

ATO DE CONCENTRAÇÃO
Nº 08012.005104/1999-51

PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO
Nº 08700.000435/2005-91

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

Advogados: JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, CAMILA CASTANHO GIRARDI E OUTROS.

Relator: Conselheiro LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE.

DESPACHO GAB/LAES/040/2005

Despacho em Pedido de Reapreciação

Em 20.05.1999, foi celebrado entre a Bompreço e a Petipreço o “ *Instrumento Particular de Compra, Venda e Cessão de Bens e Direitos e Outras Avenças* ” (fls. 15/39), em que a Bompreço adquiriu as atividades operacionais, bens e direitos, nome comercial e as marcas de 6 estabelecimentos comerciais pertencentes à Petipreço, sendo 5 localizados em Salvador e 1 na cidade de Lauro de Freitas/BA. Esta última, uma cidade de pequeno porte, sem dificuldades de deslocamento, foi considerada como um único mercado relevante geográfico, o Mercado 1.

Quanto ao Mercado 1, foi identificado aumento substancial da participação da BOMPREGO, após a operação, facilitando o exercício de poder de mercado. Neste particular, adotei a observação da SEAE que verificou não haver “ *efetividade de rivalidade capaz de converter para pouco provável o exercício de poder de mercado da empresa Bompreço* ” (fl. 541), uma vez que há poucos concorrentes, com estabelecimentos menores que os das requerentes e com menor variedade de produtos. Ademais, quanto às condições de entrada de novos concorrentes neste mercado, entendi correta a afirmação da Secretaria quando concluiu que a entrada pode ser considerada *tempestiva* (realizável em menos de 2 anos) e *provável apenas para pequenos supermercados*, não podendo, pois, ser considerada *suficiente* para deter o possível exercício de poder de mercado da BOMPREGO após a operação.

Levado a julgamento o Plenário, aprovou o ato de concentração, com a restrição de vender uma loja no mercado relevante “Lauro de Freitas”. Disso resultou a apresentação de embargos de declaração pretendendo poder optar pela venda de qualquer dos dois estabelecimentos do município de Lauro de Freitas. O recurso foi provido.

Posteriormente, em **10.02.2005**, as requerentes, BOMPREGO BAHIA S.A. e PETIPREGO SUPERMERCADOS LTDA., protocolizaram neste Conselho PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO ou de RECONSIDERAÇÃO, escorando-se na alegação da ocorrência de fato novo ocorrido após o julgamento do Ato de Concentração em epígrafe.

Esse elemento novo seria a inauguração, em **30.09.2004**, depois de proferida a decisão do julgamento do ato de concentração, de um supermercado pertencente à rede **Atacadão** com 30 caixas (*check-outs*), localizado entre as duas lojas das requerentes. Tal fato novo, nas palavras das requerentes, estaria a demonstrar que a operação de concentração julgada, se aprovada sem restrição, não seria “ *capaz de limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência* ”.

As requerentes pugnam pelo recebimento do recurso como **Pedido de Reapreciação**, com esteio nos artigos 56 e seguintes da Lei nº 9.784/1999 cumulado com o art. 10 da Res. CADE nº 15/1998. O alegado fato novo, a teor da petição recursal, seria, por si só, capaz de assegurar pronunciamento mais favorável a elas.

Para o Pedido de Reapreciação, conforme Res. CADE 15/1998, nos incisos do art. 11, a indicação do fato ou documento novo (art. 11, II) é obrigatória e como *fato novo* entende-se aquele do qual somente houve conhecimento posteriormente ao julgamento e que se tornaria relevante para a decisão. O fato novo mencionado fora descoberto apenas pela surpreendente inauguração da loja do Atacadão em **30.09.2004**, após a decisão proferida em 02.06.2004, cujo Acórdão foi publicado em **05.07.2004**.

Alternativamente, caso não seja ultrapassada a barreira de admissibilidade como Pedido de Reapreciação, as recorrentes requerem que seja o recurso processado como **Pedido de Reconsideração**. Tal pedido estaria sob a regência da Lei nº 9.784/1999, cujo art. 56 autorizaria o pedido de reforma de decisões administrativas por motivo de *legalidade* e de *mérito*. Ainda, continuam as requerentes, caso não seja o pedido conhecido pelos argumentos acima aduzidos, deveria sê-lo pelo art. 55 da Lei nº 8.884/1994 c/c art. 53 da Lei nº 9.784/1999, por não alcançar a decisão os “ *benefícios visados* ” por ela.

Sobre o processamento do recurso como Pedido de Reconsideração, OLIVEIRA afirma que o CADE pode rever suas próprias decisões e que, conforme princípios constitucionais presentes no art. 56 da Lei nº 9.784/1999, “ *pode o interessado exercitar seu direito de petição, demonstrando inconformismo com decisão prolatada e requerendo, lastreado no princípio da revisão das decisões, novo pronunciamento, sem ser necessário deduzir elementos específicos, como fatos novos, por exemplo* ”.(1)

Nota:

(1) OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 300.

Frente à decisão prolatada no Ato de Concentração nº 08012.005104/99-51, surgiram circunstâncias relevantes suscetíveis de indicar a inadequação da sanção aplicada. Neste caso, o art. 65 da Lei nº 9.784/1999 autoriza que, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, seja o processo administrativo revisto. Eis o trecho de lei:

“Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.”

Para qualquer dos casos acima, o processamento está autorizado, pois é razoável compreender que a alegação apresenta surpresa, mormente pelo fato de que a boa fé da requerente seria manifesta, vez que a existência de terceiro com porte para estabelecer concorrência poder-se-ia afigurar em prova cabal da impropriedade do fundamento de minha própria decisão, porém, não a tendo usado antes por evidente desconhecimento. Assim, devo verificar a existência do fato e sua relevância para, posteriormente, apreciar o seu poder de rever uma decisão Plenária.

Ressalto que, na decisão em que foi determinada a venda de uma das lojas das requerentes em Lauro de Freitas, foram levados em consideração os pareceres da SEAE e da SDE, nos quais se previa a existência de barreira à entrada de novos agentes no mercado relevante, onde tal barreira seria capaz de limitar ou, por qualquer forma, restringir a concorrência.

Agora, vêm as requerentes denunciar presidirem circunstâncias que operam em contra as análises dos órgãos de instrução, pela discreta construção de uma loja concorrente. Induz que, entre a prolação dos pareceres e a data do julgamento, modificou-se a realidade econômica, que é dinâmica e não aguarda até que o Estado se pronuncie.

Aqui também se põe a legitimidade para o processamento com base no art. 55 da Lei Antitruste, pois está , **à primeira vista, plausível que os benefícios visados com a decisão não foram alcançados, em face da própria afirmação da SDE em seu parecer sobre o objetivo colimado pela ação estatal, que é o de preservar a concorrência e a liberdade de mercado.** *Verbis :*

“Art. 55. **A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista** pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, **se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados .”** (grifei)

Diante do exposto, processo o recurso, uma vez que existe a previsão específica e foram atendidos os requisitos para sua interposição, recebendo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo, deferindo que seja registrado como **Pedido de Reapreciação** , embora não descure da legitimidade de seu processamento também pelos art. 55 da Lei nº 8.884/1994 e art. 65 da Lei nº 9.784/1999.

Posto isso, por necessário à melhor verificação e interpretação dos fatos alegados, designo o dia 11.03.2005 para realização de vistoria na localidade de Lauro de Freitas (dimensão geográfica do Mercado 1 – autos). Nomeio, como secretário do feito, o servidor Irley Carlos Siqueira Quintanilha do Nascimento, Técnico em Direito, lotado em meu gabinete. Providenciem-se os meios necessários.

Submeto o presente despacho ao referendo do Plenário, a teor do art. 14 da Res. CADE nº 15/1998.

Requisitem-se os autos de concentração do CAD/CADE para o apensamento destes autos de Pedido de Reapreciação.

Brasília, 1º de março de 2005.

LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE
Conselheiro Relator

ATO DE CONCENTRAÇÃO

Nº 08012.005104/1999-51

PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO

Nº 08700.000435/2005-91

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

Advogados: JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, CAMILA CASTANHO GIRARDI E OUTROS.

Relator: Conselheiro LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE.

Data de publicação do Acórdão: 29.09.2005.

EMENTA

Pedido de Reapreciação. Presentes os requisitos da Resolução CADE nº 15/98. Conhecimento. Ocorrência de fato novo a demonstrar alteração na realidade fática motivadora da restrição imposta. Provimento com aprovação sem restrições do Ato de Concentração original.

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 do presente pedido de reapreciação para, no mérito, dar-lhe provimento, com base no artigo 10 da Resolução CADE 15/98, com a conseqüente reforma da decisão atacada, aprovando a operação descrita no Ato de Concentração nº 08012.005104/1999-

51, sem restrições. 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 o Procurador-Geral Interino Mauro César Santiago Chaves.

Brasília/DF, 31 de agosto de 2005 (data do julgamento – 355ª SO).

LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE

Conselheiro

ELIZABETH M. MERCIER QUERIDO FARINA

Presidente

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE

Cuida-se de Recurso interposto pelo BOMPREGO BAHIA S.A. (“BOMPREGO”) e PETIPREGO SUPERMERCADOS LTDA. (“PETIPREGO”), protocolizado como PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO ou de RECONSIDERAÇÃO, escorando-se na alegação de fato novo ocorrido após o julgamento do Ato de Concentração nº 08012.005104/1999-51.

O mercado relevante ora sob exame é o de supermercados que, utilizando a definição proposta pela SEAE e adotada no AC nº 08012.005104/99-51 (que primeiramente apresentou a fusão do BOMPREGO e PETIPREGO ao SBDC), são estabelecimentos de médio porte, cujas principais seções de venda são as de mercearia, bazar e perecíveis; apresentam cerca de 1.500 a 5.000 itens em exposição; 3 a 40 caixas (*check-outs*); mais de 300 m² de área de venda e faturamento anual acima de 1 milhão de dólares. Na dimensão geográfica, o recurso interposto ataca as restrições impostas à concentração no município de Lauro de Freitas/BA, cidade de pequeno porte, sem dificuldades de deslocamento, considerada como um único mercado relevante geográfico no referido Ato de Concentração (Mercado 1).

Numa síntese do que já foi descrito no Relatório, apresento a cronologia dos fatos:

– Em 20.05.1999, foi celebrado entre a Bompreço e a Petipreço o “ *Instrumento Particular de Compra, Venda e Cessão de Bens e Direitos e Outras Avenças* ”, em que a Bompreço adquiriu as atividades operacionais, bens e direitos, nome comercial e as marcas de 6 estabelecimentos comerciais pertencentes à Petipreço, sendo 5 localizados em Salvador e 1 na cidade de Lauro de Freitas/BA. Esta última, uma cidade de pequeno porte, sem dificuldades de deslocamento, foi considerada como um único mercado relevante geográfico, o Mercado 1. Quanto ao Mercado 1, foi identificado aumento substancial da participação da BOMPREGO, após a operação, facilitando o exercício de poder de mercado. Neste particular, adotei a observação da SEAE, que verificou não haver “efetividade de rivalidade capaz de converter para pouco provável o exercício de poder de mercado da empresa Bompreço”, uma vez que há poucos concorrentes, com estabelecimentos menores que os das requerentes e com menor variedade de produtos. Ademais, quanto às condições de entrada de novos concorrentes neste mercado, entendi correta a afirmação da Secretaria quando concluiu que a entrada pode ser considerada *tempestiva* (realizável em menos de 2 anos) e *provável apenas para pequenos supermercados*, não podendo, pois, ser considerada *suficiente* para deter o possível exercício de poder de mercado da BOMPREGO após a operação;

– O Plenário aprovou o Ato de Concentração, com a restrição de venda, em três meses a partir da decisão, de uma das lojas no mercado relevante “Lauro de Freitas”. A decisão foi publicada no DOU de 05.07.2004;

– Em 30.09.2004, foi inaugurado um supermercado pertencente à rede Atacadão com 30 caixas (*check-outs*), localizado entre as duas lojas das requerentes, na mesma rodovia;

– Em 12.07.2004, foram interpostos Embargos de Declaração, no qual as Recorrentes pretendiam poder optar pela venda de qualquer dos dois estabelecimentos do município de Lauro de Freitas. O recurso, que interrompeu o prazo para cumprimento da restrição inicial, foi provido e teve publicado seu resultado em 31.01.2005.

– O presente Recurso foi protocolizado em 10.02.2005 sob o argumento de tratar-se a inauguração em 30.09.2004 da loja do Atacadão de fato novo a autorizar a revogação ou anulação da decisão que impõe a venda de uma das lojas das Requerentes no município de Lauro de Freitas.

– Nos dias 11 e 12.03.2005, em face do Despacho GAB/LAES/040/2005, referendado em 09.03.2005 pelo Plenário do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, realizei Ato de Vistoria no município de Lauro de Freitas para verificação *in locu* da veracidade de argüida presença de circunstância fática com suposta força probatória para alterar restrição imposta na decisão coletiva.

DOS ÓRGÃOS PARECERISTAS

A d. Procuradoria do CADE-ProCADE opinou pelo conhecimento e provimento do Pedido de Reapreciação, por entender que a “ausência de rivalidade efetiva”, tida como motivação da restrição imposta, é incompatível com a alteração de mercado advinda após o julgamento do Ato de Concentração das requerentes, considerada como “fato novo”, esta capaz, por si, de modificar substancialmente o mercado em tela e, em consequência, ensejar a modificação do julgamento, de forma a aprová-lo sem restrições.

Por sua vez, o il. membro do Ministério Público Federal - MPF observou que, a partir da vistoria realizada em Lauro de Freitas, percebe-se que a loja do Atacadão é efetivo concorrente dos demais participantes do mercado sob exame. No que tange ao mérito, concluiu que o ingresso do novo concorrente no aludido mercado implicou em efetiva alteração da realidade do mesmo, ao menos em comparação com aquela constatada por ocasião do julgamento do Ato de Concentração entre Bompreço e Petipreço. Ao final, em consonância com a ProCADE, opina pelo conhecimento e acolhimento do presente

Pedido de Reapreciação.

DO CONHECIMENTO DO RECURSO

No DESPACHO GAB/LAES/040/2005 (fl. 35), recebi o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo e determinei que fosse registrado como Pedido de Reapreciação, com a ressalva da legitimidade de seu processamento também pelo art. 55 da Lei nº 8.884/1994 e art. 65 da Lei nº 9.784/1999. O Despacho foi referendado pelo Plenário do CADE na 342ª Sessão Ordinária.

Esse elemento novo seria a inauguração, em 30.09.2004, depois de proferida a decisão do julgamento do ato de concentração, de um supermercado pertencente à rede Atacadão com 30 caixas (*check-outs*), localizado entre as duas lojas das requerentes. Tal fato novo, nas palavras das requerentes, estaria a demonstrar que a operação de concentração julgada, se aprovada sem restrição, não seria “capaz de limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”.

As requerentes pugnam pelo recebimento do recurso como Pedido de Reapreciação, com esteio nos arts. 56 e seguintes da Lei nº 9.784/1999, cumulado com o art. 10 da Resolução CADE nº 15/1998. O alegado fato novo, a teor da petição recursal, seria, por si só, capaz de assegurar pronunciamento mais favorável às requerentes.

Para o Pedido de Reapreciação, conforme Resolução CADE nº 15/1998, nos incisos do art. 11, a indicação do fato ou documento novo é obrigatória (art. 11, II). A referida Resolução, no parágrafo único de seu art. 10, define como *fato novo* aquele do qual somente houve conhecimento posteriormente ao julgamento e que se tornaria relevante para a decisão. Em atenção à Resolução, as Requerentes indicaram como fato novo a inauguração da loja do Atacadão em 30.09.2004, após a decisão proferida em 02.06.2004, cujo Acórdão foi publicado em 05.07.2004.

Alternativamente, caso não seja ultrapassada a barreira de admissibilidade como Pedido de Reapreciação, as recorrentes requerem que seja o recurso processado como Pedido de Reconsideração. Tal pedido estaria sob a regência da Lei nº 9.784/1999, cujo art. 56 autorizaria o pedido de reforma de decisões administrativas por motivo de *legalidade* e de *mérito*. Ainda, continuam as requerentes, caso não seja o pedido conhecido pelos argumentos acima aduzidos, deveria sê-lo pelo art. 55 da Lei nº 8.884/1994 c/c o art. 53 da Lei nº 9.784/1999, por não alcançar a decisão os “ *benefícios visados* ” por ela.

Sobre o processamento do recurso como Pedido de Reconsideração, OLIVEIRA afirma que o CADE pode rever suas próprias decisões e que, conforme princípios constitucionais presentes no art. 56 da Lei nº 9.784/1999, “pode o interessado exercer seu direito de petição, demonstrando inconformismo com decisão prolatada e requerendo, lastreado no princípio da revisão das decisões, novo pronunciamento, sem ser necessário deduzir elementos específicos, como fatos novos, por exemplo”.(1)

Nota:

(1) OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 300.

Frente à decisão prolatada no Ato de Concentração nº 08012.005104/99-51, alegam as Recorrentes, surgiram circunstâncias relevantes suscetíveis de indicar a inadequação da sanção aplicada. Neste caso, se confirmadas tais circunstâncias, o art. 65 da Lei nº 9.784/1999 autoriza que, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, seja o processo administrativo revisto. Eis o trecho de lei:

“Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.”

Aqui também se poria a legitimidade para o processamento com base no art. 55 da Lei Antitruste, caso os benefícios visados com a decisão não fossem alcançados, em face da própria afirmação da SDE em seu parecer sobre o objetivo colimado pela ação estatal, que é o de preservar a concorrência e a liberdade de mercado. *Verbis* :

“Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.” (*grifei*)

Para qualquer dos casos acima, o processamento está autorizado, pois é razoável compreender que a alegação apresenta surpresa, mormente pelo fato de que a boa-fé da requerente seria manifesta, vez que a existência de terceiro com porte para estabelecer concorrência poder-se-ia afigurar em prova cabal da impropriedade do fundamento de minha própria decisão, porém, não a tendo usado antes por evidente desconhecimento.

Quanto à tempestividade na interposição do recurso, observo que, a teor do art. 12, II, da Resolução CADE nº 15/1998, o direito de requerer a reapreciação deve ser exercido no prazo fixado para a desconstituição do ato, ou no prazo para a manifestação das requerentes sobre as condições de aprovação. Assim, verifico que o prazo de cumprimento em três meses da restrição imposta fora interrompido pela interposição de Embargos de Declaração, passando a contar a partir da publicação do acórdão deste último, publicado em 31.01.2005. Tendo o Pedido de Reapreciação sido interposto em 10.02.2005, verifico sua tempestividade.

Tecidas tais considerações, conheço do recurso de Pedido de Reapreciação, uma vez que existe a previsão específica na Resolução CADE nº 15/1998, é tempestivo e foram atendidos os requisitos para sua interposição. Assim, passo a verificar a existência do alegado fato novo para, caso realmente este exista, apreciar se detém o condão de alterar uma decisão Plenária.

DO MÉRITO

Na operação anunciada no AC 08012.005104/99-51, quanto ao já definido Mercado 1, foi identificado aumento substancial da participação da BOMPREGO, facilitando o exercício de poder de mercado. Neste particular, adotei a observação da Secretaria que verificou não haver “efetividade de rivalidade capaz de converter para pouco provável o exercício de poder de mercado da empresa Bompreço” (fl. 541 do Ato de Concentração), uma vez que havia poucos concorrentes, com estabelecimentos menores que os das Requerentes e com menor variedade de produtos. Ademais, quanto às condições de entrada de novos concorrentes neste mercado, a SEAE concluiu que a entrada poderia ser considerada *tempestiva* (realizável em menos de 2 anos) e *provável apenas para pequenos supermercados*, não podendo, pois, ser considerada *suficiente* para deter o possível exercício de poder de mercado da BOMPREGO após a operação (Parecer nº 258 COGSE/SEAE/MF, fl. 541 do AC).

Na decisão em que foi determinada a venda de uma das lojas das requerentes em Lauro de Freitas, foram levados em consideração os pareceres da SEAE e da SDE, nos quais previa-se a existência de barreira à entrada de novos agentes no mercado relevante, onde tal barreira seria capaz de limitar ou, por qualquer forma, restringir a concorrência.

Vêm as requerentes denunciar presidirem circunstâncias que operam em contrário às análises dos órgãos de instrução, pela discreta construção de uma loja concorrente. Induz que, entre a prolação dos pareceres e a data do julgamento, modificou-se a realidade econômica, que é dinâmica e não aguarda até que o Estado se pronuncie.

À fl. 85, em resposta ao Ofício nº 0746/2005/CADE, S. Ex^a a Prefeita de Lauro de Freitas informou que o alvará de licença de construção da loja do Atacadão foi emitido em 30.03.2004, com requerimento em 23.03.2004. Quanto ao alvará de habite-se, esse foi concedido em 24.09.2004. À fl. 46, no Relatório Técnico de Vistoria, o Sr. Daniel D. Terra, Gerente Geral da loja Atacadão, informou que as obras do estabelecimento iniciaram no dia 21.07.2004 e a inauguração ocorreu no dia 30.09.2004.

Uma vez que a publicação da decisão ora atacada ocorreu em 05.07.2004 e as obras da loja do Atacadão somente iniciaram no dia 21 do mesmo mês, de fato, a verificação da existência do novo estabelecimento somente foi possível às Recorrentes em data posterior ao julgado.

Passo a verificar se a empresa entrante concorre efetivamente com as Recorrentes e se foram mantidas as condições que serviram como fundamento à decisão colegiada no AC nº 08012.005104/99-51. Nesse sentido, devo verificar se o Atacadão de Lauro de Freitas participa efetivamente do Mercado 1.

Quanto ao aspecto geográfico, o novo agente tem suas instalações na mesma rodovia (Estrada do Coco) que os Recorrentes, estando entre estes, a uma distância aproximada de 2,5 km de cada um.

Como já esclareci no início deste Voto, ao definir o Mercado 1 levei em consideração na definição de “supermercados”: a existência das seções de venda de mercearia, bazar e perecíveis; apresentarem cerca de 1.500 a 5.000 itens em exposição; possuírem de 3 a 40 caixas (*check-outs*); mais de 300 m² de área de venda; e faturamento anual acima de 1 milhão de dólares. Ora muito embora não haja ainda o fechamento do faturamento anual da loja do Atacadão sob exame, é evidente tratar-se de loja que alcançará faturamento em muito superior ao montante indicado. Quanto aos demais elementos capazes de caracterizar o Atacadão da Estrada do Coco como um “supermercado”, verifiquei a existência de todos na vistoria que realizei *in locu*.

Somadas as posições de *check-outs* das Recorrentes, chega-se a um total de 45 caixas (17 do Bompreço Lauro de Freitas e 28 do Bompreço Litoral Norte). É fato que a entrada do concorrente com 30 caixas é significativa no mercado em tela. À fl. 13, os Recorrentes apresentam os supermercados no Mercado 1 com seus respectivos números de caixas, lista a seguir reproduzida:

Tabela I
Antes da Inauguração do Atacadão

SUPERMERCADO	NÚMERO
Bompreço Litoral Norte	28
Bompreço Lauro de Freitas	17
JN Jesus Ltda. (Belo Preço)	9
Org. Bahiana de Alimentos (Super Litoral)	8
Roque Alves Pinheiros Ltda. (Abaeté)	6
Ebal Emp. Bahiana de Alimentos (Cesta do Povo)	4
Marca Compl. Alimentos (Bom Mercado)	4
Elmo Sampaio de Oliveira Ltda. (Mercadinho LM)	4
JJ Almeida Ltda. (Massa Bela)	3
Amenildo Fernandes Carneiros Ltda. (Cesta Básica)	3
Jackson Tomé de Souza Ltda. (Sacolão)	3
TOTAL	89

Após a entrada do novo agente, a estrutura de oferta em número de caixas no Mercado 1 ficou da seguinte forma:

Tabela II
Após a Inauguração do Atacadão

SUPERMERCADO	NÚMERO
Atacadão	30
Bompreço Litoral Norte	28
Bompreço Lauro de Freitas	17
JN Jesus Ltda. (Belo Preço)	9
Org. Bahiana de Alimentos (Super Litoral)	8
Roque Alves Pinheiros Ltda. (Abaeté)	6
Ebal Emp. Bahiana de Alimentos (Cesta do Povo)	4
Marca Compl. Alimentos (Bom Mercado)	4
Elmo Sampaio de Oliveira Ltda. (Mercadinho LM)	4
JJ Almeida Ltda. (Massa Bela)	3
Amenildo Fernandes Carneiros Ltda. (Cesta Básica)	3
Jackson Tomé de Souza Ltda. (Sacolão)	3
TOTAL	119

Das tabelas acima, quanto à participação do BOMPREGO no total de posições (*check-outs*), percebo que esta foi reduzida de 51% para 38% do total de caixas, enquanto a entrante passou a deter 25% do total de caixas no Mercado 1.

Ademais, destaco do Relatório de fls. 45/47 os seguintes trechos que demonstram a efetiva concorrência no mercado relevante:

Informações prestadas pelos representantes do Atacadão:

“O Bompreço, diariamente, faz pesquisa de preço na loja do Atacadão; o Bompreço se vê obrigado a fazer promoções para não perder clientes para o Atacadão, que vende para os comerciantes, micro e informais; muitos clientes fazem compras no varejo; [...] muitos clientes do varejo compram em grandes quantidades mercadorias com preço baixo para estoque doméstico; tem como clientes moradores e veranistas de Vilas do Atlântico, bairro próximo à loja; [...] tem certeza que os preços do varejo foram reduzidos com a entrada do Atacadão no mercado relevante; [...] a disputa acirrada de supermercados se dá na ‘Estrada do Coco’. [...] o Atacadão criou equilíbrio na concorrência – ‘*pusemos um freio nos preços*’ (palavras do Sr. Daniel).”

Informações prestadas por clientes no interior do Atacadão:

“No terceiro momento da vistoria no Atacadão, seis clientes foram questionados sobre o destino das mercadorias que compravam e cinco deles disseram destinar os produtos ao consumo doméstico. Entre os clientes que se identificaram estavam o Sr. Osvaldo da Silva, Sra. Patrícia Reis e Sra. Silssa Mendes, todos clientes do varejo.”

Sobre as evidências verificadas:

“A caminho da terceira loja a ser vistoriada, foram tiradas fotografias da loja do Atacadão onde se verifica no estacionamento a predominância de automóveis de passeio (doc. 19).

[...]

Em passeio pelos corredores da loja, o Sr. Fernando, apontando para a seção de horti-fruti, afirmou que o Atacadão até nesse setor concorre com suas lojas, informação posteriormente confirmada por telefone com o Sr. Daniel.”

Verifico, assim, modificada a situação anteriormente descrita e apreciada no Ato de Concentração. Ocorre que a realidade social é por demais dinâmica, escapando, por vezes, de todas as possíveis considerações da Administração Pública quando da tomada de uma decisão. Ora, demonstrado inexistente o fundamento da motivação de decisão que causou gravame ao administrado é dever da Administração rever seu ato.

O Plenário do CADE, ao pronunciar-se no Ato de Concentração original, em atenção aos ditames da livre concorrência expressos na Constituição Federal e na Lei Antitruste, motivou-se pela falta de rivalidade e pela existência de elevadas barreiras à entrada no mercado relevante. Todavia, o poder de mercado do BOMPREGO foi, em verdade, substancialmente afetado pela entrante, alterando-se as condições de mercado e demonstrada a inexistência das aludidas barreiras.

Assim, verifico que a inauguração da loja do Atacadão no município de Lauro de Freitas é fato novo posterior à decisão no AC nº 08012.005104/1999-51, capaz de, por si, ensejar a modificação do julgamento.

Diante do exposto, presentes os requisitos da Resolução CADE nº 15/1998, conheço do recurso e, por desnecessária a restrição imposta, dou-lhe provimento com a conseqüente reforma da decisão atacada, aprovando a operação descrita no Ato de Concentração nº 08012.005104/1999-51 sem restrições.

É como voto.

Brasília, 31 de agosto de 2005.

LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE
Conselheiro Relator