



PGR – 00124982/2020

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
3ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
CONSUMIDOR E ORDEM ECONÔMICA**

NOTA TÉCNICA Nº 01/2020/3CCR

I – Contexto fático

Com a proliferação dos casos de COVID-19 pelo mundo e pelo Brasil, houve forte aumento na demanda por produtos relacionados à profilaxia e tratamento da COVID-19, além de produtos de higiene e alimentícios necessários ao período de isolamento social da população.

Com o aumento da demanda ocorreu também a escassez de alguns destes bens e o conseqüente aumento de preços a atingir tanto o consumidor quanto fornecedores de serviços de saúde e o próprio Poder Público.

Em razão de tal aumento, chegam aos diversos ramos do Ministério Público inúmeras notícias de suposto aumento abusivo de preços, com conseqüentes pedidos de providências, razão pela qual o GIACCOVID-19 - Gabinete Integrado de Acompanhamento da Epidemia da Doença do Novo Coronavírus do MPF – expede a seguinte Nota Técnica com fundamentos e orientação sobre o tema.

II – Da livre iniciativa e do aumento arbitrário dos lucros

A Constituição da República consagra a livre iniciativa como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro em seu art. 1º, IV, bem como a livre concorrência como princípio da ordem econômica em seu art. 170, IV.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

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:

IV - livre concorrência;

É seguro afirmar, a partir destes dispositivos e de outros constitucionais e legais, que o sistema de livre mercado é o adotado no Brasil.

O sistema de livre mercado, em essência, busca eficiência econômica através de diversas liberdades econômicas individuais, sem planificação estatal, liberdades estas que incluem a de fixação de preços e a de aceitação dos mesmos, de acordo com a oferta e a demanda.

No entanto, se o livre mercado adotado pela Constituição da República é apenas “indicativo para o setor privado”, como expressamente disposto no art. 174, diversos dispositivos no próprio texto constitucional obrigam o Poder Público a intervir na liberdade dos agentes econômicos de modo a corrigir falhas e, em especial, coibir abusos decorrentes do poder econômico que, de outro modo, atentariam contra o próprio objetivo de obtenção de eficiência econômica do livre mercado.

Atendo-se ao tema desta Nota Técnica, mencionam-se o art. 170, V e o § 4º do art. 173, os quais estabelecem respectivamente a obrigação do Estado de proteger o consumidor e de coibir o abuso do poder econômico nos aumentos arbitrários de lucros.

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:

V - defesa do consumidor

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 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.

Assim, a primeira conclusão que se extrai sobre o tema é que o Poder Público, incluindo o Ministério Público, não deve ordinariamente se imiscuir na liberdade econômica, tendo, porém obrigação de intervir em situações de abusos que atentam contra a própria liberdade econômica, notadamente o aumento arbitrário de lucros.

III – Aumento de preços e aumento arbitrário de lucros

Necessário distinguir o mero aumento de preços daquilo que a Constituição chama de aumento “arbitrário dos lucros”.

Em uma situação de livre mercado, o aumento nos preços é combatido pela redução na demanda e, em especial, pela entrada de novos concorrentes no fornecimento do bem ou serviço.

Esta dinâmica de oferta, demanda, preços e concorrência faz com que os recursos produtivos da sociedade sejam alocados de forma eficiente e as margens de lucro sejam mantidas em patamares economicamente racionais e socialmente “justos”.

No entanto, certas situações permitem que os fornecedores aumentem seus preços sem que tenha havido qualquer aumento de custo e sem que sofram as consequências negativas da redução da demanda ou do aumento de concorrência.

Na situação acima, a diferença entre o novo e o antigo preço é completamente apropriada pelo fornecedor, em detrimento de toda a sociedade, caracterizando assim o aumento arbitrário de lucros nos termos constitucionais.

A atual pandemia do COVID-19 é uma dessas situações que podem permitir o aumento arbitrário de lucros em certos setores, em especial o de equipamentos e insumos médico-hospitalares.

As necessidades inadiáveis e imprescindíveis decorrentes dos cuidados necessários com a saúde, bem como o impulso de compra e estocagem decorrentes de um fator de pânico instalado em parcela da população garantem que a demanda pelos produtos relacionados à pandemia se mantenha constante, independente dos preços praticados.

Em decorrência de tal demanda aumentada e inelástica a capacidade de produção dos fornecedores é insuficiente para o seu atendimento, garantindo oferta limitada e, em decorrência da curva da COVID-19, com o pico de casos no Brasil previsto para abril e maio, com controle a partir de junho, há uma barreira de tempo de difícil transposição para a entrada de novos concorrentes que desejem aproveitar os novos preços elevados, visto que dificilmente colocariam a tempo seus produtos no mercado.

A Informação 21/2020/AC/3CCR, em anexo, elaborada pela assessoria econômica da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão traz um resumo do panorama fático da produção do álcool gel, máscaras e protetores e respiradores, aparentemente os itens mais afetados pelo aumento de preços.

Conforme bem esclarecido pela informação, há uma boa perspectiva de que a indústria consiga regularizar o fornecimento do álcool em gel, perspectivas moderadas de aumento na produção de itens de baixa complexidade e perspectivas ruins de aumento na capacidade de produção de respiradores, a despeito da mobilização de governos e indústrias em escala mundial.

Observa-se, assim, em decorrência da demanda inelástica, ausência de concorrência e a dificuldade de entrada de novos concorrentes (em especial em produtos complexos, como os respiradores) em tempo hábil para fazer frente aos preços elevados, uma grave situação de falha no livre mercado em produtos médico-hospitalares relacionados à COVID-19, a qual permite que certos fornecedores fixem impunemente preços em patamares elevados com o intuito de aumentar abusivamente suas margens de lucro.

Neste contexto, para fins da constatação de exame de práticas abusivas de preços, orienta-se que sejam utilizados como critério para aferição do aumento arbitrário, os seguintes elementos de convicção, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade, observando-se, se possível:

- a) o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;
- b) o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

II - uma demanda crescente decorrente da pandemia;

III – a ausência de competição e a impossibilidade de entrada de novos competidores em tempo hábil para atender tal demanda ante o progresso da pandemia;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Com relação ao item “I”, está presente a preocupação da relação com o preço anteriormente praticado para o mesmo bem, entendida a expressão como a que se verifica na introdução de alterações não substanciais, indicativa de uma situação de inalterabilidade de aspectos essenciais entre o novo produto – novo preço – e o anterior produto, o que pode caracterizar o abuso.

Sugere-se a utilização das notas de entrada dos produtos ou insumos de produção para avaliação dos aumentos de custos e, em especial com relação aos estabelecimentos industriais, podem ser levadas em conta eventuais alegações, devidamente comprovadas, de aumento dos custos de mão de obra decorrentes da COVID-19, a exemplo de despesas extras com transporte de funcionários, ou queda de produtividade em razão de medidas sanitárias adotadas nas plantas.

No presente momento, com relação aos itens “II” e “III” estes são presumidos com relação aos produtos médico-hospitalares relativos à pandemia do COVID-19, incluindo máscaras cirúrgicas, protetores faciais, vestimentas hospitalares, ventiladores pulmonares mecânicos, remédios, álcool gel e desinfetantes em geral.

No entanto, ante a própria natureza dinâmica da crise e das medidas adotadas para combatê-la, o panorama concorrencial pode sofrer alterações, sendo esperado que melhore em alguns produtos, conforme exposto nas informações

anexas, sendo necessária a avaliação da demanda e do panorama concorrência na data da prática do suposto preço abusivo.

Com relação a outros produtos e serviços, como por exemplo gêneros alimentícios, os critérios devem ser analisados mercado a mercado. Há notícias de aumentos abusivos para alguns produtos e regiões, enquanto em outras regiões os preços praticados permanecem inalterados.

Acerca dos acordos entre concorrentes, mencionados no item “IV”, deve-se ter em conta que estes podem ser temporariamente excepcionados quando feitos com o objetivo de aumentar a capacidade produtiva para fazer frente à pandemia, desde que não resultem em aumentos das margens de lucros

IV – Das atribuições do Ministério Público e de outros órgãos públicos

Conforme já esclarecido, o aumento de preços com vistas ao aumento arbitrário dos lucros, obriga constitucionalmente o Poder Público a atuar. Tal atuação, porém, não é exclusiva do Ministério Público.

Tal prática é caracterizada como abusiva pelo art. 39, X do Código de Defesa do Consumidor, sujeitando o fornecedor às penalidades administrativas a serem aplicadas pelos PROCONs e outros órgãos administrativos de defesa do consumidor.

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.

Por outro lado, o aumento arbitrário dos lucros também é infração à ordem econômica nos termos do art. 36, III da Lei 12.529/2011, o que sujeita o agente econômico a penalidades administrativas a serem aplicadas pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, independente de qual estágio da cadeia produtiva se localize o agente.

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:

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

Desta forma, observa-se que os preços abusivos estão sujeitos à tutela e às penalidades administrativas em qualquer contexto, independente de envolver ou não o consumidor final.

Com relação ao Ministério Público Federal, a atuação fica restrita em grande parte ao ofício junto ao CADE e nas situações em que a União ou suas autarquias sejam vitimadas pelo aumento abusivo, situação esta que será abordada mais adiante.

Já aos Ministérios Públicos Estaduais cabe a tutela dos casos de aumento abusivos que afetem os particulares, consumidores ou não, bem como os estados e municípios.

Sugere-se, desta forma, que os casos envolvendo particulares sejam apurados nas Promotorias do Consumidor e os casos envolvendo entes públicos (maiores considerações feitas adiante) pelas Promotorias de Patrimônio Público.

Desnecessárias maiores considerações acerca do volume de notícias e reclamações a que estarão sujeitas as Promotorias do Consumidor, recomendando-se parcimônia na instauração de procedimentos.

Sugere-se que, nos casos em que já tenha havido a atuação administrativa e sendo esta considerada suficiente, considere-se o caso solucionado, com arquivamento da notícia de fato nos termos do art. 4º, I da resolução 174/2017 do CNMP.

Art. 4º A Notícia de Fato será arquivada quando:

I – o fato narrado já tiver sido objeto de investigação ou de ação judicial ou já se encontrar solucionado;

Com relação aos PROCONs, ou equivalentes, sugere-se a fiscalização da atuação dos mesmos e atuação conjunta, quando necessárias, vistos estarem estes equipados para as ações concretas de fiscalização.

Nos casos em que o Membro julgar necessária a expedição de recomendações ou propositura de ações judiciais, orienta-se a evitar que estas tenham características de tabelamento de preços ou que se alegue genericamente o aumento abusivo.

V - Das compras governamentais e da requisição emergencial

Particularmente preocupante com relação ao aumento abusivo de preços decorrente da COVID-19 são as compras governamentais.

Acompanham-se na imprensa notícias de que alguns governos estariam comprando, em caráter emergencial, produtos médico hospitalares a preços elevados e abusivos.

Conforme já exposto na presente Nota Técnica, é obrigação constitucional do Estado brasileiro, em todas as esferas, o combate ao aumento arbitrário dos lucros, não sendo possível que este próprio Estado colabore para o enriquecimento indevido de certos agentes econômicos, transferindo-lhes recursos por meio de compras a preços elevados.

A situação mais provável é que os agentes públicos envolvidos, em especial os agentes políticos, estejam eles próprios pressionados pela situação de pandemia, efetuando tais gastos sem maiores considerações imediatas sobre a questão do aumento arbitrário dos lucros.

Por este motivo, em que pese esteja sempre presente a possibilidade de conluio entre os agentes públicos e os fornecedores para o superfaturamento de preços, recomenda-se aos Membros do Ministério Público que tutelam o patrimônio público que só instaurem procedimentos por improbidade em face dos agentes públicos ante indícios de que eles próprios colheram benefícios em tais compras a preços elevados.

Por outro lado, a tutela ao Erário é também função do Ministério Público, sugerindo-se aos Membros que nas situações de acompanhamento das compras governamentais atuem para que não sejam pagos preços abusivos, ainda que presente a boa-fé dos agentes públicos.

Considerando que produtos médico-hospitalares são usualmente adquiridos por pregão eletrônico, como guia para avaliar a abusividade dos preços sugere-se consulta aos sistemas de registro de preços pertinentes, levando-se em conta os preços praticados até o mês de janeiro de 2020, vez que ali se encontrarão os preços usualmente praticados pelos fornecedores em face do Poder Público antes da deflagração da crise do COVID-19.

Ademais, a Lei 13.979/2020 estabelece em seu art. 3º, VI a possibilidade “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa” em razão do COVID-19.

Desta forma, nas hipóteses em que o ente público alegar a recusa do fornecedor em vender por valores iguais ou próximos aos constantes no sistema de registro de preços para justificar o pagamento de valores abusivos, é possível aos órgãos públicos a fazer uso da requisição prevista em lei, utilizando-se o já mencionado registro de preços como parâmetro para a “justa indenização”.

Orienta-se, no entanto, os Membros a se atentarem para eventuais abusos na utilização de tal instituto pelos órgãos públicos, vez que sua utilização indevida pode gerar graves danos à ordem econômica, inclusive com a saída do mercado dos fornecedores de bens essenciais neste momento de crise, bem como prejudicar a coordenação e o planejamento nos esforços no combate a COVID-19.

A primeira modalidade de abuso na requisição diz respeito à fixação de “justa indenização” em valor substancialmente abaixo do constante nos registros de preço, bem como a fixação de prazos muito dilatados para o pagamento das indenizações.

Na medida do possível, os órgãos públicos que fizerem uso do instituto devem fazer o pagamento em prazos curtos, de modo a garantir o fluxo de capital necessário para a continuidade das atividades do fornecedor.

A segunda forma de abuso nas requisições, diz respeito ao seu uso sem o devido planejamento e coordenação.

Circulam na imprensa e já chegam ao Ministério Público notícias de entes públicos requisitando respiradores e EPIs pertencentes ou já destinado a hospitais públicos e particulares.

Ante tal situação, há que se recordar que os atos administrativos de requisição só são válidos quando atendido o interesse público do combate mais eficiente a COVID-19. Desta forma, a requisição consistente mera subtração de material médico-hospitalar pertencente ou já destinado a um ente público ou privado para destinação a outro sem que faça parte de um planejamento para melhor combate à pandemia é nula.

Sugere-se aos Membros do Ministério Público que, deparados com tal situação, analisem se tais requisições são parte de um plano ou ação coordenada ou se são fruto de pânico ou despreparo dos gestores públicos, desejosos apenas de acumular materiais e equipamentos, sem qualquer plano de uso ou preocupação acerca de sua distribuição geográfica.

Ademais, sempre que possível, devem os Membros do Ministério Público com atuação na área de saúde pública promover a cooperação entre os entes e a observância das diretrizes do Ministério da Saúde e, supletivamente, das Secretarias de Saúde dos estados de forma a garantir que os escassos recursos, em especial EPIs e respiradores, sejam racionalmente e proporcionalmente distribuídos no território nacional.

VI – Dos aspectos criminais

Os aumentos abusivos de preços, além de infração administrativa e ilícito civil, podem também caracterizar o tipo penal do art. 4º “b” da Lei 1.521/1951.

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.

Em regra, a atribuição para tais crimes é do Ministério Público Estadual, permanecendo a atribuição com o Ministério Público Federal nos casos em que o preço abusivo seja praticado em prejuízo da União ou suas autarquias.

Nos casos de constatação de tipificação formal do crime acima, em especial em face de pequenos negócios e empreendedores individuais, recomenda-se aos Membros do Ministério Público parcimônia nas requisições de IPL, instalações de PICs e no eventual oferecimento de denúncias.

De modo a evitar o asoberbamento dos órgãos encarregados da persecução penal, bem como o agravamento da situação dos empreendedores eventualmente atingidos pelos efeitos econômicos decorrentes da

COVID-19, sugere-se como medida de política criminal o arquivamento de plano com base no princípio da insignificância, se o Membro julgar que o suposto preço abusivo não foi suficiente para abalar a ordem econômica, ou com base no princípio da subsidiariedade do direito penal, se o Membro julgar que as penalidades administrativas já aplicadas foram suficientes para a punição e desestímulo da conduta ilícita.

VI – Conclusões

Pelos fatos e fundamentos expostos na presente Nota Técnica, sugere-se aos Membros do Ministério Público:

- a) o combate aos aumentos de preços, para a defesa do consumidor e próprio livre mercado, quando este caracterizarem **aumento arbitrário dos lucros**;
- b) averiguação caso a caso e mercado a mercado da existência de abuso nos aumentos, de acordo com os critérios técnicos mencionados nesta NT, evitando-se medidas de tabelamento ou assemelhadas;
- c) parcimônia nas instaurações de procedimentos, de forma a evitar a inviabilização dos trabalhos ministeriais, aproveitando as medidas já adotadas por órgãos administrativos quando julgada suficientes;
- d) fiscalização e cooperação com PROCONs e assemelhados de modo a buscar resolver as situações constatadas sem judicialização;
- e) fiscalização das compras governamentais, de modo que o Erário não sofra prejuízos decorrentes dos preços abusivos detectados;
- f) fiscalização dos agentes públicos para que não ocorra abusos nas requisições emergenciais de produtos;
- g) atuação no sentido de reforçar a coordenação entre os diversos entes públicos e particulares no combate à pandemia;

- h) utilização dos registros de preços até janeiro de 2020 como parâmetro de preços para o Poder Público, seja nos contratos de compra e venda, seja nas requisições emergenciais;
- i) verificação de indícios de dolo ou locupletação por parte do agente público nos casos dos itens “e” e “f” antes da instauração de procedimentos ou adoção de medidas em face destes;
- j) nos casos de crimes contra a economia popular, em especial aqueles formalmente praticados por pequenos empreendedores, utilizar-se dos princípios da insignificância e subsidiariedade do direito penal como medidas de política criminal, quando o Membro entender cabíveis.

FÁBIO CONRADO LOULA

Procurador da República

Membro do Grupo de Trabalho – Mercado de Capitais e Defesa da Concorrência

3ª Câmara de Coordenação e Revisão

LINCOLN PEREIRA DA SILVA

Procurador da República

Coordenador do Grupo de Trabalho – Mercado de Capitais e Defesa da Concorrência

3ª Câmara de Coordenação e Revisão

LUIZ AUGUSTO SANTOS LIMA

Subprocurador-Geral da República

Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assinatura/Certificação do documento **PGR-00124982/2020 NOTA TÉCNICA nº 1-2020**

.....
Signatário(a): **FABIO CONRADO LOULA**

Data e Hora: **31/03/2020 10:16:59**

Assinado com login e senha

.....
Signatário(a): **LUIZ AUGUSTO SANTOS LIMA**

Data e Hora: **30/03/2020 20:51:39**

Assinado com login e senha

.....
Signatário(a): **LAFAYETE JOSUE PETTER**

Data e Hora: **30/03/2020 21:22:56**

Assinado com login e senha

.....
Signatário(a): **LINCOLN PEREIRA DA SILVA MENEGUIM**

Data e Hora: **30/03/2020 20:57:42**

Assinado com login e senha

.....
Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave ABEB139A.4DCB427D.52655D94.925CECC2