

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº
5001202-17.2011.404.7202/SC**

AUTOR : CREDIXAN CORRESPONDENTE BANCARIO LTDA
ADVOGADO : Igor de Salles Borges
RÉU : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
: MUNICÍPIO DE XANXERÊ
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
: ECONÔMICA - CADE

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

CREDIXAN CORRESPONDENTE BANCÁRIO LTDA ajuizou ação anulatória em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e do MUNICÍPIO DE XANXERÊ, objetivando provimento jurisdicional que, ainda em sede de liminar, determine ao Município que se abstenha de conceder exclusivamente à Caixa Econômica Federal a possibilidade de realização de empréstimos consignados pretendidos pelos servidores públicos municipais, admitindo o desconto em folha de crédito pessoal obtido junto a quaisquer outras instituições financeiras. Requereu, ao final, a declaração de nulidade da alínea 'g', do item I, do contrato nº 0114/2009, celebrado entre o Município de Xanxerê e a Caixa Econômica Federal.

Informou que é pessoa jurídica dedicada à atividade de correspondente bancário e entre suas operações estão as de recepção e encaminhamento de propostas para concessão de crédito, inclusive sob a modalidade de consignação em folha de pagamento. Afirmou que em 19/10/2009 o Município de Xanxerê firmou com a Caixa Econômica Federal um contrato de prestação de serviços financeiros, com a finalidade de centralização e processamento dos créditos provenientes de 100% da folha de pagamento dos servidores públicos municipais. Asseverou que a alínea 'g' do item I da Cláusula Primeira do referido contrato prevê que apenas a Caixa pode oferecer e conceder crédito pessoal aos servidores públicos municipais mediante consignação em folha de pagamento, o que impede a autora de oferecer e prestar seus serviços relacionados a crédito consignado. Defendeu que a conduta do Município subverte os princípios constitucionais da ordem econômica nacional, especialmente os da livre concorrência e da defesa do consumidor, além de ferir a liberdade de contratar dos próprios servidores públicos municipais.

Sustentou sua legitimidade ativa, em face de estar sendo diretamente prejudicada pela cláusula de exclusividade, em virtude do impedimento de atuar no mercado de crédito consignado junto aos servidores públicos municipais. Referiu ainda que, de acordo com o art. 168 do CC, as nulidades dos negócios jurídicos podem ser alegadas por qualquer interessado. Argüiu que parcela significativa da população do Município de Xanxerê é composta por servidores públicos municipais, dos quais está sendo retirada a liberdade de escolha entre as instituições financeiras, estando estas impedidas de disputar seu espaço no mercado. Afirmou que os tribunais pátrios estão se manifestando contrários à cláusula de exclusividade. Mencionou que há instituições financeiras com juros menores do que os praticados pela Caixa Econômica Federal, o que prejudica os servidores públicos municipais, que somente podem com esta contratar. Referiu que o Banco Central do Brasil emitiu, em 14/01/2011, Circular nº 3.522, vedando às instituições financeiras a celebração de convênio, contratos ou acordos que impeçam ou restrinjam o acesso de clientes a operações de crédito ofertadas por outras instituições, inclusive aquelas com consignação em pagamento. Salientou que a resolução deve ser aplicada também aos contratos assinados anteriormente à data de sua publicação, uma vez que a cláusula de exclusividade nunca foi válida perante terceiros. Requereu a procedência da demanda. Juntou documentos (evento 01).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (evento 11).

Citada, a Caixa Econômica Federal apresentou contestação (evento 22). Em preliminar alegou: *a) a falta de interesse de agir* da parte-autora, pois esta não teria comprovado que trabalha com a modalidade de empréstimo consignado, sendo que a presente demanda nenhum benefício lhe traria; *b) a ilegitimidade ativa*, sob o argumento de que a parte-autora não teria legitimidade para postular em nome próprio direito alheio, pois pretende que a modalidade de empréstimo consignado possa ser obtido junto a qualquer instituição financeira. No caso de procedência da ação, requereu que os efeitos da sentença fiquem limitados somente à parte-autora e sobre os mútuos que ela própria venha a oferecer na modalidade de empréstimo consignado, devendo ser excluída a possibilidade da parte-autora oferecer empréstimos consignados na condição de correspondente bancária de outra instituição financeira; *c) impossibilidade jurídica do pedido*, pois entende que o município não está obrigado a firmar convênios com qualquer instituição, não sendo possível coagir o município a firmar negócio jurídico contrário à sua vontade.

No mérito, mencionou que o Município de Xanxerê pactuou com a Caixa cláusula de exclusividade, recebendo por isso a quantia de R\$ 950.000,00. Defendeu que a contratação firmada entre as rés está respaldada nos princípios da eficiência e da moralidade administrativa. Teceu comentários sobre o § 3º do art. 164 da Constituição Federal, que obriga os entes públicos a depositarem suas disponibilidades financeiras em instituições financeiras oficiais. Mencionou que o disposto no artigo antes mencionado deve ser aplicado ao caso dos autos.

Alegou que a celebração de contrato de desconto de empréstimo consignado à instituição de crédito é prerrogativa exclusiva da Administração Municipal, realizada de acordo com a conveniência administrativa.

Mencionou que a realização de contrato de exclusividade não gera prejuízo aos servidores municipais, uma vez que as taxas praticadas pela Caixa são muito favoráveis a eles. Informou que os servidores municipais podem contratar empréstimos pessoais com instituição financeira de sua livre escolha, não havendo afronta aos princípios da igualdade e da livre concorrência. Defendeu que a contratação não traz prejuízos aos servidores do município de Xanxerê. Asseverou que anular parte do contrato ensejaria um desequilíbrio contratual, já que a Caixa desembolsou o valor de R\$ 950.000,00 pela obtenção da exclusividade nos empréstimos consignados. Aduziu que a Circular n. 3.522, editada pelo Banco Central do Brasil, não tem efeito retroativo, não atingindo o contrato firmado entre as rés. Postulou a improcedência da ação. Juntou documentos (eventos 22 e 23).

Citado através de Carta Precatória, o Município de Xanxerê apresentou contestação (evento 30). Em preliminar, alegou que haveria carência de ação, pois a parte-autora postula matéria que não está a seu alcance, pois envolve outras instituições financeiras. No mérito, mencionou que para formalizar o contrato objeto da presente ação, levou em consideração diversos pontos, como serviços oferecidos pela instituição financeira, melhores taxas, prestação de serviços pela administração de maneira mais completa e a geração de recursos financeiros para o Município. Teceu comentários sobre diversos princípios constitucionais. Alegou que realizou a contratação levando em conta a necessidade social do Município, que na época era a construção de casas próprias para pessoas carentes. Asseverou que o valor pago pela Caixa pela exclusividade, de R\$ 950.000,00, também foi determinante para a realização do contrato, pois geraria o ingresso de valores aos cofres públicos, em tempo de reconhecida queda de aporte de recursos. O valor pago pela Caixa poderia ser investido na construção de habitações. Aduziu que o contrato foi formulado buscando o interesse público, não havendo qualquer ilegalidade. Pleiteou a improcedência da demanda. Juntou documentos (evento 30).

A parte-autora manifestou-se sobre as contestações (evento 34). O feito foi convertido em diligência, determinando-se a intimação do CADE e do BACEN para tomarem conhecimento da presente demanda, ingressarem no feito, querendo, e esclarecerem questões quanto ao caso em discussão. Determinou-se, ainda, após a apresentação das informações, a intimação das partes, bem como do Ministério Público Federal (evento 46).

O BACEN peticionou informando que por força do princípio da segurança jurídica e da garantia da irretroatividade das leis, não aplica a restrição imposta pelo art. 1º da Circular nº 3.522/2011 aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor. Em decorrência, não há procedimento administrativo punitivo instaurado ou qualquer autuação fiscalizadora que tenha por objeto a

contrato objeto da presente demanda. Afirmou, ainda, que não possui interesse em intervir no feito (evento 51).

O CADE informou que ainda não há pronunciamento específico e definitivo do Conselho sobre a suposta prática de ato anticoncorrencial discutida nestes autos. Saliou que qualquer manifestação, sem a existência de decisão administrativa final a respeito da matéria discutida, anteciparia decisão administrativa e implicaria em um equivocado prejulamento. Por estes motivos, entende que não deve intervir no feito. Mencionou, contudo, que recentemente analisou a matéria de fundo no PA n. 08700.003070/2010-14, no qual foi concedida medida preventiva determinando que o Banco do Brasil '*se abstenha de assinar novos contratos com cláusula de exclusividade, que suspenda os efeitos das cláusulas dos contratos já celebrados, que comunique a decisão a todos os contratados e que apresente ao CADE todos os contratos assinados desde 2006*'. Requereu a juntada de cópia da medida preventiva concedida pelo CADE, bem como da decisão do TRF da 1.^a Região que a manteve (evento 53).

O Ministério Público Federal, em parecer final, opinou pela procedência do pedido (evento 65).

Foram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

a) Preliminares

a.1) Interesse Processual e Legitimidade Ativa *ad causam*

Alegam as requeridas a ausência de interesse de agir e de legitimidade ativa da parte-autora em propor a presente demanda, argumentando que esta não teria comprovado que trabalha com a modalidade de empréstimo consignado, não podendo esta demanda lhe trazer qualquer benefício. Alegam, ainda, que a parte-autora não teria legitimidade ativa para postular em nome próprio direito alheio, ou seja, pertencente a outras instituições financeiras.

Analisando o contrato social da sociedade empresária autora, verifico que se trata de sociedade empresária com sede na cidade de Xanxerê/SC, local em que exerce o seu objeto social, que, de acordo com a cláusula quarta, abrange a *prestação de serviços de correspondente bancário, cobranças extrajudiciais e serviços de fotocópias*. A atividade de correspondente bancário seria, segundo alega a parte-autora, a que provocaria a sua legitimidade e o seu interesse no ajuizamento da presente demanda, na medida em que estaria sendo impedida de exercer seu objeto social em razão da abusiva cláusula de exclusividade, que estaria prejudicando a captação e o encaminhamento de pedidos de empréstimos pessoais, financiamentos de bens e serviços, cartões de

crédito, entre outros, todos garantidos por consignação em folha de pagamento, que o Município só admite fazer em favor da CEF.

Quanto à atividade de correspondente bancário, extrai-se da página do Banco Central do Brasil o seguinte esclarecimento (<http://www.bcb.gov.br/?CORRESPONDENTESFAQ>):

Os correspondentes são empresas, integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional, contratadas por instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil para a prestação de serviços de atendimento aos clientes e usuários dessas instituições. Entre os correspondentes mais conhecidos encontram-se as lotéricas e o banco postal.

Os serviços que os correspondentes podem fornecer são os seguintes, variando conforme o contrato firmado com a instituição financeira:

A regulamentação permite oferecer os serviços listados abaixo:

- a) recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança mantidas pela instituição contratante;*
- b) realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósitos de titularidade de clientes mantidas pela instituição contratante;*
- c) recebimentos e pagamentos de qualquer natureza, e outras atividades decorrentes de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros (água, luz, telefone, etc);*
- d) execução ativa e passiva de ordens de pagamento cursadas por intermédio da instituição contratante por solicitação de clientes e usuários;*
- e) recepção e encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito e de arrendamento mercantil de concessão da instituição contratante;*
- f) recebimentos e pagamentos relacionados a letras de câmbio de aceite da instituição contratante;*
- g) recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante;*
- h) serviços complementares de coleta de informações cadastrais e de documentação, bem como controle e processamento de dados;*
- i) realização de operações de câmbio de responsabilidade da instituição contratante, relativamente a:*
 - i.1. compra e venda de moeda estrangeira em espécie, cheque ou cheque de viagem, bem como carga de moeda estrangeira em cartão pré-pago, limitadas ao valor equivalente a US\$3 mil dólares dos Estados Unidos por operação;*
 - i.2. execução ativa ou passiva de ordem de pagamento relativa a transferência unilateral do ou para o exterior limitada ao valor equivalente a US\$ 3 mil dólares dos Estados Unidos por operação; e*
 - i.3. recepção e encaminhamento de propostas de operações de câmbio.*

Percebe-se que não consta, de modo expresso, dentre os serviços acima listados - passíveis de oferecimento pelos correspondentes bancários -, a realização, em nome próprio, de contratos de empréstimos mediante consignação em pagamento. No entanto, os correspondentes bancários podem atuar na recepção e no encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito, dentre as quais estão compreendidos os empréstimos pessoais *consignados em*

folha de pagamento. Portanto, trata-se de atividade compreendida na alínea 'e', acima referida.

Considerando que o correspondente bancário é contratado por instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central do Brasil para a prestação de serviços de atendimento aos seus clientes e usuários, conclui-se que a atividade da parte-autora é diretamente afetada (prejudicada, obstada) pela cláusula de exclusividade ora questionada, que restringe o exercício de suas atividades econômicas.

Do ponto de vista processual civil, o terceiro que não firmou um contrato tem legitimidade ativa para ajuizar ação pretendendo a anulação de cláusula nele contida, desde que ela prejudique a sua esfera jurídica. Trata-se, no caso, de hipótese de legitimação (ativa) ordinária, em que há 'coincidência entre legitimidade de direito material e a legitimidade para estar em juízo', ou seja, a defesa de direito próprio em nome próprio (*NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10 ed. rev., ampl., e atual.. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 178*).

Não fosse o bastante, do ponto de vista concorrencial, a novel Lei n. 12.529/2011 prevê, de modo expresso (art. 47), a legitimidade do terceiro prejudicado, por si (em nome próprio) ou por terceiros - os substitutos processuais da coletividade (CDC, art. 82) -, para ingressar em juízo em defesa de direitos individuais ou individuais homogêneos, questionando práticas lesivas à concorrência e caracterizadoras de infração à ordem econômica. Note-se:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Trata-se de hipótese de legitimação (ativa) extraordinária do prejudicado, pessoa física ou jurídica, para defender, em nome próprio, direito alheio (*a liberdade individual de cada um dos servidores da municipalidade para contratarem empréstimos consignados com as instituições financeiras se sua livre escolha*), situação esta em que a regra geral de legitimidade ativa, prevista no art. 6.º do CPC, cede, por força de previsão legal expressa (*'Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei'*), no caso existente (Lei n. 12.529/2011, art. 47).

Assim, quer sob o enfoque da legitimação ordinária (CPC, art. 6.º), quer sob o ângulo da legitimação extraordinária (Lei n. 12.529/2011, art. 47), rejeito a preliminar.

a.2) Impossibilidade Jurídica do Pedido

Sustenta a Caixa Econômica Federal a impossibilidade jurídica do pedido, na medida em que, sendo o desconto direto em folha de pagamento para amortização de empréstimos uma 'comodidade' viabilizada pelo Município, e não um direito dos servidores, o Município não estaria obrigado a firmar convênios com quaisquer instituições financeiras. Logo, em caso de julgamento de procedência do pedido, não haveria como obrigar o Município a contratar com outras instituições financeiras, inexistindo qualquer utilidade prática da demanda.

Não assiste razão à requerida. Assim dispõe o parágrafo único do art. 45 do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Xanxerê (disponível em

http://www.xanxere.sc.gov.br/arquivosdb/basico1/0.945906001249862478_estatuto_servidor_publico_municipal____lei_n%BA_hw_1.775.pdf):

Art. 45 - Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

Parágrafo Único - Mediante autorização do funcionário, poderá haver consignação em folha de pagamento em favor de terceiros, a critério da administração e com reposição dos custos, na forma definida em regulamento.

O referido dispositivo tem teor idêntico ao do parágrafo único do art. 45 da Lei n. 8.112/90 (estatuto dos servidores públicos federais civis da União, autarquias e fundações públicas federais).

Embora o dispositivo, ao afirmar que o desconto poderá ocorrer '*a critério da administração*', aparentemente estabeleça uma faculdade à Administração Pública quanto a proceder ou não ao desconto em folha, tal dispositivo de modo algum viabiliza a prática de conduta vedada pela legislação concorrencial, como por exemplo a de privilegiar determinadas instituições financeiras em detrimento de outras, inviabilizando o respectivo acesso ao mercado relevante, dessa forma prejudicando a liberdade contratual dos servidores públicos e afrontando o regime jurídico previsto na legislação brasileira no âmbito do Direito Econômico.

De qualquer forma, trata-se de questão nitidamente meritória, e não preliminar, ou seja: se eventualmente o Município tem total discricionariedade administrativa para deferir ou não os empréstimos consignados quando bem entender, em favor dos servidores que quem bem entender e das instituições financeiras de sua livre escolha, trata-se de fato impeditivo do alegado direito da parte autora à declaração de nulidade da cláusula contratual impugnada.

Assim sendo, rejeito a preliminar.

b) Mérito

- Do Direito à Livre Concorrência

Sustenta a parte-autora que o conteúdo da alínea 'g' do item I da Cláusula Primeira subverte os princípios constitucionais da ordem econômica nacional, especialmente o da livre concorrência e o da defesa do consumidor (art. 170, IV e V, da CF/88), e subsume-se à conduta prevista no art. 20, inciso I, e no art. 21, incisos V e XXIII, da Lei n. 8.884/94, caracterizando infração à ordem econômica.

Assim dispõe o art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O artigo acima transcrito traz expressamente os fundamentos e principais princípios a serem observados quando se trata da ordem econômica nacional. Da leitura do dispositivo extrai-se que os princípios nele elencados são instrumento para o alcance de um bem maior, qual seja, '*assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social*'. Observa-se que a ordem econômica não está voltada unicamente ao interesse público ou ao privado, mas à busca de uma verdadeira harmonização entre os direitos individuais e coletivos. Nesse sentido é que deve ser realizada a interpretação dos preceitos constitucionais da ordem econômica.

Sobre a necessidade da análise conjunta dos princípios constitucionais, assevera Eros Roberto Grau que estes '*coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros*' (in *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 13ª edição, 2008, Editora Malheiros, p. 212-213).

Dentre os princípios expressos elencados no art. 170 da Constituição encontra-se o da livre concorrência. Sobre ele, ensina Lafayete Josué Petter (in *Direito Econômico*, 5ª edição, 2011, Ed. Verbo Jurídico, pp. 78-79):

De um modo simplificado pode-se dizer que a concorrência pressupõe uma ação entabulada por um grande número de competidores atuando livremente no mercado de um mesmo produto, fazendo com que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores

cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens e serviços. O princípio constitucional da livre concorrência tem um caráter instrumental. Um ambiente concorrencial é tão vital que não seria desarrazoado aferir a legitimidade da economia, e os bons frutos que tal ambiente potencialmente pode produzir, pela dimensão que a concorrência efetiva, leal e concreta, não só para os consumidores, mas para estes de um modo especial.

A partir da adoção de um regime de economia de mercado o princípio da livre concorrência visa a garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem no mercado de forma justa, isto é, a idéia de conquista de mercado e de lucratividade deverá estar ancorada em motivos jurídico-econômicos lícitos (v.g., inovação, oportunidade, eficiência) e não serem decorrentes de hipóteses de abuso do poder econômico (v.g., adoção de práticas anticompetitivas ou anticoncorrenciais, entre outras). Nesse quadro, assume o Estado a tarefa de estabelecer um conjunto de regras com vistas a garantir a competição entre as empresas, evitando as práticas abusivas. [...]

Afirma o autor, ainda, que (p. 219):

A presença da concorrência no contexto de uma economia de mercado é essencial. Com a efetiva concorrência possibilita-se um aumento na variedade e na qualidade de produtos e, ainda, corrobora-se para a diminuição do custo dos mesmos. É a concorrência o fator determinante para que os preços expressem a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. [...] Pode-se dizer que a concorrência é um instrumento existente em benefício da cidadania, vez que são estes os consumidores finais dos produtos e que experimentam as melhorias decorrentes das circunstâncias concorrenciais.

Não obstante a importância do princípio em análise, ele deve ser analisado de forma conjunta com os demais princípios da ordem econômica, observando-se, sobretudo, a garantia de vida digna às pessoas. Nesse sentido, salienta o mesmo autor (p. 79):

Entretanto [...] a concorrência não deve ser perseguida como um fim em si mesmo. Ela poderá ser sacrificada para que seja atingido o fim maior da ordem econômica, qual seja, a garantia de uma vida digna às pessoas, conforme os ditames da justiça social. A partir disso, pode-se concluir que determinada prática, ainda que, a priori, mostre-se prejudicial à livre concorrência, poderá ser autorizada tendo em vista os benefícios trazidos. Para a análise desses benefícios devem ser considerados os demais princípios da ordem econômica e, claro, a promoção da existência digna. Em nenhuma hipótese, frise-se, poderá haver prejuízo à concorrência e, simultaneamente, ao consumidor.

Paula Forgiani, a seu turno, assevera (in Os Fundamentos do Antitruste, 4ª edição, 2010, Editora RT, p. 179):

Referindo-nos aos princípios veiculados pelo seu art. 170, teremos que todos eles têm por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E o seu art. 1º enuncia como dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa.

Observa-se, outrossim, que o princípio da livre concorrência tem estreita ligação, especificamente, com o princípio da defesa do consumidor. Lafayete Josué Petter salienta que: 'através da livre concorrência, propicia-se a competição entre agentes econômicos que atuam em determinado mercado e

criam-se condições favoráveis aos consumidores' (in *Direito Econômico*, 5ª edição, Ed. Verbo Jurídico, p. 83).

É sabido que o consumidor, como parte mais vulnerável da relação, é protegido pela ordem constitucional. Regra geral, a livre concorrência beneficia os próprios consumidores, pois em decorrência dela surgem melhores serviços a menores preços. Destaca Lafayette Josué Petter (pp. 80-81):

A consagração da defesa do consumidor como princípio constitucional da atividade econômica não pode gerar suspeita, sendo inafastável sua devida apreciação quando em jogo o direcionamento ou a solução de problemas com implicações jurídico-econômicas. Há de se buscar equilíbrio entre as empresas que atuam no mercado e entre estas e os consumidores. Se o mercado tende a ajustar e a aproximar-se do equilíbrio entre oferta e demanda, não há como concebê-lo sem a figura do fornecedor e do consumidor. Se a livre concorrência constitui caro princípio da atividade econômica, propiciando competição entre os agentes econômicos atuantes em um determinado mercado, certo é que esta competição pode gerar inegáveis benefícios aos consumidores.

A livre concorrência tem, ainda, íntima ligação com o fundamento da livre iniciativa. Assinala Eros Roberto Grau (in *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 13ª edição, 2008, Editora Malheiros, p. 202) que, '*A análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência*'.

Paula Forgiani (in *Os Fundamentos do Antitruste*, 4ª edição, 2010, Editora RT, pp. 245-246), por sua vez, afirma:

É curiosa a referência do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, pois esta, como assinala Grau, é a liberdade de comércio e indústria e a liberdade de concorrência. Em outras palavras, a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa. Daí concordarmos com sua observação, no sentido de que não seria necessária a consagração do princípio da livre concorrência, bastando aquele da livre iniciativa.

Lafayette Josué Petter, discorrendo sobre a questão, consigna (in *Direito Econômico*, 5ª edição, Ed. Verbo Jurídico, pp. 59):

A bem da verdade a liberdade de iniciativa importa na liberdade de concorrência. Ou seja, consagrado o fundamento da livre iniciativa e o disposto no parágrafo único do artigo 170, a concorrência haveria de ser protegida, ainda que do texto constitucional não constasse.

Evidente, portanto, a complementaridade dos institutos em análise, valendo consignar que '*os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana*' (Forgiani, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*, 4ª edição, 2010, Editora RT, p. 179).

A respeito do tema, também já se manifestou o STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS

PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.

1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988.

2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em conseqüência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que 'O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado'. Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que 'As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa' (DIÓGENES GASPARINI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64).

3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que 'a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.' (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006).

4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. LEI 4.870/1965. SETOR SUCROALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS PELO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ALCOOL - IAA. LEVANTAMENTO DE CUSTOS, CONSIDERANDO-SE A PRODUTIVIDADE MÍNIMA. PARECER DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. DIFERENÇA ENTRE PREÇOS E CUSTOS. 1. Ressalvado o entendimento deste Relator sobre a matéria, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de ser devida a indenização, pelo Estado, decorrente de intervenção nos preços praticados pelas empresas do setor sucroalcooleiro. 2. Recurso Especial provido.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 632644 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012)

De outro norte, visando estabelecer regras que busquem reprimir infrações à ordem econômica, estabeleceu a Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, que 'a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.' A lei referida no dispositivo constitucional, destinada à proteção, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, é atualmente a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou a Lei nº 8.884/94, conhecida como 'lei antitruste brasileira', 'lei do CADE', 'lei de defesa da concorrência' ou, ainda, 'lei de proteção da ordem econômica'. Não obstante a alteração legislativa ocorrida em 2011, no caso em análise, como o contrato questionado foi assinado em 2009 (ev. 23, OUT2), ele deve ser analisado à luz da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo de que eventuais normas posteriores venham a ser reconhecidas como imediatamente aplicáveis, o que deve ser analisado caso a caso.

Segundo Eros Roberto Grau:

As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. (in A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 13ª edição, 2008, Editora Malheiros, p. 212)

Segundo Paula Forgiani (in Os Fundamentos do Antitruste, 4ª edição, 2010, Editora RT, p. 206):

A Lei 8.884, de 1994, é uma lei de caráter geral, que visa a disciplinar o comportamento dos agentes que atuam no domínio econômico, tanto de maneira repressiva (punindo os abusos de poder econômico e as práticas restritivas da concorrência) quanto preventiva (mediante o controle previsto no art. 54). Repise-se: a Lei Antitruste protege a concorrência de forma geral, o mercado concorrencial como um todo, quer perseguindo-o como um fim a ser atingido, quer preservando-o (sempre na moldura do art. 170 da CF).

Quanto às infrações da ordem econômica, estabelecia a revogada Lei nº 8.884/94:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

[...]

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

[...]

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

Cumprе salientar que a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, repetiu no ponto o que previa a Lei n. 8.884/94:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Conforme destaca Paula Forgiani (*in Os Fundamentos do Antitruste*, 4ª edição, 2010, Editora RT, p. 204):

Respeitada a orientação constitucional (em especial, art. 170 e ss. da Constituição do Brasil), a licitude ou ilicitude da prática dos agentes econômicos é estatuída pelo art. 20 da Lei 8.884, de 1994, sendo considerada ilegal a que implicar (i) prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) domínio de mercado relevante; (iii) aumento arbitrário de lucros; ou (iv) abuso de posição dominante.

Antes de adentrar na análise do caso concreto, cumpre mencionar, ainda, a referência feita por alguns autores no sentido de que, para a aplicabilidade da Lei Antitruste, é necessária a existência de *mercado relevante*. Analisando o artigo 20 da Lei n. 8.884/94, observa-se que apenas o inciso II faz referente a mercado relevante (*II - dominar mercado relevante de bens ou serviços*). Não obstante, sustenta Paula Forgiani que '*o mercado relevante é um conceito que permeia todo o direito antitruste (e não, apenas, o abuso de posição dominante)*' (*in Os Fundamentos do Antitruste*, 4ª edição, 2010, Editora RT, p. 210). Sustenta a autora (pp. 210-211):

O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua identificação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei 8.884, de 1994.

[...]

Para a delimitação de mercado relevante, devemos analisar dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material, ou mercado do produto.

[...]

Sobre o mercado relevante, prossegue afirmado:

O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva. Destarte, o mercado relevante geográfico não pode ser determinado abstratamente, pois depende não apenas da localização do agente econômico, mas também da natureza do produto e da conduta que está sendo analisada. (pp. 212-213)

[...]

O mercado relevante material (ou mercado do produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece. Sua delimitação, a exemplo do mercado relevante geográfico, parte da identificação das relações de concorrência (p. 218)

Saliente-se, no entanto, que de maneira geral apenas se fala em mercado relevante quando se trata do abuso do poder econômico.

- Da Análise do Caso Concreto

O Contrato de Prestação de Serviços Financeiros n. 0114/2009, pactuado entre o Município de Xanxerê/SC e a Caixa Econômica Federal (evento 23, OUT2), foi firmado pelo prazo de 60 (sessenta) meses a contar da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado em até 12 (doze) meses (v. cláusula décima segunda). A assinatura do contrato ocorreu em 19/10/2009, de modo que ele estará em vigor pelo menos até 19/10/2014.

O cerne da presente controvérsia reside em averiguar-se a legalidade ou ilegalidade da **cláusula de exclusividade**, instituída em favor da Caixa Econômica Federal, no que tange à concessão de empréstimos consignados na folha de pagamento dos servidores públicos ativos, inativos, pensionistas e estagiários da Administração Pública direta e indireta do Município de Xanxerê/SC. A cláusula impugnada pela parte-autora é a seguinte:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO DO CONTRATO

O presente CONTRATO tem por objeto a prestação, pela CAIXA, dos seguintes serviços ao MUNICÍPIO:

I - Em caráter de exclusividade: [...]

g) Concessão de crédito aos servidores ativos e inativos, pensionistas e estagiários da Prefeitura Municipal de Xanxerê/SC e órgãos da Administração Direta e Indireta, mediante consignação em folha de pagamento, atendidos os requisitos e pressupostos regulamentares de ordem interna da CAIXA;

Embora não seja unânime a necessidade da análise da relevância do mercado em todos os casos de infração à ordem econômica, verifico que no caso concreto é possível afirmar que está preenchido o requisito.

No que tange ao aspecto geográfico do mercado relevante, extrai-se da inicial:

Observe-se, na alínea 'g' do item I, da Cláusula Primeira do contrato de prestação de serviços firmado entre o Município de Xanxerê e a Caixa Econômica Federal, que a folha de pagamento do município é composta por 1.173 (um mil cento e setenta e três) servidores, entre ativos e inativos.

A população do município é de 44.102 (quarenta e quatro mil cento e dois habitantes). Através de simples cálculo matemática é fácil concluir que 2,66% (dois vírgula sessenta e seis por

cento) da população xanxerense só pode ter acesso a crédito consignado na Caixa Econômica Federal, independente dos encargos impostos pela instituição.

A estes 2,66% da população está sendo usurpada a liberdade de escolha, que a Constituição Federal outorgou a todos os consumidores. Paralelamente, se está impedindo que as instituições financeiras concorrentes ofereçam o mesmo bem a custos menores ou condições melhores.

Quanto ao aspecto material do mercado relevante, valho-me, para sua análise, das considerações feitas pelo CADE no Despacho nº 04/MPV/2011, proferido PA nº 08700.003070/2010-14, cuja cópia encontra-se anexada ao evento 53, ANEXO2:

[...]

96. A modalidade de crédito de que tratam os autos consiste, basicamente, em crédito direto a pessoa física, sem garantia real e cuja única e principal garantia (daí seu diferencial) consiste na possibilidade de desconto direto em folha de pagamento das parcelas do saldo devedor, quando de seu vencimento.

97. Tal modalidade de garantia (consignação em folha) já era prevista na Lei n. 1.046/50 para funcionários públicos e certas autoridades. Contudo, é apenas com a edição da Lei n. 8.112/90, que dispôs sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, autarquias e fundações públicas federais, que o mecanismo veio a tornar-se mais disseminado [...]. Em setembro de 2003 a Medida Provisória n. 130 (posteriormente convertida na Lei n. 10.820/03) estende o benefício a empregados da iniciativa privada e celetistas em geral, bem como aos aposentados e pensionistas do INSS, regulando para estes, em maiores detalhes, as condições de consignação.

98. Consoante se verificará adiante, essa especial modalidade de garantia permite reduzir drasticamente o risco de inadimplência da operação bancária, fazendo com que os juros praticados resultem muito inferiores àqueles praticados nas demais modalidades de crédito a pessoas físicas sem garantia real.

[...]

100. Em relação a outras modalidades de crédito pessoal sem garantia real o crédito consignado não apenas é mais barato, mas também mais longo. Por isso, sob a ótica do produto, o mercado de crédito consignado deve ser apartado dos demais mercados de crédito pessoal, já que não há, no mínimo do ponto de vista da demanda, relação de substitutibilidade em relação ao cheque especial, ao crédito pessoal não garantido, ao crédito para aquisição de veículos e às outras modalidades de crédito a pessoa física, tal como segregadas pelo Banco Central.

101. Além de constituir-se em mercado relevante apartado, o crédito consignado é, entre as modalidades de crédito a pessoa física, aquela que tem mais crescido. [...]

102. [...] o expressivo crescimento das operações de crédito consignado esteve baseado, ao longo dos últimos anos, fundamentalmente em empréstimos concedidos a funcionários do setor público, além de pensionistas do INSS [...]

103. A explicação para essa discrepância é simples: consiste na 'grande diferença entre o funcionalismo público e o setor privado quanto à estabilidade no emprego' aliada à grande estabilidade do 'fluxo de renda proveniente da aposentadoria do INSS'.

[...]

107. O mesmo relatório do Banco Central confirma, ainda, caracterização do crédito consignado como mercado relevante distinto, sob a ótica do produto, das demais modalidades de crédito a pessoas físicas sem garantia real, por confirmar os dados mais antigos, supra referidos, de diferenciação em relação a custos e prazos.

[...]

111. Da especialidade do crédito consignado e de suas características únicas, impossíveis de serem substituídas por outras modalidades de crédito pessoal é que decorre, por sinal, sua

continua expansão, em patamares bem superiores aos das demais modalidades de crédito a pessoas físicas [...]

Dos trechos acima transcritos, corroborados pelos demais elementos descritos na decisão do CADE, denota-se a relevância da modalidade de crédito consignado no mercado de crédito atual.

No que tange aos princípios constitucionais da ordem econômica, por seu turno, observa-se que a cláusula de exclusividade viola frontalmente o princípio da defesa do consumidor, pois se contrapõe a um dos direitos básicos do consumidor: o princípio da liberdade de escolha, previsto na Lei n. 8.078/90 (CDC):

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.

Não há como negar que restringir o acesso dos servidores públicos municipais ao crédito consignado de apenas uma instituição financeira (CEF), quando existem atualmente no mercado muitas outras aptas a ofertarem semelhantes serviços, afronta o sistema de proteção ao consumidor. A tomada de empréstimo particular mediante desconto em folha de pagamento é uma opção individual, não cabendo ao órgão da administração pública determinar a seu servidor, a pretexto de disciplinar o empréstimo consignado, qual a instituição bancária deverá fornecer o empréstimo quando de um eventual negócio jurídico que venha a ser celebrado.

No mesmo sentido manifestou-se o Ministério Público Federal em sua manifestação final (evento 65):

A cláusula de exclusividade se mostra abusiva, uma vez que 'em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor' (art. 51, XV, do CDC), além de ferir de morte a liberdade contratual dos servidores municipais, que se vêem compelidos a contratar com a CEF, e ficam alijados de contratarem melhores taxas.

Da mesma forma, consoante os apontamentos realizados anteriormente, não há como negar a afronta ao princípio constitucional da livre concorrência, na medida em que a cláusula restringe o mercado a uma única instituição financeira. Em decorrência, também os servidores são prejudicados, pois não possuem a faculdade de buscar outras instituições que poderiam oferecer melhores taxas e condições. Não obstante a alegação do Município de que o contrato teria trazido, no caso, benefícios ao Município e aos próprios servidores, não se pode restringir o acesso destes ao crédito consignado de apenas uma instituição financeira.

Vale destacar que a 'venda' das folhas de pagamento não é, em princípio, prática ilegal ou abusiva, desde que tal acordo não interfira na esfera jurídica de terceiros, como ocorreu no caso, onde o Município dispôs de direitos

de terceiros (servidores), sem sua autorização. Como a CEF pagou ao Município um alto valor exatamente em razão da cláusula de exclusividade - que obviamente é embutido como despesa em seu custo operacional, elevando a taxa de juros prevista nos empréstimos consignados -, pode-se dizer que o Município, na melhor das hipóteses, para angariar recursos públicos a serem revertidos à comunidade em geral, teria instituído prestação pecuniária compulsória sobre empréstimos de seus servidores, com receita destinada a um terceiro (CEF), sem Lei autorizativa, criando um tributo *sui generis*, não admitido pelo art. 3.º do CTN (*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*).

No que tange à alegação da Caixa de que os servidores podem contratar empréstimos pessoais com qualquer instituição financeira de sua livre escolha, cumpre salientar, consoante já mencionado nos autos, que a modalidade de 'crédito consignado em folha de pagamento' traz vantagens que não são alcançadas pelas demais modalidades de crédito pessoal, como menor risco de inadimplência (*default*) e conseqüente menor taxa de juros, constituindo um segmento diferenciado do mercado, não servindo as demais modalidades de empréstimo como serviços substitutos equivalentes.

Analisando-se a tabela anexada pela parte-autora (evento 1, OUT7), extraída da página do Banco Central, observa-se que há diversos bancos oferecendo taxas de juros inferiores aos da Caixa. Garantindo-se o direito do servidor de realizar contratos com outras instituições, a tendência é de que consigam melhores condições, seja com outra instituição, seja com a própria Caixa.

Quanto à alegação de que a anulação de parte do contrato ensejaria um desequilíbrio contratual, já que a Caixa desembolsou o valor de R\$ 950.000,00 pela exclusividade nos empréstimos consignados, não se pode perder de vista que este valor não foi estipulado unicamente em face da cláusula de exclusividade para realização do empréstimo consignado. Consoante item I do contrato, há diversos outros serviços que foram contratados com a Caixa. Ainda que assim não fosse, não há como permitir que sejam estipuladas cláusulas em afronta a princípios constitucionais da ordem econômica. Eventual desequilíbrio financeiro decorrente deve ser objeto de acerto patrimonial entre as partes, seja por comum acordo (extrajudicial), seja em ação própria. É dizer: é irrelevante, para o efeito de julgamento de pretensão de abusividade da cláusula contratual, que a sua anulação possa gerar prejuízo financeiro a alguma das partes. As infrações à ordem econômica devem ser pronunciadas sempre, e não apenas quando não geraram impacto financeiro a algum contratante.

De outro norte, não tem relevância, no caso em análise, a alegação de que a Constituição Federal obriga os entes públicos a depositarem suas disponibilidades financeiras em instituições financeiras oficiais, já que a discussão nos autos não se dá sobre o depósito dos valores do caixa do Município

em contas mantidas na Caixa, mas sobre o fato dos servidores públicos municipais estarem impedidos de realizarem empréstimos consignados com instituições financeiras diversas da CEF.

Vale salientar que, em casos análogos, os tribunais pátrios têm se manifestado no sentido da ilegalidade da cláusula de exclusividade. Nesse sentido, veja-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATO DE EXCLUSIVIDADE COM A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. VULNERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE CONCORRÊNCIA, DA LIVRE INICIATIVA E IGUALDADE. 1. A Lei 10.820/2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, consigna ser necessária a autorização do empregado, para fins de empréstimo consignado em sua folha de pagamento, cabendo ao servidor a escolha da Instituição Financeira com a qual irá firmar o empréstimo 2. É direito do servidor, e não do empregador, a livre escolha da Instituição Bancária com quem venha a firmar contrato. A tomada de empréstimo particular com desconto em folha de pagamento é direito individual, não cabendo ao órgão da administração pública, a pretexto de disciplinar o empréstimo consignado, determinar a seu servidor qual a instituição bancária de eventual negócio jurídico que venha a celebrar, em prejuízo ao livre mercado. 3. O Contrato realizado pela Municipalidade, no que concerne a consignações em folha de pagamento, criando regra de exclusividade para a Caixa Econômica nos empréstimos pessoais a serem disponibilizados para os servidores, contraria, sobremaneira, os ditames erigidos na Carta Magna, em especial, o princípio da livre concorrência, da livre iniciativa e igualdade (art. 170, IV). 4. A vedação de os servidores municipais poderem optar pela Instituição Financeira que ofereça melhores serviços e melhores tarifas que os oferecidos pela CEF, impedindo a livre concorrência e a liberdade de contratar, repita-se, consubstancia vulneração aos referidos princípios constitucionais. 5. Nulidade da alínea j do item I, da Cláusula Primeira do Contrato de Prestação de Serviço de fls. 12/22, não produzindo efeitos perante os servidores-substituídos pelo Sindicato-autor, no tocante à exclusividade prevista para contratação de empréstimos consignados entre os servidores municipais e a Caixa Econômica Federal. 6. Manutenção dos honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00. 7. Remessa oficial a que se nega provimento. (TRF-5, REO 200983000181708, Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJE - Data::19/12/2011)

Diante da constatação de que a cláusula de exclusividade fere diversos princípios da ordem econômica, é irrelevante saber se a Circular nº 3.522 do Banco Central do Brasil se aplica ou não aos contratos assinados anteriormente à data de sua edição. Não interessa definir se se trata de norma prospectiva ou retroativa, constitutiva ou declaratória, inovadora ou esclarecedora. Não se trata, portanto, de aplicação de norma de ordem pública a contratos firmados anteriormente à sua vigência, tendo em vista que a prática já era ilícita antes mesmo da edição da referida circular.

Pode-se inferir, porém, que o BACEN, ao editar a Circular, concluiu, no mínimo, pela contrariedade da cláusula de exclusividade ao interesse público, esclarecendo que o marco regulatório no âmbito do Sistema Financeiro Nacional atual não viabiliza a sua pactuação pelas instituições fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil. É dizer, não há dúvida de que o marco regulatório atual é claro quanto à contrariedade da cláusula impugnada

ao *interesse público*; quanto à *ilegalidade* da cláusula, mesmo no período anterior ao de edição da Circular, o Direito Econômico esclarece a nulidade *ab ovo* da cláusula de exclusividade.

Cumprido salientar que o tema dos empréstimos consignados, por sua crescente relevância, foi disciplinado por Lei específica no âmbito dos empregados regidos pela CLT e dos segurados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social. A Lei n. 10.820/2003, que '*dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento*', prevê regras importantes que o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, entendeu serem importantes para garantir o respeito aos direitos dos consumidores. Observe-se que, quanto aos empréstimos contraídos por trabalhadores celetistas, há previsão expressa do direito do mutuário de escolher a instituição financeira (consignatária) segundo sua livre escolha:

Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. [...]

Art. 3º Para os fins desta Lei, são obrigações do empregador:

I - prestar ao empregado e à instituição consignatária, mediante solicitação formal do primeiro, as informações necessárias para a contratação da operação de crédito ou arrendamento mercantil;

II - tornar disponíveis aos empregados, bem como às respectivas entidades sindicais, as informações referentes aos custos referidos no § 2º deste artigo; e

III - efetuar os descontos autorizados pelo empregado em folha de pagamento e repassar o valor à instituição consignatária na forma e no prazo previstos em regulamento.

§ 1º É vedado ao empregador impor ao mutuário e à instituição consignatária escolhida pelo empregado qualquer condição que não esteja prevista nesta Lei ou em seu regulamento para a efetivação do contrato e a implementação dos descontos autorizados.

§ 2º Observado o disposto em regulamento e nos casos nele admitidos, é facultado ao empregador descontar na folha de pagamento do mutuário os custos operacionais decorrentes da realização da operação objeto desta Lei.

§ 3º Cabe ao empregador informar, no demonstrativo de rendimentos do empregado, de forma discriminada, o valor do desconto mensal decorrente de cada operação de empréstimo, financiamento ou arrendamento, bem como os custos operacionais referidos no § 2º deste artigo.

§ 4º Os descontos autorizados na forma desta Lei e seu regulamento terão preferência sobre outros descontos da mesma natureza que venham a ser autorizados posteriormente.

Art. 4º A concessão de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil será feita a critério da instituição consignatária, sendo os valores e demais condições objeto de livre negociação entre ela e o mutuário, observadas as demais disposições desta Lei e seu regulamento. [...]

§ 4º Para a realização das operações referidas nesta Lei, é assegurado ao empregado o direito de optar por instituição consignatária que tenha firmado acordo com o empregador, com sua entidade sindical, ou qualquer outra instituição consignatária de sua livre escolha, ficando o empregador obrigado a proceder aos descontos e repasses por ele contratados e autorizados.

Não há como concluir, como querem os réus, que no âmbito dos trabalhadores celetistas existiriam direito à livre concorrência e à livre escolha da

instituição financeira pelo beneficiário, mas que, no âmbito do funcionalismo público, tais direitos não existem. Quanto aos direitos dos consumidores, o CDC esclarece de modo expresso que o poder público também deve respeitá-los (art. 22, *caput* e parágrafo único). Quanto à livre concorrência, a Constituição Federal a garante na atividade econômica em geral (arts. 173 e 174), ressalvados os casos de monopólio, constitucionalmente previstos, cabendo destacar que a CEF não é detentora de qualquer deles, tratando-se de empresa pública sujeita, no âmbito do fornecimento de crédito à população, ao regime de direito privado, não podendo gozar de privilégios não extensivos aos demais concorrentes privados (art. 173, § 2.º).

- Da Eficácia Subjetiva 'Erga Omnes' desta Sentença

Como antes esclarecido nesta sentença, o art. 47 da Lei n. 12.259/2011 torna esta ação uma ação coletiva 'lato sensu', em que um substituto processual (prejudicado), por expressa disposição legal, defende, em nome próprio, beneficiando inúmeros substituídos - os servidores do Município de Xanxerê/SC -, direitos individuais homogêneos - o direito de contratarem empréstimos consignados com as instituições financeiras de sua livre escolha -, obtendo a '*cessação de prática que constitui infração da ordem econômica*'. Reporto-me às considerações antes expendidas quanto à legitimidade ativa:

Não fosse o bastante, do ponto de vista concorrencial, a novel Lei n. 12.529/2011 prevê, de modo expresso (art. 47), a legitimidade do terceiro prejudicado, por si (em nome próprio) ou por terceiros - os substitutos processuais da coletividade (CDC, art. 82) -, para ingressar em juízo em defesa de direitos individuais ou individuais homogêneos, questionando práticas lesivas à concorrência e caracterizadoras de infração à ordem econômica. Note-se:

*Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais **ou individuais homogêneos**, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.*

Trata-se de hipótese de legitimação (ativa) extraordinária do prejudicado, pessoa física ou jurídica, para defender, em nome próprio, direito alheio (a liberdade individual de cada um dos servidores da municipalidade para contratarem empréstimos consignados com as instituições financeiras se sua livre escolha), situação esta em que a regra geral de legitimidade ativa, prevista no art. 6.º do CPC, cede, por força de previsão legal expressa ('Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei'), no caso existente (Lei n. 12.529/2011, art. 47).

Portanto, esclareço que cada servidor do Município de Xanxerê estará sendo favorecido pela eficácia desta sentença, pouco importa que não tenha participado, em nome próprio, desta relação processual. A sentença produzirá eficácia *erga omnes*, beneficiando cada um dos prejudicados, nos termos da Lei n. 8.078/90, cujos dispositivos regem o processo coletivo brasileiro até que sobrevenha o advento do Código Brasileiro de Processos Coletivos,

atualmente em tramitação no âmbito do Congresso Nacional. Citem-se os seguintes dispositivos do CDC:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...]

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

- Do Deferimento de Antecipação de Tutela

Requeru a parte autora o deferimento de antecipação de tutela, que inicialmente foi indeferida. Uma vez sentenciada esta ação, observo a demonstração de verossimilhança (*fumus boni iuris*), conforme a fundamentação exposta, e de urgência (*periculum in mora*), uma vez que tanto a parte autora quanto os servidores substituídos são, a cada dia, impedidos de exercerem seus direitos, seja o direito ao trabalho, mediante intermediação de propostas, seja o direito de contrair empréstimos perante a instituição financeira de sua livre escolha. Ambas as situações geram prejuízos irreparáveis.

Diante da necessidade de fixar um prazo razoável para que o Município possa adaptar seu funcionamento aos termos desta sentença, de um lado; e, de outro, diante da prudência de conferir um prazo que viabilize a busca, pelos réus, junto ao TRF-4, da eventual suspensão dos efeitos desta sentença até julgamento definitivo do apelo por aquela Corte Federal, fixo para cumprimento o prazo de 90 (noventa) dias a contar da intimação dos réus em relação a esta sentença.

Para que incida multa por descumprimento de obrigação de fazer e não fazer, é necessária a prévia intimação pessoal do devedor (Súmula n. 410 do STJ). Nesse sentido, saliento às partes réus que, em se tratando de processo eletrônico, como no caso, 'as citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais'. Portanto, não serão expedidos mandados de intimação, bastando para legitimar a incidência da multa a intimação que será efetuada por meio do sistema de processo eletrônico (*e-proc V.2*).

- Da Fixação de Medidas Coercitivas para Cumprimento

Segundo o CPC (art. 461) e o CDC (art. 84, § 3.º), o magistrado deve fixar multa para garantir o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer. Neste sentido, fixo contra o Município de Xanxerê multa de R\$ 100,00, que incidirá em relação a cada tentativa frustrada de registro de operação de consignação em folha de pagamento decorrente de empréstimos bancários contraídos perante instituições financeiras diversas da CEF.

Por se tratar de multa que objetiva proteger interesse difuso de toda a coletividade (livre concorrência), o seu valor, após liquidado e executado, reverterá em favor do fundo de direitos difusos, e não da parte autora, nos termos do art. 100, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90 e do art. 13 da Lei n. 7.347/85.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido veiculado na petição inicial, declarando extinta a relação processual, com resolução de mérito (CPC, art. 269, inciso I), para o efeito de:

a) DECLARAR, com eficácia *erga omnes* (CDC, art. 103, inciso III), a nulidade da cláusula prevista na alínea 'g' do item I do contrato n. 0114/2009, celebrado entre o Município de Xanxerê e a Caixa Econômica Federal, por violação ao princípio da *livre concorrência* e ao direito do consumidor à *liberdade de escolha*.

b) DETERMINAR ao Município de Xanxerê que se abstenha de obstar o registro de operações de crédito consignado em folha de pagamento, fundado na cláusula contratual acima referida, no prazo de 90 (noventa) dias a contar de sua intimação, sob pena de multa de R\$ 100,00, que incidirá em relação a cada tentativa de registro da consignação em folha de pagamento de empréstimos bancários contraídos perante instituições financeiras diversas da CEF.

c) CONDENAR os requeridos, proporcionalmente, à razão de metade dos valores para cada um (CPC, art. 23), ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, que arbitro - considerando o nível de complexidade jurídica da demanda, o valor da causa, a inexistência de condenação pecuniária e as demais vetoriais previstas em Lei (CPC, art. 20, §§ 3.º e 4.º) - em **R\$ 3.000,00**.

IV - DISPOSIÇÕES FINAIS

Submeto esta sentença a reexame necessário, dada a sua iliquidez (*REsp 1.101.727/PR*), por ser vencido o Município (*CPC, art. 475, §§ 1.º e 2.º*) e porque o conteúdo econômico da demanda é superior a 60 (sessenta) salários mínimos.

Sentença publicada e registrada eletronicamente.

Intimem-se as partes e interessados.

Havendo interposição tempestiva de recurso por qualquer das partes, estando presentes os demais requisitos para a sua admissibilidade, dou-o(s) por recebido(s) no(s) efeito(s) previsto(s) no artigo 520 do Código de Processo Civil, ou seja, no **efeito meramente devolutivo** (art. 520, inciso VII). Intime(m)-se para contrarrazões. Decorrido o prazo, determino a remessa dos autos ao TRF da 4.^a Região.

Chapecó, 19 de outubro de 2012.

Guilherme Gehlen Walcher
Juiz Federal Substituto na Titularidade Plena

Documento eletrônico assinado por **Guilherme Gehlen Walcher, Juiz Federal Substituto na Titularidade Plena**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfsc.jus.br/gedpro/verifica/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **4772894v56** e, se solicitado, do código CRC **2944BBA1**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Guilherme Gehlen Walcher

Data e Hora: 19/10/2012 17:59