

**Direito Concorrencial e Contencioso**

[Beatriz Cravo](#)

## O caso dos eletrodos de grafite – um acordo no limbo

O processo administrativo que investigou suposto cartel no mercado de eletrodos de grafite teve início a partir de Nota Técnica elaborada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e encaminhada para a Secretaria de Direito Econômico (SDE).

Segundo a Seae, as empresas investigadas<sup>1</sup> haviam sido condenadas pelas autoridades antitruste dos Estados Unidos e da União Europeia por fixar preços e dividir mercados mundiais de eletrodos de grafite entre os anos de 1992 e 1998. A Seae realizou investigação para verificar potenciais efeitos da prática no Brasil e concluiu então que havia ocorrido dano aos consumidores brasileiros, recomendando à SDE a instauração de processo administrativo. Este documento da Seae foi assinado pela então Coordenadora-Geral Sra. Mariana Tavares de Araújo.

A SDE, após analisar a documentação encaminhada pela Seae, empreendeu instrução adicional e determinou a instauração do Processo Administrativo nº 08012.009264/2002-71, em despacho assinado também pela Sra. Mariana Tavares de Araújo, à época já Secretária de Direito Econômico.

### **A ALEGAÇÃO DE NULIDADE E OS PARECERES PROFERIDOS PELAS AUTORIDADES**

As Representadas alegaram preliminarmente a nulidade do Processo Administrativo, em razão do impedimento da Secretária de Direito Econômico em atuar na condução do processo, por ter sido responsável pelo mesmo processo quando ainda era representante da Seae. No entanto, depois de realizada a instrução do processo, a já Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (SG)<sup>2</sup> remeteu o processo ao Tribunal do Cade, não acolhendo a nulidade alegada e recomendando a condenação das Representadas. No mesmo sentido, foram proferidos pareceres pela Procuradoria Geral do Cade (Procade) e pelo

---

<sup>1</sup> Graftech International Ltd. (denominada à época Ucar International), SGL Carbon SE, Showa Denko K.K., Tokai Carbon Co. Ltd., Mitsubishi Corporation, SEC Carbon Limited, Nippon Carbon Co. Ltd., Carbide/Graphites Group e Vaw Aluminium AG.

<sup>2</sup> Com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, a SG assumiu as funções até então detidas pela SDE, que foi extinta.

Ministério Público Federal (MPF). A Procade constatou a regularidade formal do Processo Administrativo, sustentando não ter havido qualquer nulidade ao longo de todo o trâmite processual. O MPF, por sua vez, entendeu ter ocorrido prescrição intercorrente, já que alguns atos praticados ao longo da investigação não seriam aptos a interromper a prescrição, recomendando o arquivamento do processo administrativo.

### O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC)

Após os pareceres mencionados acima e diante do cenário de provável condenação das Representadas, a empresa Hydro Aluminium Deutschland GmbH ("Hydro" – anteriormente denominada Vaw), celebrou com o Cade um TCC, por meio do qual reconheceu participação no alegado cartel<sup>3</sup> e recolheu contribuição pecuniária. Em troca, foram acordados a suspensão e posterior arquivamento do Processo Administrativo<sup>4</sup>.

Ainda que por meio do TCC o processo administrativo seja suspenso com relação a quem celebrou o acordo, o exposto reconhecimento de culpa pode gerar implicações em outros âmbitos. No âmbito penal, pode ser usado como fundamento em uma ação penal, já que a prática de cartel também é considerada crime no Brasil, além de infração administrativa. No âmbito cível, pode ser usado em uma ação de indenização, em razão de prejuízos sofridos em decorrência do cartel.

### A DECISÃO DO CADE E OS DESAFIOS GERADOS

No dia 15 de outubro de 2015, foi proferida decisão pelo Cade que surpreendeu o mercado: o Cade acolheu a preliminar de nulidade na instauração do Processo Administrativo alegada pelas Representadas, considerando que "a manifestação prévia sobre os fatos da Representação impede a deliberação pela mesma pessoa de instauração de Processo".

Trata-se certamente de uma decisão positiva e bem-vinda, pois evidencia maior atenção do Cade às questões processuais tão importantes ao devido processo legal e à ampla defesa. Porém, esta decisão gera alguns questionamentos e reflexões diante da existência de um TCC. A primeira delas é com relação à existência do TCC depois de declarada a nulidade do processo administrativo que o originou. Deveria o TCC ser anulado também ou a sua manutenção independe do processo administrativo? A questão deve ser tratada ao se definir se o TCC é um instrumento acessório ao processo ou independente.

---

<sup>3</sup> Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário.

<sup>4</sup> O Processo Administrativo nº 08012.009264/2002-71 foi desmembrado com relação à Hydro, originando o Processo Administrativo nº 08700.007247/2014-85. Porém, para fins do presente artigo, ambos serão considerados um único processo administrativo, já que investigam os mesmos fatos.

Ainda, poderia ou deveria ser a contribuição pecuniária devolvida ao interessado? Esta não parece ser uma questão de difícil solução. Considerando que a contribuição pecuniária é paga em troca do arquivamento do processo administrativo com relação ao interessado, não deve importar a razão pela qual ele foi arquivado com relação aos demais representados. Questão não tão simples é se o reconhecimento de culpa continua válido para ações de indenização e no âmbito penal. Este parece ser o ponto mais sensível. No entanto, considerando a lógica que tem norteado as decisões mais recentes proferidas pelo Cade, parece fazer sentido que o reconhecimento de culpa seja mantido. Afinal, ao assinar o TCC, a empresa reconhece ter praticado uma conduta em troca do arquivamento do processo administrativo apenas. Quaisquer outras implicações que este reconhecimento de culpa possa trazer não deveriam ser afastadas com a nulidade do processo administrativo.

Por fim, com relação às provas produzidas no âmbito do processo administrativo anulado, não parece que elas poderiam ser aproveitadas. Em razão do princípio do devido processo legal, a nulidade do processo deveria anular tudo o que for produzido em decorrência dele. Essas são questões que exigem reflexão das autoridades, de acadêmicos, do público em geral e, principalmente, de eventuais interessados em celebrar acordos como o TCC. De qualquer forma, a decisão do Cade merece ser elogiada, por contribuir para a evolução do Direito da Concorrência no Brasil.