

COP.

ADI  
1094-8

**EXMO. DR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
 DEPARTAMENTO DE INSCRIÇÃO  
 13 JUN 1994 019789  
 SEÇÃO DE RECEPCÃO

**A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA**, entidade sindical de grau superior, representantativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, no SBN, Quadra I, Bloco "C", Edifício Roberto Simonsen, inscrita no CGC-MF sob o nº 33665127/0001-34, por seus advogados infra-assinados, vem a V.Exa., com respaldo na legitimação ativa que lhe é conferida pelo inciso IX do art. 103 da Constituição Federal e com arrimo na competência que o art. 102, I, "a", da Carta Magna atribui a esse Egrégio Tribunal Superior, propor a presente

**AÇÃO DIRETA  
 DE  
 INCONSTITUCIONALIDADE  
 (COM PEDIDO DE LIMINAR)**

dos arts. 20, na parte assinalada, art. 21, inciso XXIV e parágrafo único, art. 23, inciso I, na parte assinalada, art. 55, in fine, art. 64, parcialmente e arts. 65 e 66 da Lei 8.884, de 11/06/94

**pelas razões a seguir elencadas:**

1. No dia 13 de junho próximo passado, foi publicada, no Diário Oficial da União com vigência imediata, a Lei nº 8.884, de 11/06/94, que transforma o Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, lei essa que revoga diversos diplomas sobre a mesma matéria, em especial, a Lei 4.137, de 10/09/62, conhecida por Lei Antitruste.

2. Antes de apontarmos os dispositivos objeto desta Ação Direta de Inconstitucionalidade vale referir que a Confederação Nacional da Indústria, diante da relevância de uma lei com tal escopo para estabelecer no Brasil bases verdadeiramente competitivas no setor produtivo, única forma de sobrevivência da indústria nacional num mundo dominado pela concorrência, fez realizar em Brasília um Seminário sobre o tema, convidando especialistas internacionais, representantes do setor público e privado, inclusive do Congresso Nacional, especialmente o deputado Relator do projeto então em tramitação, que não compareceu.

3. O projeto de lei originário do Poder Executivo elaborado por uma comissão de juristas de escol, acabou sendo substituído por outro que, depois de tramitar lentamente no Congresso Nacional por mais de um ano, diante da eminência da última fase do plano de combate a inflação, acabou sendo votado de cambulhada, em acordo de lideranças, despontando seu caráter imediatista, policialesco, de controle de preços, ao invés de defesa da concorrência como seria seu mister constitucional. A realçar sua feição imediatista, punitiva, está o fato de, no mesmo dia de sua publicação, ter sido emendado pela Medida Provisória nº 530, de 11/06/94 e novamente, em 30/06/94, pela Medida Provisória nº 542, de 30/06/94.

4. Tem-se, por conseguinte, que a lei em questão sofreu tramitação anormal, examinada por poucos, em pouco tempo, sob pressão, o que acaba por enfraquecer a presunção de constitucionalidade de seus dispositivos, abeberada, como ensina Carlos Maximiliano, em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Edição Livraria do Globo, pág. 315, na pátina do tempo, *verbis*:

"Forte é a presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação; quando datam de grande número de anos, sobretudo se foram contemporâneos da época em que a lei fundamental foi votada. **Minime sunt, mutanda, quoe interpretationem certam semper habuerint.**"

5. Conquanto revele em sua ementa propósito mais amplo do que sua missão constitucional, a lei em questão é aquela a que se refere o art. 173, § 4º da Constituição Federal, que reza; *verbis*:

**Art. 173:.....**

**§ 4º** A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

6. É assim, a lei em apreço uma daquelas designadas por José Afonso da Silva, em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, como lei integrativa das normas constitucionais de eficácia limitada. Tem por missão reprimir o abuso do poder econômico que vise a determinadas situações constitucionalmente enumeradas.

7. Comentando a Constituição em vigor, afirma Celso Ribeiro Bastos, em *Comentários à Constituição do Brasil*, Editora Saraiva, 1990, pág. 173:

"O que o texto constitucional manda à lei reprimir é o poder exercido visando à deturpação destas leis de mercado." (grifamos)

8. José Afonso da Silva, em seu conhecido Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 664, cita Guilherme A. Canedo de Guimarães, afirmando:

"Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto." (grifamos)

9. Como se verifica, em síntese, o abuso do poder econômico que a lei reprimirá é aquele finalístico, dirigido à dominação dos mercados, eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

10. Examinado o aspecto finalístico da lei, cabe apontar as inconstitucionalidades a que esta ação se dirige; constantes dos artigos 20, 21, inciso XXIV e parágrafo único, 23, I, 24, 55, 64, 65 e 66 a seguir, fundamentados.

#### I) INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20

11. Dispõe o artigo 20:

**Art. 20** Constituem infrações da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.

12. Pretende-se eliminar do artigo em questão a expressão "independentemente de culpa", que consagra a responsabilidade objetiva colidindo, deste modo, de frente, com o preceito constitucional.

13. Na Constituição de 1946, o preceito de combate ao abuso do poder econômico estava assim redigido:

**Art. 148** A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros."

14. Como se vê, há nítido paralelismo entre os dois preceitos, punindo, ambos, abusos do poder econômico que tenham por fim (1946) ou que vise à (1988) dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

15. Comentando o preceito em questão na Constituição de 1946 afirma Benjamin M. Shieber, na conhecida monografia Abusos do Poder Econômico Ed. Revista dos Tribunais, pág. 28:

"Dolo como elemento de abuso do poder econômico".

A lei fala da "repressão ao abuso do poder econômico, a que se refere o art. 148 da Constituição Federal...". Como verificamos na seção anterior, o art. 148 outorga ao Poder Legislativo o poder limitado de reprimir, não qualquer ato que julgar abuso do poder econômico, mas "tôda e qualquer forma de abuso do poder econômico... *que tenha por fim* dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".

Aliás, constara também no anteprojeto constitucional, art. 164, § 5º, semelhante linguagem de finalidade, sendo que o anteprojeto rezou:

"Os *trustes*, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, sejam de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar os consumidores... serão declarados fora da lei e dissolvidos...".

Daí surge a conclusão de que o diploma constitucional distinguirá entre atos que tenham por fim domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros e outros atos da vida econômica, pois o art. 148 mandou reprimir somente aqueles, ainda que estes sejam julgados abusos do poder econômico pelo Poder Legislativo.

O *Projeto Agamemnon* não se conformou com esta conclusão. Talvez baseando-se na crença de que o art. 148 empossara o Congresso para coibir qualquer ato, no campo econômico, que julgasse abuso do poder econômico, o Deputado Agamemnon Magalhães visou proibições de certos atos "que tenham por efeito" determinados resultados.

16. E, em seguida, a pág. 35:

"Como vimos, o art. 148 da Constituição outorga o poder de coibir a conduta no campo econômico que tenha por fim domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. a legislação expressamente baseada, nessa outorga constitucional não deve ir além do mandato, afastando a finalidade da conduta como elemento de sua ilicitude."

17. Alberto Venâncio Filho, na sua elogiada monografia *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Fundação Getúlio Vargas, 1968, comenta, a pág. 296:

O art. 148 da Constituição determina a repressão de toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, objetivando o domínio dos mercados nacionais e eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, ressaltando expressamente como forma de abuso do poder econômico as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza. O texto constitucional quis assim punir toda e qualquer forma de abuso do poder econômico que colime determinados fins – domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros – mas procurou deixar bastante claro que as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, de qualquer tipo, com os mesmos objetivos, também se enquadravam nas sanções legais. (grifamos)

18. Tem-se, por conseguinte, que a tentativa de estabelecer a responsabilidade objetiva escapa do mandato constitucional, colhendo, pois, a advertência de Carlos Maximiliano (ob.cit. pág. 321):

"Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade."

19. É, pois, inconstitucional, a expressão "independentemente de culpa", contida no art. 20.

20. Mas não é só.

## II ) INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 21, INCISO XXIV E RESPECTIVO PARÁGRAFO ÚNICO

21. A Constituição de 1988, na mesma linha das Constituições mais recentes de outros países, é uma Constituição econômica, indo, pois, muito além da mera organização do Estado, dos poderes que o compõe e dos direitos e garantias individuais.

22. Valoriza a Constituição de 1988, entre seus princípios fundamentais, a inspirar a leitura de todos os seus demais dispositivos, o da livre iniciativa.

23. Ao elencar os princípios que regem especificamente a atividade econômica ressaltam a propriedade privada e a livre concorrência.

24. Ao cuidar a Constituição da intervenção direta do Estado na economia atribui-lhe, no art. 173, um papel supletivo, ao estabelecer que só será permitida quando necessária a segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

25. A intervenção normativa do Estado, dá-lo o art. 174, ficou restrita às funções de fiscalização, incentivo e planejamento, planejamento que para o setor privado é meramente indicativo.

26. Este ambiente econômico que transpira dos princípios e artigos mencionados caracteriza a chamada economia de mercado, própria ao exercício da liberdade econômica de seus agentes para produzir, distribuir e consumir bens segundo as leis da oferta e da procura, premiando com o lucro o sucesso, a criatividade, o risco, num ambiente concorrencial.

27. O Estado não tolera, contudo, o abuso do poder econômico porquanto dele resulta a violação de outros princípios constitucionais que cumpre preservar, dentre os quais a defesa do consumidor, o beneficiário final de um sistema de liberdade de concorrência.

28. Tal como em 1946 e 1967, o perfil do abuso de poder econômico a ser reprimido pela lei é desenhado na atual Constituição como aquele que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

29. Na revogada Lei nº 4.137/62, o aumento arbitrário de lucros era tipificado por um standard, no art. 2º, II, cujo sentido era completado no art. 5º, infra transcrito:

"Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:"

II Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

Art. 5º Entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços.

**Parágrafo único:** Praticará abuso de poder econômico a empresa que, operando em condições monopolísticas, interromper ou reduzir em grande escala sua produção sem justa causa comprovada, perante o CADE, para provocar a alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam.

30. Na Lei 8.884/94, o legislador mudou a técnica legislativa enumerando no artigo 20, as infrações à ordem econômica e punindo, inclusive, a tentativa para alcançá-las ("possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados").

31. Em seguida, no art. 21, enumerou, em tipo aberto, diversas condutas-tipo, não puníveis *per se*, mas "na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos", dentre os quais a ora atacada como inconstitucional, *verbis*:

Art. 21 As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

.....

XXIV Impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

**Parágrafo único:** Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

*Confederação Nacional da Indústria*

- II o preço de produtos anteriormente produzidos, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;
- III o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;
- IV a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

32. Ora, a conduta a que se refere o art. 21, XXIV está umbelicalmente ligada à infração prevista no art. 20, inciso III (aumentar arbitrariamente os lucros), na medida em que esta pode ser exercida por aquela. Tem-se, por conseguinte, que a prática da conduta prevista no art. 21, inciso XXIV levará a caracterização da infração a que se refere o art. 20, inciso III, uma vez que até mesmo a tentativa da prática desta é punível na nova lei.

33. Nesse sentido, aliás, as autoridades governamentais vem interpretando o inciso em comento, como se lê na imprensa, diariamente, transformando uma lei de controle da concorrência numa lei de controle de preços.

34. Vale dizer que "preço excessivo" ou "aumento de preços sem justa causa" passou a equivaler "a aumento arbitrário de lucros".

35. Importa, pois, examinar se a conduta sancionada no art. 21, XXIV e seu parágrafo único tem apoio na Constituição Federal.

36. Certamente, não. A tipificação da conduta abusiva na Carta de 1946 ("elevar sem justa causa os preços") pressupunha, como visto, que a elevação do preço, se desse em condições monopolísticas ("nos casos de monopólio natural ou de fato"), aumentando lucros sem aumentar a produção. Só então poder-se-ia falar em aumento arbitrário de lucros, arbitrário exatamente pela falta de competição decorrente do monopólio, abuso do poder econômico, pois.

37. Na lei atual não, cuida-se de "preço excessivo e aumento sem justa causa". Assim, se um determinado produtor, estabelecido num regime de concorrência, resolver aumentar sua margem de lucro, seja porque julga insatisfatória a anterior, seja porque tem uma visão errônea do mercado, pagando depois, comercialmente, pelo erro, seja porque seu produto é de qualidade superior, seja por qualquer outra razão, dentre muitas, não ligada ao aumento do custo dos insumos, a despeito de fazê-lo num ambiente concorrencial, sofrendo as injunções do mercado, poderá ser punido por tentativa de aumento arbitrário de lucros visto ter aumentado sem justa causa, tal como definida no parágrafo único, o preço do bem ou serviço. Pune-se, pois, o aumento de preço em si, haja ou não concorrência, ao contrário do preceito revogado.

38. Ora, se se considerar que a lei em questão se aplica até mesmo às pessoas físicas, compreendendo a prática tida por abusiva tanto a venda de bens como a prestação de serviços, até mesmo os profissionais liberais, médicos, dentistas, advogados etc. e não apenas empresas ficariam sujeitos às sanções do CADE por aumento abusivo de preço na tentativa de alcançar o aumento arbitrário de lucros.

39. Vale dizer que, contrariando os princípios consagrados como fundamentais na Constituição e, em especial, na ordem econômica, o art. 21, XXIV e seu parágrafo único são inconstitucionais ao elencarem como práticas vedadas numa economia de mercado o que nelas é admitido por princípio, a fixação livre de preços, sem que se caracterize, *ipso tactu*, situação de aumento arbitrário de lucros que é o abuso profligado no art. 173, § 4º.

40. Pede-se, em consequência, a declaração de inconstitucionalidade do art. 21, inciso XXIV e seu parágrafo único.

### III) INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 23, I

41. Dispõe o art. 23 da lei em questão, cuja inconstitucionalidade parcial se pede:

**Art. 23** A prática de infração à ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

- I no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável.

.....

42. A multa de 30% sobre o faturamento bruto é confiscatória, atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII.

43. Com efeito 30% do faturamento é, de regra, mais do que o lucro anual de diversos setores industriais, como se vê dos quadros anexos à presente. A aplicação de multa de tal gravidade implicará na falência de empresas castigando, juntamente com o empresário, o trabalhador.

44. Conquanto a matéria seja examinada especialmente na área tributária, parecem-nos aplicáveis ao contexto, por evidente analogia de situações, os seguintes comentários de Antônio Roberto Sampaio Dória, em Direito Consitucional Tributário, Ed. Forense, 1986, pág. 201:

"A faculdade de impor penalidade pela infringência às leis fiscais é tributo inerente ao poder tributário e condição mesma de seu efetivo exercício prático.



Mas, se a legitimidade das penas tributárias, quando convenientemente dosadas, está à margem de qualquer dúvida, não se admitirá que, a pretexto de castigar infrações, o legislador confisque a propriedade individual. A Consituição é taxativa, em seu art. 153, § 11, ao estatuir que "não haverá pena de ... confisco". Inclusive no âmbito tributário, pois como mostrou Bielsa, "la Constitución (art. 38) declara (la confiscación) 'abolida para siempre de la legislación argentina', es decir, no solo de la ley penal, sino de toda ley".

Para que a multa fiscal se considere confiscatória, é necessário que inexista qualquer conexão entre a penalidade imposta e a infração cometida, ou que a pena seja desproporcionada ao delito ou infração tributários praticados."

45. José Marcos Domingos de Oliveira, em *Capacidade Contributiva*, Ed. Renovar, pág. 58, esclarece:

"Para Baleeiro, tributos confiscatórios eram, unitariamente, "os que absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem o exercício de atividade lícita e moral".

Bilac Pinto considerava inconstitucional a tributação que dificultasse, embargasse ou desencorajasse a atividade tributada, mesmo que não chegasse a proibi-la.

Estamos com Baleeiro e Bilac, segundo os quais se reúnem numa mesma classe espúria todas essas formas de tributação exacerbada. Afinal, entre o tributo excessivo, o proibitivo e o confiscatório iria apenas uma variação de nível entre o legítimo e o ilegítimo, como reconheceu Sampaio Dória, e sobre este dado de legitimidade ou ilegitimidade constitucional cabe ao Judiciário ponderar e decidir, cotejando casuisticamente a capacidade contributiva com outros princípios constitucionais. Ora, a lição de Bielsa é muito clara:

"(...) confiscatório em nossa opinião, o ato que em virtude de uma obrigação fiscal determina uma injusta transferência patrimonial do contribuinte ao fisco, injusta pela sua monta ou pela falta de causa jurídica, ou porque aniquile o ativo patrimonial; em suma quando não é 'justa nem razoável'."

46. E adiante:

No Brasil, encontram-se também decisões a respeito do problema. Sentença do Dr. Affonso José de Carvalho, Juiz de Direito de São Paulo, em negando o caráter proibitivo de certo imposto de indústria e profissão, asseverou, todavia, considerar ilegítimo um tributo "exagerado ao ponto de obrigar os contribuintes a desistirem da empresa e renunciarem aos proventos que realmente auferem".

O Tribunal de Justiça de São Paulo, outrossim, certa feita decidiu por seu Plenário (sendo relator Pedro Chaves) que o imposto sobre as *poules* de apostas em corridas de turfe, a par de outros vícios, tinha caráter proibitivo "impedindo ao impetrante de exercer as atividades que lhe foram legitimamente asseguradas pela Constituição no art. 141, § 2º".

47. Aliomar Baleeiro, de sua parte, comentando trechos da Constituição de 1946 em seu festejado *Limites Constitucionais ao Poder de Tributar*, Ed. Forense, pág. 262, ensina:

"Dentre os efeitos jurídicos dos arts. 153, §§ 1º, 11 e 22 se inclui o da proibição de tributos confiscatórios, como tal entendidos os que absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita e moral.

Sob esse ponto de vista, aquele dispositivo integra o sistema político e econômico da constituição, que garante o direito de propriedade, salvo desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro (153, § 22) e até impõe ao legislador ordinário a justiça social e a função social da propriedade (art. 160, III). Destarte, a constituição faz da propriedade privada um atributo da personalidade humana e uma condição de progresso de todos os indivíduos, embora sujeito, por isso mesmo, o uso desse direito a uma função social (art. 160, III)."

48. O que se verifica, pois, é que a lei, a pretexto de punir o abuso do poder econômico, **abusa do poder de impor penalidades**, eivando, pois a expressão "trinta", no art. 23, I, de inconstitucionalidade por violar o disposto no art. 5º, XXII combinado com o art. 150, IV da Constituição Federal, tomado por analogia.

#### IV) INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 24, INCISOS II E IV

49. Dispõe o art. 24, inciso II e IV, o seguinte:

**Art. 24** Sem prejuízo da penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

.....

II a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

.....

IV a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

50. Como se vê, não satisfeito o Poder Público com as sanções estabelecidas no artigo anterior, tenta ainda impedir o livre exercício da atividade empresarial por aquele punido pelo abuso, levando, pois, à ruína a empresa, vale dizer o empresário e o trabalhador.

**51.** O Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Lei Maior, de há muito condena os exageros legais que impeçam, através de penalidades excessivas, direta ou indiretamente, o exercício da atividade profissional do contribuinte, como se vê das Súmulas nºs 70, 323 e 547, **verbis**:

**Súmula nº 70** É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

**Súmula nº 323** É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

**Súmula nº 547** Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

**52.** Os fundamentos constitucionais das súmulas mencionadas persistem na atual Constituição, arts. 5º, XIII, XVII, XVIII e XXIX, este último no que tange o licenciamento compulsório de patentes.

**53.** Tem-se, pois, como inconstitucionais os incisos II e IV do art. 24 da lei em questão.

#### V) INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ARTIGO 55

**54.** A Lei 8.884/94, tendo em vista, especialmente, a necessidade de competição da indústria nacional no mercado internacional, permite que certos atos – especialmente os de concentração empresarial – mesmo que incorram em limitações à livre concorrência, possam ser autorizados pelo CADE, como se vê do art. 54, desde que se proponham atingir determinados resultados socialmente relevantes.

**55.** É que, hoje, a competição em nível internacional obriga, em muitos casos, a concentração empresarial, visando, especialmente, escalas de produção e de produtividade.

**56.** O CADE examinando tais operações, as aprova, ou não, como decorre do art. 54, § 1º, **verbis**:

**Art. 54** Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

**§ 1º** o CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
  - b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
  - c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- II os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
  - III não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
  - IV sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

57. Em seguida, o art. 55 dispõe:

**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.

58. É contra a expressão "ou não forem alcançados os benefícios visados" que se dirige a declaração de inconstitucionalidade.

59. Como efeito, da autorização do CADE decorrerão atos com consequências patrimoniais irreversíveis, como compra de ativos, transferência de controle acionário, fusões, cisões, incorporações, contratação ou demissão de funcionários. Isto tudo, porém, fica sujeito à espada de Dâmocles do CADE, se este entender, subjetivamente, que não foram alcançados os benefícios visados.

60. A propósito da revogação dos atos administrativos lembra o pranteado Helly Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 16ª edição, pág. 179:

"Em princípio, todo ato administrativo é revogável, mas motivos óbvios de interesse na estabilidade das relações jurídicas e de respeito aos direitos adquiridos pelos particulares afetados pelas atividades do Poder Público, impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração.

Quanto aos atos administrativos especiais ou individuais são também, em tese, revogáveis, desde que seus efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público, mas ocorre que esses atos se podem tornar operantes e irrevogáveis desde a sua origem ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão. E tais são os que geram direitos subjetivos para o destinatário, os que exauram desde logo os seus efeitos, e os que transpõem os prazos dos recursos internos, levando a Administração a decair do poder modificá-los ou revogá-los. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o ato administrativo se torna irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência."

61. Na mesma linha a Súmula 473 do STF, *verbis*:

473 A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todo os casos, a apreciação judicial. (grifamos)

62. Resulta, pois, que a revogação quando, ao juízo subjetivo do CADE, "não forem alcançados os benefícios visados", fere de frente o disposto no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, tornando inconstitucional tal parte do artigo em exame.

#### VI) INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 64

63. A Constituição Federal, em seu art. 109, § 1º, estabelece que as causas em que a União for autora serão apuradas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. O *rationale* do preceito é o de favorecer a defesa do réu.

64. No caso das discussões sobre abuso de poder econômico, a prova documental a ser produzida frequentemente é imensa: planilhas de custos, preços comparativos nos mercados nacional e internacional, margem de lucro etc. sujeitando o réu a um pesado ônus processual.

65. A lei nova, contudo, estabelece o fóro à opção do CADE que assim pode demandar em Brasília, à sua escolha, invertendo princípio processual clássico relativo à facilidade de obtenção da prova.

66. Diversas decisões de tribunais inferiores tem estendido às autarquias e às empresas públicas a regra aplicável à União, quando ré, permitindo que se proponha a ação no domicílio do autor, no domicílio onde houver ocorrido o fato ou situada a coisa, ou no Distrito Federal, sob o fundamento de que tais entidades da administração indireta não podem ter privilégios maiores do que a União. Nesse sentido é ilustrativo o seguinte acórdão, referido no Código de Processo Civil de Theotônio Negrão:

**Art. 100: 18** O art. 100 alcança as empresas públicas (RTFR 122/40).

A empresa pública federal não tem privilégio de foro maior que o concedido pela Constituição à União no art. 109, § 2º da CF. Por isso, podem os autores escolher o foro da Capital do Estado onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, diverso do foro em que tem sede a empresa pública federal, ao intentar ação contra esta, deixando, assim, de ocupar pelo foro previsto no art. 100, IV, "a" do CPC (RTFR 106/15).

67. **Mutatis mutandis**, o mesmo se pode dizer, com maior razão, diante do disposto no art. 109, § 1º da Constituição Federal, com relação à opção aberta ao CADE pelo art. 64, pois nem a União goza do privilégio de propor ação em seu domicílio, fato que ademais, dada as dificuldades que acarreta, viola, de roldão, o disposto no art. 5º, LIV, ou seja, a cláusula do devido processo legal.

68. Daí ser objeto de declaração de inconstitucionalidade às expressões "do Distrito Federal", "a escolha do CADE", constante do art. 64.

## VII) INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 65 E 66

69. As decisões do CADE cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial, a teor do art. 60.

70. Assim, a dificultar ainda mais a defesa do réu, além do fôro à opção do CADE, das pesadas penas que impõe, que vão até mesmo à intervenção na empresa, impõe-se-lhe o duplo ônus de depósito das multas e caução para suspender execução, permitindo-se ao juiz que, a despeito do depósito e da caução, possa adotar providências imediatas, *inaudita altera pars*.

71. É o que dispõe os artigos 65 e 66, **verbis**:

**Art. 65** O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

**Art. 66** Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.

72. Como se verifica da leitura do artigo 65 em harmonia com o artigo 66, "a garantia do juízo" é, em verdade, não a nomeação de bens à penhora mas o depósito das multas ("ainda que tenha havido o depósito das multas"), além da prestação da caução.

73. Trata-se, pois, de lesão grave à garantia constitucional de acesso ao Judiciário, protegido pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que, aliás, a Corte Maior recentemente homenageou ao conceder liminar em ADIN proposta por esta Confederação contra o art. 19, caput, da Lei 8.870, de 15.04.94.

74. Afrontam, pois, os dispositivos em questão, os artigos 65 e 66 da Lei 8.884/94, ao disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal consoante o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito".

#### **Do pedido de concessão de liminar**

75. Acredita a Confederação Nacional da Indústria ter demonstrado as inconstitucionalidades ensejadoras da presente ação, com elementos que, por si revelam a presença do requisito *fumus boni iuris*, indispensável para a concessão da Liminar ora requerida, com fundamento no art. 170, § 1º, do Regimento Interno desta Alta Corte.

76. Indiscutível, também, nas diversas situações do *periculum in mora*. Assim, com base no artigo 52, o CADE pode determinar Medidas Preventivas para situações em que o empresário age independentemente de culpa (art. 20), inclusive no que tange a práticas normais, caracterizadas como preços excessivos ou aumentos sem justa causa (art. 21, XXIV). Pode, ainda, impor multas confiscatórias (art. 23, I) ou que impeçam o livre exercício empresarial (arts. 24, I e II), revogar atos que caracterizam direitos adquiridos (art. 55) e impedir o acesso ao Judiciário (arts. 65 e 66) ou tomá-lo extremamente gravoso ao escolher o fóro do Distrito Federal (art. 64).

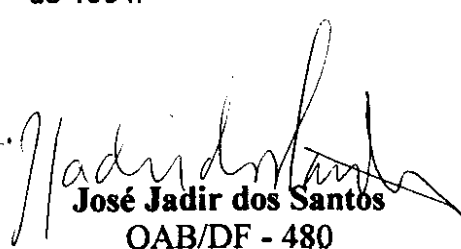
77. Em face de todo o exposto, a Confederação Nacional da Indústria, respeitosamente, requer a esse Excelso Tribunal que, após concedida Medida Liminar suspendendo a eficácia dos atos impugnados, sejam solicitadas informações ao Presidente do Congresso Nacional, sendo citado o Advogado Geral da União e ouvido o Procurador Geral da República, julgando-se, ao final, procedente a presente ação, para ser declarada a inconstitucionalidade dos arts. 20, na parte assinalada, art. 21, inciso XXIV e parágrafo único, art. 23, inciso I, na parte assinalada, art. 55, *in fine*, art. 64, parcialmente e arts. 65 e 66 da Lei 8.884, de 11.06.94.

Dá-se à causa o valor estimativo de R\$

**N. termos,  
P. Deferimento**

Rio de Janeiro, de de 1994.

  
**Hugo de Carvalho Coelho**  
OAB/RJ - 8.057

  
**José Jadir dos Santos**  
OAB/DF - 480