

Petição 1598/2020-BCB/PGBC

Contestação apresentada em ação popular pela Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), na qual o Banco Central do Brasil (BCB) defende a legalidade dos atos administrativos praticados por ele e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que autorizaram a aquisição, pelo Grupo Itaú Unibanco (por meio de suas controladas Itaú Unibanco S.A. e Itaú Corretora de Valores S.A.), do segmento de negócios de varejo do Banco Citibank.

Roberto Rodrigues Pandeló

Procurador-Chefe do Banco Central, substituto

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

Subprocurador-Geral

Flavio José Roman

Procurador-Geral Adjunto

Cristiano Cozer

Procurador-Geral

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 2ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO.

AÇÃO POPULAR Nº: 5015698-08.2019.4.03.6100
AUTOR: ROBERTO VIEIRA MACHADO
RÉUS: BANCO CENTRAL DO BRASIL E OUTROS

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, com sede em Brasília e Procuradoria Regional em São Paulo, no endereço indicado no rodapé, seu **ex-Presidente Ilan Goldfajn**, seus **ex-Diretores Carlos Viana de Carvalho, Isaac Sidney Menezes Ferreira, Reynaldo Le Grazie, Sidnei Corrêa Marques e Tiago Couto Berriel** e os **diretores Maurício Costa de Moura, Otávio Ribeiro Damaso e Paulo Sérgio Neves de Souza**, que ainda integram a Diretoria Colegiada do Banco Central, todos já devidamente qualificados nesta ação, vêm respeitosamente perante Vossa Excelência, por seus procuradores adiante firmados (art. 17, inciso I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 9º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e art. 22, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995), dentro do prazo legal, apresentar **CONTESTAÇÃO** ao pedido constante da inicial, com fundamento nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I - DOS FATOS

2. Trata-se de ação popular ajuizada por Roberto Vieira Machado contra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e seus Conselheiros Administrativos, o Banco Central do Brasil (BCB), seu ex-Presidente, ex-Diretores e Diretores, e as instituições financeiras Itaú Unibanco S.A. e Citibank S.A., visando à declaração de nulidade dos atos administrativos praticados pelo CADE e pelo BCB que autorizaram a aquisição, pelo Grupo Itaú Unibanco (por meio de suas controladas Itaú Unibanco S.A. e Itaú Corretora de Valores S.A.), do segmento de negócios de varejo (vale dizer, negócios voltados a pessoas físicas e, em menor grau, a pessoas jurídicas de pequeno porte, que recebem o mesmo tratamento dado às pessoas físicas) do Banco Citibank.

3. O autor alega que o CADE cometeu ilegalidade ao autorizar a aquisição, pelo Grupo Itaú Unibanco, do segmento de negócios de varejo do Citibank, impondo-lhes condições “*decorrentes de obrigação legal*”, e que o BCB, em “*cumprimento às obrigações legais*”, ao examinar a questão, também teria cometido ilegalidade ao não se opor à suposta concentração econômica, motivo pelo qual

pleiteou liminarmente a suspensão dos efeitos dos referidos atos administrativos e, ao final, a declaração de sua nulidade.

4. Para tanto, o autor afirma – e simplesmente afirma, eis que não comprova – que a autorização teria gerado concentração econômica lesiva ao patrimônio público material e imaterial e à moralidade administrativa; bem como violaria o princípio republicano, vez que centralizaria a atividade bancária em poucas instituições, impedindo a democratização do serviço bancário que depende de autorização pública, inviabilizando a livre concorrência, o que geraria custos à população e ao próprio Estado.

5. A tese do autor popular é simplista – para não dizer simplória –, baseada em claro sofisma: alega que o sistema financeiro nacional seria extremamente concentrado, que o CADE e o BCB teriam autorizado ato de concentração bancária e que, em consequência, teria havido ofensa aos princípios da livre concorrência. Mas a conclusão não decorre das premissas lançadas, pois não se desincumbiu o autor de demonstrar que o Grupo Itaú teria passado a exercer domínio sobre o mercado relevante que pudesse caracterizar abuso concorrencial.

6. Especificamente com relação ao BCB, alega que a ilegalidade teria consistido na violação do “*dever de só conceder definitivamente a autorização se atendido ao interesse público*” e “*constatada a não ocorrência de abuso concorrencial*”.

7. Este r. Juízo, acertadamente, negou o pedido liminar, sob o fundamento de que não vislumbrou, “*de plano, a existência de ilegalidade ou inconstitucionalidade que justifique a atuação do Poder Judiciário contra o ato administrativo questionado*”, tendo ainda afirmado que, “*nessa análise inicial e perfunctória, não há suporte probatório suficiente apto a embasar as alegações de que houve dano ao patrimônio público pela autorização da concentração econômica entre instituições financeiras que, ao que se indica tramitaram, dentro dos termos legais para aprovação da operação*”.

8. A denegação da liminar deve ser mantida até final decisão de **improcedência**, pelas razões que serão aduzidas a seguir.

II - DA TEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO

9. Dispõe o art. 7º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, que a contestação deve ser apresentada em 20 (vinte) dias, “*prorrogáveis por mais 20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório de mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital*”.

10. Com a vigência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil – CPC), os prazos processuais passaram a ser contados em dias úteis, nos termos do art. 219. A juntada aos autos do último mandado de citação cumprido ainda não aconteceu, pois o autor apenas recentemente ofereceu endereço válido para a citação do réu Ilan Goldfajn. Logo, é tempestiva a presente contestação, pois sequer iniciado o prazo para contestação (consoante o disposto no art. 231, § 1º, do CPC).

III - REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO EX-PRESIDENTE, DOS EX-DIRETORES E DOS ATUAIS DIRETORES DO BANCO CENTRAL

11. Cumpre esclarecer que o autor pretende anular ato do BCB, consistente na aprovação da aquisição do segmento de operações de varejo do Citibank pelo Itaú Unibanco, o qual foi legitimamente praticado pela Diretoria Colegiada da Autarquia, então composta pelo Presidente Ilan Goldfajn e pelos Diretores Carlos Viana de Carvalho, Isaac Sidney Menezes Ferreira, Maurício Costa de Moura, Otávio Ribeiro Damaso, Paulo Sérgio Neves de Souza, Reinaldo Le Grazie, Sidnei Corrêa Marques e Tiago Couto Berriel, durante período em que todos exerciam, de forma regular, as funções públicas nesta Autarquia Federal.

12. Em razão disso, a Procuradoria-Geral do Banco Central, com fundamento no *caput* e no § 1º do art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995, conta com autorização legal para defender não apenas a Autarquia Federal, como também os integrantes e ex-integrantes da Diretoria Colegiada, pois estavam investidos no exercício de suas atribuições constitucionais, legais e regulamentares, quando aprovaram a aquisição das operações entre as referidas instituições financeiras.

13. O dispositivo legal mencionado outorga à Procuradoria-Geral do Banco Central, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, capacidade postulatória para defender em juízo titulares de cargo efetivo ou de natureza especial da Autarquia, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições legais ou regulamentares, no interesse público, como no caso. A defesa judicial dos membros e ex-membros da Diretoria Colegiada pela Procuradoria-Geral do Banco Central, na presente ação, foi autorizada pelo Voto 254/2019-BCB, de 28 de novembro de 2019, da atual Diretoria Colegiada (documento anexo), demonstrando-se, assim, a regularidade da representação processual de todos os réus.

IV - INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR

14. O art. 22 da Lei nº 4.717, de 1965, determina: “*aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie dispositivos da referida lei, nem a natureza específica da ação*”. Em consequência, aplicando-se subsidiariamente o inciso III do art. 319 do Código Processual, que elenca os requisitos obrigatórios de qualquer petição inicial, há necessidade de se demonstrar “*o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*”.

15. Em verdade, o CPC exige que o autor exponha o fato jurídico (causa de pedir remota) e a relação jurídica que dele emana (causa de pedir próxima). Assim, especificamente em ação popular, o autor teria de apontar e provar os fatos que dariam causa à “ilegalidade” e demonstrar também, com base em fatos e provas, que tal ilegalidade é qualificada por sua “lesividade”.

16. Portanto, o binômio “ilegalidade-lesividade” é de fundamental importância numa ação popular para se estabelecer a causa de pedir da demanda, porque decorre do próprio art. 1º da Lei nº 4.717, de 1965, que explicita “*qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União*” (grifou-se). Em outras palavras, a lei exige

a indicação e comprovação da ilegalidade do ato de forma concomitante com a lesividade, para justificar sua nulidade ou anulação.

17. A referida Lei, inclusive, foi recepcionada pelo art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição, dispositivo este que reforçou a presença do binômio, regendo que “*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*”.

18. Assim, a causa de pedir consiste basicamente na demonstração dos dois requisitos próprios da ação popular, ou seja, a demonstração concomitante da ilegalidade, supostamente praticada pelo BCB, por meio de sua Diretoria Colegiada, e da alegada lesividade do ato, as quais não restaram explicitadas na exordial. Em verdade, o autor se limitou a afirmar, de forma genérica, seu ponto de vista pessoal e particular sobre a aprovação da aquisição de segmento dos serviços bancários de uma instituição financeira por outra, sem apontar de forma efetiva qual seria a ilegalidade praticada por este Ente Público, por meio de sua Diretoria Colegiada.

19. De fato, seus argumentos não apontam especificamente quais dispositivos legais teriam sido infringidos, sendo certo que alega tão somente que tal ato não teria atendido ao interesse público, com remissão ao art. 10, inciso X e alíneas, da Lei nº 4.595, de 1964; justamente o dispositivo legal que estabelece a competência privativa do BCB de conceder autorização para que as instituições financeiras funcionem, sejam transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, alienadas ou tenham seu controle acionário transferido.¹

20. Ora, foi com base em tais dispositivos legais e nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional que o BCB, exercendo a competência determinada em lei, apreciou tecnicamente os requisitos para autorizar o ato de concentração, tal como dispõe o § 1º do art. 10 da referida Lei: “*No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX [rectius, inciso X]² deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público*”.

21. Ademais, compete ao BCB regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo eventuais abusos com a aplicação de pena, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964. Nesse aspecto, cumpre ressaltar que o autor, ao citar os dispositivos legais que autorizaram a atuação do BCB, nada mais fez do que demonstrar que, por meio de sua Diretoria Colegiada, a decisão foi pautada pela estrita observância do princípio da legalidade.

22. Basta a leitura da inicial para verificar que o autor não demonstra qualquer ilegalidade passível de nulidade praticada pelo BCB. Senão, veja-se o que ele argumenta para justificar o ato como ilegal, o que faz em apenas um parágrafo, indicado como item 5.2. Toda a argumentação contra o BCB reduz-se ao seguinte:

¹ “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País; b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior; c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários; e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento; f) alterar seus estatutos; e g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.”

² Os incisos do art. 10 da Lei nº 4.595, de 1964, foram renumerados pelo art. 19 da Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, de modo que a referência ao anterior inciso IX deve agora ser lida como remissão ao inciso X.

“De outra parte, devendo o sistema financeiro nacional servir aos interesses da coletividade, nos termos do artigo 192, da CF, a aprovação da referida operação pelo CADE não poderia subtrair, como não subtraiu, do Banco Central o dever de só conceder definitivamente tal autorização se atendido o interesse público (Lei 4.595/64, art. 10, X, ‘a’, ‘c’ e ‘g’ e §1º.) e constatada a não ocorrência de abuso concorrencial (Lei 4595/64, art.18 e §2º.). E não foi o que sucedeu na hipótese, como demonstrado.”

23. Não houve, portanto, qualquer demonstração de ilegalidade do ato.

24. Ora, ausente a demonstração da ilegalidade ou mesmo a descrição da conduta ilegal praticada pelos agentes públicos na petição inicial, inegável que falta requisito processual, consistente nos fundamentos jurídicos para o pedido do autor, ensejando a extinção da ação popular sem resolução do mérito, com amparo no art. 330, inciso I e § 1º, inciso I, do CPC, combinado com o art. 7º, *caput*, da Lei nº 4.717, de 1965.

25. Inclusive, nesse aspecto, o autor se torna até contraditório ao reconhecer, no item 3.2.2 da exordial, que o BCB, “*em cumprimento às atribuições legais, ao examinar a questão, resolveu, por votação unânime de sua Diretoria Colegiada, em sessão de agosto de 2017, aprová-la*”. Ora, a citação dos artigos que amparam a atuação do BCB não faz prova da ilegalidade, mas, ao contrário, prova que esta Autarquia atuou dentro dos parâmetros legais.

26. Cumpre destacar que a simples alegação genérica de que o ato foi ilegal, sem os fundamentos jurídicos que embasam a argumentação da ilegalidade, gera prejuízo ao exercício da ampla defesa por parte desta Autarquia, equivalendo a denúncia genérica. Em verdade, a Constituição Federal tem como princípio tutelar a ampla defesa, não a acusação genérica e kafkiana.

27. Neste sentido, inclusive, a Terceira Turma do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu o seguinte acórdão:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. INÉPCIA DA INICIAL. PEDIDO GENÉRICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA ILEGALIDADE E DA LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. 1. É inepta a inicial de Ação Popular em que não caracterizados os pressupostos da ação, vale dizer, a ilegalidade e a lesividade ao patrimônio público. 2. A inicial, vertendo pedido tendente à anulação de atos praticados em licitações públicas e desvios de verbas orçamentárias, com condenação dos responsáveis, deputados, senadores, entidades diversas, inclusive filantrópicas, empresas e hospitais, que teriam praticado atos lesivos à moral e ao patrimônio público, em épocas, locais e condições totalmente diversas, sem conter maiores detalhamentos sobre a ilegalidade e a lesividade ao patrimônio público, tampouco quanto à especificação de atos e contratos inquinados, individualização de implicados e o montante do prejuízo ao patrimônio público, é flagrantemente inepta.” (TRF4, REO 94.04.37057-6, TERCEIRA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, DJ 11/11/1998, grifou-se).

28. Ademais, uma vez que não foi indicada na exordial qual seria a ilegalidade praticada pelo BCB, por meio de seus agentes públicos, a suposta lesão não deveria ser assim considerada, na medida em que, mesmo se comprovada – o que não ocorreu –, adviria de ato legítimo. Segundo Teori Albino Zavascki:

“Se o ato é legítimo, a ‘lesão’ que ele causa não pode ser considerada, juridicamente, uma lesão. Se o fosse, seria uma lesão ‘legítima’, e, como tal, insuscetível de ser desfeita.

Com efeito, nem todos os atos que provocam redução no patrimônio público ou de terceiro são, só por isso, nulos ou anuláveis. A cobrança de um tributo, por exemplo, importa invasão coativa no patrimônio do contribuinte, causando-lhe uma redução patrimonial. Mas essa circunstância de fato não acarreta necessariamente a invalidação do ato, não podendo, juridicamente, ser qualificado como ‘lesão’. Tenha-se presente que a nulidade é uma sanção jurídica, e, como tal, opera em plano exclusivamente jurídico, pois decorre (= tem como causa necessária) da injuridicidade (= ilegitimidade, ilegalidade) do ato, e não dos efeitos materiais que ele acarreta. Sob essa ótica, é evidente que o ato legítimo não pode ser anulado, nem por ação popular nem por qualquer outra ação.

É preciso considerar, nessa discussão, que, ao submeter certos atos a invalidação por via de ação popular, o legislador certamente não quis ampliar as causas de nulidade de tais atos, matéria, aliás, estranha ao direito processual. Pelo contrário, resulta clara do texto normativo a intenção do legislador de selecionar certos atos (e selecionar importa reduzir o número) que, por estarem revestidos de uma característica especial e adicional em relação aos demais atos nulos ou anuláveis (= a sua lesividade), ficaram, portanto, modificadas em virtude dessa seleção, que tem caráter eminentemente processual.

A conclusão a que se chega é, em suma, esta: somente atos ilegítimos e não suscetíveis de convalidação é que podem ser anulados; e somente podem ser anulados por ação popular os atos que, além de ilegítimos, sejam também lesivos aos bens e valores enunciados no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição.”³

29. Por outro lado, ainda que se argumente que não é necessária a demonstração da ilegalidade (o que não é verdade, pois decorre do próprio texto da Lei nº 4.717, de 1965, como já mencionado) e que bastaria trazer argumentos sobre possível lesividade pública, notadamente no caso de suposta violação à moralidade, as alegações de lesividade constantes na exordial também não se sustentam, porque baseadas em perspectiva pessoal e simplista e em suposições. Definitivamente, não é verdade que o ato de aprovação do BCB tenha sido lesivo ao patrimônio material, imaterial e à moralidade, mas essas questões serão devidamente abordadas com relação ao mérito.

30. Enfim, ainda que se considere, na perspectiva definida pelo Supremo Tribunal Federal, que é dispensável a demonstração de “prejuízo material aos cofres públicos”,⁴ o autor popular deve se desincumbir de demonstrar a violação ao patrimônio imaterial da Administração, seja ele moral, cultural ou histórico do Estado. E, de fato, o autor não demonstrou nenhuma espécie de lesão, seja ao patrimônio material ou imaterial da Administração.

31. Diante de todo o exposto, o BCB, seus dirigentes e ex-dirigentes requerem a extinção da ação popular, porque é inepta a petição inicial, vez que não foram explicitados os fundamentos jurídicos para o pedido do autor, a embasar a alegação da ilegalidade, com fundamento no art. 330, inciso I e § 1º, inciso I, do CPC.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. págs. 95 e 96.

⁴ Cf. Tema 836 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, no qual se fixou a seguinte tese: “Não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe.”

V - INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR – NÃO CARACTERIZAÇÃO DA ALEGADA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

32. Uma simples leitura da exordial, como já dito, deixa claro, para além de qualquer dúvida razoável, que o autor não aponta de que maneira os agentes e entes públicos teriam desrespeitado normas de conduta, quais normas teriam sido violadas, nem fornece indícios ou provas mínimas que deem suporte à alegada lesividade ao patrimônio público.

33. Não bastasse isso, o autor também deixa de apresentar, em suporte a sua alegação de violação à moralidade administrativa, qualquer demonstração de culpa ou dolo dos agentes públicos, requisitos entendidos pelo Superior Tribunal de Justiça como indispensáveis para o reconhecimento de improbidade.

34. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *“a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.”* (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011).⁵

35. É, portanto, indispensável que se demonstre o elemento subjetivo, para que a conduta supostamente ilegal se configure como ato de improbidade administrativa. No entanto, não houve qualquer referência sequer a indícios de culpa ou dolo na prática do ato que se quer invalidar.

36. Repita-se que as alegações genéricas de violação à moralidade, na verdade, externam apenas insatisfação pessoal e não podem ter o condão de ensejar responsabilidade de nenhum órgão ou agente público, se não demonstrado o elemento subjetivo caracterizador da improbidade, motivo pelo qual, por mais esta razão, a petição inicial deve ser considerada inepta, devendo a lide ser julgada sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso I, cc. o art. 330, ambos do CPC.

VI - DO PEDIDO DE ACESSO AO VOTO 230/2017-BCB

37. O autor postula, na petição inicial, acesso ao inteiro teor do Voto 230/2017-BCB. Cumpre destacar, sobre o assunto, que o referido Voto (cuja cópia segue anexada à presente contestação), pode ser acessado no sítio eletrônico do BCB na internet.⁶ Contudo, a versão posta em transparência ativa (ora juntada aos presentes autos) contém tarjas sobre informações encobertas por sigilo empresarial, cuja divulgação poderia representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, nos termos dos art. 6º, inciso III, e 22 da Lei nº 12.527, e dos art. 5º, § 2º, e 6º, inciso I, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

⁵ Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014.

⁶ Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/ACC/Voto_230_2017-BCB.pdf. Acesso em: 26 mar. 2020.

38. A Lei 12.527, de 2011, que regulamenta o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, foi clara ao dispor que:

“Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

(...)

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

(...)

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.”

39. Observe-se que, para instrução de pleitos de concentração econômica, as instituições supervisionadas devem apresentar a esta Autarquia, entre outros, os documentos relacionados no art. 2º da Circular BCB nº 3.590, de 26 de abril de 2012,⁷ inclusive “o detalhamento da natureza, das características e dos objetivos estratégicos da operação” (inciso III), a “descrição fundamentada do desempenho econômico e financeiro das instituições envolvidas, nos respectivos segmentos do mercado financeiro em que atuam” (inciso IV) e a exposição dos fatores que motivaram a operação (inciso VII). Tais informações não se sujeitam às disposições de transparência contidas no Decreto nº 7.724, de 2012, consoante o disposto em seu art. 5º, § 2º, pois sua divulgação pode representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

40. O Voto 230/2017-BCB foi responsável por examinar a aquisição das operações de varejo do conglomerado Citibank pelo conglomerado Itaú Unibanco, bem como por analisar os aspectos societários, de concentração e de concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional relativos à referida aquisição, nos termos da Resolução CMN nº 4.122, de 2 de agosto de 2012,⁸ e da Circular nº 3.590, de 2012. O referido Voto contém informações que não podem ser divulgadas publicamente, na forma da legislação aplicável ao assunto. Somente com a ocultação de diversos de seus itens e anexos tornou-se viável sua colocação em transparência ativa, logrando o BCB, por essa via, conjugar o maior grau de transparência para sua decisão com o devido cuidado quanto às informações sujeitas a sigilo legal.

41. Caso, entretanto, V. Exa. julgue ser necessária a juntada aos presentes autos do inteiro teor, sem tarjas, do Voto 230/2017-BCB, permite-se esta Autarquia sugerir ao eminente juízo avaliar a necessidade de tramitação do presente feito em segredo de justiça, na forma do art. 189, inciso III, do CPC.

⁷ Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>.

⁸ Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>.

MÉRITO

VII – METODOLOGIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

42. A metodologia para análise de atos de concentração no âmbito do BCB está descrita no Guia para Análise de Atos de Concentração Envolvendo Instituições Financeiras (Guia), que foi divulgado pelo Comunicado nº 22.366, de 27 de abril de 2012. O mencionado Guia detalha todas as etapas utilizadas na análise, assim como apresenta os principais indicadores de concentração a serem utilizados pela área técnica desta Autarquia.

43. Na Etapa I, torna-se necessário delimitar o ambiente concorrencial no qual as instituições financeiras estão envolvidas. É nesse momento que ocorre a definição dos mercados relevantes afetados pelo ato de concentração. Tais mercados compreendem a dimensão produto e a dimensão geográfica.

44. Quando se avalia o mercado relevante na dimensão produto, procura-se estabelecer os eventuais substitutos dos produtos⁹ oferecidos pelas empresas, caso ocorra aumento **pequeno, porém** significativo e não transitório de preços nos produtos das empresas. Todos os bens substitutos nessas condições pertencem, por definição, ao mesmo mercado relevante.

45. A avaliação do mercado relevante na dimensão geográfica tem por objetivo determinar o espaço geográfico de disputa entre os concorrentes. Com base nas características dos produtos alvos da disputa entre os concorrentes, é razoável supor que os clientes procurem instituições financeiras localizadas em algumas localidades próximas (mercado municipal) ou utilizem meios eletrônicos para ter acesso às instituições financeiras por via remota (mercado nacional). Assim, definidos os produtos rivais e o espaço geográfico da rivalidade, a questão é saber o grau de poder de mercado que as instituições financeiras mantêm sobre determinados mercados relevantes.

46. Na etapa II, uma vez definidos os mercados relevantes nos quais atuam as instituições financeiras, determina-se a parcela de mercado das instituições financeiras requerentes e dos demais concorrentes. Normalmente, os atos de concentração que não resultarem em controle expressivo de parcela de mercado (inferior a 20%) não apresentam preocupações concorrenciais. Existem vários indicadores para se avaliar o nível de concentração de determinado mercado relevante, sendo um dos mais representativos a participação de mercado (market share). Outros indicadores de grande

⁹ Bens substitutos são aqueles que podem ser consumidos em substituição a outro. Esse conceito permite prever o comportamento do consumidor frente a alterações do mercado (oferta, preço e demanda). Em outras palavras, sabe-se que o aumento de preços de um bem leva a uma maior demanda por seus bens substitutos, vez que, na escolha entre dois bens substitutos, o consumidor tem preferência pelo consumo daquele com o menor preço.

relevância como, por exemplo, o Índice Hirschman-Herfindahl (IHH)¹⁰ e o Índice de Dominância (ID)¹¹ também são avaliados.

47. Na etapa III são avaliados somente os atos de concentração que ocasionam participação de mercado expressiva (igual ou acima de 20%) e, conseqüentemente, possibilitam o aumento da probabilidade de exercer poder de mercado por parte do adquirente. É importante destacar que, mesmo detendo controle de parte expressiva de um mercado, a instituição financeira pode não conseguir exercer efetivamente seu poder de mercado, já que o nível de rivalidade remanescente nesse mercado pode ser elevado. Afinal, pode ocorrer a entrada de novos concorrentes de maneira tempestiva (em até dois anos) e suficiente (em quantidade suficiente para gerar aumento no nível de rivalidade no mercado).

48. Se o nível de rivalidade remanescente for adequado e a entrada de novos concorrentes for provável, o ato de concentração tende a ser aprovado na etapa III, uma vez que, apesar de permitir o incremento do nível de concentração, o efetivo exercício do poder de mercado resultante provavelmente não será factível. Em síntese, nessa etapa avalia-se a contestabilidade do poder de mercado da instituição, resultante do ato de concentração vis-à-vis a presença e a ação de concorrentes já operando no mercado ou mediante a entrada tempestiva de novos.

49. Na etapa IV ocorre o exame das eficiências econômicas geradas pelo ato de concentração. Essas eficiências permitem a redução de custos e os aumentos de receitas por parte das instituições financeiras requerentes. Se as eficiências geradas forem elevadas, a probabilidade de ocorrerem aumentos de taxas e de tarifas tende a ser menor, uma vez que a instituição financeira resultante do ato de concentração terá condições de aumentar o seu lucro via elevação de receitas e reduções de custos (ganhos de produtividade), sem precisar aumentar preços.

50. Por fim, na etapa V é realizada a avaliação entre custos e benefícios derivados da concentração, podendo ser realizadas avaliações qualitativas e, quando tecnicamente possível, quantitativas.

51. É de grande importância destacar que a metodologia para análise de atos de concentração utilizada pelo BCB está consagrada em nível internacional, sendo similar àquela utilizada tanto nos Estados Unidos como na União Europeia. No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) também utiliza a mesma metodologia, ou seja, análise em etapas, conforme a complexidade de cada ato de concentração.

¹⁰ O IHH é indicador utilizado por agências antitruste nacionais e internacionais para mensurar o nível de concentração no mercado relevante proporcionado por todos os competidores nesse mercado. Consiste na soma dos quadrados das participações individuais das instituições financeiras no mercado relevante. Segundo o Guia para Análise de Atos de Concentração, o IHH abaixo de 1.000 indica que o mercado é considerado de baixa concentração; no intervalo de IHH entre 1.000 e 1.800, o mercado é considerado de moderada concentração; acima de 1.800 o IHH indica mercado de elevada concentração.

¹¹ O ID permite verificar se a firma resultante poderá ampliar sua competitividade em relação aos demais concorrentes. Variação positiva do ID sinaliza menor capacidade dos participantes do mercado para competir com a firma líder do mercado.

VIII – A RACIONALIDADE ECONÔMICA DO ATO DE CONCENTRAÇÃO ITAÚ UNIBANCO/CITIBANK

52. O ato de concentração Itaú Unibanco/Citibank consistiu na aquisição, pelo Conglomerado Itaú Unibanco (Itaú Unibanco), por meio de suas controladas Itaú Unibanco S.A. (Itaú Unibanco S.A.), Banco Itaucard S.A. (Itaucard), Marcep Corretagem de Seguros S.A. e Itaú Corretora de Valores S.A. (Itaú Corretora), do segmento de negócios de varejo no Brasil do Conglomerado Citibank, conduzido pelo Banco Citibank S.A. (Citibank), pela Citibank Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil (Citi Leasing), pela Citigroup Global Markets Brasil, Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S.A. (CCTVM), pela Citibank Corretora de Seguros Ltda. (Citibank Corretora de Seguros) e pela Citi Brasil Comércio e Participações Ltda. (Citi Brasil).

53. A operação sob análise gerou benefícios para os atuais clientes de varejo do Citibank, havendo eficiências decorrentes da maior capilaridade do Itaú Unibanco e da expansão da rede de atendimentos em todo o território nacional, com a consequente ampliação de acesso a diferentes cestas de produtos, bem como no que tange a acesso à estrutura tecnológica diferenciada como *mobile e internet banking*.

54. Um aspecto relevante da operação foi a possibilidade de o Itaú Unibanco ampliar sua base de clientes no segmento de alta renda do varejo, com os clientes que mantinham relacionamento estável e perene com o Citibank.

55. Para o Citibank, a venda de seus negócios de varejo no Brasil estava em consonância com o realinhamento estratégico de sua matriz (Citibank N.A.). Assim, o Citibank N.A. decidiu encerrar suas atividades bancárias no segmento de varejo em 24 países e concentrar seus esforços nos Estados Unidos, México, Ásia e Oriente Médio. Na América do Sul, o Citibank N.A. retirou-se das operações de varejo no Brasil, na Argentina, no Uruguai, no Paraguai, no Peru e anunciou sua intenção de sair das atividades de varejo na Colômbia.

56. Especificamente em relação ao Brasil, tratou-se de decisão estratégica baseada na estrutura das atividades de varejo do Citibank, seus custos operacionais, falta de rentabilidade e investimentos necessários para fortalecer as operações de varejo, de tal modo que essas atingissem nível adequado de rentabilidade.

57. Apesar de ser líder no mercado de cartão de crédito, o Itaú Unibanco não ocupava a liderança no segmento de alta renda nesse mercado. Se forem considerados os clientes com renda superior a 20 salários mínimos, na modalidade global,¹² a participação de mercado do Itaú Unibanco era de 19,5%, percentual abaixo de 20% que não indicava a possibilidade do exercício unilateral do poder de mercado. Com a aquisição dos Negócios de Varejo do Citibank, o Itaú Unibanco teria melhor condição para competir no segmento de cartão de crédito de alta renda, uma vez que passaria a deter participação de 26,7%.

¹² O cartão de crédito na modalidade global inclui as operações das modalidades rotativo, à vista mais parcelado lojista e parcelado instituição financeira.

58. Feitos esses esclarecimentos, expõem-se a seguir, em contraposição às argumentações genéricas e não comprovadas do autor popular, os critérios concretos aplicados pelo BCB na avaliação do ato de concentração.

IX – A AVALIAÇÃO DA CLÁUSULA QUINTA DO ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO REFERENTE À OPERAÇÃO ITAÚ UNIBANCO/CITIBANK

59. A alínea “a” da Cláusula Segunda do Acordo em Controle de Concentração (ACC) referente à operação Itaú Unibanco/Citibank, firmado em 21 de julho de 2014 entre o BCB e o Itaú Unibanco, vedou a aquisição, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados a partir de 13 de dezembro de 2013, de novos ativos, tangíveis ou intangíveis, representados por operações com cartões de crédito por parte do Itaú Unibanco.

60. A Cláusula Quinta do mencionado Acordo previa que, ao término do 3º (terceiro) ano, contado a partir do dia 13 de dezembro de 2013, o BCB avaliaria a necessidade de manter o pacto até o 5º (quinto) ano, mediante análise concorrencial naquela data, que levaria em conta, entre outros aspectos, a participação relativa do Conglomerado Itaú Unibanco no mercado de cartão de crédito em comparação com a participação de seus concorrentes e a evolução dessas participações ao longo desses três anos, eventuais consolidações no setor durante esse período e a adoção de novas tecnologias nesse mercado.

61. A avaliação concorrencial supramencionada foi realizada no âmbito do ato de concentração Itaú Unibanco/Citibank, tendo por objeto a previsão contida na Cláusula Quinta do ACC. Essa avaliação permitiu observar que, de março de 2012 a setembro de 2016, o Itaú Unibanco perdeu *market share* nos segmentos do mercado de cartão de crédito, fato que revelou rivalidade entre os participantes desse mercado, conforme ilustrado no Gráfico 1.

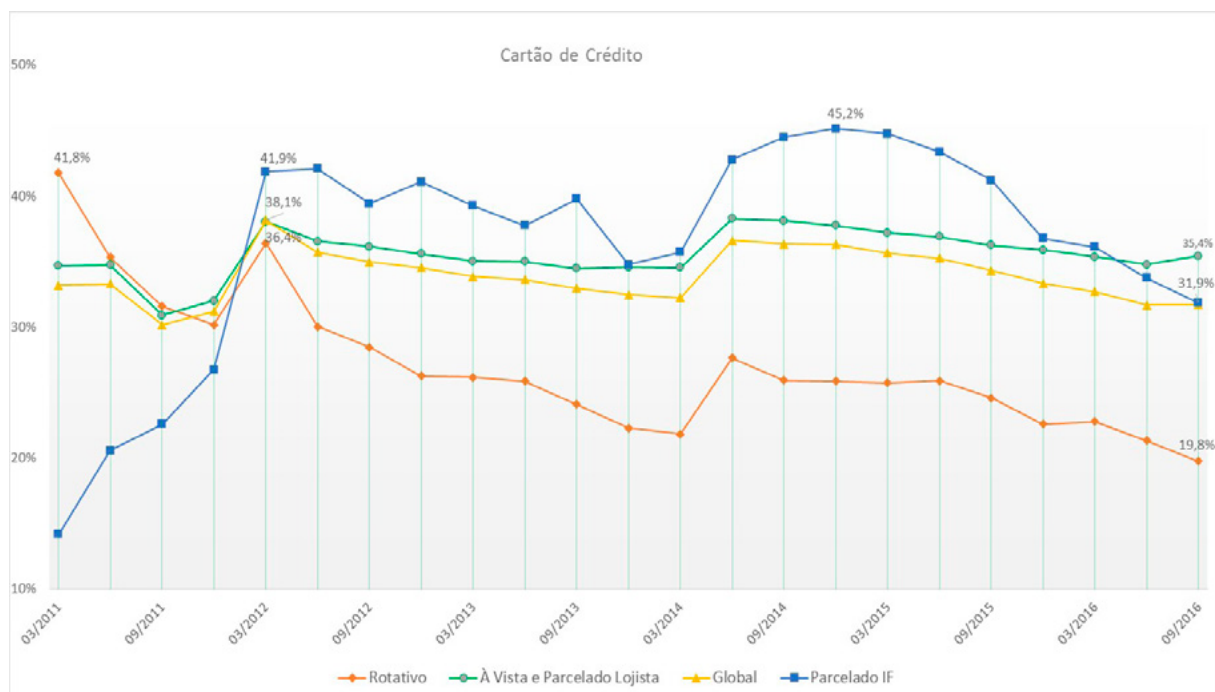


Gráfico 1 - Evolução da Participação de Mercado do Itaú Unibanco no Mercado de Cartão de Crédito – setembro de 2016
 Fonte: Sistema de Informação de Crédito (SCR).

62. De modo geral, a queda na participação de mercado (*market share*) do Itaú Unibanco nos últimos anos anteriores à operação (principalmente entre 2015 e 2016) esteve ligada ao seu menor apetite de risco, que se manifestou por meio da redução da aquisição de novas contas de cartão de crédito.¹³ Essa postura conservadora baseou-se também nas seguintes estratégias: (i) redução da carteira de clientes, (ii) portfolio mais maduro com menor propensão a financiar e (iii) queda da carteira de crédito.

63. Medida importante, por evitar que novas aquisições pudessem conduzir à ampliação de *market share* pelo Itaú Unibanco, ademais, foi a assinatura do ACC acima citado, no âmbito da operação Itaú Unibanco/Citibank.

64. Dadas as condições gerais de concorrência do mercado de cartão de crédito, que indicavam a presença de rivalidade, bem como a consistente queda de participação de mercado do Itaú Unibanco, no período de março de 2012 a setembro de 2016, conforme mostra o Gráfico 1, tornou-se plausível a manutenção da proibição de aquisição de ativos vinculados ao mercado de cartão de crédito somente até dezembro de 2016, respeitando, portanto, a hipótese prevista na Cláusula Quinta do ACC já citado, referente ao ato de concentração Itaú Unibanco/Citibank.

¹³ A instituição financeira esclareceu que, em especial nos trechos que se referem ao mercado de emissão de cartões de crédito, os termos “contra” e “conta de cartão de crédito” referem-se aos clientes desses serviços e não ao número de cartões. Isso porque é bastante frequente que o mesmo cliente possua mais de um cartão associado à mesma conta.

X – RESUMO DA ANÁLISE CONCORRENCIAL

65. Como já se disse, a tese do autor popular é simplória, baseada em claro sofisma. Segundo consta da inicial, o sistema financeiro nacional seria extremamente concentrado. Logo, qualquer ato de concentração bancária seria ofensivo aos princípios da livre concorrência.

66. Mas a conclusão de que teria havido abuso concorrencial não decorre das premissas (de resto, tampouco comprovadas) lançadas pelo autor popular, pois não se desincumbiu o autor de demonstrar que o Grupo Itaú passou a exercer domínio sobre o mercado relevante, que pudesse caracterizar abuso concorrencial.

67. Para a definição dos mercados relevantes na dimensão produto (Etapa 1), foram utilizados dados do Sistema de Informações de Crédito (SCR) e do IF.Data-Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas, na data-base setembro de 2016, mês anterior ao anúncio da operação (em 8 de outubro de 2016). Por se referirem a período anterior ao anúncio do ato de concentração, os dados mencionados, portanto, são neutros, ou seja, não se mostram “contaminados” pelas expectativas decorrentes da própria divulgação da operação.

68. O ato de concentração sob análise afetou de forma imediata e direta os mercados relevantes abaixo indicados, nos quais, como resultado da operação, houve aumento do nível de concentração: 1) cartão de crédito global (rotativo + parcelado IF + À vista e Parcelado Lojista); 2) cartão de crédito – Rotativo; 3) cartão de crédito – parcelado Instituição Financeira; 4) cartão de crédito - À vista e Parcelado Lojista; 5) crédito pessoal; 6) crédito consignado; 7) cheque especial; 8) financiamentos habitacionais; 9) conta garantida; 10) depósitos à vista; 11) depósitos a prazo; e 12) depósitos de poupança.

69. Na operação em tela, a dimensão geográfica do mercado relevante (Etapa 1) foi definida como nacional, pois o Citibank, apesar de ter atuação mais focada nas regiões Sudeste e Sul, tinha plenas condições de ofertar produtos em todo o território nacional, por meio de canais eletrônicos. Além disso, conforme será detalhado adiante, a operação em tela afetou, de forma mais acentuada, o mercado de cartão de crédito, o qual tem menor dependência em relação aos canais tradicionais de distribuição de produtos bancários, como as agências.

70. As análises das participações de mercado e dos indicadores de concentração indicaram que caberia ao BCB aprofundar a análise concorrencial, inclusive com a utilização de métodos empíricos, para verificar se o Itaú Unibanco, sozinho ou em conjunto com seus maiores concorrentes, independentemente de seu *market share*, teria condições de alterar as condições de mercado do segmento de cartão de crédito.

71. A condição necessária para se avaliar o exercício unilateral de poder de mercado (participação igual ou superior a 20%) no mercado de cartão de crédito por parte Itaú Unibanco esteve presente nos segmentos global, parcelado IF, à vista mais parcelado lojista e para os clientes de alta renda (acima de vinte salários mínimos). Por sua vez, o exercício coordenado de poder de mercado pelas quatro maiores instituições deve ser considerado se o somatório de suas participações individuais

ficar igual ou acima de 75% e a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante. No ato de concentração em tela, a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado esteve presente para os mercados cartão de crédito global e à vista mais parcelado lojista.

72. O fato de o ato de concentração em tela enquadrar-se nos critérios de concentração suficientemente alta não implicaria, necessariamente, que o adquirente, no caso o Itaú Unibanco, exerceria poder de mercado de modo a elevar abusivamente os preços ou restringir a oferta no mercado relevante. Nesse sentido, foi de grande relevância verificar se o mercado de cartão de crédito apresentava adequado nível de rivalidade (Etapa III), de modo a garantir que as instituições que nele atuavam mantivessem suficiente padrão de concorrência.

73. Uma conclusão importante foi que as condições de barreiras à entrada dificultavam a contestação, via entrantes, de eventual exercício de poder de mercado por parte do Itaú Unibanco no segmento de cartão de crédito. Assim, mostrou-se de primordial necessidade aprofundar a análise, para se verificar as condições de rivalidade desse mercado.

74. O elevado crescimento do segmento de cartões de crédito, de 13% ao ano no período de 2007 a 2016, foi considerado fator importante para explicar o grande número de agentes do mercado. Além disso, um catalisador da dinâmica de concorrência no segmento de cartão de crédito foi o incremento da base de utilização em número de cartões emitidos, transações realizadas e faturamento envolvido. Isso porque a emissão de cartões de crédito, mais do que apenas atividade lucrativa em si mesma, revelou-se como facilitador da concessão de crédito, não por coincidência a principal atividade dos emissores de cartão no Brasil.

75. A prática de *multihoming*¹⁴ refletiu a existência de elevada rivalidade no segmento de cartões de crédito em dois momentos: na contratação do cartão de crédito e em sua utilização. Portanto, considerando-se que não há restrições à emissão de cartões de crédito pelos agentes do mercado, o exercício de *multihoming* torna a rivalidade entre eles muito mais relevante e presente, pois ela se dá a cada utilização do cartão e não só quando da contratação.

76. O segmento de cartões de crédito apresentava reduzidos custos de transferência para os clientes, o que fica claramente demonstrado na elevada rotatividade de clientes. A cada ano, muitos clientes contratavam novos cartões e outros muitos cancelavam seus já existentes.¹⁵ Tal característica evidenciou sinais de elevada rivalidade no segmento.

77. Em 2017, o mercado de cartão de crédito tinha 314 instituições financeiras atuando. As instituições financeiras líderes deste mercado eram Itaú Unibanco, Bradesco, Banco do Brasil e Santander, com participação de mais de 10% cada. A Caixa Econômica Federal tinha participação de 6%.

14 O termo *multihoming* refere-se à situação em que o usuário é membro de várias plataformas. No contexto de cartões de pagamento, por exemplo, significa tanto o consumidor possuir diversos cartões, emitidos por mais de uma instituição financeira, quanto o estabelecimento comercial aceitar vários cartões.

15 O cartão de crédito pode ser cancelado a qualquer momento, mesmo que existam dívidas pendentes. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/cartao.asp#3.

78. Os conglomerados Banco do Brasil, Bradesco, Santander e a Caixa Econômica possuem canais de distribuição, tecnologia e capacidade de investimento para contestar o poder de mercado do Itaú Unibanco no segmento de cartão de crédito. As outras 309 instituições que compunham esse mercado fazem parte da chamada “franja competitiva”,¹⁶ que responde por cerca de 18% do mercado.

79. Apesar da existência de consideráveis barreiras à entrada no mercado de cartão de crédito, outras características fizeram com que o exercício coordenado fosse hipótese altamente improvável.

80. A presença de franja competitiva, com grande número de participantes, foi fator que enfraqueceu consideravelmente a possibilidade de atuação coordenada por parte das empresas líderes. Outros fatores como, por exemplo, a existência do fenômeno *multihoming* e a elevada taxa de crescimento do mercado de cartão de crédito no Brasil, desestimulavam o exercício coordenado de poder de mercado.

81. Adicionalmente, cabe registrar que, em ambiente rigidamente regulado pelo BCB, seria extremamente remota a hipótese de as instituições financeiras acordarem entendimentos comuns sobre os termos de qualquer coordenação e, em particular, poderem dispor de mecanismos críveis e efetivos para monitorar os termos de tal combinação, ainda que possível a sua adesão.

82. O processo de quantificação das eficiências econômicas (Etapa IV) baseou-se na redução das despesas operacionais e do custo matriz do Citibank, originado por diversos serviços que são realizados pela matriz do Conglomerado Citibank, voltados a manter o controle, a qualidade e a padronização dos serviços oferecidos em todas as filiais.

83. Em razão das sinergias apresentadas, as eficiências acumuladas nos dois primeiros anos representam 28,8% das despesas variáveis incorridas em um ano pelo Citibank.

84. O valor das eficiências geradas pela operação foi importante para justificar a aprovação do ato, pois, quanto maior o valor das eficiências, menor a probabilidade do exercício unilateral do poder de mercado por parte do Itaú Unibanco. Isto ocorreu pelo fato de as eficiências econômicas ocasionarem redução de custo e aumento de receita (ganhos de produtividade), diminuindo a pressão por eventual aumento nas taxas e tarifas do adquirente.

85. De modo geral, foi possível afirmar que as características fundamentais do mercado de cartão de crédito desestimulavam o exercício de poder de mercado nesse segmento, seja ele coordenado ou unilateral. Entretanto, a fim de conferir maior robustez à análise, foram utilizados métodos empíricos para se avaliar o poder de mercado da instituição adquirente e das demais empresas com maior participação.

86. A fim de melhor verificar a probabilidade do exercício do poder de mercado (unilateral e coordenado) por parte do Itaú Unibanco e Citibank no segmento de cartão de crédito, foram

¹⁶ A franja competitiva é composta por pequenos agentes que, isoladamente, não detêm poder econômico, mas, em conjunto, conseguem exercer alguma pressão sobre o preço do produto e atenuar as ações das empresas dominantes. Church, J., Ware, R. *Industrial Organization: a strategic approach*. Boston: McGraw-Hill, 2000.

utilizados dois métodos empíricos que podem ser aplicados à análise antitruste, quais sejam, os índices de pressão de preços e os testes de raiz unitária em painel.

87. Para verificar a possibilidade do exercício unilateral do poder de mercado, foram utilizados os indicadores “*Upward Pricing Pressure*” (UPP) e “*Gross Pricing Pressure Index*” (GUPPI), e para verificar a possibilidade do exercício coordenado de poder de mercado, foi utilizado o indicador “*Coordinated Price Pressure Index*” (CPPI).

88. Como no ato de concentração em tela o mercado de cartão de crédito era o que apresentava maior preocupação em termos concorrenciais, os indicadores de pressão de preço foram calculados para os seguintes segmentos:

- a) cartão de crédito rotativo, pessoa física, considerando-se a faixa de renda acima de 20 salários mínimos;
- b) cartão de crédito rotativo, pessoa física, agregando-se todos os níveis de renda;
- c) cartão de crédito global, somando-se todas as modalidades, pessoa física, acima de 20 salários mínimos; e
- d) cartão de crédito global, somando-se todas as modalidades, pessoa física, agregando-se todos os níveis de renda.

89. Para cada um dos segmentos mencionados acima, calcularam-se os índices de pressão de preço UPP e GUPPI para o efeito unilateral e o CPPI para o efeito coordenado. Em cada um desses segmentos foram aplicadas três abordagens diferentes para cálculo dos índices de pressão de preço:

- a) Abordagem 1 – Caso Simétrico: utilizaram-se equações que pressupõem simetria de condições totalmente com relação às variáveis taxa de desvio, preço, custos, margens e eficiências;
- b) Abordagem 2 – Caso Assimétrico: utilizaram-se de equações que pressupõem assimetria de condições com relação às variáveis citadas acima; e
- c) Abordagem 3 – Caso Assimétrico com Premissa do Caso Simétrico: utilizaram-se das equações da abordagem 2, admitindo-se a assimetria com relação a todas as variáveis, exceto a taxa de desvio.

90. Para efeito da análise realizada, foi dada maior ênfase para o caso assimétrico (Abordagem 2), em razão da adequação de suas premissas às características do caso concreto.

91. O estudo das participações de mercado¹⁷ ao longo do tempo foi instrumento importante na análise de atos de concentração em muitos países, principalmente nos Estados Unidos. Algumas metodologias partem do princípio de que variações significativas de participação de mercado ao longo do tempo podem ser consideradas como indício de rivalidade, especialmente se houver tendência de redução das participações dos maiores competidores. Uma forma de avaliar essa variação seria verificar se a série temporal de participação de mercado assemelha-se a processo estocástico não estacionário ou a processo estacionário.

¹⁷ De acordo com Botrell e Piteli (2014), no estudo “Rivalidade no Mercado Bancário Brasileiro entre 2000-2012”, o *Horizontal Merger Guidelines* - guia norte-americano para análise da concorrência - prevê a utilização de testes de rivalidade baseados na variação de *market share* ao longo do tempo.

92. Os métodos econométricos que avaliam se um processo é estacionário são denominados testes de raiz unitária. Alguns autores, como, por exemplo, Gallet e List (2001)¹⁸ identificaram a possibilidade de rivalidade em mercados relevantes com a não estacionariedade¹⁹ dos processos estocásticos.²⁰

93. O fundamento dos testes de rivalidade é o de que determinado mercado relevante, mesmo com elevada concentração, pode ser bastante competitivo, desde que as participações de mercado flutuem substancialmente ao longo do tempo. Por outro lado, se uma empresa mantém estável a sua participação de mercado, mesmo depois que seu preço tenha aumentado em relação aos rivais, essa empresa não está diante de intensa concorrência.

94. Os índices de pressão de preço não indicaram a possibilidade de pressão adicional de preço. Tais resultados indicaram que o Itaú Unibanco não teria condições de exercer, de forma unilateral ou coordenada, eventual poder de mercado.

95. Os testes econométricos de raiz unitária em painel indicaram existir possibilidade de efetiva rivalidade entre as instituições que atuavam no mercado de cartão de crédito.

96. Mesmo com a existência de rivalidade no mercado de cartão de crédito, o elevado número de aquisições de instituições financeiras por parte do Itaú Unibanco, bem como sua elevada participação no segmento de cartão de crédito, justificaram que a operação fosse aprovada de forma condicionada, inclusive com a assinatura de ACC, com a adoção das seguintes medidas compensatórias por parte do requerente: a) não negociar, pelo prazo de cinco anos, a aquisição de novos ativos, tangíveis ou intangíveis, relativos ao mercado de cartão de crédito; e b) vender parte do *portfolio* da carteira de cartão de crédito recebida do Citibank (Etapa V).

97. A análise do BCB em cada ato de concentração é realizada com elevado nível técnico, alinhando-se à metodologia utilizada por órgãos antitruste em nível internacional. No caso específico do ato de concentração Itaú Unibanco/Citibank, a aprovação ocorreu de forma condicionada, com adoção de medidas compensatórias agudas. Essa aprovação condicionada indica, de forma inequívoca, que esta Autarquia agiu de forma rigorosa no ato de concentração em tela, que é objeto de questionamentos via ação popular.

98. Quanto à venda de parte do *portfolio*, o Itaú Unibanco S.A. (Itaú Unibanco), em 23 de outubro de 2018, cerca de um ano após a aprovação pelo BCB, encaminhou pleito para alterar a obrigação estabelecida no ACC firmado por instituições do conglomerado daquela instituição financeira e o BCB, em 15 de janeiro de 2018.

99. A proposta de modificação do portfólio de parte dos cartões de crédito do Citibank a ser alienada foi justificada com a impossibilidade de o Itaú Unibanco segregar a carteira adquirida do Citibank antes da aprovação da operação pelo BCB, em face das diretrizes estabelecidas em Protocolo Antitruste celebrado entre as partes, segundo as quais o Itaú Unibanco não poderia ter

18 GALLET, C.A., LIST, J.A. (2001), Market Share Instability: an Application of Unit Root Tests for the cigarette Industry, *Journal of Economics and Business*, 53, 473-80.

19 Um processo não estacionário tem a propriedade de que a média, variância e estrutura de autocorrelação mudam no decorrer do tempo.

20 Processos estocásticos são aqueles cujo estado é indeterminado, com origem em eventos aleatórios.

acesso a informações concorrencialmente sensíveis. Uma vez firmado o ACC, tendo o Itaú Unibanco acesso à totalidade de informações da carteira de cartões, o subconjunto a ser alienado mostrou-se pouco atrativo comercialmente, devido à elevada heterogeneidade dos tipos e dos portadores dos cartões. Verifica-se, portanto, que a proposta de modificação produzirá o efeito de ser mais atrativa aos potenciais adquirentes da carteira, trazendo, dessa maneira, maior competitividade no mercado de cartões. Além disso, o objetivo primordial da medida compensatória estrutural de alienação de parte do portfólio de cartão de crédito adquirido do Citibank foi possibilitar a redução de *market share* do Itaú Unibanco.

100. Destaca-se que, em 1º de agosto de 2019, o Itaú Unibanco apresentou pedido para prorrogar o prazo de alienação do portfólio de cartões de crédito recebido no âmbito da aquisição de negócios de varejo do Conglomerado Citibank no Brasil. O pleito previa dilação do prazo para alienação em seis meses, contados da aceitação, pelo BCB, da proposta de modificação da composição do portfólio de cartão de crédito, o que foi aprovado pela Diretoria Colegiada do BCB por meio do Voto 207/2019-BCB (sigiloso), de 9 de outubro de 2019.

101. Diante do exposto, fica comprovado que os procedimentos adotados pelo BCB para autorizar a aquisição pelo Grupo Itaú Unibanco do segmento de negócios de varejo do Citibank foi pautado por minuciosa e exaustiva análise técnica, sempre observado o princípio da legalidade.

102. Também ficou demonstrado que o ato de concentração não gerou danos ao patrimônio público material e imaterial, tendo sido analisado e decidido consoante os princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade administrativa.

XI - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR O MÉRITO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA, QUANDO AUSENTE ILEGALIDADE

103. Como relatado, a decisão do BCB sobre o ato de concentração de que trata o presente processo ocorreu no legítimo exercício de competência discricionária, mais particularmente no exercício do poder de polícia, instrumental aos interesses da coletividade, não cabendo ao Poder Judiciário a intervenção em seu mérito, sob pena de turbação de função que é assegurada pela própria Constituição Federal à Administração. Acerca desse assunto, é válido trazer a lição de José dos Santos Carvalho Filho:²¹

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos: *Direito Administrativo*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003. Pág. 808.

“O controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos jurídicos. O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. (...) A se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição dos Poderes (art. 2º)”.

104. De fato, somente o abuso de poder, revelado pela manifesta falta de congruência entre o motivo e o objeto do ato administrativo, pode autorizar a anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

105. De qualquer modo, vale referir que, determinadas matérias, devido à sua especificidade, importância e necessidade de celeridade na tomada de decisões, exigem que se atribua certo grau de discricionariedade à autoridade competente. A modulação desse poder discricionário é feita pela norma legal, que abre espaço amplo ou mais restrito para sua utilização. Atribuído por lei certo grau de discricionariedade, caberá ao administrador fazer uso dele para resolver o caso concreto. Quanto ao ponto, a jurisprudência amplamente majoritária nega ao Judiciário a possibilidade de, em substituição à Administração, rever opção puramente técnica ou política. Em tais hipóteses, mais que examinando a legalidade ou a juridicidade do ato, estar-se-ia invadindo de maneira ilegítima os limites discricionários do ato administrativo; aqueles limites dentro dos quais só a Administração Pública, por suas características próprias, pode decidir na situação específica.²²

106. Sobre o assunto, Carlos Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2002) afirmam que, em respeito à presunção de legitimidade dos atos administrativos, não pode o juiz, no exame fático, desconsiderar fundamentos técnicos apresentados pela Administração em favor de argumentos contrários levantados por particulares. Desde que haja fundamento suficiente e adequado para a opção adotada pelo administrador, não há como rever sua decisão judicialmente, por não se tratar de matéria relacionada ao exame de legalidade. Veja-se:

“A existência de opiniões abalizadas divergentes apenas indica que, entre as alternativas em confronto, não sendo possível refutar de modo inquestionável qualquer uma delas, cabe à autoridade administrativa responsável decidir a respeito de qual adotar. O exercício desta competência de escolha envolve o que se convencionou chamar de discricionariedade técnica e não está sujeita a refutação por argumentos jurídicos; ou seja, não é matéria cuja responsabilidade possa ser atribuída a órgão jurisdicional, cuja função foi delimitada constitucionalmente ao campo do direito.”²³

22 Segundo Cabral de Moncada, “A porta de acesso a esta compreensão das coisas é a visão do acto administrativo como instrumento de uma decisão política querida pelo legislador, a pedir outro tipo de controle para além do judicial mais consentâneo com a responsabilidade que recai sobre a administração pela tomada de decisão que o acto corporiza.” CABRAL DE MONCADA, Luís Solano. Lei e Regulamento. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 857.

23 SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle Judicial dos Atos Administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência*. Disponível em: <http://www.sundfeld.adv.br/artigos.htm>. Acesso em: 3 mar. 2010, p. 13. Versão impressa em **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, n. 16, ano 4, out. 2002.

107. Em outros termos, “*órgão de execução [Administração] e órgão de controle [Judiciário] devem atentar para os cânones científicos, que elucidam o sentido do conceito empregado pela legislação. Não compete, contudo, ao magistrado substituir o significado empregado pela Administração quando este se revele plausível, coerente, razoável e proporcional na hipótese, mediante a manipulação subjetiva dos conceitos técnicos científicos empregados pela legislação, sob pena de infringência ao princípio constitucional da separação de poderes (CF, art. 2º).*”²⁴

108. Assim, caberá ao administrador a escolha da solução que melhor realizará os fins previstos na própria regra legal. Cuida-se de uma daquelas hipóteses de “*apreciação meramente subjetiva*” a que se refere Celso Antônio Bandeira de Mello, por “*dizer com a simples conveniência e oportunidade de um ato*”. Esse âmbito meramente subjetivo, afirma o autor, “*permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior*”²⁵.

109. Por fim, nunca é demais lembrar das novas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A decisão que, na esfera judicial, decretar a invalidação de ato administrativo deverá indicar, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas. E eventual revisão judicial quanto à validade desse mesmo ato administrativo, cuja produção já se houver completado, levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.²⁶

XII – PEDIDOS

110. Assim, tendo em vista tudo quanto se expôs, ao tempo em que pede para provar o alegado pelo meio de provas admitidas, em particular por meio dos documentos acostados a esta contestação, sem prejuízo de outros que sejam solicitados pelo juízo ou cuja juntada seja requerida por este Banco Central, pede-se que:

- a) sejam acatadas as preliminares arguidas, a fim de ser o processo extinto sem resolução do mérito;
- b) não sendo esse o entendimento, seja mantido o indeferimento do pedido de liminar, permanecendo incólume a eficácia da decisão que autorizou a aquisição, pelo Grupo Itaú Unibanco (por meio de suas controladas Itaú Unibanco S.A. e Itaú Corretora de Valores S.A.) do segmento de negócios de varejo do Banco Citibank;
- c) seja declarada a improcedência total do pedido.

²⁴ ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade Técnica na Regulação Económica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 922.

²⁶ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (...) Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.”

Nesses termos, pede deferimento.

São Paulo, 30 de março de 2020.

CRISTIANO COZER

Procurador-Geral do Banco Central
OAB/DF 16.400 – Matrícula 2.191.156-8

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO

Subprocurador-Geral do Banco Central
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa
(CJiPG)
OAB/DF 9.393 – Matrícula 2.959.197-X

FLAVIO JOSÉ ROMAN

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2)
OAB/DF 15.934 – Matrícula 3.306.810-0

ROBERTO RODRIGUES PANDELÓ

Procurador-Chefe do Banco Central, substituto
Procuradoria-Regional do Banco Central em São
Paulo (PRESP)
OAB/SP 138.567 – Matrícula 8.683.391-X