica", em seu sentido amplo, e o conceito de serviço público: "*A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica.*" A Ordem Ecônomica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 14ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pgs. 101-102.

Procurei, ao isolar estes termos de sua tradicional conotação doutrinária, evitar uma análise da jurisprudência condicionada pelas lentes da literatura. Assim, o trabalho não corre o risco de ter o seu objetivo, que é compreender e analisar a jurisprudência, alterado para o da realização de um debate doutrinário.

Capítulo II – As ações

I. Proposta

Por este capítulo, pretendo expor como as ações são propostas e decididas nos Tribunais; em especial, responder a perguntas como:

- Quem são os litigantes que levam este tema aos Tribunais?
- Quais são os instrumentos processuais utilizados?
- Qual o pedido feito? Quando possível adquirir esta informação, qual a fundamentação apresentada pelo autor ou recorrente da ação?
- O Tribunal julga com bases processuais, ou julga o mérito da questão?
- Qual tese costuma ser vencedora?
- Há controvérsia no Tribunal? Votos vencidos ou debates?

Para ilustrar as conclusões, utilizarei, para cada Tribunal, ao menos um caso típico, que represente as principais características versadas nas ações propostas naquele tribunal.

A partir desse conjunto de casos no qual se expõem as principais teses, regra nos processos identificados, abrirei tópicos para expor os casos excepcionais, que fogem ao padrão.

Serão pontuadas as razões de determinado caso específico ter sido escolhido para representar os demais.

Cada característica relevante será identificada com um grifo, para indicar que será comentada no corpo do texto.

II. Supremo Tribunal Federal

Foram escolhidos três casos para exemplificar a ação judicial normalmente decidida pelo Supremo Tribunal Federal: (i) O Recurso em Mandado de Segurança 8.427/SP foi escolhido para ilustrar os casos em que há controvérsia sobre a caracterização dos

serviço funerário como sujeito ao regime de livre iniciativa ou ao regime de serviço público[23]; enquanto que o (ii) Recurso Extraordinário 94.872/RJ foi escolhido para exemplificar o típico acórdão caracterizador do serviço funerário como serviço público [24].

Como percebe-se pela diferença quantitativa entre os universos de casos, a regra na jurisprudência do STF, em número de decisões, é o acórdão que caracteriza o serviço funerário como serviço público, excluindo aplicação ao princípio de liberdade de iniciativa.

Os demais acórdãos[25], decididos em termos exclusivamente processuais, o que dificulta retirada de posicionamento do Tribunal sobre o tema, serão representados pelo (iii) Recurso Extraordinário 185.659/DF, sem tópicos à parte, dada a relativa homogeneidade deste tipo de decisão e menor importância para o estudo do tema.

– **RMS 8.427/SP**

Trata-se de recurso contra decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo, que confirmou sentença de primeira instância, denegatória do mandado de segurança.

O recorrente requisitou à prefeitura de S. Bernardo licença para estabelecimento de serviço funerário na cidade, a qual veio a ser negada, com base no "exíguo capital investido" e "temeridade do investimento", que não seriam compatíveis com o interesse público do negócio.

A legislação municipal condicionava a instalação do serviço à sanção do município. À época, o serviço era prestado, na cidade, por uma única outra empresa privada, em monopólio de fato, mas juridicamente não necessário – existia a possibilidade de empresa privada entrar no ramo condicionada apenas a esta sanção, em regime semelhante ao atual instituto da "permissão"[26].

23 Universo composto pelo RMS 5.290/MG, RE 89.083/ES e pelo próprio RMS 8.427/SP.
24 Universo composto pelo AI 21.566/SP, RE 49.988/SP, ADI 1221 MC/RJ, ADI 1221/RJ, e o próprio RE 94.872/RJ.
25 Universo composto pelos RE 92.335/RJ, RE 73.295/MG, RE 185.659/DF.
26 A Lei 8.987/95 define permissão de serviço público como "a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco."

O recorrente, portanto, ingressou no judiciário, por meio de mandado de segurança, requerendo autorização para prestar o serviço funerário no município de São Bernardo, alegando que esta submissão à sanção administrativa seria inconstitucional (embora no relatório do acórdão não fique clara sua fundamentação específica).

A sentença de primeira instância, tendo em vista existência de lei que exigia a sanção municipal, considerou inexistente direito líquido e certo, orientação confirmada pelo Tribunal de Alçada.

No STF, em julgamento de 13.12.1961, houve clara bipartição: A corrente majoritária, capitaneada pelo Ministro Ary Franco, sustentou que o serviço funerário é comércio; portanto, não se justificaria um "interesse público" que o monopolizasse. Orientação diametralmente oposta adotou a corrente minoritária, iniciada pelo Ministro Victor Nunes, que considerou que o serviço funerário, constituindo serviço público de orientação local, poderia ser submetido a regime de autorização ou concessão, de acordo com a discrição do município.

a) A ação proposta perante a primeira instância é mandado de segurança, impetrado por empresa que se vê proibida, por ato administrativo, de exercer algum tipo de serviço funerário.

Regra: Este padrão se repete em outro caso em que houve controvérsia na Corte, o RMS 5.290/MG, no qual a empresa Serviço Social de Luto pede, também por mandado de segurança, entrada no mercado funerário, concedido com exclusividade à Santa Casa de Misericórdia pela Prefeitura de Belo Horizonte. Baseou-se em pretensa violação aos dispositivos constitucionais protetivos da liberdade de iniciativa (arts. 145 e 148, CF/46)

A regra nos casos analisados é que a norma municipal, legislada, conceda expressamete a exclusividade na prestação dos serviços funerários, impedindo a entrada de novos agentes.

Exceção: No terceiro caso, o RE 89.083/ES, porém, a empresa funerária à qual foi

concedida exclusividade impugna, por mandado de segurança, ato da prefeitura municipal de Vitória, que forneceu a concessão de serviço funerário também a outra empresa.

b) A primeira instância negou provimento ao pedido da empresa funerária que pleiteava direito de prestar o serviço, alegando que a legislação municipal impede o reconhecimento de direito líquido e certo, orientação confirmada pelo Tribunal de segunda instância

Regra: *A regra é a situação descrita acima, que ocorreu da exata mesma maneira no RMS 5.290/MG, no qual as primeiras instâncias consideraram que a prefeitura "obedeceu à lei".*

Exceção: *No RE 89.083/ES, porém, a sentença de primeira instância concedeu mandado de segurança à empresa concessionária que desejava garantir sua exclusividade prevista em lei; o Tribunal de segunda instância, porém, considerou a impetrante carecedora da ação, negando efeitos à lei que concedeu o serviço com exclusividade à impetrante.*

c) Recorreu-se ao STF por meio de Recurso em Mandado de Segurança ou Recurso Extraordinário.

Regra: *A fundamentação específica levantada pela recorrente no recurso dirigido ao STF, encontrada nos RE 49.988/SP, RMS 5.290/MG e AI 21.566/SP, dirigiu-se a pretensa violação ao princípio constitucional de liberdade de iniciativa.*

d) O STF dividiu-se, quanto ao mérito, em dois grupos distintos. A corrente majoritária, nos casos onde houve controvérsia, caracteriza o serviço funerário como comércio, considerando violado o princípio constitucional da liberdade de iniciativa pelo monopólio; a minoritária julga o serviço funerário como de caráter público, negando aplicabilidade ao princípio da livre iniciativa.

Regra: *No RMS 8.427, onde não houve voto por decisão processual, esta bipartição se mostrou muito clara: em votação apertada, quatro ministros afirmaram expressamente que o serviço funerário "é comércio", não podendo portanto ser*

sujeito a monopólio; outros dois ministros apresentam votos divergentes, considerando o serviço funerário como serviço público, sujeito ao regime determinado pelo município, acompanhados por um terceiro ministro que não apresentou voto próprio. Ao final, a tese do serviço funerário como comércio venceu por 4X3 (O presidente não votou, estando ausentes três ministros à sessão de julgamento).

Nos outros dois acórdãos, decidos com bases processuais, esta bipartição se torna menos clara.

No RMS 5.290/MG, a maioria absoluta dos votos considerou inadequado julgar a licitude de contrato administrativo em sede de mandado de segurança, sem entrar no mérito da constitucionalidade do monopólio; apenas os votos vencidos de dois ministros entraram no mérito, considerando ilegal a instituição do monopólio levada a efeito pelo contrato em questão. Nenhum ministro alegou que os serviços funerários são "serviços públicos".

O RE 89.083/ES se mostra ainda mais confuso quanto a este ponto; ao final, por maioria de votos, decidiu-se em termos exclusivamente processuais que o acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo não poderia ter declarado inconstitucionalidade de lei, em julgamento por órgão distinto do Pleno; a exclusividade da concessionária foi mantida, prevalecendo o argumento formal da reserva de plenário. Vê-se apenas, em voto, que "existe uma lei (...) que inegavelmente dá direito ao monopólio da Santa Casa", reconhecimento que pode indicar simpatia ao argumento da competência municipal. Foi vencido somente o relator, que considerou que a impetrante não impugnou todos os fundamentos do acórdão recorrido (o qual negava a segurança, também, por ausência de litisconsórcio necessário, a empresa funerária cuja concessão se pretendia impugnar).

e) O acórdão foi julgado durante a vigência da Constituição Federal de 1946

Regra: *Todos os acórdãos em que houve controvérsia de mérito em relação à caracterização do serviço funerário e ao princípio constitucional da livre-iniciativa ocorreram durante o período constitucional regido pela CF/46; após este período, todos os acórdãos foram decididos por unanimidade*[27]*.*

27 À única exceção do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.221/RJ,

- RE 94.872/RJ

Trata-se de recurso da Funerária M. De Jesus contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reformou sentença em ação ordinária proferida pelo juiz de 1ª instância.

Na ação ordinária, era requerido pela autora, Funerária M. De Jesus, alvará para exercício do serviço funerário em Nova Iguaçu, recusado pela Prefeitura. O serviço era prestado, na cidade, por uma única outra empresa privada, detentora de concessão do município, a Funerária São Salvador.

Embora a sentença de primeira instância tenha concedido a ordem, o tribunal de origem reformou a sentença, baseado em competência municipal para organização do serviço funerário, sendo que o seu fechamento, ao arbítrio do município não violaria a livre iniciativa; a livre iniciativa seria restrita aos casos que o poder público permitir.

A impetrante interpôs recurso extraordinário, com fundamento no artigo 150. §23, da CF de 1967 (à época, assecuratório da liberdade de profissão).

No voto do relator, acompanhado pela turma por unanimidade, considerou-se erroneamente invocado o dispositivo constitucional; deveria ter sido invocado o artigo 160, I, à época assecuratório da liberdade de iniciativa econômica; porém, não se prende ao argumento.

O argumento principal é a caracterização do serviço funerário como serviço público, fundamentada em doutrina: o fechamento ao mercado seria mera regulamentação. Portanto, não seria aplicável o princípio constitucional da liberdade de iniciativa.

Por estes fundamentos, não conhece do recurso, por se tratar de questão de direito municipal.

a) A ação proposta perante a primeira instância é mandado de segurança, impetrado por empresa que se vê proibida, por ato administrativo, de exercer algum tipo de

---

na qual houve voto divergente do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual simplesmente afirmou que "não vislumbrava *periculum in mora*". Considerei manifestação tão pouco esclarecedora que sequer considerei como divergência de mérito.

serviço funerário.[28]

Regra: Esta configuração é praticamente idêntica em todos os acórdãos estudados nesta categoria: há questionamento por parte da empresa "excluída" do mercado, fundamentada expressamente no princípio constitucional de liberdade de iniciativa (Como, *p.e.*, RE 49.988/SP e RE 94.872/RJ). Esta exclusão se dá por concessão municipal em caráter exclusivo do serviço (RE 94.872/RJ, AI 21.566/SP), ou prestação direta pelo próprio município (RE 49.988/SP).

Exceção: No caso AI 21.566/SP, a empresa funerária à qual havia sido recentemente concedido o serviço funerário, em caráter exclusivo, ingressou com ação cominatória de não-fazer, exigindo que outra empresa funerária, a qual prestava os serviços funerários no município já por mais de 40 anos, cessasse suas atividades.

b) Instância inferior ao STF negou provimento ao pedido da empresa funerária que pleiteava direito de prestar o serviço, alegando que a legislação municipal impede o reconhecimento de direito líquido e certo.

Regra/Exceção: No caso-base RE 94.872/SP, a sentença de primeira instância reconheceu o direito à prestação do serviço funerário, sendo reformada pela Tribunal de segunda instância; porém, a regra é que ambas as instâncias deneguem a ação proposta pela empresa funerária, baseadas no caráter de "serviço público" funerário.

Mesmo no AI 21.566/SP, tanto na sentença de primeira instância quanto no Tribunal de Apelação o pedido foi concedido, a fim de garantir o monopólio da empresa concessionária.

c) A empresa funerária "excluída" recorre ao STF por meio de Recurso Extraordinário, fundamentada no princípio constitucional da livre iniciativa, para requerer direito de exploração dos serviços fúnebres.

Regra: Este padrão se mantém em todos os casos de controle de constitucionalidade por via incidental. A empresa funerária "excluída" alega que a decisão do Tribunal de

28 Como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade são propostas diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, não incluo a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.221 neste item e no próximo.

segunda instância viola a Constituição Federal, em sua proteção ao princípio da livre iniciativa.

Exceção: A grande exceção é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.221/RJ, por meio da qual o Procurador Geral da República requer declaração de inconstitucionalidade de legislação carioca, a qual estabelece hipóteses de prestação gratuita obrigatória do serviço funerário. Alega a PGR violação à competência municipal em regulamentar seu serviço público de interesse local (ou seja, o serviço funerário).

d) O Supremo indefere o pedido da empresa "excluída", embasado em competência municipal na determinação do regime de seus serviços públicos de interesse local.

Regra: Em todos os casos julgados à unanimidade, o STF considerou o serviço funerário como serviço público de interesse local; neste ínterim, caberia ao município determinar, de modo discricionário, seu regime de prestação, sendo lícita até mesmo sua monopolização. Este posicionamento ocorre tanto de forma expressa, inclusive na ementa ("*SERVIÇO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO FUNERARIO MEDIANTE CONCESSÃO SOB O REGIME DE EXCLUSIVIDADE.*", RE 94.872/RJ) como de maneira mais implícita (*"A prefeitura daquela cidade, contudo, por lei municipal, resolveu regulamentá-lo (...)"* AI 21.566/SP).

e) O acórdão foi julgado durante a vigência da Constituição Federal de 1967

Regra: Os casos em que houve julgamento unânime pela caracterização do serviço funerário como serviço público são a regra na vigência das Constituições Federais de 1967 (RE 94.872/RJ) e 1988 (MC na ADI 1.221, ADI 1.221), ocorrendo também ao final da vigência da CF/46 (AI 21.566/SP e, principalmente, RE 49.988/SP)

- RE 185.659/DF

Trata-se de questionamento contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o qual, confirmando sentença de primeira instância, negou provimento a mandado de segurança da autora.

A autora é empresa funerária que insurgiu-se contra ato legislativo do Governador do Distrito Federal, o qual, por meio dos decretos 11.352/88 (erroneamente citado na ementa como 11.352/82) e 14.017/92, retirou o serviço funerário do campo da livre-iniciativa. Por este processo a recorrente pretende ver reestabelecida sua inscrição cadastral para prestação do serviço no DF. Tem como fundamentos incompatibilidade com legislação do DF e violação a vários dispositivos da CF/88, em especial quanto ao artigo 173 (exploração direta de atividade econômica pelo Estado).

Tanto a primeira instância quanto o Tribunal de Justiça denegaram a segurança, com fundamentação no serviço funerário ser serviço público.

No STF, por julgamento unânime conduzido pelo voto do relator Ilmar Galvão, o recurso não foi conhecido por falta de prequestionamento constitucional no Tribunal de origem.

III. Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça apresentou apenas três casos sobre o tema, bastante distintos entre si; desta forma, optei por expor cada caso individualmente, a fim de não perder os detalhes em simplificações.

- Resp 1.103.633/MG

Trata-se de discussão em âmbito de ação civil pública, na qual se condenou, em segunda instância, prefeitos e ex-prefeitos de município, os quais haviam emitido permissão para prestação dos serviços funerários sem licitação, "violando o princípio da legalidade", de acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O juiz de primeira instância considerou o ato não-lesivo ao patrimônio público, pois não teria havido dolo, e como os serviços foram adequadamente executados, sem dano ao erário. Porém, objetivamente, considerou que o ato efetivamente foi feito em desconformidade com os princípios da administração pública.

Em segunda instância, se reformou a decisão, afirmando-se que apenas o caráter objetivo da conduta seria suficiente para ensejar a condenação.

Em sede de recurso especial, o Ministro Luiz Fux (atualmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal), em voto condutor, retomou o posicionamento da primeira instância, afirmando ser necessária a configuração do elemento subjetivo, do dolo, para ensejar condenação por improbidade administrativa.

Não houve controvérsia, portanto, a respeito da ilegalidade, em princípio, do ato dos prefeitos; não foi adotado, explicitamente, nenhum posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o regime de iniciativa dos serviços funerários, embora, pela confirmação de exigência de licitação, seja razoável concluir que ficou implícita a caracterização como serviço público.

- RMS 21.101/RJ

Discute-se, no caso, decreto municipal por meio do qual prefeito do Município de Nova Iguaçu permitia a exploração do serviço de transporte municipal de cadáveres por empresas funerárias de outros municípios.

A recorrente, funerária São Salvador, possui contrato de concessão dos serviços funerários em caráter de exclusividade; por este motivo, impugnou este decreto por mandado de segurança, originariamente, por meio do TJ/RJ.

No Tribunal de Justiça do RJ, a segurança foi denegada, com base no argumento de que o contrato de concessão não previa exclusividade quanto ao serviço de transporte intermunicipal, mas apenas aos serviços funerários regulares; ao emitir o Decreto, o município apenas estaria agindo na sua competência de fixar os limites de atuação da concessionária.

Em recurso ordinário ao STJ, a recorrente alegou que o acórdão do TJ/RJ estaria em desconformidade com o artigo 30, inciso, V da CF, ao permitir a execução de serviços funerários por empresa não concessionária no município de Nova Iguaçu.

O STJ, por unanimidade, partindo de voto condutor da Ministra Denise Arruda, manteve os fundamentos do TJ/RJ, em especial confirmando que o município estaria agindo na sua competência regulamentar. Com considerações sobre ausência de

certeza e liquidez do direito pretendido, indeferiu o recurso. Ficou permitida, portanto, a prestação do serviço de transporte intermunicipal de cadáveres no município de Nova Iguaçu em regime de livre iniciativa.

- Resp 622.101/RJ

Trata-se de recurso especial de empresa que, visando construir cemitério particular e prestar serviços funerários em Petrópolis, teve sua licença de funcionamento negada pelo município, e sua licença de construção do cemitério revogada.

Judicializada a questão, em segunda instância, o acórdão recorrido confirmou o ato municipal, pois que o município não poderia conceder ou permitir o funcionamento de serviço público sem prévia autorização legislativa e licitação, com base no art. 175 da CF/88 e artigo 2ª da Lei Federal 9074/95, estando ambos os requisitos ausentes no caso.

A autora recorreu com base nos mesmos dispositivos, alegando violação a seu direito líquido e certo de construir o cemitério, pois que recebera licença para sua construção, que posteriormente foi revogada, "em bloco", com a prestação dos serviços funerários.

Subindo o recurso ao STJ, o julgamento deu-se com base em voto condutor do Ministro José Delgado, seguido à unanimidade pela Primeira Turma. O acórdão recorrido foi mantido por seus próprios fundamentos. Citando não existir contradição ou omissão no acórdão, o STJ "avalizou" os fundamentos de mérito, acrescentando apenas breves considerações sobre o serviço funerário, que, sendo serviço público, necessitaria de licitação para seu exercício por particular.

IV.Tribunal de Justiça de São Paulo

O caso designado para representar a ação judicial típica proposta perante o Tribunal de Justiça de São Paulo é a Apelação Cível nº 302.040-5/2-00, julgada em 27/11/2007, pela Sétima Câmara de Direito Público do TJ/SP.

- Ap.nº 302.040-5/2-00

Trata-se de discussão em sede de mandado de segurança, por meio do qual a empresa Sepúlvida pretendeu anulação de ato do serviço funerário de Santo André, o qual impôs multas e proibição da Empresa Funerária Sepúlvida de exercer "serviços funerários". Em especial, o serviço de transporte intermunicipal de cadáveres.

A sentença de primeira instância concedeu o mandado, fundamentando que o ato coator afastou indevidamente a liberdade de iniciativa, pois a legislação municipal não pode qualificar o que constitui serviço público, e seria violado dispositivo da Lei estadual 9.055/94.

A prefeitura recorreu da decisão, por meio de Apelação Cível, por meio da qual pretendeu reforma integral da decisão de primeira instância.

O Tribunal de Justiça, por unanimidade, confirmou os fundamentos expostos na primeira instância, em especial, a violação pelo ato administrativo da Lei 9.055/94 e ao princípio constitucional da livre iniciativa. Além disso, anulou-se a multa e o ato da prefeitura que proíbe a execução do serviço funerário pela empresa recorrida.

a) A ação proposta perante a primeira instância é um mandado de segurança, impetrado por empresa que se vê proibida, por ato administrativo, de exercer dado tipo de serviço funerário.

Regra: Usualmente, a empresa funerária não-oficialmente integrada ao serviço funerário do município se vê constrangida, por ato da autoridade administrativa, a interromper suas atividades, seja por meio de multa administrativa, seja por meio de negativa à concessão de alvará de funcionamento.

Após este ato oficial de constrangimento à interrupção, ingressa no judiciário, seja por meio de mandado de segurança (mais comum), seja por ação ordinária de anulação do ato administrativo e pagamento de danos materiais e morais.

Exceção: *Em uma variação, vista na Apelação nº 829.760-5/0-00, a impetrante de mandado de segurança, que pretende ver anulada a restrição municipal ao exercício*

do serviço funerário, é um hospital que enfrenta dificuldades na retirada de seus pacientes falecidos, por conta das restrições impostas pelos municípios para a retirada dos cadáveres por empresa de municípios vizinhos, onde se realizariam os enterros.

Em outra variedade de casos, a empresa funerária oficial, ou mesmo a própria prefeitura, adota a postura ofensiva. Por meio de "ação ordinária de não-fazer", pede-se ao judiciário a interrupção das atividades de empresa que atue no município sem autorização oficial; assim, nos casos revelados pelo Agravo de Instrumento n° 630.161-4/8-00 e Apelação Cível n° 436.655-5/1-00.

Excepcionalmente, por meio do Agravo de Instrumento nº 855.233-5/1-00, a empresa concessionária detentora de exclusividade procurou anular alvará fornecido pelo município, devido a imposição judicial na Apelação 382.671-5/7-00, para funcionamento de empresa não concessionária.

b) O serviço funerário que tem sua atuação restrita pela municipalidade é o de transporte intermunicipal de cadáveres e seus complementares

Regra: *a atividade para qual se pleiteia o exercício é a de transporte intermunicipal de cadáveres; como tal, entende-se o serviço de remoção do cadáver de onde se encontre (necrotério, hospital, casa de paciente etc.) para município (geralmente vizinho), no qual serão exercidos a maioria dos serviços funerários "propriamente ditos" (funeral, velório, sepultamento). Isto ocorreu em todos os seis casos discutidos nas 7ª e 11ª Câmaras de Direito Público, um na 4ª Câmara de Direito Público e um na 6ª Câmara de Direito Público.*

Exceção: *Em outros processos, discutia-se a iniciativa de prestação do serviço funerário "propriamente dito". A empresa funerária Vanderlei Aparecido Assugeni pleiteou o direito de explorar este serviço nas Apelações 011.123.5/5-00 e 20.105-5/4 e a funerária Pizani Ltda. pleiteava o mesmo direito na Apelação 463.420-5/2-00; Igualmente procedeu a empresa Fortaleza Assistência Funerária na Apelação 0164623-77.2006.8.26.0000.*

Quando a prefeitura ou a empresa concessionária adotam a postura "ofensiva", foi pedida interrupção de serviços funerários "propriamente ditos"; assim foi observado

no Agravo de Instrumento n° 630.161-4/8-00 e Apelação Cível n° 436.655-5/1-00.

Excepcionalmente, pleiteou-se a execução de serviços funerários "em atacado": produção industrial de caixões, urnas funerárias, terceirização de serviços de tanatoproxia, entre outros, para a funerária "oficial", que prestaria os serviços propriamente ditos para a população; o mesmo processo deu origem a dois acórdãos, (Apelação Cível nº 382.671-5/7-00 e Agravo de Instrumento n° 855.233-5/1-00).

Esta "classificação" dos serviços funerários foi encontrada na própria jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo este o único tribunal que os tratou de forma diferenciada. O STF e o STJ, por outro lado, parecem tratá-los "em bloco".

c) A primeira instância deu provimento ao pedido da empresa funerária, permitindo a execução do serviço pleiteado.

Em geral, a primeira instância tende a conceder o pedido feito pela empresa requerente, tanto liminar (como ocorre nos AI 797.466-5/2-00 e 630.161-4/8-00) quanto no mérito. Embora não seja comum que os desembargadores exponham a argumentação desenvolvida em primeira instância, quando a expõem, revela-se que a concessão da ação ordinária ou mandado se deu fundamentada em violação à liberdade de iniciativa ou à Lei estadual 9.055/94 (p.e. AI 797.466-5/2-00 e Ap. 322.698-5/0-00).

Regra: Em todos os casos em que se tratava do serviço de transporte intermunicipal de cadáveres, a sentença de primeira instância concedeu o pedido. Isto pareceu se dar, em grande parte, por conta da Lei Estadual nº 9.055/94, a qual proíbe a monopolização deste serviço[29]. Também procedeu no mesmo sentido no caso da prestação de serviços funerários "em atacado".

Exceção: *A situação, porém, se inverte nos casos em que se tratava do serviço funerário "stricto sensu"[30]: dos seis casos que compõem este universo, houve apenas*

29 Lei Estadual Paulista nº 9.055/94:

"Art. 1º -"O serviço de transporte íntermunicipal de cadáveres, inclusive a comercialização de caixões, urnas funerárias e a prestação de outros serviços a ele complementares, são livres à iniciativa privada, vedada a garantia de exclusividade em virtude da localização da empresa que o realize."

30 Ao executar a pesquisa, especialmente no Tribunal de Justiça de São Paulo, encontrei forte distinção entre três "tipos" de serviço funerário: O transporte intermunicipal de cadáveres, o comércio em atacado de produtos e serviços fúnebres, e o serviços funerário "stricto sensu" voltado ao usuário

uma concessão integral (AI 630.161-4/8-00, posteriormente reconsiderada pelo próprio juízo) e uma parcial (Ap. 463.420-5/2-00, apenas para comercialização de artigos funerários) do pedido de ingresso no mercado. Este posicionamento da primeira instância em relação aos serviços "stricto sensu" se mostra coerente com o visto nos casos que chegaram ao Supremo e ao STJ, nos quais a primeira instância também tendia a denegar a "abertura" do serviço.

d) Recorre-se da sentença de primeira instância, por meio de Apelação Cível.

Regra: *Em sua maioria, a decisão recorrida no Tribunal de Justiça é a sentença de primeiro grau: Dos dezesseis casos, treze são apelações cíveis, instrumento recursal adequado para reforma de sentença de primeira instância.*

Exceção: *Interpuseram-se três agravos de instrumento, utilizados para combater decisão liminar, durante o curso do procedimento em primeira instância: os AI 855.233-5/1-00[31], 797.466-5/2-00[32] e 630.161-4/8-00[33].*

e) O Tribunal decide à unanimidade, sem votos vencidos, concorrentes ou qualquer tipo de discussão

Regra: *Todos os casos foram decididos à unanimidade, por voto condutor do Desembargador Relator, sem apresentação no acórdão final de discussões, debates ou votos concorrentes.*

f) O Tribunal decide pelo deferimento do pedido da autora, determinando reforma do ato administrativo e permissão para exploração do serviço funerário pleiteado, embasando-se na Lei Estadual 9.055/94 e nos princípios constitucionais da livre iniciativa e/ou livre concorrência (170, caput e inciso IV, CF/88)

Regra: *Esta decisão do Tribunal, em realidade, varia de acordo com a questão*

---

final. Uma definição precisa de cada um deles pode ser encontrada no Glossário, pg. 6. Ver nota 54, comentando criticamente esta conclusão.

31 Questionando indeferimento de medida liminar, pedida para suspensão de efeitos de alvará permissivo de execução de serviço funerário "em atacado".

32 Contra deferimento de liminar permissiva de execução do serviço de transporte intermunicipal de cadáveres.

33 Combativa de indeferimento de liminar, requisitada para permissão de exploração de serviço funerário "stricto sensu".

discutida: A afirmação acima é válida para todas as questões que envolvessem o transporte intermunicipal de cadáveres, caso mais comum. Baseia-se na Lei Estadual 9.055/94 e no principio da livre iniciativa como fundamentos complementares, cada argumento sendo apoio do outro.

Exceção: *Esta fundamentação é modificada na Apelação 382.671-5/7-00 do "serviço funerário em atacado", na qual o Tribunal se fundamenta exclusivamente na liberdade de iniciativa para permitir a exploração da atividade funerária pela empresa autora, determinando expedição de alvará de funcionamento pela prefeitura.*

Porém, a orientação do Tribunal se inverte quando se trata dos serviços funerários "stricto sensu": em todos os casos discutidos, a decisão do Tribunal a) indeferiu pedido da empresa autora que desejava prestar o serviço, ou b) deferiu pedido municipal para abstenção da empresa não-concessionária de explorar serviços fúnebres. Utilizou-se a competência constitucional do município em legislar e prestar o serviço público de interesse local como argumentos; categoria na qual foram incluídos os serviços funerários.[34]

34 Houve, também, decisão com base processual na Apelação Cível 20.105-5/4, Des. Rel. Borelli Machado, j. em 30/04/98, na qual as alegações constitucionais da autora foram consideradas "indevidas inovações da inicial".

Capítulo III - Interpretação constitucional – STF

I. Proposta

Por este capítulo, pretendo expor a orientação e posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e relações entre os diferentes julgados e períodos constitucionais.

Explorando a jurisprudência do Tribunal, utilizei como linha condutora os três temas que identifiquei essenciais nas discussões trazidas ao STF: (i) A forma de definição do serviço público municipal, (ii) o modo de sua prestação, e (iii) como a utilização do princípio da liberdade de iniciativa poderia interferir na iniciativa de prestação do serviço considerado público.

II. Definição do serviço público municipal

CF/1946
Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada: II - pela administração própria, no que concerne ao **seu peculiar interesse** e, especialmente, b) à organização dos **serviços públicos locais**. Invocado em: RE 49.988/SP
Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 10 - Os cemitérios terão caráter secular e serão **administrados pela autoridade municipal**. É **permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos**. As **associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares.** Invocado em: RMS 5.290/MG
CF/1967
Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: II - pela administração própria, no que concerne ao **seu peculiar interesse**, especialmente quanto: b) à organização dos **serviços públicos locais.** **(Anteriormente à Emenda Constitucional nº 1 de 1969, este dispositivo, idêntico, apresentava-se como artigo 15, inciso II, alínea b) da CF/1967)** Invocado em: RE 73.295/MG, RE 94.872/RJ
CF/1988
Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os **serviços**

públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; *Invocado em:RE 237.104/SP, ADI 1221 MC, ADI 1221*
Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre **assuntos de interesse local**; Invocado em: RE 237.104/SP

Constituição Federal de 1946

(1) RMS 5.290/MG, Rel. Min. Villas Bôas, julgado em 06/1959
(2) AI 21.566/SP, Rel. Min. Henrique D'Avila, julgado em 10/1959
(3) MS 8.247/SP, Rel. Min. Ary Franco, julgado em 12/1961
(4) RE 49.988/SP, Rel. Min. Hermes Lima, julgado em 08/1963

Durante este período houve o maior debate quanto à extensão do que poderia ser considerado serviço público e local, com efeito significativo na forma da jurisprudência interpretar os dispositivos referidos acima. Vale notar que não era, à época, costumeira a citação expressa dos dispositivos constitucionais envolvidos, ainda que seja claro, pelo contexto, que esteja ocorrendo sua interpretação: veja, como exemplo, voto do Ministro Pedro Chaves em **(3)** MS 8.247/SP no qual não é citado qualquer dispositivo constitucional, embora fique claro sua interpretação de que o dispositivo constitucional não inclui, entre os serviços públicos, o serviço funerário (*"Acho que se trata de **comércio** lícito, que não pode ser privilégio de uma firma só"*); apenas no RE 49.988/SP o dispositivo constitucional (art. 28, CF/46) foi expressamente citado, neste período.

Deu-se, na jurisprudência deste período, embate entre duas frentes: a caracterização do serviço funerário como serviço público, expressamente vencedora em **(4)** RE 49.988/SP e **(2)** AI 21.566/SP, e sua caracterização como comércio, vencedora em **(3)** MS 8.247/SP e mencionada em **(1)** RMS 5.290/MG (resolvido com fundamento processual).

Essas duas frentes estavam presentes em todos os casos mencionados: percebe-seter havido disputa entre estes posicionamentos, tendo havido alternância entre qual predominava em dado instante.

Um argumento pela "corrente do comércio" é o uso da competência prevista no art. 141, §10 da CF/46 como evidência de que a determinação do serviço local, pela

constituição, é taxativa; seja diretamente, como feito pelo Ministro Hahnemann Guimarães em **(1)** RMS 5.290/MG (*"A Municipalidade tem a administração dos cemitérios de caráter secular [Const. Art. 141, §10], não tem o monopólio dos serviços funerários"*), seja de modo indireto, forma adotada pelo Ministro Ary Franco no **(3)** MS 8.247/SP (*"Acho que, em se tratando de serviço funerário relativo a cemitérios, o município pode estabelecer convênios, como existe no Rio de Janeiro (...) que tem a privatividade de tais serviços. Mas, de referência a casas funerárias (...) não vejo como possa o município estabelecer a essa atividade em favor de quem quer que seja."*) Ainda assim, percebe-se que não houve fundamentação direta na Constituição, não se sabendo de que forma o Ministro chegou a esta conclusão.

Quanto à ideia geral do modo de caracterização do serviço como público ou como comércio, a interpretação predominante que se deu aos dispositivos, presente tanto no início quanto ao fim da linha jurisprudencial, é de caracterização jurisprudencial-doutrinária[35], quase que tradicional, do que seria o serviço local de interesse público; em grande parte dos casos, tais como o **(4)** RE 49.988/SP, não se considerou a inclusão do serviço funerário nesta hipótese geral sequer como ônus argumentativo, sob fundamento de que *"Não há dúvida de que os serviços funerários constituem serviço público municipal (...)"*.

Mesmo os votos que concediam ao serviço funerário o caráter de comércio tendem a fazê-lo sem fundamentação constitucional ou legal explícita, por meio de exemplificação ou simples opinião pessoal. Citem-se os votos do Ministro Ary Franco e Antônio Villas Bôas em **(3)** MS 8.247/SP, nos quais afirmam, respectivamente, que *"Entendo que é comércio"* e *"Considerá-lo* [serviço funerário] *como serviço público é estender demais o conceito respectivo".*

Concluo que o histórico de interpretação jurisprudencial dos dispositivos que concedem ao município a administração dos serviços locais, em se tratando de sua abrangência, durante a vigência da Constituição de 1946, favoreceu uma

35 Uma fonte predominante desta posição, presente na jurisprudência do STF em todos os períodos constitucionais, além de também ser encontrada no TJ/SP é a doutrina de Helly Lopes Meirelles, de que "*O serviço funerário é da competência municipal por dizer respeito a atividades de precípuo interesse local, quais sejam, a confecção de caixões, a organização do velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios. As três primeiras podem ser delegadas pela Municipalidade, com ou sem exclusividade, a particulares que se proponham a executá-las mediante concessão ou permissão, como pode o município realizá-las por suas repartições, autarquias ou entidades paraestatais.*" Direito Municipal Brasileiro, pág. 514.

interpretação casuística, por meio da qual não se buscou um critério que permitisse uma definição do conceito.

Acredito que esta incerteza na caracterização é o motivo que inicialmente suscitou as controvérsias na caracterização do serviço funerário, tornando duvidoso se deveria ser aplicado o regime de serviço público ou de "atividade de comércio". Como será visto a seguir, em períodos constitucionais posteriores, esta forma tampouco viria a ser aperfeiçoada: manteve-se a caracterização de atividades (em abstrato) por casuística nas jurisprudências de cada período constitucional.

Embora viesse a se estabilizar na jurisprudência do STF desta era constitucional a caracterização do serviço funerário como serviço público, por meio do julgamento em **(4)** RE 49.988/SP (Trecho da ementa: *"Organização de serviços públicos municipais. Entre êstes estão os serviços funerários"*) percebi que qualquer fundamentação neste sentido não seria imediatamente aproveitável a qualquer outra atividade econômica. Mais que isso: a questão não foi encarada como ônus argumentativo pelos ministros, nem houve esforço em construção de jurisprudência que poderia vir a constituir precedente para outras áreas.

Desta, torna-se impossível saber, meramente pelo estudo destes casos, se determinada atividade também poderia vir a ser considerada serviço público, ou mesmo criticar a caracterização do serviço funerário como público.

Constituição Federal de 1967

(1) RE 73.295/MG, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 04/1972
(2) RE 89.083/ES, Rel. Min. Leitão de Abreu, julgado em 10/1978
(3) RE 92.335/RJ, Rel. Min. Thompson Flores, julgado em 08/1980
(4) RE 94.872/RJ, Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 09/1981

Os primeiros julgamentos da época seguiram a jurisprudência dominante ao final do período de 1946, inclusive quanto à fundamentação: assunção implícita do caráter público do serviço funerário; veja, por exemplo, trecho do voto do Ministro Oswaldo Trigueiro, no **(1)** RE 73.295/MG (*"Também não me parece vulnerado o preceito que protege a autonomia do Município, quanto à organização dos serviços locais. O acórdão não (...) negou à Prefeitura recorrente o poder de explorar diretamente o*

serviço funerário".). No **(3)** RE 92.335/RJ, que trata de encampação[36] do serviço funerário, há tanta familiariadade com o argumento que sequer é tratada a possibilidade do serviço funerário não ter caráter público.

Não houve, à época, sequer voto vencido que impugnasse especificamente este argumento.

Porém, ao final deste período, o julgamento do **(4)** RE 94.872/RJ, em 1981, estabeleceu um precedente que, em comparação com os anteriores, apresenta fundamentação mais rica para a caracterização do serviço funerário como público (no que foi auxiliado pelo tribunal de origem da causa, o qual levantou o argumento do art. 15, II, b.)

No voto do Ministro Cunha Peixoto, há notável esforço de retomada doutrinária, brasileira e estrangeira, para justificar o caráter público do serviço funerário; apesar de ser comum que pesquisas doutrinárias embasem votos do STF, pareceu-me importante, no contexto, esta justificativa: desde o julgamento do RE 49.988/SP de 1963 não houve voto questionando esta premissa. A propositura da ação, junto à menção ao instituto do "serviço público", foi o gatilho para retomar a polêmica.

Especialmente por esta análise que fiz relação a este último caso, senti que, até então, ainda havia certa tensão na jurisprudência, que ainda impedia um reconhecimento pleno, sem necessidade de justificação, da classificação do serviço funerário; esta instabilidade, a meu ver, foi positiva.

Pela primeira vez, no supracitado voto de Cunha Peixoto, encontrei explicação para o caráter público do serviço funerário que, embora não difira muito de visões expostas no período da CF/67, não mais foge da necessidade de argumentar para fundamentar este caráter dos serviços, deste "ônus argumentativo", mas expõe razões objetivas para esta caracterização[37].

---

36 A Administração Pública, por ter a titularidade dos serviços públicos, pode a qualquer instante revogar concessão ou permissão dos mesmos, a fim de prestar por si própria ou por entidade da Administração Indireta o serviço; a este ato discricionário dá-se o nome de "encampação".

37 Embora se mantenha principalmente por doutrina, não escapando da vagueza da própria interpretação do dispositivo constitucional; vide, por exemplo, definição de Hely Lopes Meirelles, citado por Cunha Peixoto, ao afirmar que "*o serviço funerário é de competência municipal por dizer respeito a atividades de precípuo interesse local*".

Em suma, embora continue a caracterização por serviço público, argumenta que isto se dá por interesse local, tanto pela importância tradicional dada a este serviço, quanto pelas preocupações sanitárias e fiscalizatórias.

De qualquer maneira, acredito que foi um excelente passo para uma boa interpretação constitucional a estipulação de critérios para definir a abrangência do dispositivo.

Constituição Federal de 1988

(1) ADI 1.221 MC/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 04/1995

(2) RE 185.659/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 05/1998

(3) ADI 1.221/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 10/2003

De modo geral, a jurisprudência formada por decisões colegiadas sobre o tema manteve continuidade em relação à jurisprudência de 1967: há pouco ou nenhum questionamento quanto ao caráter de serviço público do serviço funerário. Quando o há, não ocorre nenhuma tentativa de generalização de critérios, baseando-se exclusivamente em doutrina (especialmente, de Helly Lopes Meirelles) e jurisprudência pré-1988 (RE 49.988/SP, de 1963, citado no julgamento final da **(3)** ADI 1.221/RJ).

Percebo, porém, que ainda se mantém tensão sobre o tema: seguindo o exemplo do RE 94.872/SP, julgado em 1981, tanto o Ministro Marco Aurélio quanto o Ministro Carlos Velloso, relatores respectivamente da medida cautelar e julgamento final da **(1) e (3)** ADI 1.221/RJ, ementaram o entendimento de que o serviço funerário deve ser considerado como serviço público.

A anterior tradição pré-1988 consolidada ao fim do período da CF/46, que mantinha, neste sentido, um posicionamento tão firme que era pressuposto do julgamento, sem necessidade de explicitação. Acredito que a necessidade de ementar este entendimento pode, em realidade, significar que o posicionamento pode se encontrar ameaçado, e foi considerado necessário explicitar e fortalecer este atual posicionamento, por meio da ementa.[38]

38 Em apresentação desta monografia à banca, foi sugerido que, em função da mudança na ordem constitucional, o STF teria reafirmado a posição tranquila, comunicando que nada teria mudado com a CF/88. Bastante plausível. De qualquer forma, acredito que esta necessidade de reafirmação ainda se

No **(2)** RE 185.659/DF, o relator Ilmar Galvão, embora resolvendo sem julgamento de mérito ação que busca restabelecer o serviço funerário à iniciativa privada no Distrito Federal, emite declaração que abre espaço ao questionamento da definição do serviço funerário como serviço público: "*Consequentemente, o que haveria de ter sido impugnado pelo recorrente, em congruência com o julgado, é que inexiste lei definindo serviços funerários como serviço público no Distrito Federal (...)*"

Embora pareça estabelecer que o critério para definição do serviço público é legislação local[39], não fica claro de quem seria a competência de definir que atividade seria pública. *P.e.,* Caso a União ou o Estado emitissem legislação que definisse o serviço funerário como público, seria esta lei o parâmetro? A brevidade e vagueza da declaração permitem-na ser tomada como precedente para múltiplos posicionamentos mutuamente excludentes, além de se encontrar em desacordo com toda a jurisprudência constitucional anterior de forma de definição do serviço público.

Mantenho a conclusão feita em relação à jurisprudência de 1967 para o período pós-1988: representa avanço para a qualidade da decisão a explicitação de seus pressupostos e seus motivos, sem se esconder em implicitudes. Porém, a qualidade destes motivos continua aquém de um ideal interpretativo do dispositivo de definição do serviço público, que permitisse uma interpretação previsível, não casuística.

II. Modo de prestação do serviço municipal

CF/1946
Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada: II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, b) à **<u>organização</u>** dos serviços públicos locais. Invocado em: RE 49.988/SP
CF/1967
Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

mantém indício de possibilidade de mudança.

39 E, desta forma, o que não fosse definido como serviço público seria aberto à iniciativa privada.

b) à **organização** dos serviços públicos locais. Invocado em: N/A
CF/1988
Art. 30. Compete aos Municípios: V - **organizar***(i)* **e** **prestar***(ii)*, **diretamente***(ii.1)* **ou** sob regime de **concessão***(ii.2)* **ou permissão***(ii.3)*, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; Invocado em: N/A

Constituição Federal de 1946

(1) RMS 5.290/MG, Rel. Min. Villas Bôas, julgado em 06/1959

(2) AI 21.566/SP, Rel. Min. Henrique D'Avila, julgado em 10/1959

(3) MS 8.247/SP, Rel. Min. Ary Franco, julgado em 12/1961

(4) RE 49.988/SP, Rel. Min. Hermes Lima, julgado em 08/1963

Em primeiro lugar, explico que todas as conclusões que retirei da interpretação deste dispositivo se deram levando em conta os casos nos quais o STF acreditou haver serviço público na prestação dos serviços funerários; portanto, não retirei posicionamentos sobre este ponto de opiniões que colocavam em questão a própria existência de serviço público; nos votos em que isso ocorre (como, por exemplo, o voto do Ministro Pedro Chaves em **(3)** MS 8.247/SP), considerei que o STF não se manifestou sobre a questão da forma de organização do serviço público.

Isto dito, noto que o período constitucional de 1946, ao que tudo indica, segue tradicional entendimento anterior do STF em reconhecer, ao município, grande discricionariedade em relação à forma de prestação do serviço público. Não há dificuldade em se reconhecer ao município o poder de escolher a forma de prestação do serviço público, seja por concessão, monopólio de autarquia ou pelo próprio regime de livre-iniciativa.

Em cada caso concreto analisado, com exceção do **(3)** MS 8.247/SP, quando venceu a tese de ausência de serviço público e do **(1)** RMS 5.290, extinto sem julgamento de mérito, houve reconhecimento de certo poder discricionário da administração municipal na determinação do regime de prestação do serviço.

No caso **(2)** AI 21.566/SP, é dito que a municipalidade, ao alterar o regime de prestação dos serviços funerários, partindo de regime de livre iniciativa para regime de concessão, estaria apenas regulamentando o serviço.

No caso **(4)** RE 49.988/SP, a criação de autarquia para prestação de serviços funerários no município de São Paulo, em caráter exclusivo, teve interpretação de forma legítima de opção da administração municipal para regular o serviço funerário.

Apesar do dispositivo da CF/46 apresentar o vocábulo mais geral "organizar" para definir a competência do município, percebe-se que a interpretação que predominou no STF foi de que neste poder de organização está incluído o de escolha do agente econômico que poderá exercer o serviço.

Parece que este entendimento já vem de longa data na jurisprudência do Supremo: mesmo no acórdão que posteriormente é bastante citado como jurisprudência, proferido no caso **(4)** RE 49.988/SP, não há grande esforço de argumentação para justificar tal alcance ao significado da expressão "organizar". Não é citado nenhum dispositivo que regulamente esta expressão. Porém, não ter escondido a questão implicitamente, mas expô-la como item principal da ementa, tornou este caso parâmetro para julgamentos posteriores durante os períodos constitucionais das CF/67 e 88 relativos ao exercício da discricionariedade pública sobre a forma de prestação de um serviço reconhecido como público.

Vale notar que, tendo em vista a escassa fundamentação, em nenhum dos julgados é citado qualquer parâmetro que devesse guiar o município na escolha de qual regime adotar, ou parâmetros para eventual controle judiciário desta opção.

Constituição Federal de 1967

(1) RE 73.295/MG, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 04/1972
(2) RE 89.083/ES, Rel. Min. Leitão de Abreu, julgado em 10/1978
(3) RE 92.335/RJ, Rel. Min. Thompson Flores, julgado em 08/1980
(4) RE 94.872/RJ, Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 09/1981

No caso **(1)** RE 73.295/MG, há interessante confirmação de que cabe ao município determinar o modo de prestação, com adição de um novo fundamento: o município deve manter coerência com esta opção escolhida, de acordo com a legislação local.

Neste caso **(1)**, o município permitia a exploração do serviço funerário por um único estabelecimento privado, sem necessidade de concessão; porém, se recusava a emitir licença de funcionamento para outros estabelecimentos. A decisão do STF, relatada pelo ministro Oswaldo Trigueiro, firmou posicionamento de que o município deveria manter a coerência: havendo empresa explorando o serviço livremente, sem necessidade de concessão, deveria este regime ser estendido a outras empresas que porventura decidissem entrar no mercado. Não haveria prejuízo, porém, da legítima opção do município para tornar o serviço dependente de concessão ou monopolizá-lo por prestação direta.

Em **(3)** RE 92.335/RJ, o Ministro Thompson Flores reafirma a jurisprudência do período de 1946, considerando lícita a opção municipal pela encampação[40] de serviços funerários (retirada da atividade do regime de concessão para o regime de exploração direta por autarquia municipal) pelo município de Itaguaí, mediante simples pagamento de indenização às empresas anteriormente concessionárias. Confirma ainda, por retomada dos argumentos apresentados pelo acórdão impugnado, de forma mais geral, a discricionariedade do município pela opção do modo de prestar o serviço público.

No caso **(4)** RE 94.872/RJ, continua-se esta corrente jurisprudencial, com voto condutor do Ministro Cunha Peixoto confirmando discricionariedade do município na escolha do regime de prestação. Porém, de forma interessante, cita doutrina francesa que apresenta **possíveis motivações** que levariam o município a "fechar" a prestação de serviços funerários à livre iniciativa, demonstrando mesmo simpatia ao monopólio do serviço funerário: em minha tradução livre, "*o monopólio, portanto, deve ser mantido, porque os enterros colocam em jogo graves questões de ordem pública, higiene e salubridade" (O monopólio dos Serviços Funerários, págs. 451, 452 e 453, ano 1904)"*[41]. Cita também, doutrina de Hely Lopes Meirelles que confirma

40 Ver nota 36

41 *"Le monopole, enfin, doit être mantenu, parce que les inhumations mettent au jeu de trop graves questions d'ordre public, d'hygiène et de salubritè" (Joseph Pulby, Le monopole des Pompes Funèbres, págs. 451, 452, 453)*

competência municipal em regulamentar o serviço funerário, inclusive por meio de concessão ou encampação, por conta de *"precípuo interesse local"*.

Acredito que a jurisprudência do STF durante a vigência da CF/1967 em relação ao regime de prestação de serviço público seguiu forma análoga à justificativa da caracterização do serviço funerário como serviço público (como exposto no item anterior): houve confirmação dos pressupostos apresentados durante a CF/1946, por forma inicialmente tácita; porém, ao término do período, houve maior preocupação em expor as razões que levariam o município a escolher determinado regime de prestação, especialmente nos caso **(4)** RE 94.872/RJ, exposto ao fim do período.

Penso que este maior esforço na justificação do entendimento do STF quanto à interpretação do dispositivo só tem a contribuir para uma construção mais segura da jurisprudência.

A equivalência das disposições constitucionais de 1946 e 1967 sobre o assunto, que possuem a mesma redação, parece ter contribuído para a continuidade da jurisprudência. A unanimidade de todos os julgamentos nos quais é tratada a questão de mérito do modo de prestação do serviço funerário reforça esta continuidade.

Constituição Federal de 1988

(1) ADI 1.221 MC/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 04/1995
(2) RE 185.659/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 05/1998
(3) ADI 1.221/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 10/2003

No período, houve apenas um julgamento colegiado que tratou desta questão, o caso **(2)** RE 185.659/DF.[42]

Esta ausência de dados, por si só, dificultou bastante a retirada de conclusões gerais, havendo necessidade de considerações complementares retiradas de decisões monocráticas emitidas no período. Portanto, as decisões são preponderantemente monocráticas, não sendo extensíveis a uma "jurisprudência da corte", mas à visão individual dos ministros citados.

42 Já que a **(1)** ADI 1221 discute legislação estadual que estabelece gratuidade de prestação de serviços funerários a determinados grupos, sendo que não se entra no mérito do modo de prestação dos mesmos.

Da própria leitura do dispositivo constitucional, percebe-se uma grande mudança em relação às constituições anteriores: onde antes se preconizava ao município *"organização dos serviços públicos locais"*, nas Constituições de 1946 e 1967, se prescreve na Carta de Outubro que compete aos municípios *"organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (...)"*.

Esta alteração constitucional, à primeira vista, parece encampar a tradição jurisprudencial do Supremo, presente desde a vigência da CF/46, de que o serviço público pode ser prestado diretamente pelo município ou mediante concessão. Por meio da explicitação propiciada por este dispositivo, esta jurisprudência, como hipótese, tenderia a se consolidar.

Porém, há um ponto-chave na alteração deste dispositivo: por si só, ele passa a impressão que o serviço público não poderia ser explorado como atividade econômica comum, livre à iniciativa privada; sua redação, literalmente interpretada, utiliza termos alternativos e exaustivos: *"V - **organizar**(i) **e** **prestar**(ii), **diretamente**(ii.1) **ou** sob regime de **concessão**(ii.2) **ou** **permissão**(ii.3), os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;"* a prestação fica restrita ao regime de prestação direta pelo município, concessão (não ficando claro se exclusiva ou a múltiplos agentes) ou permissão.

Vale lembrar que, em todos estes casos, não há possibilidade de entrada do agente econômico sem autorização expressa do poder público, seja mediante licitação (concessão) ou ato unilateral precário (permissão). Portanto, o regime de abertura completa à iniciativa privada parece restar tacitamente vedado, aos serviços públicos, pela Constituição Federal de 1988.

Como o STF interpretou esta mudança constitucional? Houve mudança no seu entendimento jurisprudencial? Especialmente, continuaria a ser considerado adequado que um município mantivesse o regime de livre-iniciativa ao serviço funerário (como ocorreu, por exemplo, durante a CF/1967, no caso RE 73.295/MG)?

Infelizmente, não foi possível responder à maioria destas perguntas: em nenhuma das decisões monocráticas ou acórdãos encontrados, foi discutida esta alteração constitucional. Possivelmente, isso se deu por conta de não haver ocorrido

questionamento de constitucionalidade da prestação de serviços funerários em regime de livre iniciativa.

Considero sensato considerar, tendo em vista (como exposto abaixo) a continuidade da jurisprudência, que o STF neste caso seja bastante avesso a mudanças bruscas. Acredito que, caso ocorra este questionamento, seja considerada lícita a prestação mediante livre iniciativa, seguindo jurisprudência do RE 73.295/MG, do período constitucional da CF/67. Porém, simplesmente faltam dados para uma conclusão segura.

Quanto à discricionariedade do município em escolher o regime de prestação do serviço público, assim como na possibilidade de sua prestação por meio de concessão (em caráter exclusivo ou não) ou de prestação direta, fica clara a continuidade da jurisprudência.

Em decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 601.798/MG, de junho de 2010, há mesmo citação expressa da decisão do caso RE 94.872/RJ, proferida durante a vigência da CF/67 (ver item anterior), mantendo os fundamentos do Ministro Relator Cunha Peixoto aplicáveis, em sua integralidade, à atual constituição.

No RE 387.990/SP, porém, a decisão monocrática não foi tão explicativa em sua fundamentação: se discutia legislação do Estado de São Paulo que proíbe estabelecimento de monopólio de determinados serviços funerários pelo município; desta lei, decorre questionamento de lei do município de Santo André que estabelece monopólio de serviços funerários.

Na decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso, de maio de 2004, há citação do caso **(1)** ADI 1.221 para fundamentar que o serviço funerário é serviço público de competência municipal. Porém, partindo unicamente desta fundamentação, de competência do município em regulamentar o serviço público, simplesmente concluiu que o município poderia estabelecer monopólio do serviço funerário, em evidente retrocesso de fundamentação, em comparação às decisões do período final da CF/1967.

Não há contradição quanto à interpretação do modo de prestação do serviço funerário,

entre a decisão do Ministro Marco Aurélio no RE 237.104/SP e a supracitada decisão do Ministro Carlos Velloso: o voto de Marco Aurélio exclui o próprio serviço de transporte intermunicipal de cadáveres do âmbito do serviço público municipal, e por isso considera constitucional a lei paulista que proíbe monopólio deste serviço. Portanto, disto não retira nenhuma conclusão quanto ao modo de prestação do serviço público considerado de competência municipal.

III. Proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência

CF/1946
Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à **liberdade**, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 14 - É **livre o exercício de qualquer profissão**, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. *Invocado em:* ***RE 49.988/SP, RMS 5.290/MG, AI 21.566/SP***
Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a **liberdade de iniciativa** com a valorização do trabalho humano. *Invocado em:* ***RMS 5.290/MG***
Art 148 - A lei **reprimirá** toda e qualquer forma de **abuso do poder econômico**, **inclusive** as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, **seja qual for a sua natureza**, que tenham por fim **dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência** e aumentar arbitrariamente os lucros. ***RMS 5.290/MG***
CF/1967
Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à **liberdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 23 - É **livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer Invocado em: **RE 94.872/RJ**
Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: **I - liberdade de iniciativa;** Invocado em: **RE 94.872/RJ**
CF/1988
Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - **livre concorrência**;

Parágrafo único. É assegurado a todos o **livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Invocado em: ***RE 601.798, ADPF 202 - PR***
Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e **da livre iniciativa** Invocado em: **ADPF 202 - PR**
Art. 19. É **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e **aos Municípios:** III – Criar distinções entre brasileiros ou **preferências entre si** Invocado em: ADPF 202 – PR

Constituição Federal de 1946

(1) RMS 5.290/MG, Rel. Min. Villas Bôas, julgado em 06/1959
(2) AI 21.566/SP, Rel. Min. Henrique D'Avila, julgado em 10/1959
(3) MS 8.247/SP, Rel. Min. Ary Franco, julgado em 12/1961
(4) RE 49.988/SP, Rel. Min. Hermes Lima, julgado em 08/1963

Percebi, pela leitura dos acórdãos, que o tema da liberdade de iniciativa se relaciona profundamente com os temas de determinação e modo de prestação do serviço público, anteriormente expostos.

Neste período, o STF enfrentou grande controvérsia quanto à caracterização dos serviços funerários como serviços públicos, como acima demonstrado; esta controvérsia se refletiu no resultado dos julgamentos.

Os acórdãos que tendiam à caracterização do serviço funerário como público avalizavam o "fechamento" do mercado funerário pelo Município, casos **(2)** AI 25.666/SP e **(4)** RE 49.988/SP; isto se deu pela orientação do Tribunal em conceder discricionariedade ao município quanto à forma de prestação de serviço público, como exposto acima no item **2**, inclusive por meio de encampação do serviço, ou sujeição do mesmo a concessão, por vezes com exclusividade.

No caso **(3)** MS 8.247/SP, porém, em que se negou ao serviço funerário caráter de serviço público, foi considerada inconstitucional sujeição do serviço ao regime de permissão existente no município de São Bernardo do Campo.

Estes julgamentos demonstram que o STF possuía à época visão bastante dicotômica das atividades econômicas (em sentido amplo): as atividades consideradas "serviço público" poderiam ter sua iniciativa livremente restrita pelo poder público (conforme exposto acima no item **2**) (casos **(2)** e **(4)**), enquanto que os "comércios" devem ter obrigatoriamente o regime de livre-iniciativa (caso **(3)**).

Ainda que em todos os casos tenham sido invocados, pelos recorrentes, os dispositivos de proteção da liberdade de iniciativa, este argumento foi em regra rapidamente descartado (caso **(4)**) ou ignorado (caso **(2)**) pelos Ministros (o caso **(1)** foi decidido em termos processuais). Quando foi considerado, foi apenas para proteger "comércio" que estaria sendo injustamente monopolizado (caso **(3)**).

Esta visão, como se verá mais adiante neste item, permeou a jurisprudência do STF até a atual Constituição, tornando um ônus argumentativo insustentável invocar o princípio constitucional da livre iniciativa em caso que se relacione a serviço público; como exemplo, tomo o julgamento do **(4)** RE 49.988/SP, que encerra o período. Mantendo orientação do acórdão recorrido e do parecer da PGR, dá o tom que permeará toda a posterior jurisprudência do STF: a liberdade de iniciativa não seria aplicável, inexistiria no caso de serviço público. *"Não houve ofensa, em que* **(ilegível)***, do disposto no artigo 142, §4º, da Constituição Federal* [liberdade de iniciativa], *que, na espécie, não sequer, incidia"*. Este acórdão veio a fundar a base argumentativa de múltiplos outros casos (como, por exemplo, RE 94.872 de 1981).

Constituição Federal de 1967

(1) RE 73.295/MG, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 04/1972
(2) RE 89.083/ES, Rel. Min. Leitão de Abreu, julgado em 10/1978
(3) RE 92.335/RJ, Rel. Min. Thompson Flores, julgado em 08/1980
(4) RE 94.872/RJ, Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 09/1981

O primeiro caso julgado no período, **(1)** RE 73.295/MG, segue jurisprudência da CF/46: como ao serviço funerário era previsto, pela legislação local do município de Uberaba, o regime de livre concorrência, o Ministro Oswaldo Trigueiro manteve este regime, impedindo que a administração municipal, injustificadamente, recusasse licença de funcionamento a empresa que desejava entrar no mercado; porém, o

princípio da livre-iniciativa não obstava, para o Ministro, a possível opção municipal de restringir o acesso à atividade, mediante regime de concessão ou exploração direta; de fato, o Ministro se empenha a afirmar que a decisão não impediria um futuro "fechamento" deste mercado pelo município.

Da mesma maneira, os votos presentes na decisão do **(2)** RE 89.083/ES não discutem o mérito de concessão do serviço funerário, em caráter exclusivo, da Santa Casa; quando não se limitam a questões processuais, prendem-se ao aspecto de incompetência do ato de concessão (no caso, feita por câmara legislativa, quando deveria ter sido feita por decreto após licitação).

No caso **(3)** RE 92.335/RJ, o argumento de livre iniciativa sequer é levantado pelo recorrente, mesmo tendo havido, no caso, encampação do serviço funerário, que retirou do recorrente o direito de explorar o serviço.

No caso **(4)** 94.872/RJ, por outro lado, é explicitamente suscitado pelo recorrente que a concessão do serviço funerário, em caráter exclusivo, violaria sua liberdade de profissão (Art. 150, § 23 CF/67); em seu voto, o Ministro Relator Cunha Peixoto, após "corrigir" o dispositivo que deveria haver sido mencionado (Art. 157, I CF/67, garantidor da liberdade de iniciativa), segue orientação em tudo idêntica à presente no RE 49.988/SP, de 1963: considera-se, seguindo a corrente do "serviço público local regulado pelo município", que a liberdade de iniciativa não é aplicável em campo de interesse público; conforme voto do Relator Ministro Cunha Peixoto, que "*as profissões, seja a iniciativa privada, sofrem, legalmente, restrições impostas pelo interesse público, que exige a prova de idoneidade e capacidade daqueles que a exercem. Essas providências <u>não ferem, por conseguinte, o livre exercício das profissões ou de iniciativa</u>, porque se <u>trata de regulamentação de serviço público</u>, de modo mais adequado para efetivá-lo. Daí <u>impor-se, em casos como o presente, de serviços de funerais, a sua retirada do comércio comum</u>, na salvaguarda do interesse coletivo. Com isso não se fere a liberdade de comércio de quem quer que seja, pois <u>não se institui monopólio da atividade em favor de terceiro com tal comportamento</u>, mas se regulamenta o seu desempenho, elevando-o à categoria de serviço público, em consideração ao bem comum".* (grifos meus).

A despeito da louvável iniciativa do Ministro em explicitar os fundamentos de política

pública que justificariam uma eventual restrição à livre iniciativa, acredito que alguns fundamentos não se encontram suficientemente expostos.

Como visto no presente capítulo, no item "Modo de prestação do serviço público", não fica claro o critério que deve ser seguido para a escolha do meio de "regulamentação" do serviço: eventual arbitrariedade do município, evidentemente, pode facilitar uma violação à liberdade de iniciativa que não se justifique por "interesse coletivo" ou "bem comum". A ausência de critérios objetivos para controle judiciário, portanto, contribui para dificultar um julgamento adequado de eventual problema que surja desta situação. A afirmação do Ministro Cunha Peixoto de que "n*ão há monopólio a favor de terceiro*" não é fundamentada, além de que "*se regulamenta o seu* [do serviço funerário] *desempenho".*

O uso do termo "impor-se", na citação acima, me causou um grande desconforto. Sendo, como explicitado pela jurisprudência do Supremo, opção do município a forma de prestação do serviço funerário, a avaliação de necessidade do sacrifício da livre iniciativa, pelo Supremo, me pareceu uma contradição interna.

Concluo que, no geral, a jurisprudência do período da CF/67 seguiu a linha iniciada pela Corte da CF/46, identificando o "serviço público" com inaplicabilidade das normas constitucionais protetivas da liberdade de iniciativa.

Constituição Federal de 1988

(1) ADI 1.221 MC/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 04/1995

(2) RE 185.659/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 05/1998

(3) ADI 1.221/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 10/2003

A análise de interpretação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa tem, na jurisprudência da Constituição Federal de 1988, o mesmo problema que o modo de prestação de serviço público: apenas o julgamento do caso **(2)** RE 185.659/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão trata da hipótese, sendo que os casos **(1) e (3)** ADI 1.221/RJ abordam somente a competência municipal para regulamentar o serviço municipal, diante de norma estadual que estabelece gratuidade de prestação do serviço em

certos casos.

Portanto, reproduzo as mesmas ressalvas citadas no item "Modo de prestação do serviço público": quando citadas decisões monocráticas, saliento que a posição exposta é individual do Ministro, não expressando necessariamente o posicionamento do STF como um todo.

Isto se torna ainda mais necessário tendo em conta que o julgamento do caso **(2)** RE 165.659/DF é exclusivamente decidido em termos processuais, por ausência de prequestionamento. Portanto, dependo exclusivamente das decisões monocráticas do período para retirada de conclusões sobre possível posicionamento do STF. Mesmo destas, poucas podem ser de valia para análise do tema.

A decisão do Ministro Carlos Velloso no RE 387.990 é, sem dúvida, a mais representativa de continuidade da jurisprudência dos períodos constitucionais anteriores: cita-se expressamente o acórdão do RE 49.988/SP de 1963 como fundamento para a retirada dos serviços funerários do "comércio comum", restringindo o fundamento para a caracterização da atividade funerária como serviço público, e ignorando o argumento da liberdade de iniciativa. O mesmo caminho foi seguido pelo Ministro Marco Aurélio no RE 237.104/SP, no qual, apesar de confirmar a proibição de monopólio prevista em legislação paulista, o fez por considerar o serviço de competência regulamentar estadual, e não municipal. O argumento da livre iniciativa não foi abordado.

Na decisão do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 601.798/MG, porém, mais recente decisão da corte sobre o tema (não resolvida por fundamento processual), há maior preocupação em enfrentar este ônus argumentativo, sendo o argumento até mesmo ementado (*"(...)VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA – INOCORRÊNCIA(...)"*). Porém, a solução dada pelo ministro é semelhante à exposta pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio: argumentando pelo interesse público na concessão de exclusividade (mencionando, inclusive, que é vantajosa ao município, por facilitar garantia de prestação do serviço de forma gratuita aos indigentes), cita o RE 94.872/RJ de 1981 para fundamentar que a concessão em caráter exclusivo não violaria a livre iniciativa. O artigo 16 da Lei de

Concessões 8.987/95[43] (que permite a concessão exclusiva, em caráter excepcional) seria evidência deste fato: o interesse público se sobreporia à liberdade de iniciativa dos particulares.[44]

Considerando-se o acima exposto, concluo que a liberdade de iniciativa é, tradicionalmente, argumento menor nas decisões do STF, quanto aos seus julgamentos que venham envolver atividades relativas ao "serviço público", embora a decisão do Ministro Ricardo Lewandowski possa demonstrar que o tema esteja começando a se mostrar um razoável ônus argumentativo; porém, nada impede que seja mera idiossincrasia de argumentação do Ministro.

Mantém-se em geral visão, inaugurada pelo RE 49.988/SP durante a vigência da Constituição Federal de 1946, de que o princípio da livre iniciativa é inaplicável ao serviço público, a despeito das repetitivas tentativas de invocação do princípio, pelos particulares, para exercício da atividade funerária.

43 Lei 8.987/95, Art. 16: "*A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.*"

44 As outras decisões monocráticas não foram de grande ajuda, por se restringirem a temas processuais.

Capítulo IV – Jurisprudência – STJ

I. Proposta

Por este capítulo, pretendo expor os posicionamentos encontrados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, identificando sua orientação em relação aos temas relevantes para este monografia.

Tendo em vista não ser papel precípuo do STJ a jurisdição constitucional, mas o controle dos atos de governo local frente à legislação federal, foram pouco ou raramente citados os dispositivos constitucionais; isto, por si só, torna inadequado utilizar, como feito no capítulo anterior, os dispositivos constitucionais como linha condutora de exposição da jurisprudência.

Da mesma maneira, a pequena quantidade de casos encontrados impede que se fale de uma "jurisprudência consolidada" do tribunal.

Os temas interessantes são semelhantes aos vistos no STF. Optei, portanto, por executar análise tematizada com base na utilizada para o Supremo, tendo como temas condutores principais: (i) definição do serviço público municipal, (ii) modo de prestação do serviço municipal e (iii) proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência.

II. Definição do serviço público municipal

(1) REsp 622.101/RJ, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04/2004
(2) RMS 21.101/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 11/2007
(3) Resp 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 03/2010

Percebo que a jurisprudência do STJ apresenta tratamento do serviço funerário como serviço público, coerentemente aos outros dois tribunais analisados neste trabalho.

Esta caracterização foi feita ou de forma implícita, no **(2)** RMS 21.101/RJ, no qual o voto da relatora considerou aplicável o artigo 30, inciso V da Constituição Federal[45], ao

45 *Art. 30. Compete aos Municípios:*

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os

serviço funerário: *"Ademais, o município recorrido atuou inequivocamente no âmbito de sua competência, fixando os limites de atuação da concessionária, o que afasta a alegação de desrespeito ao preceito contido no art. 30, V, da Constituição Federal".* Como implícita, não apresentou fundamentos; não há critérios que possam ser retirados deste acórdão para caracterizar determinada atividade como serviço público. Isto ocorre mesmo quando há afirmação expressa de que o serviço fúnebre tem caráter público, no **(1)** REsp 622.101/RJ: pelo voto condutor do Min. José Delgado, "a *exploração de serviços funerários é um serviço público*", entendimento que, apesar de ementado no acórdão, não é fundamentado.

O caso **(3)** Resp 1.103.633/MG, apesar de não tratar expressamente desta questão, a tangencia: o julgamento de recurso em ação de improbidade administrativa se deu por ausência de processo licitatório para concessão de serviços funerários. Este requisito é exigido para serviços públicos, porém não para o comércio; a temática do próprio julgamento apresenta intrínseco o caráter público do serviço fúnebre.

Concluo não ser possível retirar dos julgamentos do STJ qualquer critério para esta definição de do caráter público e municipal do serviço. A caracterização é casuística, muitas vezes implícita, com pouca fundamentação. Percebo, portanto, que o tribunal se sente seguro na caracterização deste serviço específico como público. Ainda assim, há possibilidade de insegurança para futuros novos serviços que venham a ser questionados, justamente pela falta de critérios "objetiváveis".

III. Modo de prestação do serviço municipal

(1) REsp 622.101/RJ, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04/2004

(2) RMS 21.101/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 11/2007

(3) Resp 1.103.633/MG, Rel. Min. Luís Fux, julgado em 03/2010

O STJ, em comparação ao STF, parece se apresentar ainda mais radical ao definir o regime público dos serviços funerários, desconsiderando até mesmo o argumento de discricionariedade municipal. Porém, aparentes contradições internas entre diferentes julgados tornam difícil uma análise inequívoca.

O caso **(1)** REsp 622.101/RJ apresenta-se emblemático neste aspecto; nele, o

serviços públicos de interesse local*, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*

Ministro Relator José Delgado, acompanhado à unanimidade pela primeira turma, afirma que *"a exploração de serviços funerários é um serviço público, sendo vedado ao Município conceder ou permitir a prestação do mesmo sem prévias autorização legislativa e licitação, na forma do disposto no art. 175, da Carta Magna de 1988, e nas Leis Federais nºs 8.666/93 e 9.074/95"*, entendimento ementado no acórdão.

Esta orientação parece extremamente gravosa à possibilidade de prestação dos serviços funerários em regime de livre iniciativa; de fato, este posicionamento assemelha-se a proibição expressa desta opção.

Aparentemente vai de encontro ao decidido 4 anos mais tarde no caso **(2)** RMS 21.101, no qual a mesma turma, incluindo o relator do caso acima expostos, acompanhou voto condutor da Ministra Denise Arruda, no qual se afirmava que o município, *"permitindo a livre contratação de outras funerárias para a execução do serviço"*, estaria atuando *"inequivocamente no âmbito de sua competência, fixando os limites de atuação da concessionária, o que afasta a alegação de desrespeito ao preceito contido no art. 30, V, da Constituição Federal"*.

Persiste minha dúvida em relação à redação atual do art. 30, inciso V, CF/88, que atribui competência ao município para organizar seus serviços públicos, "por meio de concessão ou permissão": o município pode optar pelo regime de livre iniciativa para seus serviços funerários, com fundamento constitucional neste dispositivo?

De fato, parece que a orientação do primeiro caso apresentado acima, **(1)** Resp 622.101, é incompatível com a apresentada no segundo caso. O artigo 175 da Constituição Federal parece reiterar esta incongruência, ao estabelecer que a prestação de serviço público por terceiro deve se dar "sempre por licitação"[46]. Porém, esta incompatibilidade, presumindo coerência dos próprios Ministros, é aparente; como percebi após análise atenta do primeiro caso, ele refere apenas que a **concessão** ou **permissão** do serviço público demandam licitação e autorização legislativa prévias; os dispositivos legais citados como fundamento apresentam o mesmo teor[47]. Neste caso, por interpretação coerente da jurisprudência, a orientação

46 Constituição Federal, Art. 175: *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão,* ***sempre através de licitação****, a prestação de serviços públicos.*

47 Lei 9.074/95, art. 2º - *"É vedado à União, aos Estados e aos Municípios, executarem obras e*

não apresenta uma proibição ao regime de livre iniciativa, mas uma proibição de que, caso escolhido o regime concessionário/permissivo, não sejam realizadas autorização legislativa e licitação prévias.

O caso **(3)** Resp 1.103.633/MG, ao tratar de condenação por improbidade administrativa originada em ausência de licitação para concessão de serviço funerário parece confirmar esta suspeita; o reconhecimento de que esta ausência de licitação violaria o princípio da legalidade vincular-se-ia ao regime administrativo da concessão, não ao próprio caráter de serviço público do serviço funerário.

IV. Proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Nos casos encontrados no STJ, o argumento de proteção à livre iniciativa é, na prática, inexistente. Não houve levantamento do argumento em nenhum caso, nem pelos litigantes, nem pelo Tribunal.

Mesmo o caso **(2)** RMS 21.101/RJ, o qual teve como efeito a permissão de que o serviço fosse prestado em regime de livre iniciativa, se fundamentou em competência regulamentar do município, e não em direito dos agentes econômicos.

---

serviços públicos por meios de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal e Municípios, observados, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995."

Lei 8.666/93, art. 2º – "*As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações,* ***concessões, permissões*** *e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão* ***necessariamente precedidas de licitação****, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei."*

Capítulo V – Jurisprudência – TJ/SP

I. Proposta

Por este capítulo, pretendo expor os posicionamentos encontrados na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, identificando sua orientação em relação aos temas relevantes para este monografia, nos moldes do anteriormente feito nos capítulos anteriores relativos ao Supremo e ao STJ.

Tendo em vista não ser, assim como no STJ, papel precípuo do TJ/SP a jurisdição constitucional, a citação dos dispositivos constitucionais relativos ao tema deste trabalho, ainda que relativamente comum, em especial em relação ao princípio da liberdade de iniciativa, não ocorre na mesma proporção que no STF; isto, por si só, torna inadequado utilizar, como feito no capítulo do STF, os dispositivos constitucionais como linha condutora de exposição da jurisprudência.

Os temas interessantes são semelhantes aos vistos no STF. Optei, de forma análoga ao feito no capítulo anterior, portanto, por executar análise tematizada com base na utilizada para o STF, tendo como temas condutores principais: (i) definição do serviço público municipal, (ii) modo de prestação do serviço municipal e (iii) proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Dado o maior número de acórdãos do TJ/SP presentes no trabalho, a cada tema apresentado "numerarei" somente os acórdãos que foram considerados mais relevantes para o tema específico e citados no texto. Caso um acórdão não numerado tenha sido utilizado para auxiliar nas conclusões, e não se tenha expressamente citado trechos do mesmo, será citado em nota de rodapé. Portanto, a numeração dos acórdãos será diferente em cada item; o caso (1) no item a) não é necessariamente o mesmo caso (1) do item b). Os casos identificados **(1)** são aqueles nos quais se indeferiu pedido de prestação de serviço funerário "stricto sensu", enquanto nos identificados **(2)** se deferiu o pedido com base na Lei 9.055/94 e os identificados com **(3)** se referem ao serviço funerário "em atacado".

II. Definição do serviço público municipal

(1) Ap. 11.123-5/5, Des. Rel. Vanderci Álvares, j. em 09/06/1998[48]
(2) Ap. 140.150-5/4-00, Des. Rel. Soares Lima, j. em 11/04/2002[49]
(3) Ap. 382.671-5/7-00, Des. Rel. Leme de Campos, j. em 31/07/2006[50]

É interessante perceber que o TJ/SP se desdobra em três posicionamentos distintos quanto à caracterização do serviço funerário como serviço público, dependendo do tipo de serviço fúnebre que está em questão – (i) O serviço funerário "stricto sensu", tradicional, de comércio de artigos e serviços funerários varejistas, (ii) o serviço fúnebre de transporte intermunicipal de cadáveres, (iii) e o serviço funerário "em atacado", de fornecimento de artigos e serviços fúnebres às empresas que efetivamente prestam o serviço ao usuário.[51]

Em se tratando do serviço funerário "stricto sensu", o posicionamento do TJ/SP é extremamente assemelhado ao do Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Os serviços são qualificados como *"serviços municipais, por expressa previsão de nobreza constitucional"*, pelo caso **(1)** Ap. 11.123-5/5 e seus assemelhados, tal como a Ap. N° 463.420-5/2-00, Des. Rel. Soares Lima, j. em 07/04/2008, no qual se prevê que *"Os serviços funerários (...) da competência municipal (Art. 30, I CF) (...)".*

O apelo geralmente feito ao artigo 30, inciso I da CF/88 é bastante curioso. Tendo em vista a vagueza do dispositivo[52], seria de se esperar que os desembargadores fundamentassem o enquadramento dos serviços funerários entre aqueles de "interesse local", ao invés de simplesmente se referir a dispositivo que não o caracteriza como tal *"por expressa previsão".*

---

48 Acórdãos que seguem orientação e fundamentação semelhante ao citado são as Ap. N° 463.420-5/2-00, Des. Rel. Evaristo dos Santos, j. em 07/04/2008, Ap. 436.655-5/1-00, Des. Rel. Nelson Calandra, j. em 17/03/2009, AI 630.161-4/8-00, Des. Rel. Fábio Quadros, j. em 04/06/2009. Além destes, que indeferem o pedido da empresa não-concessionária, todos os outros acórdãos também reconhecem existir o caráter de "serviço público" ao serviço funerário "stricto sensu".

49 Acórdãos que seguem orientação e fundamentação semelhante ao citado são as Ap. 247.779-5/4-00, Des. Rel. Pires de Araújo, j. em 22/11/2005, Ap. 322.698-5/0-00, Des. Rel. Nogueira Diefenthäler, j. em 13/03/2006, Ap. 302.040-5/2-00, Des. Rel. Antonio C. Malheiros, j. em 27/11/2007,AI 797.466-5/2-00, Des. Rel. Pires de Araújo, j. em 14/07/2008, Ap. 829.760-5/0-00, Des. Rel. Rubens Rihl, j. em 17/12/2008, Ap. 901.516.5/2-00, Des. Rel. Pires de Araújo, j. em 01/06/2009, Ap. 844.475-5/0-00, Des. Rel. Leme de Campos, j. em 27/07/2009.

50 Acórdão que segue orientação e fundamentação semelhante é o AI nº 855.233-5/1-00, Des. Rel. Oscild de Lima Junior, j. em 02/03/2009.

51 Ver Glossário, pg. 6, itens referentes aos serviços funerários.

52 Art. 30 – Compete aos municípios:
I – legislar sobre assuntos de interesse local.

Este posicionamento é pacífico mesmo nos casos em que, se tratando de outro serviço funerário que não o "stricto sensu", se alega a competência municipal; por exemplo, no caso **(3)** Ap. 382.671-5/7-00 o voto condutor do Des. Rel. ressalta que *"não se discute que a prestação de serviços funerários é serviço de utilidade pública, de interesse local, ou seja, de interesse municipal"*

A fundamentação mais explicativa é encontrada na Apelação 436.655-5/1-00, assemelhada ao caso **(1)**: *"Serviço funerário é serviço público essencial e privativo do Município, com a possibilidade de concessão em caráter exclusivo. Assim prevê o artigo 9º, X, da Lei Orgânica do Município de Presidente Venceslau. Ainda assim não fosse, é decorrência lógica da natureza do serviço prestado, cujo interesse público é dos mais sagrados e não pode estar ao alvedrio de interesses econômicos apenas."*

Quando se trata do serviço funerário de transporte intermunicipal de cadáveres, porém, muda-se a figura para se excluir este serviço específico do âmbito de competência municipal de regulamentação de serviço público. Não fica claro se o serviço de transporte intermunicipal se trata de serviço público; apenas se tem como fundamentação básica que o interesse neste serviço seria uma das *"questões que transcendem os lindes físicos do Município"*, e que portanto *"de regra a competência normativa pertence ao Estado"* (Citações retiradas de **(2)** Ap. 140.150-5/4-00). Em caso assemelhado, Ap. 844.475-5/0-00, diz-se que o município *"claramente exorbitou a competência legislativa municipal, ao criar restrições para o traslado intermunicipal de cadáveres, instituindo uma verdadeira reserva de mercado para as concessionárias de Mogi das Cruzes."*

Ao tratar do fornecimento dos serviços funerários em atacado, caso **(3)** Ap. 382.671-5/7-00, o tribunal adota postura que não permite saber se o serviço prestado a pessoas jurídicas é ou não público; fundamenta apenas que, como o serviço em atacado não estava previsto no contrato de concessão do município (*"a expressão "comércio atacado" constante do objeto social conduz à interpretação de que a atividade a ser desempenhada pela apelada em nada prejudicará o direito das empresas concessionárias da exploração do serviço funerário, porquanto não se relaciona com atividades ligadas ao manuseio, transporte, embalsamento, tratamento, acondicionamento de corpos, restos mortais e cadáveres"*)[53], o município

53 Por curiosidade, noto o uso da palavra "exploração", em lugar de "prestação". Em geral, quando se

não teria competência para restringi-lo.

Em suma, o Tribunal de Justiça de São Paulo padece do mesmo problema que o Supremo e o STJ quanto à ausência de critérios definidores do "serviço público"; a discussão relativa à competência estadual, feita no âmbito da Lei estadual 9.055/94[54], pode auxiliar a estabelecer limites, mas ainda não fornece critérios para inserir o serviço funerário no serviço público. Note-se que esta contribuição para estabelecimento de limites é de origem legislativa, sendo continuada e desenvolvida pela jurisprudência do TJ/SP, receptivo à norma.

III. Modo de prestação do serviço municipal

(1) Ap. 11.123-5/5, Des. Rel. Vanderci Álvares, j. em 09/06/1998[55]
(2) Ap. 247.779-5/4-00, Des. Pires de Araújo, j. em 22/11/2005[56]
(3)Ap. 382.671-5/7-00, Des. Rel. Leme de Campos, j. em 31/07/2006

O caso **(1)** Ap. 11.123-5/5 apresenta visão semelhante à apresentada no STJ, exigindo licitação prévia para concessão do serviço funerário "stricto sensu" – embora seja visivelmente mais radical, ao afirmar que ele, sendo *"de peculiar interesse da Municipalidade"*, só poderia ser *"desempenhado diretamente pelo Município ou por concessionárias que preencham as exigência legais"*, ameaçando a visão de que os serviços poderiam ser prestados em regime de liberdade de iniciativa; porém, esta visão, exposta em 1998, mostrou-se isolada, não sendo posteriormente retomada na jurisprudência; de fato, no AI 630.161-4/8-00, diz-se que o serviço funerário é público "com a <u>possibilidade</u> de concessão em caráter exclusivo".

Em múltiplos outros casos, em especial relativos ao serviço de transporte intermunicipal de cadáveres e à prestação dos serviços funerários "em atacado", a livre iniciativa na prestação do serviço não só foi descrita como possível, mas como

trata de serviço público, a jurisprudência costuma utilizar o termo "prestar", com carga mais publicista, enquanto que à atividade econômica utiliza-se o termo "explorar", de conotação mais privatista. Imagino se o Des., ao compor o voto, estava imbuído de visão privatista sobre o serviço funerário "em atacado".

54 A legislação estadual, mais precisa que os dispositivos constitucionais quanto ao serviço funerário, parece ter sido um forte estímulo ao posicionamento "fragmentado" do TJ/SP quanto aos diferentes tipos de serviço funerário, descolando-o da doutrina tradicional do "serviço funerário", considerado em bloco, como serviço público.

55 Ver nota relativa ao item I, caso (1)

56 Acórdãos que seguem orientação e fundamentação semelhante ao citado são, além da Ap. 140.150-5/4-00, Des. Rel. Soares Lima, j. em 11/04/2002, os citados na nota relativa ao item I, caso (2).

desejável, sendo afirmado no caso **(2)** 247.779-5/4-00 (e, de maneira igual ou menos enfática em todos seus assemelhados) que a Lei estadual 9.055/94, ao permitir a prestação do serviço em iniciativa aberta, teria a *"livre iniciativa prestigiada".*

Do caso **(3)**, é difícil extrair conclusão clara, tendo em vista que não foi sequer definido se o serviço funerário "em atacado" é ou não serviço público.

IV. Proteção da liberdade de iniciativa e livre concorrência.

(1) Ap. 436.655-5/1-00, Des. Rel. Nelson Calandra, j. em 17/03/2009[57]
(2) Ap. 247.779-5/4-00, Des. Pires de Araújo, j. em 22/11/2005[58]
(3)Ap. 382.671-5/7-00, Des. Rel. Leme de Campos, j. em 31/07/2006

Neste tema, continua a se verificar a partição do TJ/SP, relativa ao tipo de serviço funerário prestado.

Nos casos relativos ao serviço funerário "stricto sensu", a orientação é muito semelhante à presente no Supremo, de restrição ao princípio; o caso **(1)** Ap. 436.655-5/1-00 é emblemático neste sentido, ao afirmar que "s*ustentar os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa igualmente não ampara a apelante, primeiro porque o dispositivo constitucional citado (artigo 170 da Carta Constitucional) jamais poderá ser colhido isoladamente, sofrendo ele as limitações dadas pela própria constituição, segundo, porque o serviço funerário não eqüivale a atividade comercial de cunho econômico estrito, pois, antes é serviço público que não deve buscar lucro e segue uma enorme gama de limitações legais." (grifos meus).* Esta orientação foi igualmente seguida no AI 630.161-4/8-00.

Porém, em se tratando do transporte intermunicipal de cadáveres, o uso do princípio constitucional da livre iniciativa é relativamente ambíguo; normalmente, ele é utilizado como complemento da Lei estadual 9.055/94, conferindo a ela legitimidade; assim, no caso **(2)** Ap. 247.779-5/4-00, diz-se que a lei tem a "livre iniciativa prestigiada". Em outros casos, porém, a fundamentação parece fazer decorrer diretamente do princípio constitucional da livre iniciativa a proibição de monopólio; por exemplo, na Ap. 322.698-5/0-00, do voto condutor do Des. Rel. Nogueira Diefenthäler, retiro trechos que, apesar de longos, esclarecem bem esta posição:

57 Ver nota relativa ao item II, caso (1)
58 Acórdãos que seguem orientação e fundamentação semelhante ao citado são, além da Ap. 140.150-5/4-00, Des. Rel. Soares Lima, j. em 11/04/2002, os citados na nota relativa ao item II, caso (2)

"Livre concorrência e livre iniciativa são cânones previstos no art. 170 da Constituição Federal e incisos (...) A livre iniciativa ou liberdade de iniciativa é princípio constitucional que serve de entrada para os seus consectários ou paralelos, tais como o da livre concorrência' ou ainda a regra do § único do art. 170 da Constituição Federal."
"Ora, ao Poder Público não cabe embargar o pleno seguimento desses princípios sob a alegação como aquela, por exemplo, levada a cabo pela Municipalidade."
"Tolher a empresa impetrante do pleno exercício de sua exação econômica é atuação que não encontra respaldo constitucional algum, sobretudo porque a Lei municipal n° 1.800/62, alterada pela 3.394/70 de Santo André, arrosta o artigo 1º da Lei estadual 9.055/94 (...)"

Neste trecho, a livre iniciativa é fortemente defendida, em complemento com a Lei estadual 9.055/94. No corpo do voto, não é sequer citada a ideia de "serviço público".

Em se tratando dos serviços funerários "em atacado", caso **(3)**, como visto nos itens anteriores, é difícil verificar se o tribunal o considera serviço público; porém, a quebra do monopólio definitivamente ocorre exclusivamente com base no princípio constitucional da liberdade de iniciativa: *"a atividade por ela* [empresa fornecedora] *desempenhada não pode sofrer limitações indevidas do poder público, sob pena de afronta inaceitável ao princípio da livre iniciativa, consagrado na Carta Federal".*

Percebo que o Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta-se relativamente receptivo ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa; aceita expressamente que serviço público seja prestado neste regime (transporte intermunicipal de cadáveres) e rompe monopólio exclusivamente com base no princípio (serviços em atacado).

Porém, como visto acima, apresenta-se tão refratário quanto o STF ao argumento, em se tratando do serviço funerário "stricto sensu" de competência municipal, o que faz parecer, especialmente nos casos relativos à Lei estadual 9.055/94, que o princípio da liberdade de iniciativa é mais um argumento retórico, legitimador do exercício da "competência estadual" em regulamentar interesses supra-municipais, do que fundamentação necessária.

Capítulo VI – Conclusões

I. Proposta

Por este capítulo, pretendo retomar de maneira conclusiva as observações mais interessantes obtidas na análise jurisprudencial feita nos capítulos anteriores, a partir de relações entre os tribunais, retomando e aprofundando conclusões já vistas e propondo novos questionamentos.

Ao final, na "Síntese do Essencial", apresento, no mais breve resumo possível, as conclusões mais interessantes do trabalho.

II. Rejeição ao argumento da livre iniciativa em relação ao serviço público.

Na enorme maioria dos julgamentos nos quais o princípio constitucional da livre iniciativa foi levantado, ocorreu uma das situações: ou ele foi utilizado pelo tribunal como fundamento complementar a argumento de direito administrativo (especialmente relativo a competência de regulamentação de serviço público)[59], ou foi considerado "inaplicável" em relação aos serviços públicos[60].

A desconsideração do princípio constitucional de livre iniciativa é bastante presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que varia sua fundamentação sobre o tema em espectro que vai desde a não incidência do princípio em relação aos serviços públicos[61] a considerações de que o princípio, embora existente, deva ser limitado pelo interesse público[62].

Este entendimento, embora não vocalizado, também se encontra presente no TJ/SP e

59 Especialmente, em casos relativos à Lei paulista 9.055/94, como será melhor explicado no item III.

60 Em especial no Supremo Tribunal Federal, como ressaltamos no Capítulo III, item IV.

61 *"Não houve ofensa, em que **(ilegível)**, do disposto no artigo 142, §4º, da Constituição Federal* [liberdade de iniciativa]*, que, na espécie, não sequer, incidia""* RE 49.988/SP, Min. Rel. Hermes Lima j. em 30/08/1963. O voto do relator foi acompanhado à unanimidade pela Turma.

62 *"(...) quer as profissões, seja a iniciativa privada, sofrem, legalmente, restrições impostas pelo interesse público (…) Essas providências [instituição de monopólio] não ferem, por conseguinte, o livre exercício das profissões ou de iniciativa, porque se trata de regulamentação de serviço público"* RE 94.872/RJ, Min. Rel. Cunha Peixoto, j. em 22/09/1981. Este mesmo trecho foi retomado na fundamentação da decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 601.798, j. em 08/06/2010, no mesmo sentido.

no STJ, em seus julgados relativos ao serviço funerário "stricto sensu", previstos nos contratos de concessão e de autarquias como exclusivos. Nestes casos, embora não tratando expressamente de inaplicabilidade do princípio da livre iniciativa, concedem caráter absoluto à competência municipal de fechamento do mercado, de forma análoga à feita pelo STF.

A utilização do argumento se mostra mais fácil e aceita quando se trata de apoiar dispositivo legal que já se havia considerado, por argumento de competência administrativa, compatível com a Constituição. Assim foi demonstrado, conforme será retomado no item III, nos julgados relativos à Lei paulista 9.055/94, constantes na jurisprudência do TJ/SP, e também presente no STF, por ocasião de dois julgados monocráticos[63]. Em todos os casos em que a lei foi considerada lícita[64], o princípio constitucional da livre iniciativa foi invocado como fundamento complementar, inclusive a justificar por que a lei se encontraria *"em consonância com a Lei Maior"*, na dicção do Ministro Marco Aurélio.

O único caso em que o princípio da livre iniciativa foi, por si só, suficiente para romper o monopólio, foi a Ap. 382.671-5/7-00 TJ/SP, Des. Rel. Leme de Campos, j. em 07/04/2008. Neste caso, tratando-se de serviço funerário em atacado[65] para pessoas jurídicas, considerou-se que o fechamento do mercado constituiria indevida intervenção do município, violadora do princípio da liberdade de iniciativa – porém, somente porque a fornecedora de serviços em atacado não estaria *"jamais realizando atendimento a pessoas físicas"*, não prejudicando *"o direito das empresas concessionárias de exploração do serviço funerário"*, o que retira grande parte da força de aplicação do princípio.

O princípio da liberdade de iniciativa foi pouco aplicado no STF, geralmente sendo considerado inaplicável ao caso. Não o foi no STJ, e o foi de forma um pouco mais forte, embora geralmente complementar, no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Este relativo descaso com um princípio constitucional pode demonstrar uma "hierarquização" de preceitos constitucionais pelos Tribunais: o princípio da liberdade

63 RE 387.990/SP, Min. Rel. Carlos Velloso, j. em 13/05/2004, e RE 237.104/SP, Min. Rel. Marco Aurélio, j. em 26/08/2009.
64 Todos os julgados do TJ/SP e a decisão monocrática de Marco Aurélio. Apenas a decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso não reconheceu constitucionalidade à lei.
65 Ver Glossário, pg. 6, item "Serviços Funerários 'em atacado'".

de iniciativa seria aplicável, desde que não contrário ao assim considerado poder regulatório do Estado em relação aos serviços públicos – podendo mesmo ser restringido de forma absoluta, por meio de monopolização.

Este entendimento parece descolado da doutrina econômica, que estabelece a livre iniciativa como regra – e o serviço restrito por interesse público como exceção. Prova desta distância é artigo publicado em junho de 2010[66], que defende a descaracterização do serviço funerário como público, sustentando caber Mandado de Segurança contra ato municipal que proíba a prestação de serviço funerário em regime de livre iniciativa – contra o entendimento jurisprudencial dominante em todos os tribunais, de não cabimento.

Concluo que há grande tendência, nos tribunais, de não levar a sério o princípio constitucional da livre iniciativa, quando está em jogo atividade abrangida, por sua jurisprudência, pelo conceito de "serviço público".

III. A indefinição do "serviço público" e sua forma de prestação

Após concluir que o argumento da liberdade de iniciativa não é aplicável às atividades caracterizadas como serviço público, duas perguntas são naturais: como se caracteriza, portanto, determinada atividade como serviço público? Sendo serviço público, há critérios para a escolha de seu regime de iniciativa?

A jurisprudência não oferece resposta clara para nenhuma das perguntas.

O Supremo Tribunal Federal tende a oferecer caracterização casuística do serviço público, sem propor critérios gerais – mesmo quando é apresentada justificativa, ela é meramente isso: uma justificativa, não uma explicação ou aplicação de critérios. Quando houve controvérsia, nas décadas de 50/60, sobre a caracterização do serviço funerário, isto se tornou ainda mais claro – ambos os lados da votação simplesmente emitiam opiniões sem base constitucional. Discussões tautológicas, fundamentando que o serviço funerário é serviço público, por ser de relevante interesse social, e portanto serviço público, são via de regra. Os argumentos menos obscuros se referem

66 "Serviços Funerários são serviços públicos?" – *Fernando Herren Aguillar.* Publicado no informativo jurídico "Migalhas" em 07 de junho de 2010. Artigo disponível em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108545,11049-Servicos+funerarios+sao+servicos+publicos – Acesso em 09/11/2011.

a interesse público sanitário e fiscalizatório – o que, simplesmente, não satisfaz, pela enorme gama de atividades que apresentam problemas sanitários e fiscalizatórios e, ainda assim, se encontram abertas à iniciativa privada. O recurso à doutrina, em especial a citação de Hely Lopes Meirelles, é recorrente, sendo esta pouco clara também.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo padece do mesmo vício; quando não trata do problema de "competência municipal contra competência estadual" na regulação do serviço funerário, não há muita fundamentação em relação ao caráter público do serviço; segue-se como um dogma, citando inclusive a mesma doutrina referida pelo Supremo Tribunal Federal. Isto ocorre, inclusive, ao desconsiderar o serviço funerário "em atacado" como sujeito ao regime de serviço público; simplesmente se afirma que não se está tratando do serviço funerário "público", "stricto sensu", prestado para usuários finais, mas de outro tipo de serviço.

A forma de prestação de determinado serviço, quando considerado público, de competência regulatória de ente federativo, apresenta-se mais pacífica – concede-se completa discricionariedade ao ente titular do serviço. Esta jurisprudência apresenta-se muito clara em relação aos serviços funerários "stricto sensu", tanto no TJ/SP quanto no STF, aceitando de forma pacífica monopolização imotivada por parte do município; eventualmente, fornecem-se subsídios para "fundamentar" a escolha administrativa: ao acatar a competência do município em "fechar" o mercado, o STF oferece como fundamentos municipais a melhor fiscalização, mais fácil monitoramento sanitário, etc., enquanto que o STF e o TJ/SP, ao acatar decisão estadual em "abrir" o mercado de transporte intermunicipal de cadáveres, fundamentam a decisão estar em "consonância com a Lei Maior" e ter a "livre iniciativa prestigiada".

Interessante questão foi levantada pelo Ministro Ricardo Lewandowski em sua decisão monocrática no RE 601.798/MG, no qual a recorrente "excluída" do mercado argumenta que a concessão do serviço funerário em caráter exclusivo deveria ser excepcional, conforme dispositivo da Lei de Concessões[67]. O Ministro simplesmente afirma que, ainda que excepcional, a concessão exclusiva é válida, fugindo do ônus de afirmar em que situação poderia ser considerada excepcional, e como o judiciário poderia controlar abusos na concessão em caráter exclusivo.

67 Lei 8.987/95 - Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5° desta Lei.

O Superior Tribunal de Justiça, por simples falta de material, não apresenta mais que indícios e tendências. Nos casos levados a seu julgamento foi constante o regime de concessão determinado legislativamente; percebeu-se que o STJ tendia a manter o regime escolhido pelo município, com base no argumento comum de competência organizacional.

Porém, ofereceu valioso indício, ao indicar como lícita opção municipal pelo regime de livre iniciativa aplicado ao serviço de transporte intermunicipal de cadáveres, ainda que considere tal serviço como público. A redação do artigo 30, V da CF/88 leva a entender que o serviço público somente pode ser prestado mediante concessão ou permissão, a despeito de numerosos casos anteriores e posteriores a 1988 de serviço público prestado sem exclusividade ou em concorrência. A resposta do STJ, ao considerar esta opção lícita por votação unânime, parece indicar uma interpretação não-literal do dispositivo – e mais coerente com a própria prática administrativa.

Concluo que, ainda quando houve preocupação em oferecer razões para caracterizar ou não determinado serviço funerário como público, não houve tentativa de generalização de critérios. Dada a omissão da Constituição Federal em produzir estes critérios, o Supremo optou por determinação casuística. Da mesma maneira, jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça também concede ao serviço funerário o caráter de serviço público local, com a mesma base instável; igualmente quanto à forma de organização, concede-se discricionariedade absoluta ao município, com grande risco de instituição abusiva de monopólios, que não se justifiquem por interesse público, já que não foram oferecidos critérios judiciais para este controle.

Acredito que esta ausência de critérios de controle é prejudicial a esta atividade. Por mais que a opção municipal seja considerada, como o foi pelo STF, sujeita à conveniência e oportunidade da Administração, a *forma* desta opção, e sua regularidade, estão sujeitos ao controle judiciário.

Além desta razão, cite-se dispositivo da Lei 8.987/95, levantado no RE 601.798/MG :
"Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere

o art. 5° desta Lei."

A *"inviabilidade técnica ou econômica"* que deverá ser demonstrada é, sem dúvida, conceito vago. Uma indicação judicial (ou mesmo legislativa) da melhor forma de interpretação desta lei é, sem dúvida, essencial para melhor uso do instituto da concessão ou permissão exclusivas. Sem este estabelecimento de critérios, é inseguro tanto para a Administração quanto para os agentes econômicos qual seria a situação de "inviabilidade" que justificaria a concessão de exclusividade. O uso da competência judicial de interpretação legítima da Constituição e legislação (assim como atos do próprio poder legislativo, tal como a lei paulista 9.055/94) poderiam suprir esta vagueza, ainda que não estabelecendo de forma absoluta ou unilateral um conceito definitivo de serviço público e sua extensão.

IV. A lei paulista 9.055/94 – Precedente de abertura de serviço funerário ao mercado?

A Lei Estadual nº 9.055/94 de São Paulo dispõe sobre a forma de prestação do translado de corpo para enterro e cerimônias funerárias em município diferente do qual onde se encontra, que é o serviço de "transporte intermunicipal de cadáveres", uma das modalidades de exploração do serviço funerário.

Quanto a isto, prevê expressamente, em seu artigo 1º, que:

"O serviço de transporte intermunicipal de cadáveres, inclusive a comercialização de caixões, urnas funerárias e a prestação de outros serviços a ele complementares, são livres à íniciativa privada, vedada a garantia de exclusividade em virtude da localização da empresa que o realize."

Este dispositivo foi interpretado como proibição de instituição de monopólio deste serviço, pelo município, às empresas sediadas em seu território, prática relativamente comum nas legislações municipais, como se observa pela quantidade de casos nos quais se questiona o tema.

Tal lei apresenta grande interesse ao objeto desta pesquisa, quando contraposta à

jurisprudência sobre o tema. Resumo as observações mais interessantes em quatro itens: a lei estadual 9.055/04 de São Paulo como **a)** delimitação da competência municipal; **b)** originária de controvérsia no STF sobre o tema da iniciativa de prestação de serviços funerários; **c)** contexto fértil para argumentação com base na liberdade de iniciativa e **d)** precedente de estratégia para abertura do mercado, sem necessidade do uso do princípio constitucional da liberdade de iniciativa.

a) Delimitação da competência municipal

A lei paulista 9.055/94 restringiu a competência dos municípios em relação à escolha do regime de prestação do serviço funerário que, por três Constituições, ao longo de mais de cinco décadas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seria em princípio exclusiva dos municípios, tal como decidido nos julgamentos paradigmáticos RE 49.988/SP e RE 94.872/SP.

A Lei Estadual 9.055/94 foi determinante para delimitar a competência municipal regulamentar do serviço funerário (e possibilidade de sua utilização para "fechamento do mercado": quando a legislação foi impugnada, a defesa de sua constitucionalidade se deu usualmente pelo caráter "intermunicipal" do tema, tese em geral vencedora, derrotada somente no RE 387.990/SP (Rel. Min. Carlos Velloso).

Baseado nesse argumento, o município teria competência para escolha do regime de prestação do serviço somente no que tange ao seu interesse local, sem reflexos ou interferências nos outros municípios; o transporte intermunicipal de cadáveres, por sua vez, *"transcende os limites físicos do município"* (STF, RE 237.104/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 26/08/09); toda vez que isso ocorrer, na dicção do Ministro, a competência regulamentar é estadual, não municipal.

Coerentemente, nos julgamentos do Tribunal de Justiça de São Paulo, costuma-se acrescentar que o Município, indo contra esta disposição estadual, violaria a liberdade de iniciativa garantida por esta.

Esta justificativa é exposta no Supremo por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 237.104/SP, por decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio; esta justificativa foi igualmente encontrada em grande parte da jurisprudência do Tribunal

de Justiça de São Paulo.

b) Originária de controvérsia no STF sobre o tema da iniciativa de prestação de serviços funerários

A lei foi fonte da única controvérsia existente sobre o tema de regulação do serviço funerário no STF pós-1988, no entanto ainda não resolvida. A legislação veio a ser considerada inaplicável por julgamento monocrático do RE 387.990/SP, em 13/05/04, no qual o Ministro Carlos Velloso não acolheu a argumentação apresentada no item anterior. Segundo o Ministro, o serviço de transporte intermunicipal de cadáveres estaria incluso na competência municipal. Portanto, estaria livre ao município a opção de restringir a execução do serviço, mediante adoção de regime de concessão ou prestação direta.

O Ministro Marco Aurélio, cinco anos depois, adotou entendimento diametralmente oposto, considerando que a questão do transporte intermunicipal transcendia os limites do município, sendo portanto constitucional a regulação estadual; mais ainda, acrescentou que, ao estabelecer o regime de livre iniciativa, a lei estadual estaria "*em consonância, também, com a Lei Maior*" (STF, RE 387.990/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13/05/04).

A questão não veio a ser posteriormente julgada no Supremo Tribunal Federal, não existindo nenhum outro questionamento além das duas decisões referidas[68]. Estimo que a posição do Ministro Carlos Velloso se afigura mais familiar ao entendimento clássico do Supremo em caracterizar todo e qualquer serviço funerário como sujeito à regulação municipal, por seu enquadramento na categoria de "serviço público de interesse local", sendo ilegítima regulamentação estadual. Este posicionamento parece ser reforçado ao ser recentemente reiterado no julgamento da ADI 1.221/RJ, Rel. Carlos Velloso, j. em 09/10/03, à unanimidade pelo Plenário, ainda que anterior à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio.

É possível que repercuta em futura jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo, em combinação com a decisão do Ministro Marco Aurélio, defendendo-se posicionamento que, aceitando a legislação

68 A Ação Cautelar 2.902/PR, Rel. Min. Carmén Lúcia, foi extinta sem julgamento de mérito.

paulista, estabeleça limite à competência municipal regulatória, de outra maneira sempre julgada de forma quase absoluta pelo Tribunal. Se adotada também a posição do Ministro Marco Aurélio de que a abertura do transporte intermunicipal de cadáveres à livre iniciativa se encontra "*em consonância com a Lei Maior*", indicaria uma retomada do argumento da proteção à livre iniciativa, fortalecendo-o diante do argumento da "prestação de serviço público", adequado à restrição por concessão ou prestação direta. Estas considerações, porém, não passam de estimativas.

c) Contexto fértil para argumentação com base na livre iniciativa

Como discutido na Apelação Cível 247.779-5/4-00 do TJ/SP, julgada em 22/11/2005, ao impedir o monopólio do transporte intermunicipal de cadáveres, a lei paulista 9.055/94 abre uma "válvula de escape" de eventuais monopólios de outros serviços funerários: não tendo a empresa (ou autarquia) monopolística a possibilidade de controlar as saídas de corpos de seus respectivos municípios (o que retira sua exclusividade na prestação do serviço), perde ela a possibilidade de criar uma "barreira" que torne impraticável a escolha do prestador dos serviços fúnebres (por exemplo, cobrando valor elevado para este transporte, inviabilizando economicamente esta opção).

É repetido em múltiplos casos do TJ/SP, incluindo a supracitada Apelação Cível 247.779-5/4-00, que esta lei tem a "*livre iniciativa prestigiada"*, orientação seguida pelo Ministro Marco Aurélio ao dizer que a lei se encontra *"em consonância com a Lei Maior"*, como visto no item anterior.

A lei se mostrou contexto fértil para que os julgadores se manifestassem sobre a aplicabilidade do princípio da livre iniciativa, mesmo ao "serviço público" funerário. Este contexto de questionamento da Lei paulista 9.055/94 permitiu estas manifestações do TJ/SP em relação ao princípio da livre iniciativa, além da tomada de posição pelo Ministro Marco Aurélio quanto aos limites do regime de "serviço público de interesse local".

d) Precedente de estratégia para abertura do mercado, sem necessidade do uso do princípio constitucional da liberdade de iniciativa.

A Ação Cautelar 2.902/PR, embora extinta sem julgamento de mérito, indica possível repercussão da Lei paulista 9.055/94 a outras jurisdições; pretendia-se por esta ação que as empresas da região metropolitana circundante a Curitiba pudessem realizar velórios no próprio município de Curitiba, de falecidos que viessem a ser sepultados em outro município; mais ainda, que *"fosse determinado ao Estado do Paraná que legislasse sobre essa questão".*

Ao requerer que o Estado do Paraná emitisse legislação, a autora procurou "quebrar" o monopólio do Serviço Funerário de Curitiba, apresentando como fundamento, além do princípio constitucional da livre iniciativa, a ausência de competência municipal em estabelecê-lo; como se verá abaixo, o fundamento da incompetência municipal se mostrou uma "alternativa" ao argumento da livre iniciativa. O precedente legislativo da Lei paulista 9.055/94 parece ter se mostrado uma forte estratégia argumentativa para "abrir" o mercado, sem expor o argumento normalmente rejeitado da livre iniciativa.

V. Direito adquirido à exploração X direito adquirido ao monopólio.

No âmbito de duas ações perante o Supremo Tribunal Federal, foi levantada expressamente a tese do direito adquirido – tanto por parte da empresa detentora do monopólio, alegando direito adquirido à exclusividade[69], quanto pela empresa que, não concessionária, sustenta ter direito adquirido à exploração do serviço, por seu exercício anterior[70] [71].

A tese, ao que parece, não teve grande repercussão nos tribunais onde foi levantada; em geral, costuma ser rechaçada, como ocorre no AI 21.566/SP, de 1959: levantada a tese por empresa funerária, prestadora do serviço anteriormente a concessão em caráter exclusivo a outra empresa, foi expressamente desconstruída por voto condutor do Ministro Relator Henrique D'Avilla; em entendimento ementado, *"O serviço funerário é de interesse público; pode por isto ser regulamentado pela Municipalidade*

69 Agravo de Instrumento nº 21.566, Min. Rel. Henrique D'Avilla, j. em 13/10/1959.

70 Recurso Extraordinário nº 89.083, Min. Rel. Leitão de Abreu, j. em 03/10/1978

71 A mesma tese foi levantada no Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0164623-77.2006.8.26.0000, Rel. Des. Fermino Magmani Filho, j. 23/05/11, no qual empresa de planos funerários pretende ver restabelecido conteúdo original de alvará concedido em 2000, no qual foram inseridas múltiplas ressalvas ao modo de prestação do serviço funerário, restringindo totalmente o exercício próprio das cerimônias fúnebres pela empresa.
A empresa alega que o Alvará original representa direito adquirido ao exercício dos direitos; porém, a ação foi remetida à 11ª Câmara de Direito Público por prevenção, onde ainda não foi julgada.

e atribuído a determinado concessionário, ***sem que os antigos exploradores do referido comércio possam invocar direito adquirido de persistirem no seu exercício****",* ainda que a empresa simplesmente desejasse *"continuar a exercitá-la [exploração do serviço] em concorrência com o novo concessionário"*.

No RE 89.083/ES de 1978, por outro lado, a empresa concessionária buscava anular ato do prefeito municipal de Vitória, concedente do serviço a outra empresa, pois ele violaria seu "direito adquirido" à exclusividade, fundamentando-se no artigo 153, § 3º da CF/67[72].

O voto do Ministro Leitão de Abreu, embora admita o argumento do direito adquirido, o faz de maneira relativamente fraca: "*Ante as invocações do recorrente (...) suscitada a violação do artigo 153, §3º da Constituição – sou levado a conhecer do recurso extraordinário,* ***não, porém, para o fim visado pela recorrente****, (...) mas para sujeitar o julgamento do recurso, e da matéria constitucional nele inserida, ao Tribunal pleno"*; a invocação do Direito Adquirido foi utilizada somente para demonstrar controvérsia constitucional.

O Ministro Moreira Alves, neste julgamento, parece um pouco mais enfático quanto a este argumento, afirmando que o acórdão recorrido *"violou o direito adquirido pelo recorrente em virtude desta mesma lei* [concedente de exclusividade]*".* Ainda assim, atribui o mesmo efeito de julgamento da matéria constitucional pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. O Ministro Cordeiro Guerra ainda afirma expressamente que o *"direito do monopólio"* da recorrente *"se incorporou ao patrimônio jurídico"* por meio da lei impugnada pelo acórdão; para a perda deste direito, seria necessário o julgamento pelo Pleno do Tribunal de Justiça.

Inicialmente, percebendo a utilização do argumento do direito adquirido pela empresa não-concessionária, imaginei que ele seria considerado boa fundamentação complementar, em especial ao princípio da liberdade de iniciativa, para evitar o fechamento no mercado; porém, como visto neste item, o argumento não é levado muito em conta pelo STF. Não haveria direito adquirido contra o interesse público.

72"Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes:

§ 3º A lei não prejudicará o ***direito adquirido****, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."*

Mais, dada sua ambiguidade, quando o argumento é levado em conta, ainda que de forma fraca, é utilizado para fundamentar o "monopólio adquirido", chegando os Ministros ao ponto de afirmar que o monopólio estaria "*incorporado ao patrimônio*" da empresa.

VI. Competência municipal e quebra de monopólio

Como visto no item I deste mesmo capítulo, o argumento da liberdade de iniciativa se mostrou bastante fraco, em especial em questionamentos perante o STF e relativos ao serviço público "stricto sensu", quando contraposto ao princípio de proteção ao serviço público local, categoria na qual foi enquadrado, casuisticamente, o serviço funerário.

Os litigantes e o poder executivo, apesar das repetidas tentativas de quebra de monopólio ao longo das décadas com base no princípio constitucional da liberdade de iniciativa, não deixaram de perceber a pouca efetividade deste argumento. Ainda que relativamente tarde, aprenderam as regras do jogo impostas pelo judiciário.

A Lei paulista 9.055/94, vista acima no item III, deve grande parte de sua força à exploração do canal aberto pela argumentação "solta" administrativista do serviço público municipal. Indefinido qualquer critério objetivo para caracterização de serviço público municipal, que permita a instituição de monopólio, a defesa da Lei estadual 9.055/94 se deu precipuamente na tese de que a competência de regulamentação do transporte intermunicipal de passageiros "extrapolaria a competência municipal". O próprio endereçamento da questão por via legislativa, e não mais judicial (como se vinha fazendo desde a CF/46) pode ser vista como uma mudança de estratégia por parte dos agentes econômicos.

Desta maneira, representou tanto uma "válvula de escape" que mitiga a força dos monopólios municipais (que se veem obrigados a competir com empresas funerárias de municípios vizinhos, que se tornam opção viável ao consumidor do serviço funerário) quanto a apresentação de uma nova forma argumentativa, que evita o argumento normalmente rejeitado da liberdade de iniciativa.[73]

73 Ainda que, como visto neste mesmo capítulo, item III, c), a fundamentação dos desembargadores do TJ/SP e do Ministro Marco Aurélio sustentem a lei ser instrumento de viabilização da liberdade de iniciativa. A livre iniciativa se torna argumento complementar, que entra pela "deixa" da lei que, pelo

Estratégia semelhante adotaram litigantes autores da Ação Cautelar 2.902/PR, que objetiva quebra de monopólio do município de Curitiba, para que empresas atuantes na região metropolitana da Capital atuem no ramo; na fundamentação de sua ação civil pública original que iniciou o processo, alega que o município de Curitiba não tem competência para estabelecer o monopólio – e pede, na ação, que o Estado do Paraná legisle sobre o assunto, liberando as restrições impostas pelo município. Além desta fundamentação, alega de forma complementar também a violação ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa.

Esta forma de "escape" do monopólio também pode ser vista no RMS 21.101/RJ, relativo a decreto municipal que expressamente excluiu da empresa concessionária dos serviços funerários a exclusividade do transporte intermunicipal de cadáveres. É interessante notar que o STJ declarou a legalidade federal do decreto.

Percebo que mesmo a posição dos tribunais refratária ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa, fundamentada no conceito de serviço público, não faz cessar a insegurança jurídica causada por monopólios e concessões exclusivas instituídas pelo Estado – de fato, há apenas alteração da fundamentação apresentada. A própria insegurança do conceito de serviço público e de sua forma de prestação, exposta no item I deste capítulo, permitiu a continuidade desta insegurança[74].

VII. Síntese do essencial

O Supremo Tribunal Federal, ao longo de três Constituições, após rápida controvérsia durante as décadas de 50/60, estabilizou sua jurisprudência no sentido de completa inaplicabilidade do princípio constitucional de liberdade de iniciativa ao serviço funerário em relação a monopólios instituídos pelo Estado, indicando que esta "imunidade" ao princípio seria generalizável a qualquer serviço caracterizado como público.

Porém, esta aparente segurança repousa sobre o conceito de serviço público de

argumento de competência administrativa, já se havia considerado constitucional.

74 Demonstrada de forma exemplar pelas decisões monocráticas diametralmente opostas de Carlos Velloso e Marco Aurélio nos RE 387.990/SP e RE 237.104/SP, respectivamente, quanto à caracterização do transporte intermunicipal de passageiros como serviço público de competência regulamentar municipal ou estadual.

interesse local. Ainda quando houve preocupação em oferecer razões para caracterizar o serviço funerário como público, não houve enfrentamento de generalização de critérios. A Constituição Federal não define expressamente os serviços funerários como públicos ou não. E o Supremo optou por determinação casuística. Da mesma maneira, jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça também concede ao serviço funerário o caráter de serviço público local, com a mesma base instável.

A maior segurança que se pôde encontrar é a necessidade de respeito aos procedimentos administrativos necessários para o procedimento de concessão de exclusividade, sem os quais os atos foram anulados em processos presentes nos três tribunais analisados, podendo chegar a responsabilidade por improbidade administrativa.

Este posicionamento não passou despercebido pela administração pública e pelos agentes econômicos envolvidos. A lei paulista de 9.055/94 tem sido precedente de abertura do serviço funerário, reconhecido tanto pela jurisprudência do TJ/SP quanto por recente decisão monocrática do STF, aproveitando-se desta indefinição conceitual do "serviço público de interesse municipal". Por meio da Ação Cautelar 2.902/PR, litigantes procuraram romper o monopólio de serviço funerário, não somente por meio de argumentação com base na liberdade de iniciativa, mas por incompetência municipal em determiná-lo.

Percebo, portanto, que o posicionamento tradicional dos Tribunais na caracterização casuística do serviço público, e refração ao princípio da livre iniciativa nestes casos, forçou o aparecimento de argumentação com base no direito administrativo, pela tese de extrapolação de competência municipal para tentativa de mitigar as restrições ao exercício da atividade funerária.

Este processo levou a grande insegurança jurídica sobre a questão, demonstrada pelo grande número de casos que procuram romper os monopólios, a despeito da aparentemente pacífica jurisprudência dos tribunais sobre o tema.

A completa derrogação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, em face de uma abstrata proteção ao interesse público, pode indicar uma visão de Estado que

privilegia a intervenção estatal, em detrimento da livre atuação dos particulares; sua determinação de forma insegura me parece gerar um ambiente ainda menos favorável para investimentos privados em qualquer área de maior relevância social.

O Supremo Tribunal Federal, com sua jurisprudência dominante publicista, demonstra a maior tendência neste sentido, enquanto que o Tribunal de Justiça de São Paulo, especialmente em julgamentos relativos à Lei Estadual 9.055/94 mostra-se mais receptivo aos argumentos de proteção à livre iniciativa. Não há dados suficientes para conclusões seguras sobre o Superior Tribunal de Justiça, embora os poucos casos analisados indiquem tendência a posição próxima ao STF.

Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren – "Serviços Funerários são serviços públicos?" Publicado no informativo jurídico "Migalhas" em 07 de junho de 2010. Artigo disponível em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108545,11049-Servicos+funerarios+sao+servicos+publicos – Acesso em 09/11/2011.

GRAU, Eros Roberto – "A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica" – 14ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Helly Lopes – *"Direito Municipal Brasileiro"* – 16ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

_____ - "*Direito Administrativo Brasileiro*" – 36ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

PULBY, Joseph – "*Le monopole des Pompes Funèbres*" - Paris, V. Giard & e. Briere, 1904