



14706758



08012.001294/2021-01



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Secretaria Nacional do Consumidor
Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado

NOTA TÉCNICA Nº 19/2021/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.001294/2021-01

ASSUNTO: Tratamento de Preços Considerados Abusivos no Âmbito da Defesa do Consumidor.

INTRODUÇÃO

1. A presente Nota Técnica busca realizar análise crítica e propositiva com a finalidade de propor subsídios ao tratamento de casos de preços considerados abusivos sob a perspectiva da defesa do consumidor, incluindo o contexto da pandemia de Covid-19.
2. Além da legislação, são examinados amplo rol de documentos públicos sobre o tema, incluindo as Notas Técnicas anteriores da Senacon e o Relatório da Comissão Especial sobre Supostos Preços Abusivos. Também são utilizados os documentos dos principais organismos internacionais de proteção ao consumidor, dentre outros documentos públicos relevantes.
3. Ao final, é apresentada proposição atualizada para atuação dos órgãos de defesa do consumidor no tratamento de preços considerados abusivos, com destaque para a imprescindibilidade da análise econômica.

I – RELATÓRIO

4. A problemática da verificação da abusividade dos aumentos de preços é recorrente no âmbito da proteção e defesa do consumidor do Brasil, tendo ainda mais gravidade em contextos de crises econômicas.
5. De fato, a crise trazida pela Pandemia de Covid-19 declarada oficialmente em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), gera, desde então, impactos diversos sobre o mercado de consumo, provocando casos de desabastecimento e de aumentos de preços de diferentes produtos e serviços.

1. Arcabouço constitucional e legal

6. Com base na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, são analisados os principais normativos relacionados à temática da atuação estatal em relação à formação e variação de preços de produtos e serviços no Brasil.

1.1. Fundamentos constitucionais

7. São princípios da ordem econômica constitucional aplicáveis à questão:

- **a livre iniciativa** (CF, art. 1º, VI, e art. 170, *caput* e parágrafo único):

Art. 1º (um dos fundamentos da República): IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

(...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

- **a defesa do consumidor** (CF: art. 5º, XXXII; art. 24, V e VIII; art. 170, V; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 48):

art. 5º, XXXII: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

art. 24: V - produção e consumo; VIII: responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

art. 170, V: defesa do consumidor;

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 48: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (Grifo nosso)

- **a livre concorrência** (CF: art. 24, I; art. 170, IV; art. 173, § 4º):

art. 24, I: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

Art. 170, IV: livre concorrência;

Art: 173, § 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (Grifo nosso)

1.2. Legislação geral aplicável

8. Por seu turno, as legislações aplicáveis especificamente sobre a temática de abusividade em reajustes de preços são as seguintes:

- **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB** (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, atualizado pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público): arts. 20 e 30:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

(...) Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

- **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951** (crimes contra a economia popular): art. 4º, b:

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. (Grifo nosso)

- **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes econômicos):** art. 4º, II, a); art. 7º, IV, a), b), c), d), VI, VIII:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

(...) VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

(...) VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; (Grifo nosso)

- **Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990):** art. 4º, I, II, alíneas a e c, e III; art. 39, X; art. 41; art. 51, X; 106, VIII; art. 107:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

(...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

(...) Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

Art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços;

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. (Grifo nosso)

- **Lei da Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011):** art. 19, I, VII; art. 36, I, III, § 3º, I, a), d) VII, IX, X, XV:

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

Art. 36. Constituem infração 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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(...) III - aumentar arbitrariamente os lucros;

(...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

(...) d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

(...) VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

(...) IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

(Grifo nosso)

- **Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019):** art. 1º; Art. 2º, I, II, III e IV; art. 3º, III:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

(...) III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda; (Grifo nosso)

1.3. Legislação específica aplicável aos mercados regulados

9. Os setores regulados possuem leis específicas que regulam o equilíbrio econômico-financeiro das empresas concessionárias e as condições dos contratos administrados. Além dessas, há a Lei do regime de concessão e permissão (Lei nº 8.987, de 1995), que prevê no contrato de concessão cláusulas relativas ao “ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas”.

10. São as seguintes as principais leis voltadas aos mercados regulados, com destaque para os dispositivos sobre regulação de preços e tarifas:

- Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (regime de concessão e permissão): artigos do Capítulo IV (arts. 9º a 13); art. 15, I, IV, V; art. 18, VIII; art. 23, IV; art. 29, V.
- Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (energia elétrica): art. 3º, VI, VII, XI, XVI, XX, XXI; art. 14, I; art. 15;
- Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (telecomunicações): art. 2º, I; art. 19, VII; art. 70, I; art. 83, parágrafo único; art. 86, parágrafo único, I; art. 89, I, VIII; art. 93, VII; todos os artigos da seção IV (arts. 103-109); art. 120, III; art. 129; art. 152.
- Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (petróleo): art. 1º, III; art. 8º, I; art. 47, § 2º; art. 69; art. 70;
- Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (planos de saúde): art. 4º, XVII, XVIII e XXI;
- Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, atualizada pela Lei nº 14.026, de 2020) (águas e saneamento básico): art. 4º, XIX, §8º; Art. 4º-A, §1º, II, §3º, I, III, §8º.

11. Dessa forma, pelas especificidades dos mercados regulados, não se faz necessário apresentar o detalhamento legal acerca da regulação dos preços para cada setor regulado. O importante é se ter esse ponto em consideração de que se trata de regulamentações específicas, geralmente institucionalizadas por meio de contratos de concessão que incluem a temática dos preços e seus reajustes.

12. Nesse sentido, em se tratando dos preços dos produtos e serviços regulados, a prerrogativa para sua regulação cabe aos órgãos reguladores correspondentes, restando aos órgãos de proteção e defesa do consumidor atuação nos aspectos relacionados à proteção do consumidor que não estiverem abarcados pela regulação setorial.

13. No caso da regulação dos preços, esta é uma prerrogativa das agências e órgãos reguladores. Não obstante, os órgão de proteção e defesa do consumidor podem, para casos específicos, atuar na observância de aspectos de proteção do consumidor que sejam aplicáveis, apontando possíveis abusos à Senacon, às Agências Reguladoras ou aos órgãos antitrustes.

1.4. Principais Decretos relacionados

14. Os principais Decretos relacionados à temática dos preços e à verificação da abusividade de seus aumentos referem-se aos aspectos institucionais para atuação da Senacon e dos órgãos públicos

com interface sobre a proteção dos consumidores, por meio dos fóruns de coordenação das políticas públicas de defesa do consumidor, quais sejam o SNDC e o CNDC. São os seguintes:

- Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 (art. 3º, *caput* e VIII; art. 5º; art. 13, VIII); e
- Decreto nº 10.417, de 7 de julho de 2020 (art. 1º; art. 2º, I, II, V, VI; art. 3º).

15. O **Decreto nº 2.181, de 1997**, regulamenta o CDC e o funcionamento do SNDC), e traz outras disposições:

Art. 3º, Art. 3º Compete à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, a coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

(...) VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de produtos e serviços;

Art. 5º Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.

Art. 13, VIII (prática infrativa): deixar de cumprir, no caso de fornecimento de produtos e serviços, o regime de preços tabelados, congelados, administrados, fixados ou controlados pelo Poder Público;

16. O recente **Decreto nº 10.417, de 2020**, recriou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), com nova configuração em relação à extinta Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor criada pelo Decreto de 28 de setembro de 1995.

17. No início das atividades do CNDC, foi criada a Comissão Especial sobre Supostos Preços Abusivos, cujo relatório final foi elaborado em 19 de janeiro de 2021. Sua atuação está baseada no Decreto nº 10.417, de 2020, que em seu art. 1º, determina, como finalidade do CNDC: *assessorar o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública na formulação e na condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor, e, ainda, formular e propor recomendações aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para adequação das políticas públicas de defesa do consumidor*.

18. Nesse sentido, o art. 2º do Decreto nº 10.417, de 2020, traz em seu inciso I, como competência do CNDC, propor aos órgãos do SNDC as seguintes diretrizes:

Art. 2º do Decreto nº 10.417/2020, art. 2º, I:

a) medidas para a prestação adequada da defesa dos interesses e direitos do consumidor, da livre iniciativa e do aprimoramento e da harmonização das relações de consumo;

b) adequação das políticas públicas de defesa do consumidor às práticas defendidas por organismos internacionais, tais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento;

c) medidas para coibir fraudes e abusos contra o consumidor;

d) aperfeiçoamento, consolidação e revogação de atos normativos relativos às relações de consumo; e

e) interpretações da legislação consumerista que garantam segurança jurídica e previsibilidade, destinadas a orientar, em caráter não vinculante, os diversos órgãos de defesa do consumidor em âmbito federal, estadual, distrital e municipal”.

19. Além de tais diretrizes ao SNDC, são de competência do CNDC as seguintes:

II - promover programas de apoio aos consumidores menos favorecidos;

V - requerer a qualquer órgão público a colaboração e a observância às normas que, direta ou indiretamente, promovam a livre iniciativa; e

VI - sugerir e incentivar a adoção de mecanismos de negociação, de mediação e de arbitragem para pequenos litígios referentes às relações de consumo ou para convenção coletiva de consumo. (Decreto nº 10.417/2020, Art. 2º)

20. Conforme previsto nos Decretos nº 10.417, de 2020, e nº 2.181, de 1997, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC) e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) são as principais instâncias responsáveis pelas políticas públicas de proteção do consumidor.

21. Ambas são instâncias com órgãos e entidades autônomos, com coordenação pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) de políticas públicas nacionais para a proteção e defesa do consumidor.

22. No caso do CNDC, sua composição é mais ampla e abrangente, incluindo não apenas representantes dos órgãos e entidades de defesa do consumidor que configuram o SNDC, mas também de órgãos governamentais, agências reguladoras, representantes de fornecedores, dentre outros.

1.5. Da integração entre os princípios constitucionais e legais

23. Como se observou na legislação pátria, o atual arcabouço constitucional, legal e infralegal da proteção e defesa do consumidor é integrado também pelos princípios e disciplinas da livre iniciativa e da livre concorrência.

24. Desse modo, hodiernamente no Brasil existe uma verdadeira integração principiológica e normativa entre os referidos princípios.

25. Tal integração se observa expressamente, por exemplo, nas três Leis abaixo:

- Lei da Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011):

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

- Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014):

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;

- LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018):

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

26. Por seu turno, o referido Decreto nº 10.417, de 2020, em art. 2º, traz expresso dispositivo que ilustra a existente integração entre defesa dos interesses e direitos do consumidor, da livre iniciativa e do aprimoramento e da harmonização das relações de consumo, conforme já destacado.

27. Ademais, há que também se integrar os princípios constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

2. Principais documentos de referência

28. Nesta Nota Técnica, são utilizadas como base para análise, além da legislação existente, os documentos abaixo:

- Nota Técnica nº 35/2019/CGEMM/DPDC/SENACon/MJ, de 08 de agosto de 2019 (SEI nº 14816442);
- Nota Técnica Conjunta nº 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACon/MJ, de 19/03/2020 (SEI nº 14816449);
- Relatório da Comissão Especial do CNDC sobre Supostos Preços Abusivos, de 19/01/2021 (SEI nº 14816451).

2.1. Nota Técnica nº 35/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, de 08 de agosto de 2019

29. A Nota Técnica nº 35/2019 da Senacon realizou “estudo técnico a respeito de abusividade no reajuste do preço de produtos e serviços, que configura prática abusiva segundo o Código de Defesa do Consumidor e é objeto de diversos questionamentos, sobre empresas específicas, por parte de membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC”.

30. Essa NT procurou oferecer “uma sistemática para análise de eventual abusividade dos aumentos de preços de determinados produtos e serviços”.

31. Para tanto, propõe:

a análise caso a caso pelos órgãos de defesa do consumidor, a fim de avaliar a eventual abusividade dos aumentos incidentes sobre produtos e serviços. Esta análise deve sempre levar em consideração possíveis choques de oferta e demanda, que alteram de maneira inesperada o equilíbrio do mercado”.

(...)2.7 Dessarte, para iniciar uma análise de eventual abusividade dos aumentos incidentes sobre produtos e serviços é necessário que o órgão solicite ao fornecedor e, posteriormente, realize uma análise pormenorizada das planilhas de custos referentes ao período anterior ao aumento para identificar quais foram as causas que deixaram o fornecedor sem escolhas a não ser elevar o preço do produto/serviço. Não se desprezando, também, a presença de concorrência, ou seja, há de ser realizada uma análise de oferta e demanda. Casos como a redução abrupta de concorrência podem levar a aumentos significativos nos preços, sendo de especial importância esta questão pela relação inversa entre a concorrência e o preço (quanto menor a concorrência, maior o preço).

32. Em relação a casos com contrato administrativo, propõe aos órgãos de defesa do consumidor a verificação dos “mecanismos preestabelecidos de recomposição e reequilíbrio da equação econômico-financeira”.

2.2. Nota Técnica n.º 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, de 19/03/2020;

33. A Nota Técnica Conjunta n.º 8/2020 também trata do tema da abusividade de reajuste e foi realizada em parceria pela SENACON e pela SEAE-SEPEC/ME, agregando à NT nº35/2019 o contexto da pandemia de Covid-19 e tendo como foco produtos de prevenção e tratamento da doença, como álcool gel, luvas e máscaras.

34. A NT conjunta destaca que situações de emergência ou de calamidade pública como da Covid-19 podem gerar choques de oferta e demanda e seus efeitos decorrentes.

35. No item sobre Análise Econômica, conclui sobre o risco de se subverter o mecanismo de ajuste de mercado previsto na Constituição Federal e premissa do CDC por alguma medida de controle de preço voltada para tratar dos efeitos da pandemia sobre as cadeias produtivas e os produtos e serviços finais, que poderia trazer como efeitos o desabastecimento ou migração do produto para o mercado informal, por exemplo.

36. Traz a mesma conclusão da NT anterior, propondo a análise caso a caso de abusividades em situações de excepcional vulnerabilidade como a do Covid-19 pelos órgãos de defesa do consumidor, a fim de avaliar a eventual abusividade dos aumentos incidentes sobre produtos e serviços.

37. Ao final, apresentou Guia Orientativo para exame de abusividade por parte dos órgãos do SNDC na elevação dos preços dos diversos produtos e serviços que podem ser afetados em virtude da pandemia do Covid-19, conforme abaixo:

- a) Identificar o produto que se quer verificar abusividade (álcool gel, por exemplo);
- b) Identificar as empresas que atuam concorrencialmente nesse mercado;
- c) Identificar a cadeia produtiva, incluindo a matéria-prima do produto;

- d) Solicitar notas fiscais de compra e de venda com uma série histórica confiável, sendo recomendável ao menos uma série de 03 meses (90 dias);
- e) Identificar se há racionalidade econômica no aumento de preços ou se ele deriva pura e simplesmente de oportunismo do empresário.

2.3. Relatório da Comissão Especial sobre Supostos Preços Abusivos, de 19 de janeiro de 2021

38. O contexto da pandemia fez com que o aumento de preços percebido como abusivo se tornasse tema relevante no âmbito do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC).

39. A Comissão Especial sobre Supostos Preços Abusivos, estabelecida no âmbito dos trabalhos do CNDC, apresentou relatório final elaborado em 19 de janeiro de 2021 e foi coordenada pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Dr. Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva com a participação de representantes de órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e relatoria de representantes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) e da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (Fundação Procon SP). Cada um dos Relatores apresentou seu relatório específico, assim como houve contribuições dos demais membros: Agência Nacional do Petróleo, Fecomercio (IFec RJ), ABRAS, CNC, bem como do Professor Luciano Timm, acadêmico do CNDC.

40. O trabalho do grupo buscou avançar na discussão sobre preços abusivos, uma vez que, embora haja esforços para se chegar em uma metodologia para aplicação do disposto no art. 39 do CDC, seu entendimento ainda é permeado por indefinições em matéria de condução de políticas de defesa dos consumidores, especialmente quando se considera a diversidade de órgãos e entidades que, de forma autônoma, lidam com tema.

41. O Relatório tratou da temática de "Preços Abusivos", notadamente aqueles relacionados aos itens que compõem a cesta básica de alimentos e que tiveram aumentos exponenciais em seus preços finais, em decorrência dos efeitos da pandemia Covid-19.

2.3.1. Relatório específico nº 1 – SEAE

42. Em seu Relatório específico, a SEAE-SEPEC/ME destacou a importância da regulamentação do art. 39, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor, especialmente acerca da expressão “justa causa”.

43. No entender da SEAE, a expressão citada tem sido objeto de entendimentos diversos, por vezes conflitantes, pelas centenas de órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, produzido insegurança jurídica e judicialização que sobrecarrega o Poder Judiciário e traz custos desnecessários ao consumidor, fornecedor e Poder Público.

44. A SEAE entende que a proteção do consumidor pelo Poder Público deve estar harmonizada com o direito à livre iniciativa. A Secretaria destaca preocupação “com os impactos econômicos resultantes da pandemia de COVID-19 e, mais recentemente, os aumentos de preços verificados em diferentes setores da economia, especialmente produtos alimentares que compõem a cesta básica e materiais de construção”.

45. Ela fundamenta seu posicionamento contra qualquer proposta no sentido de tabelamento de preços ou de definição de preços máximos para produtos da cesta básica, dada a natureza de tal mercado, em que existe concorrência. Isso porque, em regime de livre concorrência, agente econômico só eleva seus preços quando for capaz de fazê-lo, em geral, em choques que produzam restrições de oferta ou aumento de demanda, ou ambas simultaneamente.

11. Nesse contexto, ameaçar os agentes econômicos por elevar seus preços em tal situação, impondo-lhes o ônus de demonstrar a justeza da sua conduta, quando não há critérios objetivos para tais justificações e nem pode haver, equivale a produzir um incentivo para que os agentes econômicos não imbuídos de uma atitude oportunista se intimidem e temam ser acusados e processados. O resultado dessa situação será então uma redução do número de fornecedores que, no limite, poderia levar até mesmo a um desabastecimento e, no cenário mais favorável, redundaria em preços ainda mais

inflacionados, dada a redução da oferta causada pelo temor de repassar preços elevados. Em suma, tudo o que o agente público pretendia inicialmente evitar com a notificação a supermercados seria justamente o resultado efetivo de tal ato.

46. Destaca que os aumentos dos preços da cesta básica atrelados à pandemia são de natureza conjuntural e não estrutural, bem como de curto prazo. Tal cenário também configura outros mercados como o da construção civil.

47. Para a SEAE, em conclusão, os preços livres têm um papel fundamental no equilíbrio de mercado porque ele revela o grau de escassez de cada produto. Assim, esses aumentos de preços são frutos de um desajuste temporário entre oferta e demanda e a expectativa é que o equilíbrio seja restabelecido no curto e médio prazo. Movimentos especulativos ou mesmo desleais podem até ocorrer, mas devem ser pontuais. Em particular, nos setores da cesta básica, essas práticas desleais são pouco prováveis em decorrência de suas características competitivas.

48. Como sugestão para atuação do Poder Público nesse cenário, propõe:

- a promoção da concorrência (advocacia da concorrência);
- a busca de identificação de falha no mercado, seja conjuntural ou mesmo estrutural; e
- para o tratamento de práticas ilícitas, como combinação de preços, deve ser realizada investigação com coleta de indícios e aplicação de sanções, com direito ao contraditório e ampla defesa.

2.3.2. Relatório específico nº 2 – CADE

49. Em seu Relatório, o CADE assevera ter se manifestado, em 2020, “diversas vezes quanto a tentativas ou sugestões de se impor controles de preços ou descontos obrigatórios em virtude das distorções provocadas pelos efeitos da pandemia em diferentes mercados”.

50. Para a Autarquia, que possui a função de investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência, não há regulamentação sobre “preço abusivo.”

51. De qualquer modo, ainda não se chegou a um arcabouço teórico consolidado, seja no âmbito da academia, seja no âmbito da execução de políticas públicas, a respeito do tema. Desde a sua definição até a forma como deve ser tratado pelas autoridades públicas, passando pela maneira de identificar sua ocorrência e quem deve enfrentar a questão, sobram indefinições. Por outro lado, há também muitas tentativas de se chegar a algum tipo de metodologia para tratar de preços abusivos.

52. No caso da identificação de casos de preços abusivos derivados de práticas exploratórias passíveis da intervenção concorrencial, o CADE traz consideração de caso em que é preferível que o problema de preços abusivos seja enfrentado pelo regulador e não pela autoridade antitruste.

53. Em atuação junto à OCDE, destaca ainda ser preferível adotar medidas que não envolvam controle direto de preços. Por exemplo, a autoridade antitruste pode determinar a redução das barreiras à entrada em vez de focar no controle de preços.

54. O CADE cita documento da OCDE (2011, p. 48 – 53), que trata de “Excessive Prices e está disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>.

55. Em seu Relatório o CADE aponta que o referido documento da OCDE “sumariza as principais condições que indicariam a necessidade/possibilidade de intervenção da autoridade pública em face da existência de preços abusivos”. No caso de mercado regulado, a OCDE assevera:

parte-se do princípio de que o regulador setorial tem conhecimentos específicos que permitem uma atuação eficiente em face da possibilidade ou existência de preços abusivos. A autoridade concorrencial pode contribuir para fortalecer a atuação do regulador em sede de advocacia da concorrência provocando a atuação do ente regulador nesse assunto e oferecendo apoio técnico.

56. Para o CADE, são os seguintes os principais argumentos contra controles de preços ou descontos obrigatórios no atual contexto de pandemia:

1. Congelamentos de preços ou estipulações de preços teto podem ter forte efeito negativo, como desincentivo à produção, à distribuição e à comercialização de bens;
2. Preços altos têm a possibilidade de "sinalizar" para a curva da oferta onde há maior necessidade de investimentos. Sem a referida sinalização, é possível e provável a existência de desabastecimentos persistentes ou de oferta de serviços abaixo do que seria interessante socialmente por longos períodos.
3. Há peso morto social quando se estabelece um preço teto muito alto ou muito baixo, além de custo social em se punir, judicialmente, quem estabeleceu preços acima do tabelamento (movimenta-se o Ministério Público, o Judiciário, a Defensoria Pública, os Procons, dentre outros).
4. Ao impor um desconto uniforme, pode-se punir empresas com rivalidade intensa.
5. Caso as empresas com rivalidade intensa venham a falir, o mercado ficará mais concentrado e sem agentes do tipo *maverick*, o que poderá acarretar uma pressão de preços para cima, pós-pandemia.
6. Fixação de preços máximos, de maneira *ad hoc* e *ex post* pode gerar efeitos não desejados;
7. Redução de margens imposta por descontos obrigatórios inibe a entrada de novas empresas, reforçando o poder de mercado das empresas líderes do mercado;
8. Redução de margens imposta por descontos obrigatórios também produzem impactos negativos diversos.

57. Em sua Nota Técnica nº 16/2020, o CADE destaca “o efeito benéfico para sociedade dos preços livres, mesmo em tempos de crise, porque chama atenção dos ofertantes, para ajustar a produção, a distribuição e a oferta de determinados bens, em certas regiões e em determinados períodos”.

58. Segundo o CADE, a doutrina aponta que os preços abusivos, em geral, refletem mais problemas na estrutura do mercado do que propriamente um comportamento das empresas, sendo desejável que a intervenção seja dirigida para solucionar esses problemas na estrutura do mercado e não somente para impedir um comportamento indesejável das empresas (o que seria obtido, por exemplo, mediante o controle de preços).

59. Assim, para o CADE, o remédio para uma prática de preços abusivos depende da sua causa:

- Se o preço abusivo decorre de um forte e duradouro poder de mercado, o ideal é promover informação para que o consumidor possa mudar para produtos/serviços mais baratos oferecido por entrantes;
- Se decorre de barreiras à entrada estratégicas, como a imposição de elevados custos de troca ao consumidor (por exemplo, bancos que impõem elevados custos para encerrar uma conta), a autoridade deve agir no sentido de proibir tais estratégias;
- Se o preço abusivo decorre de barreiras legais à entrada, a autoridade deve recorrer a ações de advocacia da concorrência para eliminar tais barreiras e liberalizar o setor;
- Em certos casos em que o preço abusivo decorre de uma barreira à entrada de natureza econômica ou estrutural do mercado (economias de escala, monopólio estatal, etc.), alguns autores indicam a possibilidade de remédios estruturais.

2.3.3. Relatório específico nº 3 – Procon/SP

60. O Procon/SP apresenta reportagem da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), de 09 de abril de 2020, intitulada “Unctad: governos têm que combater preços abusivos e crimes durante pandemia” (disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1709882>). A agência descreveu a situação como uma “enxurrada de atividades ilícitas e injustas que estão afetando os mais fracos e vulneráveis na sociedade”. Dentre as ações recomendadas está, dentre outras, “punir aumento excessivo de preços ou estoques de produtos com fins especulativos”.

61. Após referir o art. 39, X, do CDC, e contrapor o posicionamento à época da UNCTAD em relação ao do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), o PROCON/SP assevera:

Sem sombra de dúvidas, esse é o arcabouço fático e jurídico que legitimou e permitiu aos membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, notadamente, aos Procons, atuarem no mercado de consumo fiscalizando o notável aumento dos preços dos itens da cesta básica, máxime quando os órgãos encarregados de acompanhar o mercado de consumo e identificar eventual problema que pudesse afetar a oferta de alimentos falharam em seu mister.

62. Desse modo, para o órgão, “nesse contexto de anormalidade é que o art. 39, inciso X do CDC ganha efetiva e necessária aplicabilidade, pois, num juízo ético-social, reprovamos o aproveitamento indevido da situação, seja por motivos egoísticos, seja pelo oportunismo em razão da dificuldade dos consumidores terem acesso a certos bens.”

63. Para o Procon/SP, “enclausurar o conceito de justa causa não parece ser o caminho adequado para tratar a questão da elevação sem justa causa do preço”. Sugere, assim, no campo do direito do consumidor, que a análise da “justa causa” esteja sempre associada à boa-fé objetiva e à vulnerabilidade do consumidor, diante de uma situação anormal e específica.

64. Após também afastar possibilidade de tabelamento, o Procon/SP ressalta a necessidade de Fiscalização, conforme os destaques abaixo:

- “cabe ao Estado tão somente atuar no que tange à fiscalização dos preços, com a adoção de determinados parâmetros, como por exemplo, se elevação do valor do produto/serviço está ou não associada ao aumento de custos para a produção, ou se há abuso decorrente de situação privilegiada do fornecedor, como a falta de produto ou a ausência de concorrência, sem prejuízo de outras referências que possam ser acolhidas”;
- “caberia ao Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, mediante provocação do SNDC, sugerir e verificar a adequação dos referidos parâmetros de fiscalização”;
- “é de suma importância a discussão no CNDC de como dar transparência aos trabalhos de monitoramento do mercado de consumo realizado pelas instituições competentes”.

2.3.4. Contribuição do Professor Luciano Timm, acadêmico do CNDC

65. A contribuição do Professor é baseada em artigo sobre o mesmo tema publicado no Jota intitulado “Existe controle de preços no Brasil?”, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/existe-controle-de-precos-no-brasil-14092020>.

66. Para o Prof. Luciano Timm, a atuação da Senacon em relação à temática foi realizada por meio do mapeamento da cadeia produtiva para identificar “eventuais abusividades (o que aconteceu nos mercados do leite, do queijo, do álcool em gel e das máscaras cirúrgicas). Mais recentemente, fez o mesmo com os integrantes da cadeia do arroz.” Pondera, entretanto, que tal atuação “está longe de fiscalizar preços e muito mais longe ainda de tabelar preços, como, aliás, fez a Argentina, causando desabastecimento.”

67. Para Timm, não cabe se discutir margem de lucro, mas verificar “se há racionalidade econômica para o aumento, sendo a abusividade um comportamento oportunista ou de má fé da empresa que não consegue justificar o aumento substancial do preço por uma mudança na estrutura de preços de oferta e demanda dentro da cadeia em que está inserido”.

68. O Professor conclui destacando ser a regulação de preços um tema multidisciplinar, envolvendo Direito e Economia.

2.3.5. Contribuição da Agência Nacional do Petróleo (ANP)

69. ANP explicou sua atuação em âmbito regulatório no mercado de combustíveis, incluindo questões concorrenciais.

70. No que se refere à regulação de preços de mercados não regulados, para a agência reguladora:

O tema é polêmico, pois o regime econômico instituído no país é o da liberdade econômica e, por conseguinte, de liberdade de fixação de preços; neste contexto, há dificuldade em conceituar o preço abusivo quanto aos aspectos econômicos e jurídicos.

71. A ANP explica que o tema de “preços abusivos” no mercado de combustíveis é tratado nas dimensões econômica (liberdade de preços e defesa da concorrência), de fiscalização (atua na ponta da

cadeia produtiva) e jurídica (por processos administrativos sancionadores e tendo em conta a segurança jurídica).

72. A Agência defende a complementariedade entre os princípios da liberdade econômica e da defesa do consumidor. Explica que, em âmbito econômico, a fixação de preço está ligada à relação entre oferta e demanda de qualquer produto, sendo importante estímulo à produção e à competitividade.

73. Como no mercado brasileiro de combustíveis também vigora a liberdade de fixação de preços, a ANP enfrentou a crise dos caminhoneiros de 2018 reafirmando essa política de liberdade de preços. Destacou a utilização então do parâmetro de 20% com base no art. 4º, b, da Lei nº 1.521/1951, especialmente para fins de fiscalização.

74. Já no que se refere à “justa causa” prevista no CDC para a elevação de preços, considera-o também um conceito jurídico indeterminado, sendo necessário regras adicionais quando de sua aplicação pelos agentes públicos. Destaca a importância do agente público atentar para as consequências práticas da decisão administrativa, nos termos do art. 20 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

75. Em conclusão, a ANP “reconhece a importância da repressão de preços abusivos, ainda que haja imprecisão deste conceito, especialmente diante dos cenários de crise, atentando-se para as consequências práticas das decisões administrativas a respeito. De qualquer forma, as ações continuadas para estímulo à concorrência leal no mercado parecem ser as mais apropriadas à promoção dos preços razoáveis e justos, tanto para os agentes econômicos quanto para os consumidores”.

2.3.6. Contribuição da Fecomércio RJ (Ifec RJ)

76. A contribuição foi realizada por meio de apresentação em gráficos pelo Instituto Fecomércio de Pesquisas e Análises (Ifec RJ).

2.3.7 Contribuição da ABRAS e 2.3.8. Contribuição do CNC

77. A ABRAS é a Associação Brasileira de Supermercados, entidade civil, sem finalidade lucrativa, congregando os Supermercados e suas Associações Estaduais. A CNC é a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. São tratadas conjuntamente após se observar a convergência dos apontamentos de ambas.

78. A ABRAS e a CNC destacam a importância da análise sistêmica do sistema brasileiro, conforme o princípio constitucional e legal da livre iniciativa.

79. Apontam como, historicamente, o esforço para controle de preços no Brasil se mostrou ineficiente e ineficaz, causando distorções no lado da oferta, com efeitos contrários ao que se pretendia: com produtores deixando de negociar mercadorias, aumento de preço em mercados paralelos, cartelização ou mesmo desabastecimento.

80. Dessa forma, são exemplos de consequências indesejadas do esforço para o controle de preços:

1. o aumento do preço do bem em mercados paralelos;
2. cartelização;
3. desabastecimento, dentre outros.

81. Asseveram ser o setor supermercadista e de comércio de alimentos extremamente concorrido e pulverizado. Em defesa do funcionamento regular do mecanismo de mercado, fornecem a seguinte explicação:

82. É importante notar que, em todos os casos, a flutuação de preços funciona como um excelente sinal emitido aos produtores. Tomemos como exemplo o aumento do preço da matéria-prima. O aumento deste preço comprimirá os lucros dos empresários que comprem os insumos, o que certamente os mobilizará na direção de reduzi-los. Mais importante, o aumento do preço no setor produtor de insumos fará essa atividade mais lucrativa, o que também certamente estimulará a produção através da entrada de novos produtores, o que acabará redundando em redução dos preços. Desta forma, as forças de mercado atuam para reduzir o preço praticado e a flutuação do preço atua no sentido de governar as melhores decisões tomadas pelos produtores.

83. Não obstante, o contexto atual da Pandemia, caracterizando situação de emergência ou de calamidade pública, gerou choques de oferta e demanda, afetando o mercado do equilíbrio e gerando, inclusive, desabastecimento.

84. Pelo que se observa da argumentação da ABRAS e da CNC, exceto pelos fatores sazonais e do comércio internacional, inerentes à composição dos preços dos produtos da cesta básica, a majoração de preços se deve a fatores exteriores ao próprio mercado de produtos da cesta básica, como se observa dos elementos causadores dos aumentos e da escassez listados abaixo:

1. aumento do preço da matéria-prima e sua escassez: devido ao aumento das exportações destes produtos e sua matéria-prima e a diminuição das importações dos mesmos;
2. câmbio: mudança na taxa de câmbio que provocou a valorização do dólar frente ao real;
3. questão fiscal: a política fiscal de incentivo às exportações;
4. razões logísticas: priorização da indústria nacional;
5. auxílio emergencial: alta demanda interna provocada pelo auxílio emergencial;
6. fatores sazonais: como o clima desfavorável em algumas regiões;
7. efeito da pandemia na economia: as incertezas provocadas pela pandemia também contribuíram para essa distorção; dentre outros.

85. Assim, observou-se o aumento de 57,7% do IPA – Produtos agrícolas, índice de preços produzido pela FGV – nos últimos 12 meses encerrados em outubro de 2020, marcado pelo aumento expressivo do preço do arroz, da soja e da carne.

86. Foi citada a medida de redução tarifária do arroz pelo governo, que decidiu zerar sua alíquota do imposto de importação até 31 de dezembro de 2021.

87. A ABRAS e a CNC asseveram possuir grande preocupação com o aumento dos preços dos itens que compõem a cesta básica, por serem essenciais à alimentação da população e com maior impacto sobre as famílias menos favorecidas.

88. Ao mesmo tempo, externam preocupação sobre medida de controle de preços que poderia gerar desequilíbrio de seu fornecimento podendo causar, de maneira indesejável:

1. potencial risco de desabastecimento;
2. controle de volume de compras;
3. inflação;
4. geração de tensões negociais e de ordem pública.

89. Em relação ao seu papel, ambas instituições asseveram já agirem para regular o abastecimento e impedir o aumento de preços ao consumidor final, por medidas baseadas na livre iniciativa e liberdade econômica, defendendo, por exemplo, a retirada de barreiras fiscais para o aumento da oferta de produtos no mercado interno, sem prejudicar o produtor e a indústria local.

2.4. Contribuição analítica da Senacon

90. Por meio de sua Coordenação-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercados (CGEMM), do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), a Senacon realiza monitoramento, estudos, análises e proposições de âmbito regulatório e econômico no âmbito das relações de consumo.

91. Para a caracterização da prática de preço abusivo, não há um dispositivo específico na legislação nacional, mas são utilizados os dispositivos correspondentes referidos no item “1.2. Legislação geral aplicável” desta Nota Técnica, dos quais dois se destacam:

- a vedação de elevação de preço de produtos ou serviços sem justa causa (artigo 39, inciso CDC);
- o aumento arbitrário dos lucros como infração à ordem econômica (artigo 36, inciso III, da Lei n.º 12.529/2011).

92. Ambos os dispositivos trazem os conceitos imprecisos de “justa causa” e “aumento arbitrário”, necessitando, por isso, de serem analisados, nos casos concretos, a partir de perspectiva de integração com outros princípios normativos e por meio de abordagem multidisciplinar com foco na análise econômica.

93. No âmbito penal, destaca-se o crime contra as relações de consumo de reter insumos ou bens para o fim de especulação (art. 4º, IV Lei nº 8.137/1990). Já o CDC não traz tipificação penal para aumento abusivo de preços, mas traz em seu art. 76, inciso V, como circunstâncias agravantes dos crimes que tipifica “serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais”.

2.4.1. Notas Técnicas acerca de Aumentos de Preços

94. Além das Notas Técnicas nº 35/2019 e nº 08/2020, este Departamento possui amplo rol de Notas Técnicas acerca de aumentos de preços de produtos e serviços, dentre elas as referidas abaixo:

- Nota Técnica n.º 31/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ (SEI nº 11645599) - aumento de preços de álcool em gel, álcool solução 70% e máscaras cirúrgicas no início da pandemia de Covid-19.
- Nota Técnica n.º 1/2021/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ (SEI nº 13735631) - aumento do preço de alimentos (arroz e óleo de soja).
- Nota Técnica n.º 4/2021/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ (SEI nº 13838239) - aumento de preços de itens da construção civil na pandemia de Covid-19.
- Nota Técnica n.º 5/2021/DIAGI/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ (SEI nº 14576442) - aumento do preço da carne.

2.4.2. A busca da “racionalidade econômica” na Nota Técnica Conjunta nº 8/2020

95. Conforme já referido, a última Nota Técnica nº 8/2020 da Senacon a tratar de preços abusivos ou de aumento arbitrário de lucros, já no contexto da pandemia, trouxe a perspectiva da análise caso a caso.

2.10. Sendo assim, frente as normas legais e constitucionais vigentes, faz-se necessário ter em mente que uma análise da abusividade dos preços ou aumento arbitrário de lucros, segundo o CDC e a legislação de defesa da concorrência, deve ocorrer caso a caso, mercado a mercado, sem que seja possível determinar aprioristicamente quais são os limites de elevação estabelecidos em lei.

96. O aumento abusivo seria aquele sem justa causa, conforme previsto no CDC. Já aumento arbitrário de lucros pertence ao ramo da defesa da concorrência.

97. A Nota Técnica nº 8/2020 abarca contexto de crises de oferta e demanda, como é o caso da crise provocada pela pandemia e outras situações atípicas, como desastres naturais:

2.20. Como já mencionado, situações de emergência ou de calamidade pública podem gerar choques de oferta e demanda, eventos que proporcionam, de maneira inesperada, um aumento ou redução significativa da oferta ou demanda, _tirando o mercado do equilíbrio e podendo gerar desabastecimento.

98. No que se refere à busca de identificação da “justa causa” na elevação de preços e produtos (CDC, art. 39, X), são apontados dois elementos: o comportamento do fornecedor e a racionalidade econômica:

2.24. Desta feita, para começar a identificar a prática abusiva do Art. 39, inciso X do CDC será preciso configurar uma atuação do fornecedor que ocorra de forma dissimulada, ou que se aproveite da sua posição dominante, gerando assim um possível abalo na causa original que levou a concretização do contrato, maculando o princípio da equivalência material. Além disto, é preciso observar a existência de racionalidade econômica no aumento, ou seja, avaliando-se a concorrência e possíveis choques na oferta e demanda dos produtos.

99. Dessa forma, são dois elementos pertencentes à análise antitruste que podem auxiliar na identificação da prática abusiva de aumento de preço sem justa causa:

- a atuação do fornecedor de forma dissimulada ou que se aproveite de sua posição dominante; seria o que o Prof. Bruno Miragem chama de “comportamento desleal” pois violador da boa-fé;
- e a racionalidade econômica no aumento.

100. Por último, a referida Nota Técnica indica um terceiro elemento, de âmbito exclusivo do direito do consumidor, com base no princípio da conservação dos contratos e no princípio da equivalência material, que é o da “desvantagem exagerada ao consumidor”. Nesse caso, a análise não é de âmbito econômico, mas de busca de reequilíbrio da relação contratual de consumo, na qual o consumidor teve desvantagem exagerada em relação à posição do fornecedor, o qual teria agido por má-fé.

101. Como contribuição da SEAE/ME, a NT nº 08/2020 possui um item sobre análise econômica que conclui sobre os riscos de se subverter o mecanismo de ajuste de mercado em intervenção do Poder Público sobre o aumento de preços.

102. Em sua conclusão, a NT nº 08/2020 indica um roteiro para vedação da cobrança de preços abusivos, como um caminho a ser seguido, que segue abaixo novamente para conhecimento:

1. Identificar o produto que se quer verificar abusividade (álcool gel, por exemplo);
2. Identificar as empresas que atuam concorrencialmente nesse mercado;
3. Identificar a cadeia produtiva, incluindo a matéria-prima do produto;
4. Solicitar notas fiscais de compra e de venda com uma série histórica confiável, sendo recomendável ao menos uma série de 03 meses (90 dias);
5. Identificar se há racionalidade econômica no aumento de preços ou se ele deriva pura e simplesmente de oportunismo do empresário;

103. É justamente na avaliação de se houve racionalidade econômica que justifique o aumento de preços que o tema se complexifica e pode ensejar um debate por parte dos membros do CNDC.

104. Para a identificação da racionalidade econômica, algumas perguntas são fundamentais, tais como:

- O racional econômico que justifica a elevação de preços de determinado produto pode se mostrar ilegítimo em determinadas situações? Em quais?
- O mercado se ajustaria rapidamente nesses contextos, ou a intervenção poderia trazer maior bem-estar aos consumidores e à sociedade de modo geral?

105. Em um capítulo destinado a elaborar sobre o que parece justo do ponto de vista dos consumidores, o economista comportamental Richard Thaler, Nobel de Economia de 2017, apresentou, no livro “Misbehaving: A construção da economia comportamental”, alguns experimentos que podem ser

úteis para pensar a perspectiva dos consumidores diante da elevação de preços de determinados produtos.

106. O economista relata que o aumento de preços decorrente de um aumento de custos é sempre considerado justo pelos consumidores. Entretanto, há situações que, embora sejam justificáveis do ponto de vista da teoria econômica, podem ser vistas como bastante injustas pelos consumidores. Um exemplo usado pelo autor é a elevação do preço de pás para neve de 15 para 20 dólares na manhã seguinte a uma forte nevasca. Entre os respondentes, 18% acharam a conduta da empresa aceitável e 82%, injusta. Apesar de o exemplo específico das pás não refletir a realidade brasileira, pode ser interessante para pensar o assunto e outros contextos de alterações inesperadas e relevantes do mercado que se apliquem a nossa realidade, como o “apagão” no Amapá, em novembro de 2020.

107. Do ponto de vista econômico, existe uma explicação racional para explicar o comportamento do fornecedor. O aumento de preços das pás seria visto como uma maneira de se garantir que esse produto acabe sendo adquirido por aqueles que o valorizam mais, no linguajar econômico por aqueles com maior disposição a pagar pelo produto.

108. Apesar dessa justificativa econômica, o que se verifica experimentalmente é os consumidores chegarem a considerar tal prática como ofensiva, estando dispostos, inclusive, quando possível, a punir esse tipo de conduta. Diante disso, a recomendação do economista é de que a aparência de justiça deve ser um valor a ser considerado pelos fornecedores em suas estratégias de negócio, especialmente para aqueles que costumam manter uma clientela fixa por um tempo longo.

109. Embora em alguns contextos, especialmente quando se trata de um mercado competitivo, os consumidores consigam, de modo geral, punir essas condutas, caso os outros fornecedores sigam a mesma iniciativa e se for um bem essencial para o consumidor, os consumidores, especialmente aqueles com menor poder de compra, podem ficar em uma situação bastante vulnerável.

2.4.3. O “price gouging” na pandemia

110. A prática abusiva conhecida internacionalmente como “price gouging” se refere à especulação indevida de preços por parte de fornecedores em contexto de crise de abastecimento.

111. Estudo realizado no Reino Unido, pela CCP (Centre for Competition Policy), em parceria com a universidade britânica, University of East Anglia, buscou identificar situações de elevação de preços no contexto da pandemia de covid-19 em que a intervenção de autoridades governamentais poderia ser justificada. De modo sumário, o argumento apresentado por eles é de que a distribuição de produtos considerados essenciais durante a pandemia baseada apenas em preços de mercado pode não ser eficiente do ponto de vista social, quando a disposição a pagar passa a refletir a renda ao invés da necessidade. Os preços de mercado podem não refletir as externalidades positivas relacionadas à saúde pública. O uso coletivo de álcool em gel e máscaras durante a pandemia, por exemplo, traz benefícios não apenas para quem consegue pagar por esse bem. Para casos assim, preços que reflitam apenas os comportamentos de oferta e a demanda de mercado se distanciariam do socialmente desejável e eficiente.

112. É a partir dessa perspectiva que alguns estados norte-americanos, como Nova York – cuja regulação é apresentada no Anexo II desta Nota –, estabelecem regras que proíbem os fornecedores de cobrar preços exorbitantes (que eles chamam de preços inescrupulosamente excessivos ou no termo em inglês: “unconscionably extreme”) durante qualquer “distúrbio anormal do mercado”, como, por exemplo, em situações de falta de energia, desastres naturais e desordem civil. Essa prática é denominada por eles de “price gouging”, e se refere a tentativa de os fornecedores tirarem vantagem dos consumidores em situações de emergência ou de estado de calamidade pública, por meio do aumento dos preços de bens e serviços essenciais.

113. O acesso a um compilado dos regulamentos de “price gouging” nos estados norte-americanos está disponível no seguinte documento: <https://www.proskauer.com/report/proskauer-on-price-gouging-a-coast-to-coast-reference-guide>.

114. Vale informar que, na União Europeia, a proibição da cobrança de preços abusivos em contextos de emergência e calamidade se aplica apenas em situações em que há empresas em posição

dominante. Entretanto, para lidar com uma potencial prática anticompetitiva, em momentos de crise, como a de Covid-19, as agências antitruste costumam ampliar a definição de posição dominante, por meio, por exemplo, da identificação de empresas que possam atuar temporariamente como dominantes.

115. Nos relatórios apresentados pela Comissão Especial sobre Supostos Preços Abusivos foi possível identificar duas questões sobre as quais há um certo consenso entre os relatores da Comissão:

- Preços livres tem um papel fundamental no funcionamento do mercado;
- Aumentos de preços podem refletir aumentos nos custos do mercado.

116. Caso se tenha aumento de custos que não possam ser repassados pelas firmas, a tendência é que haja desincentivo à produção, distribuição e comercialização, com consequências bastante negativas para sociedade.

- Aumentos de preços podem revelar a escassez de determinado produto, sinalizando para o aumento da produção e estímulo a novas entrantes.

117. Em setores em que não há barreiras à entrada e muitos agentes operando, o preço é justamente o sinalizador que incentiva aumento da produção, inclusive com investimento na expansão da capacidade produtiva em alguns casos.

2.4.4. Sugestão de aprofundamento da discussão de aumentos de preços em contexto de “distúrbio anormal de mercado”

118. Especificamente para o tratamento de aumentos de preços em contexto de “distúrbio anormal de mercado”, sugerem-se os tópicos abaixo para o debate e aprofundamento com os diversos atores envolvidos com a proteção dos consumidores (membros do SNDC, órgãos governamentais, agências reguladoras, representantes de fornecedores):

- Lado da demanda: situações em que há um “distúrbio anormal do mercado”, como, por exemplo, em situações de falta de energia, desastres naturais e desordem civil, podem resultar em um menor engajamento do consumidor pelo lado da demanda em comparar preços? Restrições para sair de casa, por exemplo.
- Lado da oferta: situações em que há um “distúrbio anormal do mercado”, como, por exemplo, em situações de falta de energia, desastres naturais e desordem civil, podem resultar em uma redução da competição entre varejistas? Os mercados ficam temporariamente mais concentrados?
- Essas situações de incerteza podem induzir estocagem de bens essenciais exacerbando a escassez do bem, deixando ainda mais regressiva a distribuição de bens essenciais, com impacto negativo em uma distribuição socialmente desejável e eficiente?
- O mercado se autocorrigiria rápido o suficiente nesses contextos?
- A intervenção do governo nesses contextos poderia atrasar a correção do mercado?

119. No Brasil, como exemplos recentes de situações que provocaram um distúrbio anormal no mercado nacional podemos mencionar: Crise da água no Rio de Janeiro, em janeiro de 2020; Apagão no Amapá, novembro de 2020; Rompimento de barragem em Brumadinho, 2019; dentre outros.

3. Posição de organismos internacionais, como UNCTAD e OCDE, e do órgão inglês de concorrência e defesa do consumidor sobre a matéria

3.1. Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD)

120. Conforme a matéria apresentada pelo Procon/SP intitulada “Unctad: governos têm que combater preços abusivos e crimes durante pandemia” (disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1709882>), a UNCTAD descreveu a situação como uma “enxurrada de atividades ilícitas e injustas que estão afetando os mais fracos e vulneráveis na sociedade”. Dentre as

ações que recomenda, está, dentre outras, "punir aumento excessivo de preços ou estoques de produtos com fins especulativos" (ação 4). O rol completo das ações recomendadas para a proteção ao consumidor contra preços abusivos e crimes segue abaixo:

1. Formar mecanismos de coordenação compostos de autoridades competentes nas áreas de saúde, consumo e concorrência para assegurar as respostas adequadas.
2. Iniciar um monitoramento especial de propagandas e anúncios de produtos vitais para combater a pandemia como máscaras e álcool gel.
3. Avaliar a viabilidade de impor limite de preços para certos produtos como máscaras e álcool gel.
4. Punir aumento excessivo de preços ou estoques de produtos com fins especulativos, falsas promessas de cura e prevenção.
5. Exigir que grandes plataformas de internet cooperem para identificar tais práticas ilícitas.
6. Atender as necessidades de consumidores carentes e mais vulneráveis especialmente para assegurar seu acesso a serviços básicos como pagamento mensal de contas, cartões de créditos e cooperação com instituições financeiras.
7. Avaliar a possibilidade de estender prazos para pagamento mensal de contas e cartões de créditos em cooperação com instituições financeiras.
8. Lançar campanhas para informar aos consumidores sobre crimes e propagandas enganosas, fraudes e práticas injustas de comércio sobre a pandemia e como denunciá-las às autoridades.
9. Cooperar com outras agências de proteção ao consumidor por meio de trocas de informações sobre políticas e medidas relacionadas ao coronavírus e às medidas nacionais na área de proteção ao consumidor.

121. A UNCTAD também possui estudo de novembro de 2020 intitulado "The Impact of the COVID-19 Pandemic on Trade and Development: Transitioning to a New Normal" (disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/osg2020d1_en.pdf).

122. Segundo este último documento da UNCTAD, a pandemia provocou escassez de bens essenciais, além de práticas comerciais abusivas, como especulação e alta de preços, levando muitos governos a impor limites de preços. Também houve publicidade enganosa sobre produtos voltados ao enfrentamento da Covid-19:

The COVID-19 pandemic has created havoc in the lives of consumers as well. Consumers worldwide have experienced shortages of essential goods as well as some abusive business practices, such as cases of price gouging (excessive pricing) for personal protective equipment. This led Governments in some countries, including France, Greece, India, Italy, Kenya and Nigeria, to impose price caps. Furthermore, misleading advertisements with false claims, ranging from products claiming to prevent coronavirus infection to fake test kits, have proliferated (UNCTAD, 2020a).

123. No que se refere ao aumento da vulnerabilidade em relação à segurança alimentar, a pandemia afetou a oferta e a demanda nos países em desenvolvimento, devido às restrições à movimentação que provocou, reduzindo a atividade econômica e potencialmente afetando a produção de alimentos e reduzindo sua oferta:

Reducing vulnerability to a food crisis

The COVID-19 pandemic could cause a food crisis in developing countries through both supply-side and demand-side channels. Restrictions on movement due to the pandemic have slowed down economic activity, potentially affecting food production and reducing food supply.

124. A UNCTAD destaca serem duas as razões principais para o reduzido efeito da pandemia sobre os mercados internacionais de alimentos até aquela data: primeiro a produção de trigo, milho e soja – correspondente a 75% dos mercados internacionais de alimentos – serem altamente mecanizados; e segundo, o fato do setor agropecuário ser menos afetado do que os grandes centros urbanos:

There are two major reasons for the weak effect of the pandemic on international food markets. First, production in the major producers of wheat, maize and soybeans, three of

the four crops supplying more than 75 per cent of international food markets, are highly mechanized and an eventual negative effect of the pandemic on labour productivity is not an issue. Second, in developing countries in which agriculture is highly labour-intensive, the pandemic has been mostly prevalent in urban centres, leaving the farming sector less affected. This could change depending on the extent to which the virus spreads to rural areas.

(...) The challenges posed by the pandemic have thus once again highlighted the relevance of the long-term debate about food security in developing countries.

3.2. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

125. Por seu turno, no que se refere à atuação direta dos órgãos de defesa do consumidor e antitruste na pandemia, no documento “Protecting online consumers during the COVID-19 crisis” (de abril de 2020, disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/protecting-online-consumers-during-the-covid-19-crisis-2ce7353c/>), a OCDE aponta a problemática do *price gouging*, que se refere à especulação indevida de preços por parte de fornecedores em contexto de crise de abastecimento.

126. São destacados o caso da autoridade antitruste italiana em investigação sobre a venda *on line* de higienizadores de mãos e máscaras e de um decreto na França com imposição de teto para o preço no varejo de higienizadores de mãos. Não obstante, é ressaltado que as autoridades de defesa do consumidor e antitruste de alguns países buscam assegurar que as medidas adotadas contra os aumentos abusivos não tenham efeitos deletérios que se prolonguem para além da crise:

Price gouging is another issue for consumers, as some businesses have sought to maximise profits from increased demand for essential goods such as facemasks and hand sanitizer, or basic grocery items or printers, by exponentially raising their prices. The Italian Antitrust Authority is currently investigating several online platforms in relation to excessively priced hand sanitizers and facemasks sold via the platforms by third-party sellers, while French authorities issued a decree to impose a ceiling on the retail price of hand sanitizers. In some countries, consumer and competition agencies are addressing these issues, ensuring that the remedies that are put in place to address pricing gouging do not have deleterious effects lingering beyond the crisis.

127. Em documento de maio de 2020, a OCDE trata dos Preços Exploratórios em tempos de Covid-19 (“Exploitative pricing in the time of COVID-19”, disponível em: <https://www.oecd.org/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>).

128. De acordo com o Relatório específico do CADE, práticas exploratórias seriam “aquelas em que o objetivo da firma consiste em extrair diretamente o excedente do consumidor através de preços elevados. Nessa categoria incluem-se apenas aquelas condutas em que o preço de forma isolada constitui a prática potencialmente anticompetitiva”.

129. Para a OCDE, o primeiro ponto seria como enfrentar de forma eficaz as práticas de preços exploratórios, questionando se tanto as autoridades de concorrência quanto as demais autoridades regulatórias teriam as ferramentas mais adequadas e a especialização para tratar do tema:

3. How to deter exploitative pricing practices effectively

Thus, an important preliminary question is whether competition authorities or other regulatory authorities have the most appropriate combination of tools and expertise to address excessive prices (OECD, 2011, p. 39[1])

130. A OCDE propõe às autoridades de concorrência a coordenação ou outros arranjos junto às autoridades de proteção do consumidor (Exploitative pricing in the time of COVID-19):

Box 5. Consumer protection and excessive pricing

(...) *An alternative is for competition authorities to co-ordinate, and even enter into arrangements, with consumer authorities to co-ordinate their activities.*

131. Tanto a regulação de preços quanto o combate a preços abusivos precisam também tratar da origem da falha de mercado para ser eficaz, mas ainda assim podem gerar efeitos perversos como: redução de incentivos para o aumento da produção, desincentivo a novos entrantes ou desincentivo ao aumento da produção que baixariam os preços; escassez de produtos onde não há regulação dos preços; existência de medidas diferentes nas diversas jurisdições, fazendo com que os fornecedores saiam dos países com preços mais baixos (regulamentados) para aqueles que permitem preços mais altos (de mercado), levando à escassez de produtos nos países que adotaram regulamentações de preços:

Further, both price regulation and excessive pricing enforcement may need to be coupled with additional action to address the source of the market failure to be fully effective, and can lead to similar pernicious outcomes: reducing incentives to increase production, delaying market entry or production increases that would lower prices, and leading to products ending up in places where prices are not regulated.

(...) At the same time, competition agencies should flag the risks of such an approach to governments, including those related to discouraging production and undermining incentives for new entrants. A related concern is that different measures may be put in place by different jurisdictions, which may result in supplies travelling away from those countries with lower (regulated) prices towards those allowing higher (market) prices, leading to product shortages in those countries that adopted price regulations.

132. Desse modo, a OCDE propugna, mesmo para contexto de crises imprevistas, que a regulação de preços somente possa ser adotada de forma extraordinária, limitada a produtos essenciais afetados e somente pelo tempo estritamente necessário. Além disso, tal regulação deve ser acompanhada de iniciativas voltadas para o enfrentamento das condições causadoras dos altos preços:

Given its potential for negative effects, even in the context of a sudden crisis price regulation should only be adopted extraordinarily, be limited to essential products affected by the market failures caused by this crisis, and last only for as long as strictly necessary. Ideally, price regulation should be coupled with initiatives that target the underlying conditions giving rise to high price.

133. O CADE cita o documento da OCDE (2011, p. 48-53, intitulado “Excessive Prices” e disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>) em seu Relatório e aponta que o referido documento da OCDE “sumariza as principais condições que indicariam a necessidade/possibilidade de intervenção da autoridade pública em face da existência de preços abusivos”. No caso de mercado regulado, a OCDE assevera:

parte-se do princípio de que o regulador setorial tem conhecimentos específicos que permitem uma atuação eficiente em face da possibilidade ou existência de preços abusivos. A autoridade concorrencial pode contribuir para fortalecer a atuação do regulador em sede de advocacia da concorrência provocando a atuação do ente regulador nesse assunto e oferecendo apoio técnico.

134. No âmbito do Comitê de Política do Consumidor (CCP) da OCDE, o Brasil aderiu, em 17 de dezembro de 2020, à Recomendação sobre Tomada de Decisões em Política do Consumidor (*Recommendation of the Council on Consumer Policy Decision Making*, OECD/LEGAL/0403), de 2014 (Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0403>).

135. A Recomendação determina que a autoridade de defesa do consumidor deve: identificar e caracterizar os problemas; analisar a natureza do problema; considerar a pertinência das políticas; adotar conjuntos de ações pautados por juízos de eficiência e custo-benefício; e avaliar e revisar a política adotada.

136. Detalhadamente, a Recomendação sugere o desenvolvimento e implementação de processo para tomada de decisões em matéria de políticas públicas de consumo, com as seguintes especificações:

- (I) definir a natureza e a fonte de um problema, designar uma autoridade específica para analisar e endereçar o problema e considerar possíveis conflitos com atuais políticas públicas causados em razão da solução encontrada para o problema;
- (II) avaliar a natureza e magnitude dos danos causados ao consumidor, incluindo o número e tipo de consumidores que possam ser afetados, bem como a forma em que foram prejudicados;
- (III) determinar se uma ação é justificada, analisando o nível em que o consumidor foi afetado, os impactos desproporcionais em relação a algum tipo de consumidor, a duração prevista do prejuízo e as prováveis consequências de não tomar decisões;
- (IV) firmar objetivos para a política pública que sejam compatíveis com as metas gerais de políticas para o consumidor, a fim de reduzir ou eliminar os prejuízos que possam afetar o comprador. Ainda, recomenda identificar as opções para utilização de um ou mais instrumentos de políticas públicas voltadas ao consumidor para atingir os objetivos escalados e considerar medidas que outros atores possam tomar;
- (V) avaliar as opções para determinar a política a ser aplicada da forma mais apropriada e com melhor custo-benefício;
- (VI) desenvolver um processo de revisão e avaliação das medidas adotadas, a fim de avaliar periodicamente a política utilizada e sua efetividade."

137. Além dos pontos apresentados, a Recomendação é voltada para a aplicação do processo de tomada de decisões à políticas públicas em todos os níveis de governo para a resolução de problemas consumeristas locais, nacionais e internacionais. Ainda, aconselha utilizar o processo de tomada de decisões de políticas públicas consumeristas para ajudar na estipulação de quais violações à lei consumerista estão sujeitas à atuação dos órgãos de proteção dos consumidores e quais meios podem ser empregados para tanto.

138. Ademais, a recomendação sugere o engajamento e participação dos diversos *stakeholders* (atores envolvidos, incluindo os fornecedores) a fim de obter informações, consultorias técnicas e opiniões sobre as questões abordadas.

139. Esta Recomendação da OCDE é fundamental para abarcar a natureza complexa e multidisciplinar das políticas de defesa do consumidor, consubstanciando metodologia para atuação dos órgãos de proteção e defesa do consumidor em todas as políticas públicas correspondentes.

3.3. A CMA do Reino Unido

140. A *Competition and Markets Authority* (CMA, na sigla em inglês) é o órgão responsável pela proteção dos consumidores e promoção da concorrência no Reino Unido.

141. De acordo com documento intitulado "Abordagem da CMA para a cooperação dos fornecedores na resposta ao coronavírus (*"CMA approach to business cooperation in response to coronavirus"*), de 25 de março de 2020, disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>), é fundamental garantir que os preços de produtos e serviços essenciais à saúde não sejam inflacionados artificialmente por empresários inescrupulosos, por meio de colusão ou de uso da posição dominante no mercado. Como prática que os fabricantes podem utilizar seria a indicação de preços máximos aos revendedores.

It is of the utmost importance to ensure that the prices of products or services considered essential to protect the health of consumers in the current situation (for example, face masks and sanitising gel) are not artificially inflated by unscrupulous businesses seeking to take advantage of the current situation by colluding to keep prices high[footnote 6] or, if they have a dominant position in a market[footnote 7], by unilaterally exploiting that position.[footnote 8]

Manufacturers can also take steps themselves to help combat 'price gouging' or excessive pricing. Manufacturers setting maximum prices at which retailers may sell their products is

not unlawful.[footnote 9] Manufacturers may therefore directly address price gouging by setting maximum prices for the retail of their products.

142. O órgão britânico também indica excepcionar a aplicação da legislação antitruste de forma temporária e no limite do necessário para ações coordenadas dos fornecedores no contexto peculiar da pandemia que contemplem os seguintes pontos:

- evitem escassez, ou garantam a segurança do fornecimento;
 - assegurem uma distribuição justa de produtos escassos;
 - mantenham os serviços essenciais; ou
 - prestem novos serviços, tais como a entrega de alimentos a consumidores vulneráveis.
- (“CMA approach to business cooperation in response to coronavírus”; disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>).

4. Análise Crítica e Propositiva

143. Busca-se, com base na legislação nacional, realizar a análise crítica dos principais elementos pertinentes, a partir das manifestações e das políticas de Organismos Internacionais, buscando ainda atualizar as Notas Técnicas pertinentes, para, de modo embasado e justificado, propor sugestão para Regulação de Preços Abusivos no âmbito da proteção e defesa do consumidor, por meio de possível Roteiro a ser utilizado no âmbito do CNDC e do SNDC.

4.1. A Natureza Multidisciplinar da Problemática de Abusividade de Preços

144. Nesta Nota Técnica, foram observados a legislação, a documentação pertinente e as contribuições, além de documentos de organismos internacionais relevantes, que demonstram ser o tratamento da questão da abusividade de preços, em regra, abordagem multidisciplinar, contemplando, necessariamente, as disciplinas do Direito e da Economia.

145. Desse modo, mesmo no âmbito dos órgãos de defesa do consumidor, ambas as disciplinas – Direito e Economia – são imprescindíveis, uma vez que se trata de questão da economia real e com implicações jurídicas. Por isso, a temática da atuação do Estado em relação aos preços abusivos baseia-se tanto na legislação existente, quanto na análise econômica e na mensuração de preços em economias de mercado.

146. Desse modo, além das duas disciplinas, demonstrou-se ser imprescindível, para o tratamento dos preços abusivos, a integração entre os princípios constitucionais e disciplinas da defesa do consumidor, da livre iniciativa e da livre concorrência.

4.1.1. Livre iniciativa e intervenção estatal excepcional

147. Foi demonstrado que o arcabouço jurídico brasileiro consagra o princípio da livre iniciativa, determinando a liberdade aos agentes econômicos, em mercados não regulados, para definir o preço de produtos e serviços (CF, art. 1º, VI, e art. 170, *caput*; Lei nº 13.874, de 2019, art. 3º, III). Além disso, o art. 2º da Lei nº 13.874, de 2019, pressupõe, no inciso III, “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”, e no inciso IV, o “reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado”.

4.1.2. Defesa do consumidor e atuação estatal

148. No que se refere à defesa do consumidor, há previsão da atuação direta do Estado por parte da Constituição Federal (art. 5º, XXXII; art. 170, V) e do CDC (art. 4º, I, II, alíneas a e c, e III). Tal atuação estatal está prevista no âmbito do próprio CDC – criado a partir do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – e que deve estar harmonizado com o princípio constitucional da livre iniciativa e com o pressuposto legal da intervenção subsidiária e excepcional.

4.1.3. Segurança jurídica: avaliação das consequências

149. Os arts. 20 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1943) preveem que os órgãos públicos não utilizarão valores jurídicos abstratos em suas decisões sem considerarem as consequências de tal decisão, além de deverem buscar aumentar a segurança jurídica, por meio, por exemplo, de regulamentação.

4.2. A complexidade do tratamento de preços abusivos

150. Conforme os elementos já apresentados, a problemática dos preços abusivos e de seu tratamento pelo Poder Público é de alta complexidade. Ademais, não há consenso para o adequado tratamento dos supostos preços abusivos nas diversas jurisdições e nas principais organizações internacionais envolvidas com a defesa do consumidor e da concorrência, como a UNCTAD e OCDE.

151. Isto porque, sendo os preços formados a partir das regras de oferta e demanda, qualquer intervenção ou mesmo atuação estatal sobre casos de elevação de preços pode gerar efeitos contrários ao objetivo público desejado.

152. Dessa forma, em políticas públicas dos órgãos de defesa do consumidor ou dos órgãos antitruste, a percepção dos consumidores acerca de uma “abusividade”, no sentido de injustiça, no caso de aumentos de preços deve ser considerada e tratada pelo Poder Público de forma técnica e por meio de análises econômicas pertinentes.

4.3. Inexistência de Regulamentação sobre “Preço Abusivo” e Riscos de Atuação Estatal na Matéria

153. De acordo com o CADE, não há regulamentação sobre “preço abusivo”:

De qualquer modo, ainda não se chegou a um arcabouço teórico consolidado, seja no âmbito da academia, seja no âmbito da execução de políticas públicas, a respeito do tema. Desde a sua definição até a forma como deve ser tratado pelas autoridades públicas, passando pela maneira de identificar sua ocorrência e quem deve enfrentar a questão, sobram indefinições. Por outro lado, há, também muitas tentativas de se chegar a algum tipo de metodologia para tratar de preços abusivos.

154. O primeiro risco é justamente o da segurança jurídica apontado acima pela LINDB: uma vez que não há órgão de defesa do consumidor ou antitruste com competência legal para controle de preços, sem a devida regulação, a atuação dos órgãos públicos para regular preços e impedir aumentos considerados abusivos de modo a controlar os preços e aumentar a oferta de bens e serviços pode trazer consequências imprevistas e contrárias justamente aos efeitos pretendidos.

155. De acordo com a Nota Técnica n.º 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, no item sobre Análise Econômica, o risco de se subverter o mecanismo de ajuste de mercado previsto na Constituição Federal e premissa do CDC por alguma medida de controle de preço voltada para tratar dos efeitos da pandemia sobre as cadeias produtivas e os produtos e serviços finais, que poderia trazer como efeitos, o desabastecimento ou migração do produto para o mercado informal, por exemplo.

156. Para a SEAE, em sua manifestação:

Nesse contexto, ameaçar os agentes econômicos por elevar seus preços em tal situação, impondo-lhes o ônus de demonstrar a justeza da sua conduta, quando não há critérios objetivos para tais justificações e nem pode haver, equivale a produzir um incentivo para que os agentes econômicos não imbuídos de uma atitude oportunista se intimidem e temam ser acusados e processados. O resultado dessa situação será então uma redução do número de fornecedores que, no limite, poderia levar até mesmo a um desabastecimento e, no cenário mais favorável, redundaria em preços ainda mais inflacionados, dada a redução da oferta causada pelo temor de repassar preços elevados. Em suma, tudo o que o agente público pretendia inicialmente evitar com a notificação a supermercados seria justamente o resultado efetivo de tal ato.

157. Para o CADE, são os seguintes os principais riscos relacionados a controles de preços ou descontos obrigatórios no atual contexto de pandemia:

1. Congelamentos de preços ou estipulações de preços teto podem ter forte efeito negativo, como desincentivo à produção, à distribuição e à comercialização de bens;

2. Preços altos têm a possibilidade de "sinalizar" para a curva da oferta onde há maior necessidade de investimentos. Sem a referida sinalização, é possível e provável a existência de desabastecimentos persistentes ou de oferta de serviços abaixo do que seria interessante socialmente por longos períodos.
3. Há peso morto social quando se estabelece um preço teto muito alto ou muito baixo, além de custo social em se punir, judicialmente, quem estabeleceu preços acima do tabelamento (movimenta-se o Ministério Público, o Judiciário, a Defensoria Pública, os Procons, dentre outros).
4. Ao impor um desconto uniforme, pode-se punir empresas com rivalidade intensa.
5. Caso as empresas com rivalidade intensa venham a falir, o mercado ficará mais concentrado e sem agentes do tipo maverick, o que poderá acarretar uma pressão de preços para cima, pós-pandemia.
6. Fixação de preços máximos, de maneira ad hoc e ex post pode gerar efeitos não desejados;
7. Redução de margens imposta por descontos obrigatórios inibe a entrada de novas empresas, reforçando o poder de mercado das empresas líderes do mercado;
8. Redução de margens imposta por descontos obrigatórios também produzem impacto negativos diversos.

158. Para a ABRAS e a CNC, historicamente, o esforço para controle de preços pelo Estado se mostrou ineficiente e ineficaz, com os seguintes possíveis efeitos contrários ao que se pretendia:

1. produtores deixando de negociar mercadorias;
2. aumento do preço do bem em mercados paralelos;
3. cartelização;
4. desabastecimento;
5. inflação;
6. geração de tensões negociais e de ordem pública.

159. Para a OCDE, tanto a regulação de preços, quanto o combate a preços abusivos, podem gerar efeitos perversos como:

1. redução de incentivos para o aumento da produção;
2. desincentivo a novos entrantes ou desincentivo ao aumento da produção que baixariam os preços;
3. escassez de produtos onde não há regulação dos preços;
4. existência de medidas diferentes nas diversas jurisdições, fazendo com que os fornecedores saiam dos países com preços mais baixos (regulamentados) para aqueles que permitem preços mais altos (de mercado), levando à escassez de produtos nos países que adotaram regulamentações de preços.

4.4. Perspectivas para a Atuação Estatal contra Preços abusivos

4.4.1. Perspectiva de crimes contra a economia popular e econômicos

160. A Lei nº 1.521, de 1951 (sobre crimes contra a economia popular) e a Lei nº 8.137, de 1990 (sobre crimes econômicos), trazem dispositivos penais para crimes contra a economia popular e para crimes econômicos, envolvendo, assim, os elementos de: lucros, preços e especulação. Tais crimes podem ser identificados e encaminhados pelos diversos órgãos públicos, especialmente para o Ministério Público, dada sua natureza penal.

4.4.2. Perspectiva de Defesa do Consumidor

161. No Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se os: art. 39, X; art. 41; art. 51, X (este último artigo mais voltado para serviços, pois referente a contratos):

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

162. O art. 39, inciso X, considera abusiva a prática de elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. Como se refere a preços de produtos e serviços, os quais são de livre definição pelos agentes econômicos, conforme já apontado, para sua aplicação e sanção por parte dos órgãos de defesa do consumidor, haveria que ser realizada sua regulamentação, especialmente em relação ao conceito impreciso de “justa causa”.

163. Tal atuação estatal deve, necessariamente, contemplar as suas possíveis consequências, bem como estar harmonizada com os demais princípios constitucionais e legais aplicáveis, tais como a livre iniciativa, a livre concorrência e a intervenção estatal em caráter subsidiário e excepcional e somente por meio de cumprimento de regulamentação existente. Justamente a avaliação acerca da regulação do art. 39, inciso X, do CDC, foi ponto principal de análise do Relatório da Comissão Especial do CNDC sobre Supostos Preços Abusivos.

164. Sobre uso de estratégias de controle de preços, todos os relatores da Comissão do CNDC compartilham do entendimento de que a intervenção direta nos preços dos produtos (tabelamento, por exemplo) pode ter forte efeito negativo na estrutura de incentivos das indústrias. Caso se tenha aumento de custos que não possam ser repassados pelas firmas, a tendência é que haja desincentivo à produção, distribuição e comercialização, com consequências bastante negativas para sociedade. Além disso, em setores em que não há barreiras à entrada e muitos agentes operando, o preço é justamente o sinalizador que incentiva aumento da produção, inclusive com investimento na expansão da capacidade produtiva em alguns casos.

165. Sobre o tema, são pertinentes as seguintes considerações:

"O grande desafio de uma avaliação da excessividade de preços praticados por uma firma dominante (...) é que, em tese, poderia redundar em um típico tabelamento de preços, especialmente, porque não se estaria diante de uma decisão apta a propor soluções estruturais que, por sua vez, demandariam acompanhamento permanente por meio de um sistema mais adequado de promoção da concorrência. Nesse cenário, **talvez mais efetivo que, simplesmente, condenar uma firma dominante pela prática de preços excessivos ou impor um controle puro e simples de preços seria atuar sobre as estruturas de mercado, buscando incentivar a concorrência e desencorajar práticas abusivas pelo operador dominante**. Isso pode ser buscado por meio de **incremento da competição** via abertura do mercado (v.g.: reduções tarifárias), tributação extrafiscal, alteração de leis para facilitar a entrada de novos competidores ou, muito excepcionalmente, remédios estruturais. A hipótese de controle de preços, ainda que pela via indireta da repressão ao aumento arbitrário de lucros, seria apenas um último recurso a ser buscado, especialmente, em razão das características de determinados mercados (v.g.: o setor de medicamentos que já é objeto, entretanto, de regulação específica). Nesse caso, a definição de um preço “justo” não deixaria de lado os mecanismos de eficiência e concorrência. Ao contrário, demandaria ainda mais estudos e simulações sobre preços, hipoteticamente, competitivos como nos casos de tarifação com base em custo marginal, *price cap*, simulação de padrões de eficiência-concorrência, concorrência pelo mercado (quando aplicável) e mecanismos de *yardstick competition*"

(QUEIROZ, Pedro Aurélio. Os Fundamentos da Promoção da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2017, pp. 18-182, grifo nosso).

166. Por seu turno, o art. 41 do CDC refere-se a produtos ou serviços com regime de controle ou de tabelamento de preços; aplica-se, portanto, a mercados de consumo regulados.

167. Já o art. 51, inciso X, que considera nula cláusula que permita variação de preços de maneira unilateral pelo fornecedor, é mais voltado para serviços ou para casos e condições específicas de compra de produtos, pois referente a contratos. Nesse caso, há que ser aplicado também em observância ao Código Civil e seus dispositivos correspondentes.

168. De acordo com as Notas Técnicas anteriores da Senacon para tratamento dos preços abusivos, a atuação dos órgãos de defesa do consumidor pressupõe as seguintes medidas e guia orientativo:

i) Condições para atuação dos órgãos de defesa do consumidor em casos de abusividade de preços:

- a análise caso a caso, considerando possíveis choques de oferta e demanda, bem como situações de emergência ou de calamidade pública como da Covid-19, que alteram de maneira inesperada o equilíbrio do mercado;
- solicitação pelo órgão de defesa do consumidor ao fornecedor das planilhas de custos referentes ao período anterior ao aumento, bem como realização de análise pormenorizada, para identificar quais foram as causas que deixaram o fornecedor sem escolhas a não ser elevar o preço do produto/serviço;
- avaliar a presença de concorrência, ou seja, realizar análise de oferta e demanda.

ii) Para os casos de mercados regulados (com contrato administrativo para produtos e serviços), propõe aos órgãos de defesa do consumidor:

- a verificação dos “mecanismos preestabelecidos de recomposição e reequilíbrio da equação econômico-financeira”.

iii) Por último, o Guia Orientativo para exame de abusividade por parte dos órgãos do SNDC segue o rol de abaixo de atividades:

1. Identificar o produto que se quer verificar abusividade (álcool gel, por exemplo);
2. Identificar as empresas que atuam concorrencialmente nesse mercado;
3. Identificar a cadeia produtiva, incluindo a matéria-prima do produto;
4. Solicitar notas fiscais de compra e de venda com uma série histórica confiável, sendo recomendável ao menos uma série de 03 meses (90 dias);
5. Identificar se há racionalidade econômica no aumento de preços ou se ele deriva pura e simplesmente de oportunismo do empresário;

169. Já para o Procon/SP, no contexto da crise de Covid-19, a determinação contida no inciso X do art. 39, do CDC, ganha aplicabilidade em si, ao permitir o combate ao aproveitamento indevido da situação, seja por motivos egoísticos, seja pelo oportunismo. Permite aos Procons atuarem no mercado de consumo fiscalizando o grande aumento dos preços dos itens da cesta básica, por exemplo. Pressupõe somente os seguintes elementos para a análise da justa causa dos aumentos dos preços:

- a boa-fé objetiva (do fornecedor ou do consumidor?) e
- a vulnerabilidade do consumidor, diante de uma situação anormal e específica.

170. Desse modo, a análise do Procon/SP: não incorpora elementos da Economia, tais como choques de oferta e/ ou de demanda, que seriam necessários para avaliação da complexidade dos mercados com preços abusivos; não levanta elementos da legislação antitruste; não busca identificar elementos de crimes, previstos na legislação nacional; também não busca uma integração principiológica ou uma abordagem multidisciplinar sobre o tema.

171. Conforme se observa, tal análise baseia-se exclusivamente em elementos da legislação consumerista – ou seja, em abordagem monodisciplinar – e, ainda de forma mais restrita, os elementos da “boa-fé objetiva” – mas não indica se do fornecedor ou do consumidor – e da “vulnerabilidade do consumidor” – nesse caso, entende-se se referir a uma vulnerabilidade agravada face à pandemia de Covid-19.

172. Por fim, o Procon/SP propugna que o CNDC deve verificar a adequação de tais parâmetros para a fiscalização, tendo como base trabalhos de monitoramento de mercados de consumo dos órgãos

envolvidos.

173. Por seu turno, o Professor Luciano Timm destaca como as medidas a serem observadas:

- não se discutir margem de lucro; e
- verificar “a existência de racionalidade econômica para o aumento, sendo a abusividade um comportamento oportunista ou de má fé da empresa que não consegue justificar o aumento substancial do preço por uma mudança na estrutura de preços de oferta e demanda dentro da cadeia em que está inserido”.

4.4.3. Perspectiva da Defesa da Concorrência

174. Na defesa da concorrência, a temática dos preços abusivos está presente na CF, Art: 173, § 4º, como “aumento arbitrário dos lucros” e na Lei nº 12.529/2011 (art. 19, I, VII; art. 36, I, III, § 3º, I, a), d) VII, IX, X, XV), cabendo seu tratamento tanto pela SEAE-SEPEC/ME, quanto pelo CADE, e por meio dos instrumentos e institutos da legislação antitruste, tais como advocacia da concorrência e análises de conduta e de estrutura.

175. Na manifestações encaminhadas, observou-se haver instrumentos próprios da disciplina antitruste para atuação do Poder Público no enfrentamento de condições de aumentos de preços abusivos, tais como, segundo a SEAE:

- a promoção da concorrência (advocacia da concorrência);
- a busca de identificação de falha no mercado, seja conjuntural ou mesmo estrutural; e
- para o tratamento de práticas ilícitas, como combinação de preços, deve ser realizada investigação com coleta de indícios e aplicação de sanções, com direito ao contraditório e ampla defesa.

176. Para o CADE, o remédio contra prática de preços abusivos depende da sua causa, conforme ele aponta:

- Se o preço abusivo decorre de um forte e duradouro poder de mercado, o ideal é promover informação para que o consumidor possa mudar para produtos/serviços mais baratos oferecido por entrantes;
- Se decorre de barreiras à entrada estratégicas, como a imposição de elevados custos de troca ao consumidor (por exemplo, bancos que impõem elevados custos para encerrar uma conta), a autoridade deve agir no sentido de proibir tais estratégias;
- Se o preço abusivo decorre de barreiras legais à entrada, a autoridade deve recorrer a ações de advocacia da concorrência para eliminar tais barreiras e liberalizar o setor;
- Em certos casos em que o preço abusivo decorre de uma barreira à entrada de natureza econômica ou estrutural do mercado (economias de escala, monopólio estatal, etc), alguns autores indicam a possibilidade de remédios estruturais.

177. Para a ANP, parecem ser mais apropriadas à promoção dos preços razoáveis e justos:

- As ações continuadas para estímulo à concorrência leal no mercado.

4.4.4. Perspectiva do Setor Produtivo Privado

178. Em suas manifestações, a ABRAS e a CNC não apresentam sugestões de medidas específicas para a atuação do Estado sobre os preços abusivos na pandemia. Ambas as entidades asseveram já agirem para regular o abastecimento e impedir o aumento de preços ao consumidor final, por medidas baseadas na livre iniciativa e liberdade econômica, tais como a retirada de barreiras fiscais para o aumento da oferta de produtos no mercado interno.

179. Assim, elas tampouco chegaram a indicar quais medidas concretas teriam tomado no sentido da regulação do abastecimento e contenção do aumento de preços ao consumidor final.

4.4.5 Perspectiva de Organismos Internacionais (UNCTAD e OCDE)

180. Para proteção dos consumidores na pandemia, incluindo em relação a preços abusivos e crimes, a UNCTAD apresentou o rol de ações recomendadas abaixo (disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1709882>):

1. Formar mecanismos de coordenação compostos de autoridades competentes nas áreas de saúde, consumo e concorrência para assegurar as respostas adequadas.
2. Iniciar um monitoramento especial de propagandas e anúncios de produtos vitais para combater a pandemia como máscaras e álcool gel.
3. Avaliar a viabilidade de impor limite de preços para certos produtos como máscaras e álcool gel.
4. Punir aumento excessivo de preços ou estoques de produtos com fins especulativos, falsas promessas de cura e prevenção.
5. Exigir que grandes plataformas de internet cooperem para identificar tais práticas ilícitas.
6. Atender as necessidades de consumidores carentes e mais vulneráveis especialmente para assegurar seu acesso a serviços básicos como pagamento mensal de contas, cartões de créditos e cooperação com instituições financeiras.
7. Avaliar a possibilidade de estender prazos para pagamento mensal de contas e cartões de créditos em cooperação com instituições financeiras.
8. Lançar campanhas para informar aos consumidores sobre crimes e propagandas enganosas, fraudes e práticas injustas de comércio sobre a pandemia e como denunciá-las às autoridades.
9. Cooperar com outras agências de proteção ao consumidor por meio de trocas de informações sobre políticas e medidas relacionadas ao coronavírus e às medidas nacionais na área de proteção ao consumidor.

181. Conforme se pode observar, são ações bastantes pertinentes aos órgãos de defesa do consumidor e em geral previstas na legislação consumerista: (1) Coordenação institucionalizada entre os órgãos de saúde, defesa do consumidor e concorrência; (2) Monitoramento especial de publicidade de produtos para combater a pandemia; (3) Avaliação da viabilidade de limites de preços; (4) Punição por preços abusivos e açambarcamento (estocagem para especulação); (5) Exigência de cooperação contra práticas ilícitas na internet; (6) Atuação especial para atender as necessidades dos consumidores de baixa renda e mais vulneráveis; (7) Possibilidade de prorrogação de prazos para pagamentos de contas e dívidas; (8) Lançamento de campanhas de conscientização e orientação para denúncias de práticas abusivas e enganosas; (9) Cooperação internacional.

182. No caso da OCDE, a entidade propõe às autoridades de concorrência as seguintes medidas:

- mesmo para contexto de crises imprevistas, que a regulação de preços somente possa ser adotada de forma extraordinária, limitada a produtos essenciais afetados e somente pelo tempo estritamente necessário;
- a coordenação ou outros arranjos junto às autoridades de proteção do consumidor;
- a regulação de preços e o combate a preços abusivos voltados para a origem da falha de mercado, ou seja, as condições causadoras dos altos preços;
- no caso de mercado regulado, atuação junto ao regulador contribuindo por meio de advocacia da concorrência e de apoio técnico.

4.4.6 Perspectiva da CMA inglesa

183. Já a CMA, autoridade antitruste e de proteção ao consumidor britânica, traz como recomendações para combater os preços abusivos:

- garantir que os preços de produtos e serviços essenciais à saúde não sejam inflacionados artificialmente por empresários inescrupulosos, por meio de colusão ou de uso da posição dominante no mercado;
- Indicação aos fabricantes para realizarem a indicação de preços máximos aos revendedores;
- Isenção antitruste temporária e no limite do necessário para ações coordenadas dos fornecedores que contribuam ao enfrentamento da pandemia, por exemplo, ao:
 - evitarem escassez, ou garantirem a segurança do fornecimento;
 - assegurarem uma distribuição justa de produtos escassos;
 - mantiverem os serviços essenciais; ou
 - prestarem novos serviços, tais como a entrega de alimentos a consumidores vulneráveis.

4.4.7. Considerações sobre a perspectiva para Sistematização para a Atuação Estatal em relação aos Preços Considerados Abusivos

184. Dessa forma, conforme demonstrado, não se trata, portanto, apenas de uma questão do direito do consumidor, mas também de outras disciplinas jurídicas e da economia, além da formação dos

preços ser um elemento essencial do regime de livre mercado em vigor no Brasil, sendo prevista a atuação do Poder Público nos termos da Legislação e das regulamentações correspondentes, mas a intervenção estatal direta cabível somente de forma subsidiária e excepcional.

185. A variação dos preços é componente intrínseco dos mercados não regulados. Para o enfrentamento dos casos de aumentos considerados abusivos, a abordagem deve ser, necessariamente, multidisciplinar: tendo em conta a livre concorrência, a atuação do Estado com base na legislação, a análise econômica, as especificidades dos setores regulados, dentre outros.

186. Assim, independentemente da leis específicas que regem a atuação de cada órgão público, a temática de atuação sobre preços considerados abusivos deve ser sempre tratada e considerada com base na integração dos princípios constitucionais e legais da defesa do consumidor, da livre iniciativa, da defesa da concorrência e da regulação econômica.

5. Análise Propositiva para a Atuação Estatal na Proteção e Defesa do Consumidor em relação aos Preços Considerados Abusivos

5.1. Condições Básicas para a Atuação Estatal

187. Conforme observado nesta Nota Técnica, nos mercados não regulados, não há legislação ou metodologia específica para a intervenção estatal sobre preços considerados abusivos, tanto no âmbito da defesa do consumidor, quanto da defesa da concorrência.

188. Além disso, as autoridades de defesa do consumidor, assim como as autoridades antitrustes, não são reguladoras de preços. Dessa forma, não haveria que se falar em “regulação” de preços abusivos por parte dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, mas em atuação, com supervisão e intervenção subsidiária e excepcional, em relação aos preços considerados abusivos.

189. Desse modo, para a atuação dos órgão de defesa do consumidor sobre a problemática dos preços considerados abusivos, haveriam que ser atendidos os seguintes requisitos básicos:

- Avaliação das possíveis consequências da atuação estatal: tal requisito se faz obrigatório especialmente, ao se utilizar institutos jurídicos abstratos como o da análise da “justa causa” (CDC, art. 39, X) para aumentos de preços;
- Tratamento da temática sob a perspectiva de política pública, incluindo a possibilidade de não atuar: Observação do Roteiro previsto na Recomendação sobre Tomada de Decisões em Política do Consumidor (OECD/LEGAL/0403), tendo em vista que se trata de problemática ampla, relacionada a uma política pública de supervisão de preços em mercados não regulados;
- Análise multidisciplinar: Por se tratar de temática multidisciplinar, a atuação do órgão de defesa do consumidor deve se basear tanto na análise econômica, quanto na análise jurídica, incluindo para a análise da condição de “justa causa” (CDC, art. 39, X);
- Integração principiológica: Atuação estatal deve dialogar e abarcar os princípios constitucionais e legais da defesa do consumidor, da presença do Estado no mercado de consumo, da livre iniciativa, da defesa da concorrência e da intervenção estatal em caráter subsidiário e excepcional;

5.2. Contexto da Pandemia de Covid-19

190. Segundo o Relatório do CADE, “a prática de preços abusivos ganhou especial relevância no contexto da pandemia de Covid-19, fazendo com que governos, organismos internacionais e pesquisadores voltem a se debruçar sobre o tema”.

191. O atual contexto de trazido pela Covid-19 poderia ser caracterizado, de início, como situação de emergência ou calamidade. A própria gênese da Lei da Liberdade Econômica, a então Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019 (MP da Liberdade Econômica), previa em seu inciso III sobre a precificação de produtos e serviços:

III - não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no

mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente;

192. Não obstante, ao ser discutida e aprovada no Congresso Nacional e sancionada como Lei nº 13.874, de 2019, não trouxe para seu art. 3º, III, as ressalvas das situações de emergência ou de calamidade pública.

193. De qualquer modo, pela legislação nacional, quer em casos de emergência ou de calamidade, quer no contexto mais amplo da crise econômica, social e de saúde gerada pela pandemia de Covid-19, o Poder Público pode atuar como formulador de políticas públicas para enfrentamento da crise geral e dos setores específicos do mercado.

194. No contexto da Pandemia, conforme destacado pela UNCTAD, alguns países adotaram medidas como a imposição, por período limitado, de limites de preços (price caps).

195. Por seu turno, para a OCDE, qualquer medida voltada para a intervenção estatal em face da existência de preços abusivos deve:

- ser adotada de forma extraordinária;
- limitada a produtos essenciais afetados;
- somente pelo tempo estritamente necessário; e
- ser acompanhada por iniciativas voltadas para análise da causa dos preços abusivos ("excessive pricing").

5.3. Sobre a Natureza de Política Pública da Atuação Estatal

196. A atuação do Estado prevista no CDC – por meio de ação governamental ou da presença do Estado no mercado de consumo – é materializada por meio de Políticas Públicas e voltada para a proteção dos direitos e interesses dos consumidores e implementada nos artigos correspondentes do CDC, os quais devem ser harmonizados com as demais legislações aplicáveis.

5.3.1. Recomendação da OCDE sobre Política Pública de Defesa do Consumidor

197. Conforme já destacado anteriormente, a Recomendação da OCDE sobre Tomada de Decisões em Política do Consumidor (OECD/LEGAL/0403), de 2014, fornece roteiro metodológico completo para a atuação do órgão de defesa do consumidor na elaboração e implementação de políticas públicas de defesa do consumidor.

198. Desse modo, o texto da Recomendação em inglês segue como Anexo I desta Nota Técnica, ilustrando a importância da adoção de parâmetros atualizados e abrangentes para a elaboração e implementação de políticas públicas de defesa do consumidor e para a atuação dos órgãos de defesa do consumidor.

5.3.2. Monitoramento e supervisão

199. Em se tratando de uma Política Pública, a atuação dos órgãos de defesa do consumidor sobre os preços abusivos em mercados não regulados possui característica preponderante de "monitoramento", "supervisão." Para o acompanhamento das oscilações dos preços nos diferentes mercados, a análise econômica é o instrumento basilar, seja no âmbito da defesa do consumidor, seja da defesa da concorrência.

200. Já em relação a serviços – como é o caso dos serviços educacionais –, o acompanhamento da variação de seus preços por parte dos órgãos de defesa do consumidor é ainda mais complexo, por não serem, em regra, comparáveis. No caso, portanto, dos serviços, o foco maior do monitoramento dos órgãos de defesa do consumidor pode se concentrar sobre as condições e práticas contratuais, verificando a existência de práticas ou cláusulas excessivamente desproporcionais ou abusivas, especialmente as que limitem a liberdade de escolha dos consumidores.

201. Do exposto, em regra, pela livre determinação de preços constituir elemento intrínseco dos produtos e serviços comercializados em mercados não regulados, deve-se verificar a possibilidade de, no primeiro momento, a intervenção estatal direta dser realizada por meio dos institutos existentes. como as ferramentas do direito antitruste utilizadas pelos órgãos de defesa da concorrência ou pela identificação e coibição de práticas ou cláusulas abusivas pelos órgãos de defesa do consumidor.

202. Para tanto, deve ser adotado o roteiro de ação de monitoramento ou diagnóstico de aumentos de produtos e serviços e sua análise com instrumentos do Direito e da Economia e seu encaminhamento aos órgãos ou instâncias especializadas ou responsáveis, configurando uma medida de atuação do Estado nas atividades econômicas, com o devido monitoramento e cooperação interinstitucional, sem, necessariamente, se caracterizar como uma medida de intervenção direta.

203. *5.3.3. Convenção Coletiva de Consumo*

204. O CDC, em seu art. 170, do TÍTULO V, apresenta a possibilidade de regulação – entendida mais como “autorregulação” – das relações de consumo por meio de Convenção Coletiva de Consumo:

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

205. O referido mecanismo também é destacado no Art. 2º do Decreto nº 10.417/2020:

VI - sugerir e incentivar a adoção de mecanismos de negociação, de mediação e de arbitragem para pequenos litígios referentes às relações de consumo ou para convenção coletiva de consumo.

206. Observa-se que o instrumento da convenção seria uma espécie de autorregulação, uma vez que sua implementação não cabe ao Poder Público, mas às entidades representativas dos dois grupos de integrantes das relações de consumo – o de consumidores e o de fornecedores.

207. Para observação de seu cumprimento, os órgãos públicos poderiam atuar na sua fiscalização, por exemplo. Não obstante, não há registro de convenções coletivas de consumo no ordenamento jurídico brasileiro.

208. De toda forma, como possível solução fora do âmbito estatal para tratamento dos casos de aumentos de preços, a Convenção Coletiva de Consumo seria uma opção a mais e poderia ser incentivada junto aos fornecedores e suas entidades representativas, por parte dos órgãos e entidades de proteção e defesa do consumidor – estes últimos também com a função de subscrever a convenção.

5.4. A Particularidade dos Setores Regulados

209. Primeiramente, é importante ressaltar que os órgãos de defesa do consumidor não possuem atribuição de regulação de preços, quer em mercados não regulados – o próprio nome já diz –, quer em mercados regulados, que ora se analisam.

210. No caso de setores regulados, a supervisão dos preços (ou tarifas) de produtos e serviços e de seus reajustes compete aos órgãos reguladores.

211. Por isso, em sendo observados preços considerados abusivos em tais mercados, os órgãos de proteção e defesa do consumidor podem:

1. Verificar a adequação econômica das denúncias dos abusos relatados em relação aos mecanismos preestabelecidos de recomposição e reequilíbrio da equação econômico-financeira;

2. Encaminhar as análises realizadas sobre as denúncias diretamente às agências reguladoras ou ministérios responsáveis e aos órgãos antitrustes, para conhecimento e avaliação.

212. Em seu Relatório, o CADE cita documento da OCDE (2011, p. 48 – 53), que trata de “Excessive Prices e está disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>. Nele, a OCDE prevê tanto a advocacia da concorrência quanto apoio técnico direto como as contribuições da autoridade concorrencial em prol do fortalecimento da atuação do regulador.

213. Da mesma forma, em se tratando de casos de aumentos ou reajustes de preços em mercados regulados, cabe ao órgão de defesa do consumidor, preparar e encaminhar seus relatórios de identificação de preços abusivos à Agência reguladora responsável ou ao Ministério setorial correspondente, bem como à SEAE-SEPEC/ME nos casos previstos na Lei nº 12.529/2011, art. 19, I (alteração de normativos ou revisão de tarifas) e VII (alteração tarifária em comércio internacional).

5.5. Casos com Interface junto aos órgãos antitrustes

214. Assim como já ocorreu e ocorre em alguns mercados, os órgãos de proteção e defesa do consumidor, no caso de supostos aumentos abusivos de preços de produtos e serviços de mercados não regulados, podem também cooperar ou atuar junto aos órgãos antitrustes – CADE e/ou SEAE-SEPEC/ME –, caso sejam identificados elementos de comportamento oportunístico das empresas para análise concorrencial, envolvendo práticas ou elementos como:

- condutas coordenadas dos agentes econômicos;
- indícios de lucros abusivos;
- colusão entre concorrentes;
- abuso da posição dominante no mercado;
- práticas exclusionárias;
- dentre outros.

215. Nesse caso, é importante verificar preliminarmente se os aumentos de preços observados não estariam refletindo oscilações naturais no mercado (mesmo que motivadas por eventos abruptos e imprevisíveis, derivados da pandemia, por exemplo) ou mesmo impacto da inflação, i. e., de aumento geral de preços de produtos e serviços. Essa é uma das razões pelas quais a análise econômica deve ser feita desde o início para fundamentar as investigações dos aumentos de preços pelos órgãos de defesa do consumidor.

5.6. Foco na Proteção dos Mais Vulneráveis

216. Por se tratar de Política Pública de alta complexidade e difícil implementação, a atuação dos órgãos de defesa do consumidor sobre os preços considerados abusivos deve se voltar para os itens essenciais no contexto de funcionamento anormal do mercado (esse é a linha, inclusive, do “*price gouging*”, acima referido). No caso da atual pandemia, o foco deve recair sobre itens de proteção à saúde, como foram o álcool em gel e as máscaras no início da pandemia, e aos consumidores mais vulneráveis ou de baixa renda e os principais produtos por eles consumidos, como é caso dos itens da cesta básica.

217. Em se tratando de serviços, o foco deveria ser, por exemplo, sobre as condições do transporte público, uma vez que os consumidores são afetados diretamente por tais serviços, tanto em termos econômicos, quanto de saúde pública no que se refere à necessidade de prevenção à Covid-19.

218. Considerando a complexidade da comprovação da abusividade nos aumentos constatados, a atuação do Estado para a normalização ou redução dos preços dos itens da cesta básica, por exemplo, enfrenta profunda dificuldade. Muitas vezes, para casos como esse, pode ser fazer necessária a adoção de políticas públicas específicas voltadas para o atendimento das necessidades críticas dos consumidores

mais pobres, envolvendo sua própria sobrevivência. Dessa forma, para enfrentar aumentos de preços desproporcionais, mas nos quais não se identifiquem claramente elementos de abusividade dos agentes do mercado, o encaminhamento pode ser também de sugestão de programas sociais ou de seu reforço, para atender à população de mais baixa renda e de maior vulnerabilidade.

219. Especificamente sobre o caso do aumento do preço de itens da cesta básica, os especialistas no assunto destacam que o problema no Brasil não está na baixa oferta de alimentos – até mesmo porque o Brasil é grande exportador de alimentos –, mas, sim, na insuficiência de renda para aquisição de itens básicos necessários à segurança alimentar do indivíduo. Nesse sentido, as políticas econômicas e sociais ao enfrentar problemas de diferentes ordens, causados ou intensificados pela crise provocada pela pandemia, atuaria também na preservação do poder de compra dos consumidores mais vulneráveis e diretamente atingidos pela inflação dos alimentos e outros bens imprescindíveis na garantia do mínimo existencial de todo indivíduo.

5.7. Preços Considerados Abusivos e Mercados Digitais

220. Ponto de atenção na temática de preços considerados abusivos são os mercados digitais, especialmente, nos chamados mercados *non-price* ou de preço zero (QUEIROZ, Pedro Aurélio. Os Fundamentos da Promoção da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2017, pp. 132, 149 e 325). Nesses mercados, as condutas ilícitas podem se dar pela "cobrança" abusiva indireta, isto é, não exatamente pela cobrança direta de valores monetários, mas por meio da exigência de que consumidores forneçam *dados pessoais* ou consintam com políticas de privacidade ampliativas em relação à política original (QUEIROZ, p. 325). Quanto ao tema:

"Uma questão que tem suscitado preocupações, especialmente, das autoridades de defesa da concorrência europeias é a concentração de dados e ferramentas informacionais nas mãos de grandes companhias como Google e Facebook, o que poderia inviabilizar a entrada de novas firmas e dificultar a inovação nos mercados relacionados. Um fator importante considerado é que **a ausência de efetiva competição poderia colocar a privacidade dos usuários em risco. Isto é, a concorrência seria um fator de segurança informacional e proteção da intimidade que, portanto, deve ser estimulada nos mercados de tecnologia.**" (QUEIROZ, Pedro Aurélio. Os Fundamentos da Promoção da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2017, p. 325. Grifo nosso).

221. Isto tende a ocorrer quando os consumidores estão "presos" a efeitos de rede de tal forma que os custos de troca tornam-se proibitivos, os chamados mecanismos de "locked-in" (QUEIROZ, p. 208). Nessas condições de extrema dependência e vulnerabilidade do consumidor, as grandes plataformas digitais poderiam impor a aceitação de tais políticas e condições pelos consumidores, o que consistiria em uma prática abusiva exploratória.

222. Essa é uma temática que poderá vir a ser aprofundada, dada sua relevância.

6. Proposição para Atuação dos Órgãos de Defesa do Consumidor sobre os Preços Considerados Abusivos

223. Nos diferentes mercados atingidos pela pandemia, a análise da existência de comportamentos abusivos por parte dos agentes econômicos envolvidos é de difícil realização pela existência de choques de demanda e/ou oferta, que podem inserir maior complexidade analítica de causa e efeito. Ainda assim, podem ser identificados indícios de comportamento abusivo de agentes econômicos, com aumentos que extrapolem o contexto e os efeitos dos choques de ofertas e de demandas.

224. Para a averiguação pelos dos órgãos de proteção e defesa do consumidor acerca da abusividade de preço de determinados produtos, apontam-se as seguintes considerações e medidas:

6.1. Considerações e medidas preliminares:

- Apresentação das possíveis consequências de sua atuação: no curto e médio prazo;

- Decisão de atuar ou não atuar: como se trata de atuação sobre mercados não regulados, o órgão de defesa do consumidor não possui atribuição específica para regulação de preços, podendo decidir não atuar se não tiver todos os elementos necessários ou se o resultado final de sua atuação (desabastecimento, por exemplo) puder ser pior do que sua atuação direta;
- Formatação de Política Pública para Supervisão de Preços Considerados Abusivos: tendo como base a legislação e também a Recomendação sobre Tomada de Decisões em Política do Consumidor (OECD/LEGAL/0403), cujo texto original em inglês segue como Anexo desta Nota Técnica;
- Cooperação internacional na matéria: utilizar, como subsídios à sua atuação, documentos, normativos e casos de melhores práticas internacionais, de agências de proteção do consumidor estrangeiras ou de organismos internacionais, como a UNCTAD e a OCDE;
- Utilização de abordagem multidisciplinar sobre a temática, incluindo a análise econômica: preferencialmente, ter área específica de análise econômica no órgão, que possa atuar em conjunto com sua área jurídica;
- Análise da “justa causa” por instrumentos econômicos e jurídicos: como os aumentos de preços dos produtos podem ser causados tanto por fatores intrínsecos ao livre mercado (oferta e demanda), quanto a comportamentos abusivos ou anticoncorrenciais dos fornecedores – e mesmo, em determinadas situações, por comportamentos dos consumidores -, há que se adotar escopo analítico amplo e, necessariamente, multidisciplinar, não sendo suficientes, por exemplo, uma análise restrita a institutos do direito do consumidor, como a boa-fé objetiva, a onerosidade excessiva ou a vulnerabilidade do consumidor;
- Identificar se são preços de setores regulados ou não regulados;
- Se envolver setor regulado: buscar articulação com os órgãos reguladores e antitrustes responsáveis, encaminhando a eles os processos com as denúncias ou informações consolidadas;
- Em se tratando de setores não regulados: avaliar, por meio de análise econômica própria ou de terceiros, se há choques de demanda ou de ofertas no mercado, como ocorre no caso de muitos setores no contexto da Pandemia de Covid-19;
- Caso se observem práticas anticoncorrenciais: levantar e apresentar denúncias ou informações que envolvam políticas de concorrência e, nesse caso, encaminhar o processo para análise do CADE e/ou da SEAE-SEPEC/ME;
- Em se tratando de crimes: No caso de se tratarem de crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/1951) ou econômicos (Lei nº 8.137/1990), realizar sua identificação e encaminhar o processo ao Ministério Público, para as providências cabíveis;

6.2. Possibilidade de convenção coletiva de consumo

- os órgãos públicos e, principalmente, as entidades civis de defesa do consumidor podem considerar a proposição de Convenção Coletiva de Consumo junto aos grupos de fornecedores, especialmente de produtos essenciais, como uma solução alternativa ou de “autorregulação” em relação aos aumentos de preços desproporcionais identificados;

6.3. Considerações e medidas para o contexto da pandemia (ou de situações de emergência ou de calamidade pública)

- Com base na análise econômico-jurídica realizada, apresentar as possíveis causas dos preços abusivos, destacando se estariam ligadas ao contexto da pandemia;
- Inserir caráter extraordinário nas medidas específicas adotadas ou sugeridas;
- Limitar ao tempo necessário;
- Focar nos produtos essenciais afetados e que não tenham produtos similares, ou cujos produtos similares também tenham passado por elevação abrupta de preços.

6.4. Especificidades do setor de serviços

- Maior dificuldade de supervisão de preços por parte dos órgãos públicos, por não serem os serviços (não regulados), em regra, comparáveis;
- No lugar do preço, foco nas condições e práticas contratuais, verificando a existência de práticas ou cláusulas excessivamente desproporcionais ou abusivas;
- Coibição de dispositivos contratuais que limitem a liberdade de escolha dos consumidores; etc.

6.5. Etapas e procedimentos da análise econômico-jurídica aplicável

- Análise caso a caso: analisar cada cadeia produtiva de um produto separadamente, podendo, agrupá-las posteriormente, caso necessário; de acordo com o Guia Orientativo para exame de abusividade por parte dos órgãos do SNDC constante da NT nº 08/2020, realizar as seguintes atividades:
 - Identificar o produto que se quer verificar abusividade (álcool gel, por exemplo);
 - Identificar as empresas que atuam concorrencialmente nesse mercado;
 - Identificar a cadeia produtiva, incluindo a matéria-prima do produto;
 - Solicitar notas fiscais de compra e de venda com uma série histórica confiável, sendo recomendável ao menos uma série de 03 meses (90 dias);
 - Identificar se há racionalidade econômica no aumento de preços ou se ele deriva pura e simplesmente de oportunismo do empresário;
- Avaliação técnica: a partir de enfoque multidisciplinar, com base nas análises econômica e jurídica, utilizar critérios técnicos e objetivos para a verificação das causas dos aumentos constatados, buscando a origem da falha de mercado, ou seja, as condições causadoras dos altos preços; conforme já demonstrado, o aumento “per se” nem sempre constitui critério suficiente para constatação da “abusividade” dos agentes econômicos:
- Verificação de comportamentos anticoncorrenciais: Verificar e identificar a existência de indícios de comportamentos e práticas anticoncorrenciais dos agentes do mercado e encaminhar aos órgãos antitrustes; nesse caso, as ferramentas antitrustes são as ideais para identificar:
 - condutas coordenadas dos agentes econômicos;
 - indícios de lucros abusivos;
 - colusão entre concorrentes;
 - abuso da posição dominante no mercado;
 - práticas exclusionárias;
 - dentre outros.

CONCLUSÃO

225. Do exposto, a partir da análise crítica e propositiva por meio do exame da legislação e da documentação relacionados à atuação estatal sobre a problemática dos preços considerados abusivos, especialmente no contexto de pandemia de Covid-19, foram apresentados subsídios pertinentes à proposição para atuação dos órgãos e defesa do consumidor na matéria.

226. Foi realizado, assim, amplo estudo analítico e propositivo voltado para temática de grande complexidade e repercussão, não apenas sobre os interesses e direitos dos consumidores, mas sobre o próprio funcionamento dos mercados dos diferentes produtos.

227. Entre as diversas constatações, observou-se que não há regulação *stricto sensu* de preços de produtos de mercados não regulados, mas sim previsão de atuação ou intervenção estatal específica com base, principalmente, nas legislações de defesa do consumidor e da concorrência.

228. No que se refere à variação de preços de serviços não regulados, seu acompanhamento por parte dos órgãos de defesa do consumidor é ainda mais complexo, por não serem, em regra, comparáveis, sendo mais indicada supervisão estatal em relação a dispositivos contratuais desproporcionais, abusivos ou que restrinjam a liberdade de escolha.

229. Foram apresentados todos os principais elementos balizadores para a atuação dos órgãos de defesa do consumidor – no caso, a Senacon e os Procons Estaduais, do Distrito Federal e Municipais –, pressupondo a inserção da análise econômica, da visão interdisciplinar, da integração principiológica, da cooperação e coordenação entre os órgãos públicos, da cooperação internacional, como elementos intrínsecos para as Políticas Públicas de Proteção e Defesa do Consumidor, especialmente as voltadas para análises mais complexas de mercados, como é a atuação sobre preços considerados abusivos de produtos e serviços.

230. Nesse sentido, a adoção dos princípios constantes da Recomendação da OCDE, que segue como Anexo I desta Nota Técnica, é ilustrativa da importância da adoção de parâmetros atualizados e abrangentes para a elaboração e implementação de políticas públicas de defesa do consumidor e para a atuação dos órgãos de defesa do consumidor.

231. Como principal encaminhamento, sugere-se aos órgãos de defesa do consumidor terem em conta a Proposição constante desta Nota Técnica, especialmente no item 6, para sua atuação em face dos preços considerados abusivos, além de avaliarem o encaminhamento, individualmente ou por meio do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), ao Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), de sugestões de medidas que considerem adequadas para serem adotadas nas políticas públicas para o enfrentamento de situações de preços considerados abusivos de produtos ou serviços.

232. Por fim, com base nos parâmetros consolidados nesta Nota Técnica, sugere-se propor ao Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC) a discussão quanto à regulamentação do inciso X do art. 39 do CDC, com vistas a trazer maior segurança jurídica para sua implementação, acolhendo-se, portanto, a sugestão da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (SEAE/ME) apresentada no já citado Relatório que trata do tema.

233. Assim sendo, sugere-se encaminhar esta Nota Técnica:

- a) aos membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC);
- b) ao Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC);
- c) aos membros do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC);
- d) às demais Agências Reguladoras que não integram o CNDC.

À consideração superior.

Alexandre Carneiro Pereira

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental

Lais Roberta Rosa Patricio

Chefe da Divisão de Análise e Gestão da Informação

De acordo.

Frederico Fernandes Moesch

Coordenador-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado

De acordo. Deem-se os encaminhamentos previstos na Nota Técnica.

Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva

Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Aurélio Queiroz Pereira da Silva, Diretor(a) do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor**, em 21/06/2021, às 21:44, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **ALEXANDRE CARNEIRO PEREIRA, Assessor(a) Técnico(a)**, em 23/06/2021, às 20:55, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **LAIS ROBERTA ROSA PATRICIO, Chefe da Divisão de Análise e Gestão da Informação**, em 25/06/2021, às 08:55, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **14706758** e o código CRC **8366E528**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/aceso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

ANEXO I

Recomendação sobre Tomada de Decisões em Política do Consumidor (OECD/LEGAL/0403)

Texto Original disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0403>

RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON CONSUMER POLICY DECISION MAKING

THE COUNCIL,

HAVING REGARD to Article 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14 December 1960;

HAVING REGARD to the Recommendation of the Council concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce [C(99)184/FINAL], the Recommendation of the Council concerning Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices across Borders [C(2003)116] and the Recommendation of the Council on Consumer Dispute Resolution and Redress [C(2007)74];

RECOGNISING the vital role that empowered consumers can play in improving economic performance and driving innovation, productivity and competition, and the important role that consumer policy plays is empowering consumers;

RECOGNISING that consumer markets for goods and services have changed profoundly over the past 20 years as a result of advances in information and communication technologies, regulatory reform, trade liberalisation, globalisation, and the growing role of services in the economy;

RECOGNISING that such changes mean new challenges for consumers and consumer policy decision makers, who must deal with rapidly changing, increasingly complex and information-intensive markets for goods, and 27/04/2021 OECD Legal Instruments

RECOGNISING that all consumers, regardless of education or experience, may at times be vulnerable to detriment, and that disadvantaged consumers may be vulnerable on a persistent basis;

RECOGNISING the important insights that have been gained into the nature of consumer problems through advances in information and behavioural economics, and the benefits of drawing on these insights in developing, implementing and reviewing consumer policies;

NOTING that the OECD has developed a Consumer Policy Toolkit that provides context and support for developing and implementing consumer policies;

On the proposal of the Committee on Consumer Policy:

I. AGREES, for the purposes of this Recommendation, to the following definitions:

1. “Consumer authority” means any governmental authority, public consumer agency or other public body which has responsibility for i) formulating consumer policies or laws and/or ii) implementing or enforcing those policies or laws.
2. “Consumer detriment” means the harm or loss that consumers experience, when, for example, i) they are misled by unfair market practices into making purchases of goods or services that they would not have otherwise made; ii) they pay more than what they would have, had they been better informed, iii) they suffer from unfair contract terms or iv) the goods and services that they purchase do not conform to their expectations with respect to delivery or performance. This may occur, for example, when the goods or services that they have purchased do not conform to their reasonable expectations with respect to quality, performance or conditions of delivery. This also may occur if the goods or services are not provided in a timely fashion, are defective or dangerous, do not meet operational expectations or are inconsistent with information provided to the consumer prior to the transaction. Consumer detriment can take many forms: it can be structural in nature (i.e. affecting all consumers) or personal; apparent to consumers or hidden; and financial or non-financial. Consumer detriment may be apparent to consumers immediately, may take time to emerge, or remain hidden.
3. “Consumer policy instrument” is a measure taken or promoted by governments to address a consumer problem. Such instruments include: i) consumer education and awareness programmes; ii) information provision and other disclosure measures; iii) contract terms regulation; iv) cooling-off periods; v) moral suasion; vi) codes of conduct and trustmarks; vii) standards; viii) licensing and accreditation of firms and providers; ix) monetary incentives, fines and other financial instruments; x) prohibitions; xi) dispute resolution and redress mechanisms; and xii) enforcement strategies.
4. “Disadvantaged consumers” are consumers whose attributes or circumstances are such that they are susceptible to detriment on a persistent basis.
5. “Vulnerable consumers” are consumers who are susceptible to detriment at a particular point in time, owing to the characteristics of the market for a particular product, the product’s qualities, the nature of a transaction or the consumer’s attributes or circumstances.

II. RECOMMENDS that Members:

6. Develop and implement a process for making policy decisions that includes the following steps:
 - i) Defining the nature and source of a problem; determining which consumer authority or authorities would be best placed to examine and address the problem; and considering the extent to which potential solutions might conflict with other public policy objectives.
 - ii) Assessing the nature and magnitude of consumer detriment. This should consider the number and types of consumers that may be affected by the problem and the ways in which they may be harmed.

iii) Determining whether an action is warranted. Such a determination should consider the level of consumer detriment, any disproportionate impacts on certain types of consumers (including those who are vulnerable or disadvantaged); the anticipated duration of the consumer detriment; and the likely consequences of no action being taken.

iv) Setting the desired policy objectives, consistent with the general goals of consumer policy, that will reduce, or eliminate, the consumer detriment that has been identified, and identifying the range of options for using one or more consumer policy instruments to achieve these objectives. Measures that other stakeholders could take to achieve objectives should also be considered in this context.

v) Evaluating the options to determine which one would be the most appropriate and cost effective. In most instances, a cost-benefit analysis should be carried out, in which both the quantifiable and qualitative aspects are taken into account. The resources devoted to such an analysis should be proportionate to the likely impact of the options under consideration. Thus, larger policy changes might require more personnel and resources than smaller ones. The effects

that the options being evaluated could have on competition should be considered, as should their effects on other policy areas, such as the environment, health and safety.

vi) Developing a review process to evaluate periodically how well the consumer policy instrument or instruments selected are achieving the policy objectives and whether modifications may be needed.

7. Promote the use of the policy decision making process across all levels and branches of government, to address local, national and international consumer problems. This should include problems associated with misleading, fraudulent or unfair trading practices in general, as well as consumer problems in specific sectors.

8. Apply the process to help determine which violations of consumer law should be pursued, and which types of enforcement actions should be taken.

9. Engage stakeholders from consumer organisations, affected firms and/or industry associations and subject matter experts in the process, so as to obtain information, technical expertise and advice on the issues being addressed. Such consultation should be considered at each step of the decision making process, with particular attention to the steps when policy options are being formulated and evaluated.

III. INVITES non-Members to adhere to this Recommendation and to implement it;

IV. INSTRUCTS the Committee on Consumer Policy to:

i) Promote this Recommendation with Members and non-Members;

ii) Serve as a forum to share experience on the implementation of this Recommendation;

iii) Monitor the implementation of this Recommendation and its effects on policy making and report to Council within five years of its adoption and as appropriate thereafter.

Background information

The Recommendation on Consumer Policy Decision Making was adopted by the OECD Council on 12 March 2014 on the proposal of the Committee on Consumer Policy (CCP).

Scope of the Recommendation

The Recommendation aims to aid policy makers to identify and evaluate consumer problems, and to design more effective consumer policies and enforcement actions.

It sets out a six-step process for the development and implementation of consumer policy decision making. Specifically, the six-step process provides a framework for making decisions regarding policy formulation and enforcement actions. This enables policy makers to identify consumer problems, assess detriment, and determine what actions, if any, should be taken to address the problems.

In addition, the Recommendation encourages promoting the six-step process at all levels and branches of government to address local, national and international consumer problems, and to engage with various stakeholders in this process.

OECD's Consumer Policy Toolkit

The Recommendation draws from the findings and recommendations developed by the CCP in the 2010 Consumer Policy Toolkit. The toolkit is a practical guide that is designed to better understand the factors underlying consumer decisions and to assist policymakers in adopting rigorous, evidence-based approaches to consumer policy, as well as to use the analytical framework in making enforcement decisions.

For further information please consult: <http://www.oecd.org/sti/consumer/>.

Contact information: consumer.policy@oecd.org

ANEXO II

Exemplo de aplicação da regulação sobre “price gouging” no Estado de Nova York

Extraído de: <https://www.proskauer.com/report/proskauer-on-price-gouging-a-coast-to-coast-reference-guide>.

Quando a regulação se aplica:

*During any **abnormal disruption of the market for goods and services vital and necessary for the health, safety and welfare of consumers or the general public**, no party within the chain of distribution of such goods or services or both shall sell or offer to sell any such goods or services or both for an **amount which represents an unconscionably excessive price**. For purposes of this section, the phrase "abnormal disruption of the market" shall mean any change in the market, whether actual or imminently threatened, resulting from **stress of weather, convulsion of nature, failure or shortage of electric power or other source of energy, strike, civil disorder, war, military action, national or local emergency, or other cause of an abnormal disruption of the market which results in the declaration of a state of emergency by the governor**.*

*For the purposes of this section, the term goods and services shall include (a) consumer goods and services used, bought or rendered primarily for personal, family or household purposes, (b) essential medical supplies and services used for the care, cure, mitigation, treatment or prevention of any illness or disease, and (c) any other essential goods and services used to promote the health or welfare of the public. This prohibition shall apply to **all parties within the chain of distribution**, including any manufacturer, supplier, wholesaler, distributor or retail seller of goods or services or both sold by one party to another when the product sold was located in the state prior to the sale. N.Y. Gen. Bus. Law § 396- r(2).*

Quando ocorre a violação a esse estatuto:

*“The court's determination that a violation of this section has occurred shall be based on any of the following factors: (i) **that the amount of the excess in price is unconscionably extreme**; or (ii) that there was an exercise of **unfair leverage or unconscionable means**; or (iii) a **combination of both factors** in subparagraphs (i) and (ii) of this paragraph”.*

Para continuidade do processo o órgão fiscalizador deve provar que a violação ao regulamento inclui evidências de que:

- *The amount charged represents **a gross disparity between** the price of the goods or services which were the subject of the transaction and their value measured by the price at which such goods or services were sold or offered for sale by the defendant in the usual course of business **immediately prior to the onset of the abnormal disruption of the market**; or*
- *The amount **charged grossly exceeded the price at which the same or similar goods or services were readily obtainable in the trade area**.*
- *A defendant may rebut a prima facie case with evidence that:*

*(1) the increase in the amount charged **preserves the margin of profit that the defendant received for the same goods or services prior to the abnormal disruption of the market** or*

*(2) **additional costs** not within the control of the defendant were imposed on the defendant for the goods or services.” N.Y. Gen. Bus. Law § 396-r(3).*

Referência: Processo nº 08012.001294/2021-01

SEI nº 14706758