

**ATO DE CONCENTRAÇÃO**  
**Nº 08012.005104/1999-51**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**  
**Nº 08700.003588/2004-18**

Requerentes: BOMPREGO BAHIA S.A. E PETIPREGO SUPERMERCADOS LTDA .

Advogados: JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, CUSTÓDIO DA PIEDADE MARCHINI SANTOS, GIANNI NUNES DE ARAÚJO E OUTROS.

Relator: Conselheiro LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE.

Data de publicação do Acórdão: 31.01.2005.

**EMENTA**

*Embargos de Declaração contra decisão em Ato de Concentração. Alegação: Contradição no voto-condutor. Tempestividade. Comprovação. Acolhimento. Embargos conhecidos e providos.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, conhecer os presentes Embargos de Declaração, considerando sua apresentação tempestiva, para, no mérito, por maioria, dar provimento aos Embargos opostos, a fim de que sejam sanadas contradições entre as razões de decidir e a determinação contida na parte dispositiva da decisão prolatada, deixando às Requerentes a opção de vender qualquer um dos dois estabelecimentos situados em Lauro de Freitas, nos termos do voto do Conselheiro Relator Esteves Scaloppe, vencidos os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luís Fernando Rigato Vasconcellos e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília/DF, 8 de dezembro de 2004 (data do julgamento – 336ª S.O.).

**LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE**

*Conselheiro*

**ELIZABETH M. MERCIER QUERIDO FARINA**

*Presidente*

**VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR**  
**LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE**

Trata-se de Recurso de Embargos de Declaração interposto contra voto do Relator acatado por maioria no Plenário, que aprovou com restrições a operação entre BOMPREGO BAHIA S.A. e PETIPREGO SUPERMERCADOS LTDA, determinando a venda do supermercado *Hiper Litoral Norte*, situado à Av. Santos Dumont, 7.650 em Lauro de Freitas/BA, adquirido pela empresa BOMPREGO da empresa PETIPREGO.

Preliminarmente, o cabimento dos embargos de declaração encontra fundamento na Resolução nº 26/2002-CADE e arts. 83 da Lei nº 8.884/1994 c/c o art. 535, I, do Código de Processo Civil.

Sobre a tempestividade na apresentação, o art. 3º da referida Resolução estabelece o prazo de 5 (cinco) dias corridos após a publicação do acórdão da decisão plenária no Diário Oficial da União (DOU), com indicação do objeto dos embargos. Portanto, considerando que a publicação do referido acórdão no DOU ocorreu em 5 de julho de 2004 e os presentes foram interpostos em 12 de julho de 2004, o recurso é tempestivo.

Os presentes Embargos de Declaração foram oferecidos sob a alegação de que haveria uma contradição entre as razões de decidir e a especificação da parte dispositiva da decisão prolatada, isso porque os fundamentos contidos no voto do relator demonstrariam que a manutenção, pela BOMPREGO, das duas lojas localizadas em Lauro de Freitas traria alegados prejuízos à concorrência na região e, na parte dispositiva, determinou-se a alienação de um estabelecimento específico, qual seja, a loja acima mencionada adquirida da PETIPREGO.

Para os Embargantes essa contradição estaria sanada se o Relator reformasse seu voto deixando às Requerentes a opção de decidir qual estabelecimento a ser vendido no mercado em que foi imposta a restrição.

Ao revisar o voto embargado, vislumbrei que a determinação da venda de uma das lojas na cidade de Lauro de Freitas visa à desconcentração desse mercado específico, tendo em vista que a concentração resultante da operação é elevada o suficiente para viabilizar a adoção de práticas restritivas por parte da adquirente.

A determinação da venda de uma loja específica surgiu a partir da análise de todos os opinativos exarados nos autos e que são fundamentais para a formação do convencimento do julgador. Entretanto, a restrição imposta que designa a venda do

supermercado *Hiper Litoral Norte* é justificada pelo simples fato de ter sido essa loja recém adquirida pela BOMPREGO em Lauro de Freitas, não sendo, portanto, uma opção única ou determinante para que se restabeleçam as condições de competição existentes anteriormente à operação.

A fundamentação adotada no voto deixou claro que a venda de qualquer um dos dois estabelecimentos localizados em Lauro de Freitas seria suficiente para alcançar o propósito de desconcentração desse mercado. Já na parte dispositiva da decisão prolatada, houve a especificação de uma loja para ser vendida, muito embora a concentração no mercado daquela cidade é caracterizada pela presença das duas lojas e não da loja determinada à venda.

Dessa forma, válido reconhecer a presença de contradição no voto embargado, eis que sua fundamentação não é concordante com sua parte dispositiva.

Posto isso, declaro a interposição dos Embargos de Declaração tempestiva, conhecimento do recurso nos termos do art. 1º da Resolução nº 26/2002-CADE e, no mérito, voto pelo provimento dos Embargos opostos, a fim de que seja sanada contradição entre as razões de decidir e a determinação contida na parte dispositiva da decisão prolatada, deixando às Requerentes a opção de vender qualquer um dos dois estabelecimentos situados em Lauro de Freitas, quais sejam, o *Super Lauro de Freitas* ou o *Hiper Litoral Norte*.

É como voto.

Brasília/DF, 10 de novembro de 2004.

**LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE**

*Conselheiro Relator*

### **VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**

Trata-se de Embargos Declaratórios opostos por Bomprego Bahia S.A. (BOMPREGO) e Petiprego Supermercados Ltda. (PETIPREGO), nos termos da Resolução nº 26 do CADE, contra a decisão de fls. 871/890 do Conselheiro Relator, que aprovou o ato de concentração, em epígrafe, com restrições.

Sustentam as Embargantes a existência de contradição entre as razões de decidir e a especificação da parte dispositiva do voto do Conselheiro Relator, uma vez que nos fundamentos do voto verificou-se que seria nocivo à concorrência se a BOMPREGO mantivesse duas lojas na cidade de Lauro de Freitas/BA. Já na parte dispositiva, determinou-se a alienação do estabelecimento Hiper Litoral Norte, situado à Av. Santos Dumont, 7.650, em Lauro de Freitas/BA, adquirido pela BOMPREGO junto à PETIPREGO.

As Embargantes afirmam que “bastaria a determinação de alienação de qualquer um dos dois estabelecimentos localizados em Lauro de Freitas. Independente de qual das lojas fosse alienada, ambos objetivos seriam alcançados”.(1) Assim, requerem a reforma da decisão prolatada no sentido de permitir a elas a opção de decidir sobre qual estabelecimento possa ser alienado no mercado relevante da cidade de Lauro de Freitas/BA.

Nota:

(1) Embargos de Declaração, fls. 5 e 6 dos autos.

Data venia ao entendimento do Conselheiro Relator que admitiu os embargos, reconhecendo a existência de contradição em seu voto, firmo meu entendimento de maneira contrária. Não vislumbrei na leitura do voto do Relator contradição entre a exposição dos fundamentos de sua decisão e a especificação da parte dispositiva, que aprovou a operação com restrições determinando a venda do estabelecimento adquirido pelo BOMPREGO junto à PETIPREGO, a fim de se manter os níveis de concorrência no mercado da cidade de Lauro de Freitas.

Conforme denota-se do voto, o il. Relator verificou que houve um “aumento substancial da participação da BOMPREGO, após a operação, facilitando o exercício de poder de mercado”,(2) na cidade de Lauro de Freitas (Mercado 1, segundo parecer da SÉAE/MF), na qual já contava com uma participação de mercado por volta de 50%. Ademais, ressaltou que as Embargantes não apresentaram eficiências suficientes para a aprovação da operação, o que tornaria provável o uso abusivo da posição dominante pela BOMPREGO na cidade de Lauro de Freitas. Assim, em conseqüência lógica, o il. Relator votou pela determinação da alienação do estabelecimento adquirido pela BOMPREGO com o fito de restabelecer as condições de competição existentes antes da operação. Reproduzo, a propósito, trecho do voto do Relator que afasta qualquer alegação de contradição, demonstrando que a fundamentação e a conclusão estão expostas de forma lógica:

Nota:

(2) Voto do Conselheiro Relator, fls. 882 dos autos.

“Nos autos identifiquei concentrações superiores a 50% no Mercado de Lauro de Freitas, o que reforça que as eficiências apresentadas não compensam a importância dos efeitos restritivos advindos da operação e outra não resultaria em melhor panorama, e mesmo que fossem melhor apresentadas, como é sabido, a ‘defesa das eficiências’ jamais foi tema isento de controvérsias na análise antitruste. [...]”

Desta forma, tendo em vista que as eficiências foram apresentadas de forma vaga, imprecisa e seus resultados, no caso, não são conclusivos, entendo que o efeito líquido da operação ainda é negativo, fazendo-se necessária a aplicação de medidas corretivas do ambiente concorrencial.

Assim, voto pela aprovação da operação com restrições para a cidade de Lauro de Freitas, determinando, para que sejam minimamente restabelecidas as condições de competição existentes anteriormente à operação:

- a) que seja vendida a loja de supermercado adquirida pela empresa BOMPREGÇO, a empresa PETIPREGÇO, situada à Avenida Santos Dumont, 7.650, Lauro de Freitas/BA.”(3)

Nota:

(3) Voto do Conselheiro Relator, fls. 888/889 dos autos.

Portanto, entendo que não há contradição entre a decisão originária que determinou a alienação da loja adquirida pela BOMPREGÇO e os fundamentos da mesma, embasados na constatação de que a operação de aquisição da loja cuja alienação foi determinada gerou impactos anticoncorrenciais, não havendo a alegada contradição entre as razões de decidir e a parte dispositiva do voto Relator.

Outrossim, vale ressaltar que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.884/1994 dispõe que “a coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Ademais, nos termos precisos do art. 54, § 9º, da Lei nº 8.884/1994, quando o CADE constatar que a operação gera limitação da concorrência ou dominação do mercado irá determinar as medidas cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente. E foi exatamente o que foi feito no caso em tela: determinou-se a desconstituição da operação no que concerne ao mercado relevante de Lauro de Freitas. Irresignam-se as Embargantes alegando que o correto seria permitir a elas a opção de escolher qual dos estabelecimentos a ser alienado na restrição imposta à aprovação da operação. Ocorre que a determinação da lei é em sentido diverso, uma vez que seus interesses são de índole estritamente privada e poderiam acabar por vir a ferir os interesses da sociedade. Transcrevo, a propósito, os ensinamentos de Maria Cecília Andrade em relação à desconstituição dos atos de concentração:

“A possibilidade de desconstituição do ato de concentração encontra-se prevista no § 9º do art. 54. Poderá ocorrer se o Plenário do CADE decidir pela não-aprovação de um ato de concentração, não tendo este sido realizado sob condição suspensiva, ou dele já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal. Nesse caso, o Plenário do CADE determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja por meio de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

O dispositivo legal (art. 54, § 9º, da Lei nº 8.884/94) é bastante claro: é o Plenário do CADE que determinará as medidas a serem tomadas, [...]. E de outra forma não poderia ser, pois, quando o CADE decide pela não-aprovação do ato, ele deverá fundamentar a sua decisão, indicando os motivos de fato e de direito que o levaram a tomar aquele posicionamento, e necessariamente irá precisar os pontos críticos daquele ato que levaram à sua inconformidade com a estrutura concorrencial.

Deixar ao critério das partes até poder ‘ser mais interessante’ para elas mesmas, mas não são apenas estas as interessadas na manutenção de um sistema de defesa da concorrência saudável e imparcial, mas a própria coletividade, titular dos direitos tutelados pela Lei nº 8.884/1994.”(4)

Nota:

(4) ANDRADE, Maria Cecília. Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 405.

Observo, no entanto, que entendo plausível que haja diálogo transparente entre as requerentes e o CADE nos atos de concentração que, aparentemente, possam causar lesão à livre concorrência, em torno do remédio mais adequado, antes da tomada da decisão. Em outras palavras, creio ser oportuno que haja um momento prévio à tomada da decisão, cercado da mais ampla transparência, em que as próprias requerentes apresentem os remédios que, sob a sua ótica, sejam os mais adequados para neutralizar os aspectos eventualmente anticompetitivos de uma determinada operação.

Evidentemente, dadas as peculiaridades do controle a posteriori dos atos de concentração, o procedimento adotado não prevê expressamente tal momento. Mas nada impede que seja oportunizado às partes tal possibilidade a qual pode se dar, por exemplo, quando da sua manifestação dos pareceres das secretarias que eventualmente indiquem restrições à aprovação da operação.

No entanto, tal momento deve ser prévio à tomada da decisão, não sendo razoável que, após a decisão, haja a reforma da decisão sem que estejam presentes os vícios que permitem, nos termos da legislação vigente, a modificação da decisão.

Em outras palavras, o imperativo da segurança jurídica impõe estabilidade às decisões tomadas pelo CADE, que somente podem ser modificadas quando estejam presentes os específicos e excepcionais requisitos que permitem a sua alteração. Tal assertiva ganha maior vulto em se tratando de embargos de declaração, pois a conferência de efeitos infringentes é absolutamente excepcional.

Por todo o exposto, conheço dos Embargos de Declaração opostos pela BOMPREGO e PETIPREGO porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade. Contudo, no mérito, rejeito-os por não restar demonstrada contradição na decisão recorrida.

É o voto.

Brasília, 8 de dezembro de 2004.

**ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**

*Conselheiro do CADE*

**VOTO-VOGAL DA PRESIDENTE  
ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA**

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos em face de decisão no Ato de Concentração nº 08012.005104/1999-51, que determinou a venda da loja de supermercado adquirida pela empresa BOMPREGO, da empresa PETIPREGO, situada à Avenida Santos Dumont, 7.650, Lauro de Freitas/BA.

A interposição dos presentes Embargos fundamentou-se no art. 1º da Resolução nº 26/2002 do CADE e art. 83 da Lei nº 8.884/1994 culminado com o art. 535, I, do Código de Processo Civil, alegando-se contradição entre as razões de decidir e parte dispositiva da decisão prolatada por meio do voto do Conselheiro Relator.

Segundo as Embargantes, as razões de decidir expostas pelo Relator do Ato de Concentração, acolhidas pela maioria do Plenário, levariam a conclusão de que “o Conselheiro teria a intenção de se manifestar no sentido de que a manutenção, pela BOMPREGO, de ambas as lojas localizadas em Lauro de Freitas traria alegados prejuízos à concorrência naquela região” (fls. 4, da petição que interpôs os presentes Embargos).

Em seu voto, o Relator do Ato de Concentração determinou restrições que fossem suficientes “ *para que sejam minimamente restabelecidas as condições de competição existentes anteriormente à operação* ” (fls. 5 do voto do Conselheiro Relator). Entretanto, para atingir tais condições de competição anteriores, o Relator determinou a venda específica de uma das duas lojas em análise, sem, contudo, justificar a escolha específica da loja em questão.

Em análise do voto do Conselheiro Relator, voto-vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, bem como na degravação das discussões e dos votos proferidos pelo Plenário do CADE àquela ocasião, nada se constatou que pudesse aferir fundamentação da escolha da loja em particular que pudesse ser a única maneira (ou, ao menos, a menos onerosa ao administrado) para restabelecer as condições de competição existentes anteriormente. Ao que tudo indica da análise dos votos proferidos, a venda de qualquer uma das lojas seria suficiente para atingir as condições anteriores de competição, permitindo-se, assim, a livre escolha, menos onerosa, ao administrado.

Nesse sentido, uma vez verificada a contradição entre as razões de decidir, que motivavam a necessidade do restabelecimento de condições de concorrência similares àquelas verificadas anteriormente à operação, e a conclusão do voto, que determinou a venda de uma loja específica, sem fundamentação, verifica-se a contradição, condição necessária para interposição dos Embargos, conforme disposto no art. 1º da Resolução nº 26/2002 do CADE.

Tendo em vista a inexistência de fundamentos à época que justificassem a escolha específica de uma das lojas, como bem corroborado pelo voto do Conselheiro Relator dos presentes Embargos, voto pelo acolhimento dos Embargos de Declaração, dando-lhes provimento, para sanar a contradição supra-apontada, permitindo-se a venda de qualquer um dos dois estabelecimentos situados em Lauro de Freitas, Bahia.

É como voto.

Brasília, 8 de dezembro de 2004.

**ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA**

*Presidente*