



Número: **5015698-08.2019.4.03.6100**

Classe: **AÇÃO POPULAR**

Órgão julgador: **2ª Vara Cível Federal de São Paulo**

Última distribuição : **27/08/2019**

Valor da causa: **R\$ 1.000,00**

Assuntos: **Atos Administrativos, Atos de Concentração**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

| Partes | Procurador/Terceiro vinculado |
|--|---|
| ROBERTO VIEIRA MACHADO (AUTOR) | AIRTON FLORENTINO DE BARROS (ADVOGADO) |
| ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA (REU) | |
| GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAUJO (REU) | |
| PAULO BURNIER DA SILVEIRA (REU) | |
| CRISTIANE ALKMIN JUNQUEIRA SCHIMIDT (REU) | |
| MAURÍCIO OSCAR BANDEIRA MAIA (REU) | |
| CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA-CADE (REU) | |
| ILAN GOLDFAJN (REU) | |
| CARLOS VIANA DE CARVALHO (REU) | |
| MAURÍCIO COSTA DE MOURA (REU) | |
| PAULO SERGIO NEVES DE SOUZA (REU) | |
| SIDNEI CORREA MARQUES (REU) | |
| ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA (REU) | |
| OTÁVIO RIBEIRO DAMASO (REU) | |
| REINALDO LE GRAZIE (REU) | |
| TIAGO COUTO BERRIEL (REU) | |
| BANCO CENTRAL DO BRASIL (REU) | |
| ITAU UNIBANCO S.A. (REU) | MARIA LUCIA LINS CONCEICAO DE MEDEIROS (ADVOGADO) TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (ADVOGADO) |
| BANCO CITIBANK S A (REU) | BRUNO MARQUES BENSAL ROMA (ADVOGADO) |
| MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (FISCAL DA LEI) | |

| Documentos | | | |
|------------|--------------------|--------------------------|----------|
| Id. | Data da Assinatura | Documento | Tipo |
| 98273573 | 08/09/2021 14:26 | Sentença | Sentença |

AÇÃO POPULAR (66) Nº 5015698-08.2019.4.03.6100 / 2ª Vara Cível Federal de São Paulo

AUTOR: ROBERTO VIEIRA MACHADO

Advogado do(a) AUTOR: AIRTON FLORENTINO DE BARROS - SP308342

REU: ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA, GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAUJO, PAULO BURNIER DA SILVEIRA, CRISTIANE ALKMIN JUNQUEIRA SCHIMIDT, MAURÍCIO OSCAR BANDEIRA MAIA, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA-CADE, ILAN GOLDFAJN, CARLOS VIANA DE CARVALHO, MAURÍCIO COSTA DE MOURA, PAULO SERGIO NEVES DE SOUZA, SIDNEI CORREA MARQUES, ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA, OTÁVIO RIBEIRO DAMASO, REINALDO LE GRAZIE, TIAGO COUTO BERRIEL, BANCO CENTRAL DO BRASIL, ITAU UNIBANCO S.A., BANCO CITIBANK S A

Advogados do(a) REU: MARIA LUCIA LINS CONCEICAO DE MEDEIROS - PR15348, TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM - SP67721-A

Advogado do(a) REU: BRUNO MARQUES BENSAL ROMA - SP328942

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de Ação Popular, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, através da qual o autor pretende a anulação dos atos administrativos realizados pelo CADE e pelo BCB que autorizaram a aquisição, pelo réu Itaú, dos negócios de varejo do réu Citibank, configurando, segundo entende o autor, concentração econômica lesiva ao patrimônio público e social, moralidade administrativa, cidadania e livre concorrência.

A antecipação da tutela foi indeferida (doc. 25206444).



Tendo a ação sido proposta em face dos órgãos públicos e seus dirigentes e, pedido dados de identificação, esclareceu-se (doc. 22927675) que os dados necessários são os determinados na legislação, constantes do inciso II do artigo 319 do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal manifestou sua ciência (doc. 25127790).

Regularmente citados, os réus apresentaram contestações alegando, preliminarmente, inépcia da inicial, ausência de interesse de agir e, no mérito, legitimidade dos atos atacados, bem como ausência de provas das alegações veiculadas na inicial. O Banco Central do Brasil anexou documentos pertinentes ao procedimento administrativo.

Na réplica o Autor reiterou os termos da inicial e alegou ilegitimidade nas representações processuais do Itaú e dos dirigentes do CADE e do BCB, além de requerer a produção de provas.

O Itaú juntou atos societários a fim de afastar qualquer irregularidade em sua representação processual e o BCB e o CADE demonstraram a legitimidade das representações de seus dirigentes e ex-dirigentes.

Instados a se manifestar sobre a produção de provas, os réus protestaram pelo julgamento antecipado da lide e o Autor protestou pela produção de prova oral, consistente no depoimento pessoal dos representantes dos réus, testemunhal e pericial, além de informações ao BCB.

A produção das provas requeridas foi indeferida (doc. 53687271), decisão da qual foi interposto agravo, não conhecido (doc. 55097068).

O DD. Representante do Ministério Público Federal se manifestou (doc. 54199199) opinando pelo não acolhimento do pedido.

É o relatório. Fundamento e decidido.

Inicialmente, cumpre analisar as preliminares trazidas pelas partes, de inépcia da inicial, inexistência do interesse de agir e inadequação da via eleita.

Deve ser afastada a alegação de inépcia, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses elencadas no parágrafo 1º do inciso I do artigo 330 do Código de Processo Civil.



Alegam também os réus a inexistência de interesse de agir e inadequação da via eleita.

Diz o artigo 1º da Lei 4717/65:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

E a Constituição Federal:

Art. 5º (...)

LXXIII - 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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

De acordo com os dispositivos supra, o Autor, cidadão, está pleiteando, nesta demanda, a anulação dos atos que elenca, sob o argumento de serem lesivos ao patrimônio público e social, moralidade administrativa, cidadania e livre concorrência.

Desta forma, existe o interesse de agir e a adequação da via eleita. A demonstração, ou não, das alegações efetuadas, são questões que concernem ao mérito, devendo ser analisadas juntamente com o mesmo.

Ultrapassadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a questão de verificar-se a legalidade dos procedimentos 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.

O autor alega a ilegalidade do ato de concentração por afronta o disposto no artigo 88, §5º, da Lei 12.529/2011: "Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6o deste artigo."

No julgamento do REsp 1.447.237, os ministros da 1ª Turma do STJ, ratificaram o entendimento dos pré-requisitos da ação: "Tem-se como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a procedência da ação popular e consequente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes".

Deve ser verificada, portanto, a existência da ilegalidade-lesividade dos atos descritos pelo autor popular que possam determinar sua anulação.

Afirma o Autor que houve violação ao parágrafo 5º do artigo 88 da Lei nº 12.529/11.

Informa o CADE, em sua contestação em conjunto com outros réus, que a operação foi aprovada mediante a assunção de acordo para preservação da concorrência nos mercados relevantes considerados, considerando-se, segundo traz, *cinco eixos centrais: (i) Comunicação e Transparência; (ii) Treinamento; (iii) Indicadores de Qualidade; (iv) Compliance; e (v) Restrição à Aquisição de Instituições Financeiras e Administradoras de Consórcios.*

Temos, portanto, que as considerações tecidas pela parte autora não infirmam o resultado positivo desse acordo.

Ainda, há que se considerar que pode ser alegado que as provas não produzidas dependem da documentação requerida pelo autor, não fornecidas pelas Instituições requeridas.

A questão já foi decidida no agravo interposto pelo requerente, determinando-se a desnecessidade e impossibilidade de sua produção, tendo em vista o grau de especificidade técnica contida na documentação pretendida.



Também, conforme consta nas respostas apresentadas, o fornecimento dessa documentação esbarra em impeditivo legal, nos termos da Lei 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação - e seu regulamento, o Decreto 7.724,12, bem como a Lei 12.529/11 – Lei de Defesa da Concorrência.

O Banco Central do Brasil ressalta *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 20127, 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.*

Desta forma, não há que se apresentar a documentação requerida, conforme já decidido, não tendo havido demonstração de nenhum fato concreto capaz de determinar que houve, por parte do CADE, desídia no trato da preservação da concorrência e dos mercados, de modo a justificar a necessidade de apresentação dessa documentação sigilosa.

O Banco Central do Brasil, em sua contestação, traz didática e detalhadamente o procedimento de verificação do ato de concentração:

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.

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. Quando se avalia o mercado relevante na dimensão produto, procura-se estabelecer os eventuais substitutos dos produtos 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.

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.

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

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). 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.

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.

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.

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.

Traz ainda aos autos (doc. 30429682), o Voto 230/2017, que traz a análise e conclusão dos estudos efetuados em relação ao pedido de concentração das instituições financeiras envolvidas no processo, no qual constam estudos sobre cada uma das instituições e eventuais conseqüências nesse segmento de mercado.

Verifica-se que foi realizado estudo metucioso e pormenorizado da questão, não havendo qualquer afronta à legislação apontada.

Por fim, inexistindo ilegalidade, ao Poder Judiciário é vedada a alteração do mérito administrativo das decisões tomadas em procedimentos tramitados em órgãos competentes da Administração Pública.

Desta forma, julgo improcedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.



Custas na forma da lei.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, em razão da interpretação sistemática e isonômica do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do artigo 19 da Lei n. 4.717/65.

P.R.I.

São Paulo, data de registro no sistema.

ROSANA FERRI

Juíza Federal

