

EXMº SRº DRº JUIZ DE DIREITO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA
COMARCA SÃO FRANCISCO DO ITABAPOANA/RJ



O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, inscrito no CNPJ sob o n.º 28.305.936/0001-40, por intermédio do Promotor de Justiça infra-assinado, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 25, da Lei n.º 8.625/93 e no art. 17 da Lei n.º 8.429/92, lastreado nas informações existentes no inquérito civil que a esta serve de base (ICP n.º 019/17 – MPRJ n.º 201700090604), vem, com fulcro no art. 176 Lei 13.105/15, promover a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
de rito ordinário

em face de **MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DE ITABAPOANA**, inscrito no CNPJ sob o n.º 01.623.783/0001-22, com sede na Praça dos Três Poderes, s/nº, São Francisco de Itabapoana, CEP 28230-000, apresentado pela Prefeita *Francimara Azeredo da Silva Barbosa Lemos*, pelos fatos e fundamentos que adiante são expostos:

DOS FATOS

O inquérito civil que a esta serve de base teve origem a partir de notícia anônima postada no sistema de Ouvidoria do Ministério Público, dando conta de uma lei que teria sido promulgada pelo poder legislativo de São Francisco de Itabapoana regulamentando, de forma abusiva, os horários de funcionamento de farmácias e drogarias daquele município.

Oficiado o Município para que se manifestasse, confirmou a existência da referida lei, esclarecendo se tratar da Lei Municipal nº 543/2016, com alterações dadas pela 565/2017, que dispõe sobre serviço de plantão de farmácias e drogarias no Município de São Francisco de Itabapoana (fls. 12/13 do ICP).

Analisando a referida lei, conclui-se que fica a cargo do Município estabelecer a escala de rodízio do plantão de atendimento, designando uma única farmácia para cada plantão, de modo que de segunda a sábado o plantão noturno se inicia às 22h e vai até as 08h do dia seguinte. Já nos domingos e feriados, o plantão se inicia às 8h e vai até as 8h do dia seguinte, só podendo a ele concorrer a farmácia que for designada pelo Município, por intermédio do Departamento de Fiscalização de Posturas.

Foi oficiado o Município indagando se havia possibilidade conciliatória, no sentido de revogar o decreto e propor a revogação da Lei que estabelece a restrição, sem obter qualquer resposta.

Neste contexto, entende o signatário que tal prática atenta contra a livre iniciativa, além de afrontar o direito à saúde do cidadão. Em que pese a Constituição Federal conferir aos Municípios competência legislativa em assuntos de interesse local, a regra local, imposta pela municipalidade, cerceia o exercício da livre concorrência,

que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada.

Portanto, o interesse local do Município está no sentido de estabelecer que uma ou mais farmácias tenham que fazer o plantão para atender os interesses da população, mas não para dizer que só uma vai ficar aberta e que as demais têm que ficar fechadas. Não incumbe a ele estabelecer de forma rígida a escala de plantão, inviabilizando a abertura daqueles que desejassem atuar normalmente no mercado, sobretudo em se tratando de farmácias, que exercem atividade de utilidade pública.

Claro que é do interesse do cidadão ter quantas farmácias fossem possíveis em funcionamento, a uma pela facilidade de encontrá-la em caso de necessidade; a duas pela proximidade da mesma, em tendo várias simultaneamente; a três pela saudável concorrência, a se refletir de imediato no preço dos produtos vendidos fora do expediente normal. Deste modo, há prática abusiva por parte do Município, com aparente lesão aos artigos 6, II e 39, I, ambos do CDC.

Dessa forma, restabelecer o direito do consumidor é que se busca com a atuação da função Jurisdicional, visto que o Município não respondeu às demandas extrajudiciais deste órgão ministerial.

DO ESTEIO JURÍDICO

O Estado é devedor da tutela do consumidor, nos exatos termos do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 5º . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXII – O Estado promoverá a defesa do consumidor.

O princípio básico norteador da construção jurídica do CDC é a vulnerabilidade do consumidor, conforme prevê o art. 4º, inc. I do CDC.

Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
a) por iniciativa direta;
b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. ¹

Os fatos acima narrados demonstram que o réu faz tabula rasa de um dos direitos básicos do consumidor, qual seja, o direito de escolha:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, **asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;** ²

¹ Lei n.º 8079/90, art. 4º.

² Lei n.º 8079/90, art. 6º.

Ao violar o direito de escolha do consumidor por um serviço que entender melhor e a preços mais interessantes, a requerida também incide em uma prática abusiva, haja vista que o art. 39 do Código de Defesa do Consumidor traz um rol meramente exemplificativo, consoante o disposto em seu caput.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas (grifo nosso).

Neste contexto, o abuso da requerida se revela justamente no fato de tolher a escolha do consumidor, que sempre ficará obrigado a consumir os produtos comercializados das farmácias pré-estabelecidas pelo Município, ficando a mercê de seus preços.

Todo este arcabouço normativo tem suporte vertical na Constituição Federal, com a qual a conduta narrada, ainda que respaldada em Lei municipal, se mostra incompatível, a saber.

Logo em seu primeiro dispositivo, garante a Carta Magna que a livre iniciativa é um dos princípios fundamentais da República:

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;

Desta ordem principiológica resulta que também é princípio geral da atividade econômica a livre concorrência:

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;

Nada se tem contra o plantão de farmácias, desde que outras possam funcionar, caso queiram, nos mesmos dias e horários, tendo em vista a característica do serviço prestado ser de utilidade pública.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é pacífico o entendimento de que, em se tratando de farmácias e drogarias, não é lícito ao Município restringir o funcionamento, por se tratar de um serviço de utilidade pública, como se verifica do seguinte julgado trazido à colação:

“Mandado de segurança. Drogarias e farmácias. Horário de funcionamento. Competência do Município. Proibição quanto ao funcionamento ininterrupto dos referidos estabelecimentos. Escala de plantão, estabelecida pela Administração Municipal, restringindo a oferta ao público. Segurança preventiva concedida. Serviço essencial e de utilidade pública colocado à disposição dos consumidores. Assunto que transcende o interesse local. Direito à vida e à saúde. Disposição que afronta o espírito da lei federal que disciplina o funcionamento dos estabelecimentos que exploram a respectiva atividade. Recurso ao qual se nega provimento. 1. É inegável que compete ao Município legislar sobre os assuntos de interesse local, conforme dispõe o inciso I, do art. 30, da Constituição Federal, cabendo-lhe disciplinar o horário de funcionamento do comércio em geral, praticado em sua jurisdição; 2. As atividades realizadas pelas farmácias e drogarias, no entanto, constituem serviços essenciais e de utilidade pública, prestados aos consumidores, que estão ligados à preservação da vida e da saúde da população e, portanto, transcendem o interesse local referido no citado dispositivo constitucional, competindo à União estabelecer normas gerais e principiologicamente a respeito do tema, na forma do que preceitua o inciso XII, do art. 24, da Constituição da República. 3. Cabendo à União a competência de editar normas gerais sobre o tema, compete ao Município apenas suplementá-las, no que couber, sem que, no entanto, afronte os princípios fixados na lei de regência. 4. Se a lei federal impõe o atendimento permanente e ininterrupto ao público, fere o princípio da razoabilidade e põe-se em antinomia com as normas principiologicamente a determinação do poder público que, pretendendo regular a concorrência e o suposto abuso do poder econômico, questões que não se inserem no âmbito de sua competência, ao deliberar sobre o horário de

funcionamento dos respectivos estabelecimentos, instituindo o rodízio, proíbe o funcionamento ininterrupto da impetrante, restringindo a oferta ao público, e ameaçando não renovar a autorização concedida, para que atue em horário integral. (IRP) Vencida a Des. Elizabete Filizzola". (Apelação Cível nº 2001.001.14516 – Rel. Des. Fernando Cabral – Segunda Câmara Cível – Julgamento em 11 de dezembro de 2001)

Em extremo apego ao princípio da lealdade processual, todavia, noticia-se que no Supremo Tribunal Federal, embora em decisões antigas, o entendimento é, ou ao menos era, de forma contrária, sob o argumento de que a conduta da municipalidade é regular e encontra-se inserida na sua competência Constitucional:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO. HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS: COMPETÊNCIA MUNICIPAL. CF, art. 30, I; CF, artigos 5º, caput, XIII e XXXII; art. 170, IV, V e VIII.' (RE 182.976, VELLOSO, JULGAMENTO 12.10.97). 1.2 Primeira Turma: 'Fixação de horário de funcionamento para farmácias no Município. Lei 8794/78 do Município de São Paulo. - Matéria de competência do Município. Improcedência das alegações de violação aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da legalidade e da indelegabilidade de poderes. Precedentes desta Corte.' (RE 175.901, MOREIRA, julg. 19.05.98). É a jurisprudência.

Esse argumento, todavia, definitivamente não convence este órgão deste ministerial, uma vez que a legislação que estatuiu normas gerais sobre a matéria, que foi a Lei 5.991/73, em seu artigo 56, assim estabeleceu: “As farmácias e drogarias são obrigadas a plantão, pelo sistema de rodízio, para atendimento ininterrupto à comunidade, consoante normas a serem baixadas pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios”.

No mesmo sentido, o voto vencido do ministro Marco Aurélio no RE 189.170, em brilhante explanação que se adequa ao presente caso:

“Poderia a Municipalidade impor funcionamento de farmácias e drogarias, mas jamais proibir que algumas delas abrissem em certos dias. Surge, até mesmo, a contrariedade a ordem natural das coisas, ao princípio da razoabilidade no que a proibição de as farmácias abrirem em certos dias, discrepa do objetivo maior do próprio plantão.

Nem se diga que a seleção de farmácias e a obrigatoriedade de abrirem em feriados decorrem, necessariamente, de uma certa reserva de mercado no que, sem dúvida alguma, é estimulante. De duas uma: ou a administração, em prol do interesse coletivo na área da saúde, pode compelir ao funcionamento, distribuindo o sacrifício de abrir em certo dia no qual normalmente isso não ocorreria, ou não pode e, aí, neste caso, a recíproca teria que ser observada, ou seja, à administração não caberia proibir a abertura!”

Deste modo, repita-se, a Lei de caráter nacional veio tão somente beneficiar a população e evitar que fique sem ter como adquirir medicamentos em dias não úteis e não impedir que todas as farmácias abram em tal período, caso queiram.

Estes, pois, os fundamentos jurídicos sobre os quais se debruçam os pedidos cognitivos abaixo formulados.

DOS REQUERIMENTOS E PEDIDOS COGNITIVOS FINAIS

Pede e requer o Ministério Público:

- 1) A citação do réu para integrar a relação processual, querendo, comparecer à audiência prevista no art. 334 do CPC e posteriormente apresentar resposta, no prazo legal e sob pena de respectivamente, multa e posterior aplicação da revelia;
- 2) A declaração incidental de inconstitucionalidade, por meio do controle difuso, da Lei Municipal nº 543/2016, que respalda a atuação abusiva do Município, em virtude de frontal afronta aos

princípios consumeristas e da atividade econômica expostos nesta diligência, no capítulo do esteio jurídico;

- 3) Por consequência, a condenação do Município a:
 - I. se abster de impedir que mais de uma farmácia abra em regime de plantão, limitando-se a regular os horários dos referidos plantões;
 - II. À obrigação de indenização pelo dano moral coletivo, consoante exposto nesta diligência, ficando os valores deste e dos outros danos morais entregues ao prudente arbítrio de V. Ex^a;
- 4) A publicação de edital no órgão oficial a fim de que os interessados possam intervir no feito como litisconsortes, conforme dispõe o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor;
- 5) A inversão do ônus da prova, vez que presentes os requisitos aludidos no artigo 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor
- 6) Sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega e vista dos autos, com os benefícios inerentes aos prazos ministeriais, nos termos do art. 180 do CPC.
- 7) Esclarece que não se opõe à realização da audiência de Conciliação e Mediação.
- 8) Seja, por derradeiro, o réu condenado nos ônus da sucumbência, os quais deverão ser revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual nº 2.819, de 07.11.97, e regulamentado pela

Resolução GPGJ n° 801, de 19.03.98: 02550-7,
Agência n°: 6002, Banco Itaú n°: 341.

Para a comprovação dos fatos aqui narrados, protesta-se, desde logo, pela produção de todas as provas que se fizerem pertinentes, notadamente a testemunhal, a documental, além do depoimento pessoal da ré, desde já requerido, e bem assim a juntada de documentos novos e tudo o mais que se fizer mister à completa elucidação e demonstração cabal dos fatos articulados na presente vestibular.

Diante dos mandamentos estabelecidos pela legislação, estima-se o valor da causa em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Campos dos Goytacazes, 29 de junho de 2017.

MARCELO LESSA BASTOS
Promotor de Justiça