

P A R E C E R

Nº 0679/2022¹

- CL – Competência Legislativa Municipal. Concessão de Serviços Públicos. Distinção entre serviços próprios e impróprios. Serviços Funerários acessórios e não-essenciais. Intervenção indevida na livre iniciativa e na ordem econômica. Comentários.

CONSULTA:

A Consulente, Câmara, requer análise de Projeto de Lei nº. 20/2022, de iniciativa parlamentar, que regulamenta a atividade das empresas funerárias, impondo-lhes a obrigatoriedade de manterem em seu quadro, funcionárias femininas exclusivas para que o corpo das falecidas seja preparado por funcionária mulher.

A Consulta segue documentada.

RESPOSTA:

A Carta Magna atribui ao Município competência legislativa e material para regular o serviço funerário, por dizer respeito à atividade de interesse local nos moldes do art. 30, incisos I e V da Constituição Federal, o que compreende a implantação e administração de cemitérios, organização de velórios, o transporte de cadáveres, regulamentação dos tipos de urna, cova, distância, isolamento dos sepulcros, medidas fito-sanitárias etc. A finalidade da intervenção municipal nesse assunto é a saúde pública e a preservação ambiental, pois os fluídos corporais dos cadáveres podem contaminar o solo e a água se não tratados com os devidos cuidados. Assim, o Conselho Nacional do Meio Ambiente –

¹PARECER SOLICITADO POR FABIANO GNADT BORGHETTI, ANALISTA LEGISLATIVO - CÂMARA MUNICIPAL (FOZ DO IGUAÇU-PR)

CONAMA editou a Resolução nº 335/2003, dispondo sobre o licenciamento ambiental dos cemitérios.

Pela ordem constitucional em vigor, ao Estado incumbe a prestação de serviços públicos, podendo se dar de forma direta ou indireta. Esta, por sua vez, pode decorrer de processos organizacionais de descentralização, o que se dá pela instituição de pessoas jurídicas de direito público (autarquias ou fundações) ou privado (sociedades de economia mista, serviços autônomos, empresas públicas) criadas com essa finalidade, ou ainda, por meio de delegação à iniciativa privada, sob a forma de concessão, permissão ou autorização.

A prestação dos serviços funerários consiste em dever do poder público para atendimento ao chamado direito de sepultura (*jus sepulchri*). Para JUSTINO ADRIANO FARIAS DA SILVA em Tratado de direito funerário: teoria geral e instituições de direito funerário. Tomo II. São Paulo: Método Editora, 2000, p. 95, trata-se de um direito subjetivo de todo homem, que se manifesta nas seguintes dimensões: direito-a-ser sepultado, direito-de-permanecer-sepultado, direito-à-sepultura ou direito sobre-a-sepultura, e direito de sepultar. Tal direito decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, elevado pela Constituição a fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB/88), pelo que é conferido ao cadáver, aos despojos mortais e à memória do morto peculiar proteção jurídica, inserindo-se no rol de direitos da personalidade e projetando-se na família do defunto, tendo os herdeiros legitimidade para tomar medidas judiciais e administrativas, visando sua proteção e defesa, e na sua omissão, o próprio Estado.

Entretanto, há uma lista de serviços funerários de natureza acessória e opcional, que são oferecidos aos particulares interessados mediante pagamento. Serviços funerários, como, por exemplo, cortejo, preparação e conservação do cadáver, ornamentação, missas etc. são atividades eminentemente privadas, prestadas por particulares devidamente habilitados e autorizados.

No Brasil, as profissões relacionadas a serviços funerários tais

como agente funerário, tanatopraxista, atendente funerário e auxiliar de funerária não são profissões regulamentadas por lei, razão pela qual somos obrigados a recorrer à Classificação Brasileira de Ocupações, que designa os trabalhadores em serviços funerários como aqueles que realizam as tarefas de: 1) organização de funerais, providenciando registros de óbitos e demais documentos necessários; 2) liberação, remoção e traslado de cadáveres; 3) realização de preparativos para velórios, sepultamentos e condução de cortejos fúnebres; 4) tarefas de preparação de cadáveres em urnas e ornamentação; 5) execução de trabalhos de conservação de cadáveres por meio de técnicas de tanatopraxia ou embalsamamento, substituindo fluidos naturais por líquidos conservantes; 6) embelezamento de cadáveres mediante aplicação de cosméticos específicos. O acesso às referidas ocupações requer, no mínimo, a conclusão do ensino fundamental, estando os agentes funerários aptos a especializar-se em tanatopraxia (técnica de conservação de cadáveres) em curso de nível médio profissionalizante, com duração de quarenta horas.

Assim, no que se refere a imposições de regras aos ditos serviços funerários acessórios, o ponto central de interpretação deve ser a análise de sua proporcionalidade e adequação, já que a violação desses princípios fatalmente culminará com a declaração de invalidade da norma que a pretexto de preservar direitos, acaba por estabelecer restrição exagerada a iniciativa privada. A respeito desse tema é interessante a citação de LEONARDO PARENTE, na 6ª lição do curso por correspondência Organização dos Serviços Públicos Municipais, ministrado pelo IBAM:

“Envolvendo a matéria grande multiplicidade de aspectos técnicos e jurídicos (de direito público e privado), é recomendável que o poder público municipal disponha de lei que discipline a criação de cemitérios públicos e particulares e os serviços funerários. Este ato deverá ser regulamentado por decreto do poder Executivo, em que estejam previstos o estabelecimento e o funcionamento de cemitérios, agências funerárias, de casas de artigos funerários e outras firmas que exerçam atividade

concernentes ao ramo (fábrica de caixões, urnas e etc.).

O regulamento deve ter ampla abrangência, é recomendável que seja constituído basicamente dos seguintes títulos: disposições gerais; dos cemitérios públicos; dos cemitérios particulares; dos cemitérios do tipo parque; dos cemitérios particulares do tipo vertical; da administração dos cemitérios; do recolhimento de tarifas municipais específicas; da administração dos cemitérios em geral, englobando: a escrituração, normas gerais de funcionamento, inumações, exumações, restos mortais, enterramento de partes do corpo humano, manutenção e conservação dos cemitérios em geral; da fiscalização dos cemitérios em geral; englobando: as atribuições do órgão controlador a nível municipal ou do órgão público responsável pela administração dos cemitérios (no caso do município exercer a Administração direta de necrópoles); das agências funerárias; casas de artigos funerários e outras correlatas".

Ante o exposto, verificamos que a interferência do Poder Público deve se restringir aos aspectos essenciais do serviço e não a aspectos acessórios, sob pena de violar a livre iniciativa e configuração de intervenção indevida na ordem econômica. A esse respeito vale a pena trazer à colação trecho do artigo intitulado Intervenção Estatal sobre o Domínio Econômico, Livre Iniciativa e Proporcionalidade (Céleres Considerações) da lavra de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, que, ao comentar a proporcionalidade e razoabilidade de norma que limita liberdade privada salienta:

"Tocará, portanto, ao aplicador do direito, administrador ou juiz, proceder a um exame de proporcionalidade ou razoabilidade da norma restritiva da liberdade de iniciativa. Embora se admitia que uma liberdade ilimitada é capaz de afetar outros interesses, quer de terceiros, quer da sociedade, ensejando, assim, a sua delimitação, não menos correto é o remate de que toda e qualquer limitação de direitos fundamentais, entre os quais o da liberdade empresarial, haverá também de movimentar-se mediante

lindes precisos, demarcados pela sua proporcionalidade. (...) a limitação obrigatoriamente terá de satisfazer os seguintes requisitos: a) ser adequada à obtenção do objetivo de interesse público visado; b) resultar necessária, ou seja, quando não se possa, a fim de se alcançar o fim colimado, escolher outro meio igualmente eficaz, mas que prejudique em medida sensivelmente menor o direito fundamental a ser contido; c) ser razoavelmente exigível, cotejada a dimensão da intervenção ente os seus motivos justificadores”.

Uma nota ainda merece ser feita, "o falecido ou a falecida" na verdade é um cadáver, ou seja, um corpo morto que ainda conserva tecidos, porque após a consumação passará a se denominar ossada. A palavra cadáver teria origem na inscrição latina *Caro Data Vermibus*, que significa carne dada aos vermes. Assim, cadáver não tem sexo e para a doutrina autorizada, como lecionava PONTES DE MIRANDA em seu Tratado de Direito Privado 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. II, § 116, 1, inicialmente era tido como uma coisa (*res nullius* ou *res extra commercium*), depois com a evolução da civilização ocidental, passou a ser entendido como um resquício da personalidade. Os mortos não têm direitos nem interesses, quem têm direitos e interesses são os vivos, pois o direito é a organização da vida social dos vivos. Frise-se que os mortos, apesar de conservarem seu aspecto religioso, sequer são membros da sociedade humana, já que a personalidade da pessoa natural se extingue com a morte. Os atos de última vontade ou disposições finais do morto só revelam um resquício de sua personalidade que ainda se projeta no mundo dos vivos e é a esse objeto residual que se dá destino. A lei protege esse resíduo de personalidade do morto na forma de direito à dignidade, ou seja, à memória do morto, facultando aos herdeiros vivos à sua defesa.

O projeto de lei em análise ao instituir a obrigação de que o cadáver seja preparado por funcionária do mesmo sexo não se mostra adequado nem proporcional aos fins que visa proteger, pois nem sempre pessoa do mesmo sexo terá a mesma reverência e cuidado com o cadáver, ainda mais quando existem indivíduos que se sentem atraídos

por outros de mesmo sexo. Morto não tem sexo, daí a expressão *de cujus*, cadáver, finado, que não se flexiona para o feminino. É claro que o tratamento linguístico não protege o cadáver de sofrer abusos e violações, mas essas podem ocorrer nos hospitais, nos necrotérios e até mesmo com a violação de sepultura. A lei parece presumir que os agentes funerários são adeptos de práticas necrófilas e se aproveitam dos cadáveres para saciar seus desvios patológicos. A necrofilia é um transtorno reconhecido e catalogado na CID-10 na categoria F65.8 pela Organização Mundial de Saúde - OMS.

A família tem todo o direito de que o cadáver seja preparado por pessoa do mesmo sexo e pode exigir isso da funerária e caso a funerária não possa ou não queira atender pode até contratar outra empresa, inclusive pode optar por não contratar nenhum serviço, já que o próprio familiar pode preparar o corpo. Se a medida fosse justificável também teríamos que proibir a existência de médicos especializados em ginecologia-obstetrícia do sexo masculino, pois só assim estaríamos resguardando as mulheres de eventuais assédios. Condutas patológicas sempre vão haver, cabendo a punição dos culpados. O Código Penal prevê o crime de vilipêndio ao cadáver em seu art. 212, mas a medida concreta do projeto de lei não atende ao princípio da proporcionalidade, não sendo adequada, razoável, justa, nem necessária.

Por fim, a imposição de cláusula de cota de 10% de mulheres para os serviços funerários de natureza acessória e opcional é claramente inconstitucional, ainda que a Constituição Federal estabeleça igualdade entre os sexos, e o fim da desigualdade de gênero, não é dado ao Município esse tipo de ação afirmativa. Lembramos das lições de Ronald Dworkin:

"No caso da raça (e talvez nos de alguns outros casos especiais, como os antecedentes étnicos e o sexo), mesmo que não possa ser amparada por nenhum princípio geral de que as pessoas nunca devem ser divididas segundo atributos que não podem controlar. Eles não devem dizer que essa alegação especial em favor da raça e de alguns outros atributos é apenas

uma questão de fato constitucional, que a própria Constituição escolhe e desqualifica somente a raça e esses outros atributos. Pois isso incorre em petição de princípio: a correta interpretação de nossa prática constitucional é exatamente o que está em questão agora, e eles precisam de um argumento que justifique sua afirmação sobre o que a Constituição quer dizer, e não de um argumento que já comece pela própria alegação". (In: DWORKIN. Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo. Martins Fontes. 1999, p. 471)

Concluindo: (1) é possível ao Município legislar sobre as regras pertinentes ao serviço público funerário (implantação e administração de cemitérios, organização de velórios, transporte de cadáveres, regulamentação dos tipos de urna, cova, distância, isolamento dos sepulcros, medidas fito-sanitárias etc); (2) não é possível o Município legislar sobre a prestação de serviços funerários de natureza acessória e opcional (cortejo, preparação e conservação do cadáver, ornamentação, missas etc.), sendo descabida a intervenção municipal em aspectos ligados a questões tidas como acessórias aos serviços funerários, sob pena de violação da livre iniciativa e intervenção indevida na ordem econômica.

É o parecer, s.m.j.

Jaber Lopes Mendonça Monteiro
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 14 de março de 2022.