



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Gaspar
2ª Vara Cível

fls. 87

Autos n° 0300583-32.2016.8.24.0025

Ação: Mandado de Segurança/PROC

Impetrante: Marmoraria e Funerária Haas Limitada - EPP.

Impetrado: PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE GASPAR

Vistos etc.

Trata-se de mandado de segurança com o qual pretende o impetrante, em caráter liminar, a suspensão da entrega e abertura dos envelopes referentes ao Edital n° 01/2016, designada para o dia 29/2/2016, às 9h00min.

O impetrante fundamentou o seu pedido no fato do edital prever a contratação de duas empresas e a imposição de rodízio forçado.

Pois bem. Quanto ao primeiro argumento, não vejo qualquer ilegalidade do número de empresas que serão contratadas.

Isto porque a legislação mencionada pelo impetrante prevê que o Poder concedente fixará o número de empresas concessionárias do serviço com base na população do Município, na proporção de 50000 habitantes por concessionária.

Logo, penso que a interpretação que deve ser feita é a seguinte: até 50000 munícipes, uma empresa será contratada, entre 50001 a 100000, duas empresas, e assim por diante.

Como o próprio impetrante afirmou, a cidade de Gaspar possui 57981 viventes, de modo que não há qualquer ilegalidade na cláusula do edital.

Aliás, havendo duas vagas, por óbvio que maiores serão as chances da empresa impetrante conseguir êxito na licitação.

O outro fundamento diz que o edital exige o rodízio forçado das concessionárias vencedoras do certame.

Acerca da cláusula discutida, prevê o item 5.10.1 do anexo I do edital:

Realizar uma divisão equitativa do número de atendimentos entre todas as concessionárias na forma de rodízio diário.

Respondendo ao questionamento desta cláusula pelo impetrante,



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Gaspar
2ª Vara Cível

fls. 88

o impetrado assim se manifestou:

[...].

Não há qualquer impedimento quanto a livre escolha do usuário, somente deve ficar claro que quando o usuário optar por empresa diversa da que estiver na vez, considerar-se-á como serviço executado sendo a mesma alocada no final do rodízio.

No entanto, ao firmar sistema de compensação, o edital infringiu o artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor e as normas da livre concorrência e iniciativa.

Decidindo questão idêntica do Município de Joinville, o nosso e. Tribunal chegou a seguinte conclusão:

[...].

A matéria de fundo foi apreciada pelo Plenário desta Corte no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2007.010043-5/0001.00 (rel. Des. Vanderlei Romer), chegando-se à invariável conclusão de que o consumidor não pode ser obrigado a se sujeitar exclusivamente ao sistema de rodízio de funerárias, por ofensa ao art. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor e aos princípios da livre concorrência e iniciativa consagrado no art. 170 da Constituição Federal, sendo vedada, por corolário lógico, a posterior compensação.

Se por um lado um sistema rígido de sorteio impede a inovação e o desenvolvimento do setor, gerando frustração na família que não pode escolher a funerária da sua preferência, também não há como deixar de reconhecer que a ausência total de intervenção por parte do Estado chancela a prática nefasta de muitas empresas disputando corpos em busca de clientes a qualquer custo, visando apenas o lucro e desrespeitando os familiares que sofrem com a perda de um ente querido.

A solução adotada pelo Tribunal Pleno no julgamento do referido incidente de inconstitucionalidade parece flexibilizar, na medida do possível, os dois valores em conflito, uma vez que: a) permite que o usuário escolha livremente a empresa para prestar os serviços funerários; e b) para quem não optar por nenhuma empresa, será feita a escolha aleatória entre todas as habilitadas (sem exceção) através do sistema de rodízio.

(Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2014.088047-0, de Joinville, Primeira Câmara de Direito Público, Relator Des. Carlos Adilson Silva, j. em 14/10/2015).

Do corpo do acórdão extraio a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. CONCESSÃO. PRESSUPOSTOS



COMPROVADOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

"Não é inconstitucional o sistema de rodízio em si, desde que o consumidor possa, em o querendo, optar pelos serviços fúnebres de outra empresa que não a de plantão. O que é inconstitucional é a obrigatoriedade do consumidor se sujeitar exclusivamente a tal sistema, de forma a impedir que se possa, mesmo com o rodízio, escolher outra prestadora desses serviços" (Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2007.010043-5/0001.00, de Joinville, relator o signatário).

Uma vez reconhecida judicialmente a inconstitucionalidade da legislação municipal que obriga o consumidor a se sujeitar obrigatoriamente ao sistema de rodízio, não há admitir a adoção posterior do sistema de compensação, ao fundamento de assegurar a equanimidade entre as permissionárias do serviço público.

Há, nesse caso, plausibilidade do direito invocado pela empresa que, por ter sido escolhida livremente, vê-se "punida" com a sua exclusão ou inobservância da ordem de rodízio.

Logo, demonstrados o fumus boni juris e o periculum in mora, era mesmo de rigor a concessão da liminar e o conseqüente desprovemento do recurso de agravo." (Agravo de Instrumento n. 2009.038751-4, de Joinville, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 09/03/2010). [grifou-se].

E ainda:

[...].

É que conquanto a arguição de inconstitucionalidade em discussão não tenha proibido o rodízio de funerárias, verdade é que esta também não autorizou e nada mencionou sobre a possibilidade de excluir eventual empresa selecionada pelo consumidor do sistema de rodízios, e nem se tem notícias de que alguma lei municipal tenha dispositivo nesse sentido.

Além disso, seria contraditório autorizar que o consumidor escolha uma funerária que melhor atenda seus interesses, mas, de outro lado, permitir a "punição" da empresa livremente selecionada pelo usuário, excluindo ou pulando sua vez no rodízio, apenas para que outra funerária não tenha um número inferior de clientes.

Ora, se existe uma ou outra empresa que agrada mais os consumidores, não é compreensível descontar a satisfação dos usuários "banindo-a" do sistema de rodízio municipal, o qual, conforme mencionado pela própria agravante, foi precedido de certame licitatório para as escolhas das funerárias participantes, as quais, portanto, presumem-se idôneas até que se prove o contrário.

[...].

Em caso análogo, pretensão similar foi rechaçada por esta Corte nos Embargos de Declaração em AC em Mandado de Segurança n 2006.023829-8/0002.00, de Blumenau, de relatoria do eminente Des. Rui Fortes, in verbis:

"Conforme consignado no acórdão (fls. 504 a 512), as autoridades impetradas



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Gaspar
2ª Vara Cível

fls. 90

devem se abster de adotar a execução do "rodízio forçado", aplicando-se as regras do rodízio tão-somente quando não existir opção por parte do usuário do serviço funerário. Em outras palavras, assegurou-se à empresa impetrante o direito de continuar atendendo livremente seus clientes, bem como de se submeter à regra do rodízio quando não existir opção expressa contrária por parte do usuário tomador do serviço.

A pretensão da embargante - compensação na prestação do serviço funerário, isto é, toda vez que uma empresa seja escolhida pelo cidadão blumenauense, este atendimento interferiria nos dois subsequentes, no sentido de que as duas outras empresas fariam jus aos atendimentos que sobreviriam, caso não houvesse, novamente, escolha por outra - foi situação já vivenciada no Município, e rechaçada por este Relator, pois contrária ao comando da sentença."

Se por um lado um sistema rígido de sorteio impede a inovação e o desenvolvimento do setor, gerando frustração na família que não pode escolher a funerária da sua preferência, também não há como deixar de reconhecer que a ausência total de intervenção por parte do Estado chancela a prática nefasta de muitas empresas disputando corpos em busca de clientes a qualquer custo, visando apenas o lucro e desrespeitando os familiares que sofrem com a perda de um ente querido.

Ao disciplinar a defesa da livre iniciativa e concorrência, deve o Estado estabelecer um conjunto de regras que tenham por objetivo a intervenção do Estado na vida econômica, de modo a garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas.

Poder-se-ia pensar em diversas fôrmas de evitar práticas abusivas das funerárias em busca de clientela - justamente o fim pretendido pelo legislador municipal -, dentre as quais, contudo, muito provavelmente a mais despropositada deva ser a de tolher em absoluto a liberdade de escolha do cidadão.

Com efeito, a solução adotada pelo Tribunal Pleno quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2007.010043-5/0001.00 parece flexibilizar, na medida do possível, os dois valores em conflito, uma vez que: a) permite que o usuário escolha livremente a empresa para prestar os serviços funerários; e b) para quem não optar por nenhuma empresa, será feita a escolha aleatória entre todas as habilitadas (sem exceção) através do sistema de rodízio.

[...].

Por outro lado, o perigo na demora está justificado pelo fato da sessão para a entrega dos envelopes estar prevista para a próxima segunda-feira pela manhã, o que tornará inócua a medida, caso não seja liminarmente concedida.

Destarte, com base na fundamentação acima, **DEFIRO** a liminar pretendida, para o fim de suspender a sessão de abertura e entrega dos envelopes referentes ao edital 01/2016, designada para o dia 29/2/2016, às 9h00min (Departamento de Compras, sede da Prefeitura Municipal, situada na Rua Coronel Aristiliano Ramos, nº 435, Praça Getúlio Vargas, Centro).

Endereço: Avenida Deputado Francisco Mastella, S/Nº, Sete de Setembro - CEP 89110-000, Fone: (47) 3331-6137, Gaspar-SC - E-mail: gaspar.vara2@tjsc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Gaspar
2ª Vara Cível

fls. 91

Cumpra-se em regime de plantão, servindo a presente decisão como mandado.

Notifique-se a autoridade coatora para que preste as informações no prazo legal.

Dê-se ciência ao Município de Gaspar.

Após, diretamente ao Ministério Público.

Intimem-se.

Gaspar (SC), 26 de fevereiro de 2016.

Renato Mastella
Juiz de Direito