



ÓRGÃO ESPECIAL

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0064199-02.2018.8.19.0000

REPRESENTANTE: EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRESENTADO 1: PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

REPRESENTADO 2: CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

AMICUS CURIAE: CONCESSIONÁRIA REVIVER S.A

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ZVEITER

EMENTA

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS ARTIGOS 141, CAPUT E 240, INCISO XXI DO DECRETO Nº 39.094, DE 12 DE AGOSTO DE 2014, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, QUE DISPÕEM SOBRE A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DE TARIFA DE MANUTENÇÃO ANUAL DE CEMITÉRIOS PARA TITULARES DE DIREITO DE USO SOBRE SEPULTURAS. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, SOB O ARGUMENTO DE SER O DECRETO Nº 39.094/2014 ATO NORMATIVO DE EFEITOS CONCRETOS, DE NATUREZA REGULAMENTAR. PRELIMINAR QUE NÃO MERECE PROSPERAR, TENDO EM VISTA QUE OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS REVESTEM-SE DOS ATRIBUTOS DA GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E



IMPESSOALIDADE. DECRETO QUE TRAZ EM SEU BOJO NORMAS DE CARÁTER AUTÔNOMO. DENSIDADE NORMATIVA SUFICIENTE A CREDENCIÁ-LO AO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. COMO ARGUMENTO DE REFORÇO, O CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL FUNDAMENTA SUA COMPETÊNCIA PARA EXPEDIÇÃO DO DECRETO NAS ATRIBUIÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 107, INCISOS IV E VI DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, QUE REPRODUZEM, POR SIMETRIA, O ARTIGO 146, INCISOS IV E V DA CARTA ESTADUAL, QUE TRATAM, RESPECTIVAMENTE, DAS HIPÓTESES DE DECRETO REGULAMENTAR E DECRETO AUTÔNOMO. ADEMAIS, AS AFIRMAÇÕES DO REPRESENTANTE EM SUA PETIÇÃO INICIAL PODEM SER ADMITIDAS EM VIRTUDE DA CONCEPÇÃO ABSTRATA DO DIREITO DE AÇÃO, DE MODO QUE A AFERIÇÃO SE O DECRETO SE LIMITOU A REGULAMENTAR A LEI A QUAL ESTÁ VINCULADO OU SE INOVOU NA ORDEM JURÍDICA, ACABA POR TANGENCIAR O PRÓPRIO MÉRITO DESTA REPRESENTAÇÃO, MOSTRANDO-SE VIÁVEL O SEU CONHECIMENTO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. PRELIMINAR DE DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE À VIOLAÇÃO AO ARTIGO 345 DA CARTA ESTADUAL QUE TAMBÉM SE REJEITA. NO MÉRITO, É NECESSÁRIA UMA ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DOS DIPLOMAS NORMATIVOS QUE DISCIPLINAVAM A ADMINISTRAÇÃO E FUNCIONAMENTO DOS



CEMITÉRIOS. O DECRETO Nº 583 DE 1850 PERMITIA AO PODER PÚBLICO OUTORGAR A ADMINISTRAÇÃO DOS CEMITÉRIOS A ENTIDADES CIVIS OU RELIGIOSAS OU A EMPRESÁRIOS MEDIANTE REMUNERAÇÃO E COBRANÇA DAS DESPESAS FUNERÁRIAS ESTABELECIDAS EM TABELA DE “TAXAS”. O DECRETO Nº 843 DE 1851 OUTORGAVA À SANTA CASA DA MISERICÓRDIA A GESTÃO DOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS E ESTABELECIA A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE SUAS DESPESAS QUE SE FIZESSEM COM OS ENCARGOS DE ADMINISTRAÇÃO E “COM O SERVIÇO DOS ENTERROS”. POSTERIORMENTE, A LEI DISTRITAL Nº 716 DE 1952 QUE REGULAVA A DELEGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DOS CEMITÉRIOS SÃO JOÃO BATISTA E SÃO FRANCISCO XAVIER, EM SEU ARTIGO 3º, § 4º, AUTORIZAVA A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO DAS SEPULTURAS E DOS MAUSOLÉUS À SANTA CASA DA MISERICÓRDIA QUE PODERIA COBRAR UMA “TAXA” A CONSTAR EM TABELA. CONTUDO, O SEU § 5º RESSALVAVA A TODOS OS ADQUIRENTES DOS JAZIGOS O DIREITO DE ENCARREGAR A TERCEIROS A MANUTENÇÃO DAS SEPULTURAS. OU SEJA, ERA FACULTADO AO TITULAR DO DIREITO DE USO DO JAZIGO PAGAR À ADMINISTRADORA DO CEMITÉRIO OU A TERCEIROS AS DESPESAS COM A SUA MANUTENÇÃO. APÓS, FOI EDITADO O DECRETO-LEI Nº 88/1969 QUE DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DOS CEMITÉRIOS PARTICULARES, ENTRE



OUTRAS PROVIDÊNCIAS. O SEU ARTIGO 11 PREVÊ O PAGAMENTO DE UMA CONTRIBUIÇÃO ANUAL DESTINADA À MANUTENÇÃO E À CONSERVAÇÃO DOS CEMITÉRIOS PARTICULARES, NÃO EXISTINDO PREVISÃO EM RELAÇÃO AOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS. NOTE-SE QUE É O PRIMEIRO MOMENTO EM QUE UM ATO NORMATIVO EXPRESSAMENTE PERMITIU A COBRANÇA DA TARIFA ANUAL DE MANUTENÇÃO CEMITERIAL, RESTRITA AOS CEMITÉRIOS PARTICULARES. EM 1970, FOI EDITADO O DECRETO “E” Nº 3.707 PARA REGULAMENTAR O DECRETO-LEI Nº 88/1969. OS ARTIGOS 41 E 94 ALUDEM À TARIFA DE MANUTENÇÃO DEVIDA AOS CEMITÉRIOS PARTICULARES, NÃO HAVENDO QUALQUER DISPOSIÇÃO EXPRESSA QUE EXIGISSE O PAGAMENTO DA TARIFA EM COMENTO AOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS. EM 2014, APÓS A SUBSTITUIÇÃO DA SANTA CASA DA MISERICÓRDIA ATRAVÉS DE LICITAÇÃO PARA A CONCESSÃO DA GESTÃO CEMITERIAL, FOI EDITADO O DECRETO Nº 39.094/2014 QUE, ENTÃO, EXPRESSAMENTE INSTITUIU A TARIFA DE MANUTENÇÃO ANUAL DOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS PARA TITULARES DE DIREITO DE USO SOBRE SEPULTURAS. DIANTE DESSE CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO, VERIFICA-SE QUE, ATÉ O ADVENTO DO DECRETO Nº 39.094/2014, NÃO HAVIA PREVISÃO EXPRESSA DA OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO DE TARIFA ANUAL DE MANUTENÇÃO DE SEPULTURAS NO ÂMBITO DOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS



EM NENHUM ATO NORMATIVO E NEM NAS CLÁUSULAS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO FIRMADOS ENTRE O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E A SANTA CASA DA MISERICÓRDIA. O QUE HAVIA ERA O DEVER DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE SEPULTURAS E MAUSOLÉUS POR PARTE DOS TITULARES DO DIREITO REAL DE USO QUE PODERIAM DELEGAR O SERVIÇO À SANTA CASA DA MISERICÓRDIA OU A TERCEIROS, CONFORME PREVISTO NA MENCIONADA LEI Nº 716/52, OBRIGAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A MANUTENÇÃO DE CEMITÉRIOS, OBJETO DA TARIFA. TANTO É ASSIM QUE O DECRETO Nº 39.094/2014 PREVÊ AS REFERIDAS OBRIGAÇÕES EM DIFERENTES DISPOSITIVOS E IMPÕE A PERDA DO DIREITO DE USO DA SEPULTURA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA TARIFA DE MANUTENÇÃO CEMITERIAL E DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DOS TITULARES DE CONSERVAR SEUS JAZIGOS, CONFORME SE VÊ NOS ARTIGOS 141, 144, INCISO II E V E 145. DESTARTE, CONSTATA-SE QUE, ANTES DO DECRETO Nº 39.094/2014, INÚMEROS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE SEPULTURAS FORAM CELEBRADOS – ALGUNS HÁ MAIS DE UM SÉCULO - ATRAVÉS DO PAGAMENTO DE VALOR SIGNIFICATIVO PARA A AQUISIÇÃO DESSE DIREITO, SEM O ESTABELECIMENTO DE COBRANÇA PERIÓDICA DE QUALQUER TAXA OU TARIFA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DEVIDA À



ADMINISTRADORA DOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS. CENÁRIO QUE GEROU A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DOS TITULARES DOS JAZIGOS DE QUE NÃO SERIAM SURPREENDIDOS COM A EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DE VALORES NÃO PACTUADOS. TARIFA DE MANUTENÇÃO ANUAL CEMITERIAL QUE NÃO PODE SER IMPOSTA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE DIREITO DE USO DOS JAZIGOS CELEBRADOS ANTES DA EDIÇÃO DO DECRETO Nº 39.094/2014, VISTO QUE OS EFEITOS DESTES NÃO PODEM RETROAGIR PARA ATINGIR RELAÇÕES JURÍDICAS JÁ CONSOLIDADAS, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AO DIREITO ADQUIRIDO, NOS TERMOS DO ARTIGO 366 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, QUE REPRODUZ O ARTIGO 5º, INCISO XXXVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO SE DEVE OLVIDAR QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM A PRERROGATIVA DE ALTERAR AS CLÁUSULAS DE SEUS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E DE ESTABELECEER AS TARIFAS QUE REMUNEREM OS SERVIÇOS PRESTADOS PELAS CONCESSIONÁRIAS AOS SEUS USUÁRIOS, A FIM DE ATENDER ÀS NECESSIDADES DE TODA COLETIVIDADE, DE MODO QUE NÃO SE DISCUTE A CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA ANUAL DE MANUTENÇÃO CEMITERIAL AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DAS SEPULTURAS CELEBRADOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO DECRETO Nº 39.094/2014. NO ENTANTO, O REGIME DA MUTABILIDADE DO REGIME DOS SERVIÇOS



PÚBLICOS NÃO É ILIMITADO E DEVE OBSERVAR AS BALIZAS CONSTITUCIONAIS, PRINCIPALMENTE AS ATINENTES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, PARA QUE SEJA VÁLIDO. NÃO SE PODE ADMITIR QUE UM ATO NORMATIVO POSTERIOR AUTORIZE A COBRANÇA DE TARIFA EM NEGÓCIOS JURÍDICOS CONSTITUÍDOS QUANDO INEXISTIA PREVISÃO DE SUA INCIDÊNCIA EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE DA LEI, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA FÉ OBJETIVA. ENTENDIMENTO ADOTADO PELAS CÂMARAS CÍVEIS DESTA CORTE. ASSIM SENDO, HÁ QUE SE DECLARAR, PARCIALMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO DOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS, A FIM DE EXCLUIR A APLICAÇÃO DA COBRANÇA DA TARIFA ANUAL DE MANUTENÇÃO DE CEMITÉRIOS PÚBLICOS AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE JAZIGOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO REFERIDO DECRETO. NÃO OBSTANTE, FAZ-SE NECESSÁRIA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE, ATRAVÉS DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/1999. CONSIDERANDO QUE A TARIFA DE MANUTENÇÃO CEMITERIAL É COBRADA DOS TITULARES DOS JAZIGOS HÁ QUASE CINCO ANOS E QUE DURANTE ESSE PERÍODO AS CONCESSIONÁRIAS PRESTARAM O RESPECTIVO SERVIÇO COM RESPALDO EM LEGISLAÇÃO QUE, ATÉ ENTÃO, GOZAVA DE PRESUNÇÃO DE



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

CONSTITUCIONALIDADE, DEVEM SER ATRIBUÍDOS EFEITOS *EX NUNC* A PRESENTE DECISÃO, PARA QUE SEJA EXCLUÍDA A COBRANÇA DA TARIFA DE MANUTENÇÃO CEMITERIAL AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO SOBRE SEPULTURAS ANTERIORES À VIGÊNCIA DO DECRETO, A PARTIR DA DATA DESTE JULGAMENTO, RESSALVANDO QUE OS VALORES DA REFERIDA TARIFA JÁ PAGOS ÀS CONCESSIONÁRIAS NÃO SERÃO DEVOLVIDOS BEM COMO QUE OS VALORES PENDENTES DE PAGAMENTO NÃO DEVERÃO SER COBRADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Direta de Inconstitucionalidade nº 0064199-02.2018.8.19.0000, em que é Representante o PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, são Representados o PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e a CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO e é Amicus Curiae a CONCESSIONÁRIA REVIVER S.A.

A C O R D A M os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de extinção do processo, vencidos os desembargadores Nagib Slaibi Filho, Antônio Eduardo Duarte, Maria Augusta Vaz, Milton Fernandes de Souza, Nildson Araujo da Cruz e Adolpho Andrade de Mello e, no mérito, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente o pedido, para declarar, com efeitos *ex nunc*, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 141 e 240, inciso XXI do Decreto nº 39.094, de 12 de agosto de 2014, do Município do Rio de Janeiro, para o fim de excluir a aplicação da cobrança da tarifa anual de manutenção de cemitérios públicos aos



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

contratos de concessão de direito real de uso de sepulturas firmados anteriormente à vigência do referido decreto a contar data deste julgamento, ressalvando que os valores já pagos às concessionárias não serão devolvidos bem como que os valores pendentes de pagamento não deverão ser cobrados, nos termos do voto do Desembargador relator, vencidos os Desembargadores Nagib Slaibi Filho, Maria Augusta Vaz, Marco Antônio Ibrahim, Antônio Iloízio e Adolpho Andrade de Mello; vencido, ainda, o Desembargador Custódio de Barros Tostes que também julgou improcedente o pedido, mas por outro fundamento.

V O T O

Adoto o relatório já constante dos autos.

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em face dos artigos 141, *caput* e 240, inciso XXI do Decreto nº 39.094, de 12 de agosto de 2014, que dispõem sobre a obrigação de pagamento de tarifa anual para a administração, manutenção e conservação dos cemitérios públicos municipais.

O representante alega que ocorreu violação aos artigos 345, *caput* e 366 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e artigos 1º e 5º, *caput* e inciso XXXVI da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, que os atos normativos hostilizados, ao instituírem a cobrança de tarifa anual aos titulares do direito real de uso perpétuo ou temporário sobre sepulturas, destinada à administração, à manutenção e à conservação dos cemitérios públicos, incorreram em violação aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima, da irretroatividade dos atos normativos, da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Requer a procedência do pedido, com a declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos atos normativos impugnados, se aplicável a cobrança da tarifa anual de manutenção e conservação de cemitérios públicos aos contratos de concessão de direito real de uso de jazigos firmados anteriormente à vigência do Decreto nº 39.094/2014, com eficácia *ex tunc* e efeitos erga omnes.

Por oportuno, cumpre transcrever o teor dos dispositivos normativos impugnados, *in verbis*:

“DECRETO Nº 39094 DE 12 DE AGOSTO DE 2014.

INSTITUI O REGULAMENTO CEMITERIAL E FUNERÁRIO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, MEDIANTE DISCIPLINA DA LEGISLAÇÃO LOCAL ACERCA DOS CEMITÉRIOS E DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS FUNERÁRIOS DA CIDADE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

Art. 141 - As administrações dos cemitérios públicos deverão cobrar dos titulares do direito de uso perpétuo ou temporário sobre sepulturas uma tarifa anual, conforme o caso, destinada à administração, manutenção e conservação do cemitério, bem como à remuneração dos serviços gerais prestados pela respectiva concessionária.

Art. 240 - Em razão da execução dos correspondentes serviços cemiteriais e funerários obrigatórios, podem ser cobradas dos usuários tarifas de:

XXI - manutenção anual de cemitérios para titulares de direito sobre sepulturas;





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de inadequação da via eleita suscitada sob o argumento de que o Decreto nº 39.094/2014 é norma de efeitos concretos e possui natureza regulamentar, eis que está vinculado ao Decreto-Lei nº 88/69.

Para identificar o ato administrativo normativo como primário ou secundário, a análise do seu conteúdo importa mais do que a sua forma. Nesta linha de raciocínio, há precedente do Supremo Tribunal Federal em que se admite, excepcionalmente, a possibilidade de um decreto regulamentar figurar como objeto do controle abstrato de constitucionalidade quando no seu bojo existir normas de caráter autônomo. Confira-se:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS: "GUERRA FISCAL". AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO DO ICMS (DECRETO Nº 2.736, DE 05.12.1996) DO ESTADO DO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE QUE TAIS NORMAS VIOLAM O DISPOSTO NO § 6º DO ART. 150 E NO ART. 155, § 2º, INCISO XII, LETRA "g", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO OS ARTIGOS 1º E 2º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. QUESTÃO PRELIMINAR, SUSCITADA PELO GOVERNADOR, SOBRE O DESCABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PORQUE O **DECRETO IMPUGNADO É MERO REGULAMENTO DA LEI Nº 11.580, DE 14.11.1996, QUE DISCIPLINA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, ESTA ÚLTIMA NÃO ACOIMADA DE INCONSTITUCIONAL.** MEDIDA CAUTELAR. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade. 2. No caso, porém, a Lei nº 11.580, de 14.11.1996, que dispõe sobre o ICMS, no Estado do Paraná, conferiu certa autonomia ao Poder Executivo, para conceder imunidades, não- incidências e benefícios fiscais, ressalvando, apenas, a observância das normas da Constituição e da legislação complementar. 3. **Assim, o Decreto nº 2.736, de 05.12.1996, o Regulamento do ICMS, no Estado do Paraná, ao menos nesses pontos, não é meramente regulamentar, pois, no campo referido, desfruta de certa autonomia, uma vez observadas as normas constitucionais e complementares.** 4. **Em situações como essa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem enfrentar, expressamente, a questão, tem, implicitamente, admitido a propositura de A.D.I., para impugnação de normas de Decretos.** Precedentes. Admissão da A.D.I. também no caso presente. 5. Algumas das normas impugnadas não podem ser objeto de consideração desta Corte, em A.D.I., porque, temporárias, já produziram os respectivos efeitos antes de sua propositura, ficando sujeitas ao controle difuso de constitucionalidade, nas vias e instâncias próprias, e não ao controle concentrado, "in abstrato", segundo jurisprudência já pacificada no Tribunal. Quanto a elas, portanto, a Ação está prejudicada e por isso não é conhecida. 6. A Ação é, porém, conhecida no que concerne às demais normas referidas na inicial. E, a



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

respeito, a plausibilidade jurídica ("fumus boni iuris") e o "periculum in mora" estão caracterizados, conforme inúmeros precedentes do Tribunal, relacionados à chamada "guerra fiscal", entre várias unidades da Federação, envolvendo o I.C.M.S. 7. Conclusões: a) não é conhecida, porque prejudicada, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quanto ao art. 51, inciso V, e seu § 5º, "a"; ao inciso I do art. 577, ambos do Decreto nº 2.736, de 05.12.1996 (Regulamento do ICMS do Paraná); ao item 78 do Anexo I; ao item 6 da Tabela I do Anexo II; ao item 17-A da Tabela I do Anexo II; e ao item 22 da Tabela I do Anexo II; b) conhecida a A.D.I., quanto aos demais dispositivos impugnados na inicial, e deferida a medida cautelar, para suspender a eficácia, a partir desta data, das seguintes normas do mesmo Decreto (nº 2.736, de 5.12.1996, do Paraná): I - art. 15, III, "d"; II - art. 51, IV, §§ 3º e 4º; III - art. 51, XV e § 15; IV - art. 51, XVI e § 15; V - art. 51, XVII e § 16; VI - art. 54, inc. I; VII - art. 57, § 2º, "a" e "c"; VIII - art. 78 e seu parágrafo único; IX - art. 92-A; X - artigos 572 a 584, excetuado, apenas, o inc. I do art. 577. 8. Todas as questões decididas por unanimidade.

(ADI 2155 MC / PR – Relator (a): Min. Sydney Sanches
Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Data do Julgamento:
15/02/2001- DJ 01/06/2001)

Assim sendo, depreende-se da leitura dos dispositivos impugnados do Decreto nº 39.094/2014 que eles se revestem dos atributos da generalidade, abstração, impessoalidade. Por outras palavras, verifica-se que o decreto em questão possui densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade. Como argumento de reforço, o preâmbulo do decreto, no qual o prefeito fundamenta a sua competência para expedi-lo no artigo 107 incisos IV e VI da Lei Orgânica Municipal, que





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

reproduzem por simetria o artigo 146, incisos IV e VI da Carta Estadual tratando, respectivamente, das hipóteses de decreto regulamentar e decreto autônomo. Por óbvio, se o Decreto nº 39.094/2014 fosse substancialmente regulamentar não haveria necessidade de mencionar o aludido inciso VI.

Ademais, pela Teoria da Asserção, a análise das condições da ação ocorre com base nas alegações trazidas pelo representante em sua petição inicial. *Prima facie*, tais afirmações podem ser admitidas em virtude da concepção abstrata do direito de ação. Destarte, a aferição se o decreto se limitou a regulamentar a lei a qual o vincula ou se inovou na ordem jurídica acaba por tangenciar o próprio mérito desta representação, de modo que se mostra viável o controle de constitucionalidade. Logo, a rejeição da preliminar de inadequação da via eleita é medida que se impõe.

Neste sentido, já decidiu este Órgão Especial, valendo transcrever a ementa do julgado que se segue:

Direta de inconstitucionalidade. Decreto Estadual n. 13.042, de 16 de junho de 1989, do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre acumulação de cargos. Representante, Ministério Público, que alega a desconformidade do ato normativo ao estipulado nos artigos 77, XIX, 83, VIII e 145, IV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. **Preliminar de descabimento do controle de constitucionalidade. Ato regulamentar secundário. Inconstitucionalidade reflexa, indireta. Rejeição. Diante de precedentes do C. Supremo Tribunal Federal, uma vez ganhando o Decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade. A menos abstratamente, para fins de análise quanto a preliminar arguida pelo representado, o Decreto**



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Estadual possui densidade normativa suficiente para ser considerado como autônomo, restando possível a análise do mérito desta Representação. Redação clara do artigo 1º, caput do ato normativo em análise que denota não se tratar de mero Decreto regulamentador, ou, de "execução da Lei". Inexistência de tratamento legal quanto ao tema (constitucional ou legal), "limite máximo para carga horária". Ademais, este Eg. Órgão Especial, já conheceu de arguição incidental, para declarar a inconstitucionalidade do referido Decreto, embora tal decisão tenha efeitos inter partes. Mérito. Como afirmado, este Eg. Órgão Especial, por meio de julgamento ocorrido na arguição de inconstitucionalidade n. 0037554-83.2008.8.19.0001, entendeu, por maioria de votos, que o Decreto Estadual n. 13/042/89 padece do vício, pois, o exercício do poder regulamentar somente pode se dar em conformidade com o conteúdo da norma e nos limites que esta impuser, afirmando-se, expressamente, que não pode o Chefe do Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, criar restrição não prevista no texto constitucional. Julgamento que se deu por maioria de votos, sendo 16 pelo reconhecimento da inconstitucionalidade. Nesse sentido, embora tenha se alcançado o quórum para a declaração da inconstitucionalidade (mais de 13 votos, conforme disposto no artigo 102, caput do RITJERJ), não se tornou de aplicação obrigatória para todos os Órgãos do Tribunal, nos moldes do artigo 103, caput do RITJERJ. Ministério Público que interpôs a presente representação por inconstitucionalidade com a finalidade de garantir o efeito erga omnes do entendimento deste E. Órgão Especial, uma vez que não se mostra isonômico, e nem



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

mesmo eficiente para o Tribunal, que uma norma já declarada inconstitucional continue a produzir efeitos àqueles que ainda não ingressaram em juízo com ações individuais. Artigo 84, IV e VI, "a" da CRFB/88 e artigo 145, IV da CERJ/89. A compatibilidade de horários, de fato, é conteúdo jurídico indeterminado, porém, em se tratando de direito constitucionalmente assegurado ao servidor, a sua restrição não pode ser veiculada através de decreto, mas sim de lei em sentido estrito, o que não foi observado no caso ora em comento. Outrossim, ainda que se considere a nova redação ao artigo 84, VI da CRFB/88, pela EC n. 32/01, não se deve tolerar, ao arrepio da própria Constituição, que o Chefe do Poder Executivo detenha ampla discricionariedade em dispor sobre tal assunto, criando, abstratamente, limites não especificados na Carta Maior. Os direitos etiologicamente vinculados à Carta Magna não podem ser restringidos, sob pena de desordem hierárquica legislativa, por normas infraconstitucionais. Ainda que se trate de regras de exceções, em se tratando de direito constitucionalmente assegurado ao servidor, a sua restrição não pode ser veiculada através de decreto, sem considerações aos casos concretamente considerados. Outrossim, que o artigo 83, inciso VIII, da Constituição Estadual, prevê a possibilidade de compensação de horários, para fins do atendimento, por parte do servidor, de sua carga horária, revelando a necessidade de análises das hipóteses concretamente, sem padrões limites previamente estabelecidos de forma abstrata. O C. Supremo Tribunal Federal vem analisando a questão da limitação de jornada por meio de recursos extraordinários, asseverando que a existência de norma infraconstitucional que estipula tal





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

limitação não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no artigo 37, inciso XVI, da CRFB/88, até mesmo porque a análise deve ser aferida em cada caso concreto. Precedentes. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, quando profere os seus julgamentos, embora afirme a legitimidade do parecer GQ-145/98 da AGU, ou o entendimento do Tribunal de Contas da União, no sentido da coerência do limite de sessenta horas semanais, por atender o Princípio da eficiência, o faz diante do caso concreto, ou seja, procede à análise verificando as particularidades que podem vir a existir. Precedentes. Inconstitucionalidade que merece ser reconhecida. Modulação. Nos termos do que afirma o Min. Luiz Fux, do C. STF: "A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27)." (ADI 4.425-QO, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 25-3-2015, Plenário, DJE de 4-8-2015.). Presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, e artigo 108, § 2º do RITJERJ. Declaração da inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 13.042/89 (artigo 1º, e por arrastamento, dos demais dispositivos do ato normativo), com efeitos ex-nunc.

(Direta de Inconstitucionalidade nº 0031212-78.2016.8.19.0000 – Des. Relatora Helda Lima Meireles –





Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro

Órgão Julgador: Órgão Especial – Data de Julgamento:
19/06/2017 – Dje: 28/06/2017)

Outrossim, não merece prosperar a preliminar de deficiência de fundamentação em razão da indicação genérica de violação ao artigo 345 da Constituição Estadual. O representante aduz, claramente, em sua peça exordial que a legislação alvejada incorreu em afronta aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, insculpidos no artigo 366 da Carta Estadual conjugado com o artigo 345 que, por sua vez, consagra o princípio da simetria que, como cediço, estabelece a observância, pelo Município, dos princípios trazidos nas Constituições Federal e Estadual, não se vislumbrando qualquer óbice ao exercício do contraditório.

Superada as preliminares, passo a apreciar o mérito.

Para o deslinde da questão e diante das informações trazidas pelo representante e pelo *amicus curiae*, faz-se necessária uma análise histórica a respeito dos principais diplomas normativos que disciplinavam a administração e funcionamento dos cemitérios, considerando ainda que muitas concessões de direito real de uso dos jazigos perpétuos datam do início do século XX.

Primeiramente, no período imperial, o Decreto nº 583 de 05 de setembro de 1850 autorizava ao governo outorgar a administração dos cemitérios a entidades civis ou religiosas ou a empresários mediante remuneração estabelecida em tabelas de taxas “para regular o quantitativo das esmolas das sepulturas, e o preço dos caixões, e veículos de condução de cadáveres, e tudo o mais que for relativo ao serviço dos enterros” (artigo 1º, § 2º).

Após, foi editado o Decreto nº 843 de 18 de outubro de 1851 que outorgava a Santa Casa da Misericórdia a gestão dos cemitérios públicos e



Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro

estabelecia a possibilidade de compensação de suas despesas que se fizessem com os encargos com a administração e com o serviço dos enterros (artigo 2º).

Posteriormente, a Lei Distrital nº 716 de 1952, que regulava sobre a delegação da administração dos cemitérios São João Batista e São Francisco Xavier, em seu artigo 3º, § 4º, autorizava a delegação dos serviços de limpeza e conservação das sepulturas e dos mausoléus cobrando pelo serviço uma taxa a constar em tabela. Contudo, o § 5º ressaltava a todos os proprietários o direito de encarregar a terceiros os referidos serviços.

Neste ponto, ao contrário do que o representado e o *amicus curiae* pretendem fazer crer, não havia previsão legal ou contratual expressa que tornasse obrigatório o pagamento de tarifa de manutenção cemiterial. Depreende-se da leitura daqueles atos normativos que as disposições acerca das tarifas devidas à Santa Casa da Misericórdia eram genéricas, referindo-se a cobrança pelos serviços funerários (inumação, exumação, cremação, etc.) de modo que a manutenção e a conservação de sepulturas e mausoléus ficavam a cargo dos titulares do direito de uso que poderiam delegar o serviço à Santa Casa de Misericórdia ou a terceiros.

Depois, foi editado o Decreto-Lei nº 88/1969 que dispõe sobre a criação dos cemitérios particulares, entre outras providências. O artigo 11 prevê o pagamento de uma contribuição anual destinada à manutenção e conservação dos cemitérios particulares, não existindo previsão em relação aos cemitérios públicos. Note-se que é o primeiro momento em que um ato normativo expressamente prevê o pagamento da tarifa anual de manutenção cemiterial mas, apenas, para os cemitérios particulares.

Em 1970, foi editado o Decreto “E” nº 3.707 que regulamentava o Decreto-Lei nº 88/1969. Os artigos 41 e 94 aludem à taxa de manutenção





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

devida aos cemitérios particulares, não havendo qualquer disposição expressa que exigisse o pagamento da tarifa em comento aos cemitérios públicos.

Art. 41 – As Permissionárias de Cemitério Particular deverão cobrar dos titulares de direitos sobre sepulturas uma contribuição anual destinada à manutenção e conservação do cemitério, vedada qualquer outra destinação”

Art. 94. - No livro de escrituração contábil da taxa de manutenção deverão as permissionárias de cemitério particular registrar toda a receita advinda da contribuição prevista no art. 11 do Decreto-Lei nº 88, de 07 de agosto de 1969, e toda a despesa por ela satisfeita, na forma do permitido no § 2º do mesmo artigo legal.

Em 2014, após a substituição da Santa Casa de Misericórdia pelas concessionárias Grupo Reviver e Rio Pax através de processo licitatório para a concessão da gestão cemiterial, foi editado o Decreto nº 39.094/2014 que, então, expressamente instituiu a tarifa de manutenção anual dos cemitérios públicos para titulares de direito de uso sobre sepulturas.

Diante desse contexto histórico-jurídico, verifica-se que, até o advento do Decreto nº 39.094/2014, não havia previsão legal expressa da obrigatoriedade do pagamento de tarifa anual de manutenção cemiterial no âmbito dos cemitérios públicos municipais em nenhum ato normativo e nem nas cláusulas dos contratos de concessão firmados entre o Município do Rio de Janeiro e a Santa Casa da Misericórdia (pastas 96, 98 e 226). O que havia era o dever de manutenção e conservação de sepulturas e mausoléus por parte dos titulares do direito real de uso que poderiam delegar o serviço a Santa Casa da Misericórdia ou a terceiros conforme previsto na mencionada Lei nº 716/52, obrigação que não se confunde com a manutenção de cemitérios objeto da tarifa em exame.



Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro

Tanto é assim que o Decreto nº 39.094/2014 disciplina as referidas obrigações em diferentes dispositivos e impõe a perda do direito de uso da sepultura em caso de inadimplência da tarifa de manutenção cemiterial e de descumprimento da obrigação dos titulares do direito real de uso de conservar os seus jazigos. Confira-se:

Art. 141 As administrações dos cemitérios públicos deverão cobrar dos titulares do direito de uso perpétuo ou temporário sobre sepulturas **uma tarifa anual, conforme o caso, destinada à administração, manutenção e conservação do cemitério, bem como à remuneração dos serviços gerais prestados pela respectiva concessionária.**

Parágrafo único. A taxa de manutenção dos cemitérios particulares continua regulamentada pelos arts. 11 e 18 do Decreto-Lei n 88/1969.

Art. 142 Cessará o direito de uso da sepultura em caso de inadimplência do pagamento das tarifas de manutenção por período superior a 03 (três) anos consecutivos ou 6 (seis), alternados, seja em cemitérios públicos ou privados.

Art. 145 **O titular dos direitos sobre a sepultura é obrigado a mantê-la limpa e a realizar obras de conservação** que, a critério do Poder Público ou da Administração do Cemitério, forem necessárias para preservar a estética, segurança e a salubridade do cemitério.

§ 1º Serão consideradas sem manutenção as sepulturas com falta de limpeza, conservação e reparos, colocando em risco a segurança e a salubridade pública, circunstância em que se observará o rito estabelecido no art. 13 e seguintes do Decreto-Lei nº 88/1969 e regulamentado pelos arts. 88 a 92 deste Regulamento.



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Art. 144 Os direitos sobre sepulcro se extinguirão nas hipóteses de:

II - **caducidade**, em virtude da falta de conservação, nos termos dos arts. 13 e seguintes do Decreto-Lei nº 88/1969;

III - abandono do sepulcro, na forma da lei civil, por prazo superior a 5 (cinco) anos;

V - **inadimplência**, por período superior a 03 (três) anos consecutivos ou 6 (seis) anos alternados, do pagamento **da tarifa anual de conservação, prevista no art. 141, "caput",** deste Regulamento. (grifos nossos)

Destarte, constata-se que, antes do Decreto nº 39.094/2014, inúmeros contratos de concessão de direito real de uso de jazigos foram celebrados – alguns há mais de um século - através do pagamento de valor significativo para a aquisição desse direito sem o estabelecimento de cobrança periódica de qualquer taxa ou tarifa de manutenção e conservação devida à administradora dos cemitérios públicos. Assim sendo, tal cenário gerou a legítima expectativa dos titulares do direito de uso dos jazigos de que não seriam surpreendidos com a cobrança de valores não pactuados, não previstos legalmente.

Com efeito, a tarifa de manutenção anual de cemitérios não pode ser cobrada dos titulares de direito de uso perpétuo ou temporário sobre sepulturas que firmaram seus contratos antes da edição do Decreto nº 39.094/2014, visto que os efeitos deste não podem retroagir para atingir relações jurídicas já consolidadas, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido, nos termos do artigo 366 da Constituição Estadual que reproduz o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 366 - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Não se deve olvidar que a Administração Pública tem a prerrogativa de alterar as cláusulas de seus contratos administrativos e estabelecer as tarifas que remunerem os serviços prestados pelas concessionárias aos seus usuários, a fim de atender às necessidades de toda coletividade, de modo que não se discute a constitucionalidade da cobrança da tarifa anual de manutenção cemiterial aos contratos de concessão de direito real de uso dos jazigos celebrados após a entrada em vigor do Decreto nº 39.094/2014. No entanto, o regime da mutabilidade do regime dos serviços públicos não é ilimitado e deve observar as balizas constitucionais, principalmente as atinentes aos direitos fundamentais, para que seja válido. Assim, não se pode admitir que um ato normativo posterior autorize a cobrança de tarifa em negócios jurídicos constituídos quando inexistia previsão de sua incidência em respeito ao ato jurídico perfeito e aos princípios da irretroatividade da lei, da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

Tal entendimento tem se consolidado na jurisprudência das câmaras cíveis desta Corte, conforme os julgados que, ora, se transcrevem:

APELAÇÕES CÍVEIS RECÍPROCAS. Ação declaratória c/c indenizatória. Contrato de uso perpétuo de jazigo no Cemitério São João Batista. Impugnação à cobrança das denominadas "tarifas de manutenção" e "tarifa transferência", instituídas pelo Decreto Municipal 39.094/2014. Desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo com o Município do Rio de Janeiro. Ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público que não induz litispendência, nos termos do artigo 104, do CDC. Contrato objeto litígio celebrado em março de 1988, durante a vigência do Decreto "E" 3.707/1970, que, por sua vez, regulamentava o Decreto Lei 88/1969, não prevendo cobrança de "tarifa de manutenção" e de "tarifa transferência". Impossibilidade de norma posterior retroagir





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

para interferir em relações jurídicas já consolidadas, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Inexigibilidade de cobrança transmissível aos sucessores do direito sobre a sepultura. Honorários advocatícios que devem ser fixados por equidade, em R\$3.000,00. RECURSO DA PARTE RÉ NÃO PROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO.

(Apelação Cível nº 0114797-88.2017.8.19.0001 – Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho – 23ª Câmara Cível – Data do Julgamento: 08/05/2019 – DJe: 10/05/2019)

APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - DEMANDA AJUIZADA POR PARTICULAR CONTRA A CONCESSIONÁRIA QUE ADMINISTRA O CEMITÉRIO SÃO JOÃO BATISTA VISANDO À DECLARAÇÃO DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA ANUAL DE MANUTENÇÃO CEMITERIAL E À RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL - INCONFORMISMO DA RÉ - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE - NO MÉRITO, REVELA-SE INCABÍVEL A "ALTERAÇÃO UNILATERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO NOS MOLDES OPERADOS PELA RÉ, EQUIVALENDO À VERDADEIRA LESÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AO DIREITO ADQUIRIDO, ONERANDO O SEU TITULAR COM COBRANÇA PELA MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DO CEMITÉRIO PÚBLICO, SEM PREVISÃO NO INSTRUMENTO CONTRATUAL" - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS JÁ



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

FIXADOS NO MÍNIMO LEGAL - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Apelação Cível nº 0226800-83.2017.8.19.0001 – Relator: Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa – 7ª Câmara Cível – Data do Julgamento: 05/06/2019 – DJe: 11/06/2019)

Assim sendo, verificada que aplicação das normas atacadas gera duas situações em que uma delas é compatível com a Constituição e a outra, não, é imprescindível adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto a fim de tão somente excluir a hipótese inválida.

Isto posto, considerando que na hipótese dos contratos celebrados antes da vigência do Decreto nº 39.094/2014, a cobrança da taxa de manutenção cemiterial incorre em violação aos princípios da irretroatividade da lei, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, há que se declarar, parcialmente, a inconstitucionalidade sem redução de texto dos dispositivos normativos objeto da presente representação, por afronta aos artigos 345 e 366, ambos da Constituição Estadual.

Não obstante, faz-se necessária a modulação dos efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade, através da aplicação analógica do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, tendo em vista razões de segurança jurídica e de interesse social, considerando que a tarifa de manutenção cemiterial é cobrada dos titulares do direito real de uso dos jazigos há quase cinco anos e que durante esse período as concessionárias prestaram o respectivo serviço com respaldo em legislação que, até então, gozava de presunção de constitucionalidade, devem ser atribuídos efeitos *ex nunc* a presente decisão, para que seja excluída a cobrança da tarifa de manutenção cemiterial aos contratos de concessão de direito real de uso de sepulturas anteriores à vigência do Decreto nº 39.094/2014 a partir da data deste julgamento, ressalvando que os valores da referida tarifa já pagos às concessionárias não



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

serão devolvidos bem como que os valores pendentes de pagamento não deverão ser cobrados.

Por tais razões, voto no sentido de **rejeitar a preliminar de extinção do processo e, no mérito, julgar parcialmente procedente o pedido, para declarar, com efeitos *ex nunc*, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 141 e 240, inciso XXI do Decreto nº 39.094, de 12 de agosto de 2014, do Município do Rio de Janeiro, para o fim de excluir a aplicação da cobrança da tarifa anual de manutenção e conservação de cemitérios públicos aos contratos de concessão de direito real de uso de sepulturas anteriores à vigência do decreto a contar da data deste julgamento, ressaltando que os valores já pagos às concessionárias não serão devolvidos bem como que os valores pendentes de pagamento não deverão ser cobrados.**

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2019.

Desembargador Luiz Zveiter
R e l a t o r