

P A R E C E R

Nº 2312/2022¹

- SP – Serviços Públicos. Concessão de serviço público. Serviços funerários. Concessão ou Permissão. Autorização Legislativa. Geralmente, incumbe a um familiar o enterro, mas em não havendo a lei local pode autorizar que terceiro o faça mediante comprovação de socioafetividade. Comentários.

CONSULTA:

A Consulente, Câmara, solicita parecer sobre Projeto de Lei (M) s/n.º que "Altera dispositivos na Lei n.º 3.615, de 26 de outubro de 2009, que Autoriza o Chefe do Poder Executivo Municipal a outorgar em regime de concessão, precedida de licitação na modalidade de concorrência, a exploração de serviços funerários em xxx".

A Consulta segue documentada.

RESPOSTA:

A Constituição Federal 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 CRFB/88, 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 fitossanitárias, 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

¹PARECER SOLICITADO POR EUCLIDES DE QUADROS, ANALISTA PARLAMENTAR - CÂMARA MUNICIPAL (FOZ DO IGUAÇU-PR)

devidos cuidados.

Sobre a competência para celebrar contrato de concessão de serviço público, é interessante a lição de GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo. Saraiva. 2003, p. 303:

"É competente para outorgar concessão de serviço público a entidade estatal cujos serviços foram cometidos a sua cura pelo ordenamento jurídico.

Entre nós, são competentes a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, na medida em que tenham a titularidade dos serviços cuja execução e exploração desejam trespassar a terceiros.

Assim, cabe à União outorgar concessão de serviço público para a execução dos serviços de transporte de passageiros por meio de avião; aos Estados-Membros reconhece-se a competência para trespassar, através de concessão de serviço público, a execução e exploração dos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros por meio de ônibus; aos Municípios cabe outorgar concessão de serviço público para a execução dos serviços funerários; de táxi e de captação, tratamento e distribuição de água; e ao Distrito Federal cabe outorgar concessão de serviço público dos serviços que caberiam ao Estado-Membro e ao Município".

O Egrégio Supremo Tribunal Federal também já decidiu assim:

"CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO. SERVIÇO FUNERÁRIO. C.F., art. 30, V. I. - Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. C.F., art. 30, V. II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente". (STF - Tribunal Pleno. ADI 1221 / RJ. Julg. em 09/10/2003. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO)

No exercício de sua competência pode o Município optar pela prestação indireta do serviço público funerário, por meio de concessão ou permissão a empresas privadas, observado obrigatoriamente o procedimento licitatório (art. 175 da CRFB/88 c/c Lei n.º 8.987/1995).

Quanto à exigência da prévia autorização legislativa, o caso atrai a incidência do art. 2º da Lei n.º 9.074/95. Vejamos:

"Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio 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 nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei n.º 8.987, de 1995".

Portanto, especificamente no que tange aos serviços funerários, nada impede que eles sejam concedidos ou permitidos a particulares, uma vez que não se trata dos denominados serviços próprios ou indelegáveis da administração pública, desde que exista prévia autorização legislativa e certame licitatório para escolha do interessado. O art. 14 da Lei n.º 8.987/95 exige para a outorga de qualquer concessão de serviço público prévio procedimento licitatório na modalidade concorrência, o qual observará a legislação própria.

Se distingue os chamados serviços públicos próprios dos chamados serviços públicos impróprios. Sobre essa diferença leciona DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo. Atlas. 2000, p. 87 e ss:

"Essa classificação foi feita originariamente por Arnaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa (cf. Cretella Júnior, 1980:50).

Para esses autores, serviços públicos próprios são

aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários e permissionários). E serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados; eles correspondem a atividades privadas e recebem impropriamente o nome de serviços públicos porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do poder público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado.

Na realidade, essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância. Exemplos: os serviços prestados por instituições financeiras e os de seguro e previdência privada (art. 192, I e II, da Constituição). São atividades privadas que dependem de autorização do poder público; são impropriamente chamadas, por alguns autores, de serviços públicos autorizados.

Hely Lopes Meirelles (1996:357) dá o exemplo dos serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos e de residências. Ele diz que não constituem atividades públicas típicas, mas os denomina de serviços públicos autorizados.

Essa classificação carece de maior relevância jurídica e padece de um vício que justificaria a sua desconsideração: inclui, como espécie do gênero serviço público, uma atividade que é, em

face da lei, considerada particular e que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral.

É interessante observar que Hely Lopes Meirelles (1996:298) adota essa classificação, mas lhe imprime sentido diverso do original. Para ele, serviços públicos próprios "são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde pública) e para a execução dos quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares". Serviços públicos impróprios "são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos, ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários".

O que o autor considera fundamental é o tipo de interesse atendido, essencial ou não essencial da coletividade, combinado com o sujeito que o exerce; no primeiro caso, só as entidades públicas; no segundo, as entidades públicas e também as de direito privado, mediante delegação".

Como sabido, 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. Esses sim, são exercidos sob o regime típico de Direito Privado sem que haja necessidade de outorga do Poder Público, sendo, contudo, necessária a obtenção do respectivo Alvará.

Assim, no que se refere aos ditos serviços funerários acessórios, esses são livremente prestados pela iniciativa privada, não sendo, portanto, objeto de exclusividade da concessionária prestadora dos serviços funerários para o Município. 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".

Geralmente, incumbe a um familiar o enterro, mas em não havendo a lei local pode autorizar que terceiro o faça mediante

comprovação de socioafetividade. Nesse caso, a palavra amigo parece equivocada, porque pode ser requerido por um vizinho, um conhecido, até um estranho piedoso, etc. A atribuição de competência ao delegado, que é servidor estadual, também é errada, devendo partir do Município para o IML, que é o responsável pela liberação do corpo.

Em suma: não há óbices para submissão da propositura à votação da Casa de Leis, desde que afastadas as ressalvas acima por meio de emenda parlamentar.

É o parecer, s.m.j.

Jaber Lopes Mendonça Monteiro
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2022.