



11431225



08012.000770/2020-87



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Parecer de Mérito n.º 42/2020/CG-Penal/AEAL-Entrada/MJ

PROCESSO Nº 08012.000770/2020-87

INTERESSADO: Secretaria Nacional do Consumidor

1. RELATÓRIO

1.1. Em 18 de março de 2020 o Senhor Coordenador do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor no estado de Minas Gerais (Procon/MG) assinou o Aviso no 4/2020 com o objetivo de instruir os órgãos de defesa do consumidor, as polícias civil e militar, assim como os consumidores, de que:

a) a elevação, sem justa causa, do preço de produtos e serviços, pelo fornecedor, abusando da premente necessidade do consumidor, enquanto durar o período de pandemia da doença provocada pelo Coronavírus (2019-nCov), constitui prática abusiva e é punida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 39, X);

b) a elevação do preço de produtos e serviços, pelo fornecedor, abusando da premente necessidade do consumidor, enquanto durar o período de pandemia da doença provocada pelo Coronavírus (2019-nCov), em percentual superior à 20% (vinte por cento) ao preço de compra, constitui, em tese, crime contra a economia popular, punido com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, (Lei Federal nº 1.521/51, art 4º, "b").

1.2. O Aviso Procon-MG no 4/2020 também instrui o consumidor a apresentar, na sua reclamação, informações acerca da data e do preço, além da identificação do estabelecimento comercial reclamado.

1.3. Em 1o de abril a Secretaria Nacional do Consumidor encaminhou a esta Assessoria Especial o Ofício nº 268/2020/GAB-SENACon/SENACon/MJ, por meio do qual solicita "os bons préstimos dessa AEAL sobre a possibilidade de seguirmos as recomendações citadas [acima], do ponto de vista penal e das autoridades policiais". Trata-se de consulta sobre o tratamento penal dado à prática de elevação do preço de produtos e serviços pelo fornecedor na vigência do estado de pandemia declarado pela Organização Mundial de Saúde, abusando da necessidade dos consumidores.

1.4. Evidencia-se, no momento, o dilema entre assegurar a aquisição de determinados bens de consumo a preço acessível pela população e garantir o funcionamento do livre mercado, que deve ser regido por normas próprias de funcionamento, sobretudo econômicas. Isso significa que a formação do preço deve atender a determinados fatores, notadamente, o custo de produção e a demanda. Complexa é a solução do intrincado conflito de interesses. Se, por um lado, o mercado deve equilibrar-se de acordo com sua própria lógica, por outro, o sistema deve prever freios para evitar

abusos. Para que possamos contribuir com o esclarecimento da questão, é necessário analisar o tema sob os dois aspectos: o econômico e o criminal.

2. ÓTICA ECONÔMICA

2.1. O Aviso no 4/2020 decorre de preocupação do Procon/MG com a elevação dos preços de produtos médico-hospitalares reputados necessários ao enfrentamento do novo coronavírus. A preocupação diz respeito a equipamentos de proteção individual (EPIs) e outros produtos (como álcool em gel) que não se enquadram como medicamentos e que, em geral, não têm preços regulados.

2.2. Preços não são controlados quando o Estado tem motivos para acreditar que o mercado é capaz de, pela lei da oferta e da procura, melhor definir a quantidade e os valores a serem pagos pelo produto, ou serviço. Como regra, os preços são, enquanto decorrência da liberdade de iniciativa, livres (art. 170 CF). Externalidades podem, porém, levar a que o Estado, de forma excepcional, intervenha na economia para determinar variáveis econômicas essenciais, como preços, ou quantidades. Como bem expressa Eos Grau:

"Pois é certo que postulação primária da liberdade de iniciativa econômica, como acima anotei, é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*." [A ordem econômica na Constituição de 1988. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 201]

2.3. A recente Lei da Liberdade Econômica (Lei no 13.874, de 20 de setembro de 2019) veio a reprimir esse entendimento de que a regra é a liberdade de preços, exceto se diversamente previsto na regulação setorial:

"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;

....."

2.4. A emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus levou a que a dinâmica dos mercados fosse alterada de forma muito repentina e a que tanto o comportamento dos preços, quanto a quantidade de produtos sofressem modificações. Preço e disponibilidade de produtos são afetados por diversos fatores, os quais variam desde choques de custo (decorrentes da elevação do preço, ou da indisponibilidade da matéria-prima), passando pela variação do fluxo de produtos (seja pela redução da produção, seja pela existência de barreiras à entrada de importados) e chegando ao mais comumente citado aumento da demanda. Situações inesperadas como a atual levam àquilo que a doutrina chama de *wicked problem*: há diversos problemas independentes relacionados à solução. *Wicked problems* demandam especial cuidado na sua resolução: dada a sua independência mútua, o combate a uma das causas pode levar ao aprofundamento de outra(s).

2.5. Esse é, exatamente, o cenário revelado na atual crise de enfrentamento ao coronavírus. A velocidade de contaminação pelo vírus levou a que o comércio alterasse a sua forma de funcionamento (*lockdown*) e a que fronteiras fossem fechadas, afetando, particularmente, as vendas físicas (*brick-and-mortar*), inclusive as transfronteiriças. O aumento repentino e exponencial no consumo de produtos de (habitual) baixa procura não hospitalar -- caso do álcool em gel -- levou a que houvesse crise de desabastecimento. Para piorar, reporta-se a falta de matéria-prima [<https://exame.abril.com.br/pme/com-falta-de-materia-prima-para-alcool-gel-empresa-lanca-alcool-spray/>. Acesso em 06/04/2020], o que acentuou o problema da escassez. Como o pico de demanda durou enquanto o comércio permaneceu aberto, só agora ela começa a se ajustar e o fornecimento a,

paulatinamente, normalizar.

2.6. Interessa notar que, exceptuando algumas situações fora da curva (*outliers*), a elevação dos preços representou um importante desincentivo a que os estoques realizados não fossem ainda maiores. Isso é particularmente verdadeiro para produtos com preços individuais tão baixos, como EPIs e álcool em gel. Ora, pelo menos dois fatores contribuem, habitualmente, para a escolha do quanto o indivíduo pretende comprar: a sua restrição orçamentária e a utilidade derivada daquele produto. Em um cenário de risco de desabastecimento, a utilidade de cada compra é exponencializada. Isso implica dizer que, nas primeiras semanas, mantido o nível de renda, o interesse para comprar produtos relacionados ao combate ao novo coronavírus era crescente e repentino, formando uma curva íngreme na demanda. Isso implica dizer que o grande freio ao impulso de comprar para estocar passou a ser a restrição orçamentária. O ajuste do preço à repentina elevação da demanda foi, portanto, essencial para reduzir os impulso do consumidor em estocar e permitir a mais célere recomposição dos estoques do próprio fornecedor.

2.7. Apesar da lógica econômica da elevação de preços em mercados competitivos, é bastante comum que, em particular órgãos de defesa do consumidor, olhem essencialmente para a variação dos preços para cima para recomendar ações mais drásticas em face do comércio. No presente caso, o Procon/MG invocou, primeiramente, a aplicação de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que veda a elevação dos preços sem justa causa. Como antecipamos, a variação dos preços é a tônica de uma economia de mercado e, não havendo regulação dos preços -- ou das margens de lucros -- pela regulação setorial, não há que se cogitar de elevação "sem justa causa" dos preços. Em uma economia de mercado, vale frisar, é justificado o ajuste de preços fixado na dinâmica de mercado.

2.8. Em uma dinâmica de mercado, cumpre ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica definir em que situação variações de preços podem ser considerados ilícitas. E a esse respeito a autarquia já se manifestou em diversas oportunidades.

"O ponto relevante é que, tanto na linha Prado, como na linha Furquim, os preços excessivos que fazem sentido do ponto de vista antitruste são meramente instrumentais e sempre associados com outra conduta, seja como efeito (*cartel*), seja como causa (*price squeeze*). Tais enquadramentos de 'preços excessivos' não se constituem em condutas autônomas por não descreverem satisfatoriamente, de forma isolada, o problema antitruste com o qual se depara a autoridade. Assim, mesmo como 'causa', o preço excessivo não vem sozinho.

As críticas ao controle de preços excessivos não significam que a autoridade de concorrência deva simplesmente negar a existência de preços acima do valor socialmente desejável. Reforçando o ponto principal do voto do Conselheiro Ragazzo, a questão é que o controle direto do preço excessivo, sem a avaliação concomitante da conduta principal que melhor caracteriza a conduta dentro da doutrina antitruste, simplesmente não é eficaz, podendo inclusive ser prejudicial ao objetivo primário da política de concorrência." [voto-vista na Averiguação Preliminar no 08012.003648/998-05 e na Averiguação no 08012.000295/1998-92, em que foram representadas White Martins e Agra S.A.]

2.9. Fala-se, portanto, de preços exploratórios e de preços exclusionários. Enquanto os últimos são instrumentos ilícitos de redução da concorrência no mercado (como as compressões de margens, ou *price squeezes*), os primeiros constituem o exercício de preços supracompetitivos em um mercado pouco competitivo -- talvez em função de ilícito que lhe tenha rendido poder de mercado. Note-se, porém, que, enquanto condutas anticompetitivas, tanto aumentos de preços (como compressões de margens), como reduções de preços (preços predatórios) podem ser reputados ilícitos, ainda que, no curto prazo, ou sem *recoupment*, as reduções possam, sob certas circunstâncias, ser vistas como favoráveis ao consumidor.

2.10. Nesse sentido, sob uma ótica que leva em conta princípios do direito econômico e

concorrencial, esta Assessoria Especial de Assuntos Legislativos entende que não seja conveniente, tampouco oportuno atender a referida recomendação, em função de atentar contra o art. 170 CF e contra o art. 30, III, da Lei no 13.874, de 20 de setembro de 2019.

2.11. Isto posto, podemos avançar em direção ao Direito Penal que, na sua vertente econômica, tem grande dependência das normas administrativas acessórias. São os conceitos e interpretações econômicos, portanto, que vão nortear o conteúdo da norma penal incriminadora.

3. ÓTICA CRIMINAL

3.1. O dilema entre assegurar a aquisição de determinados bens de consumo a preço acessível pela população e a garantia do livre mercado não é novidade, de maneira que já havia sido objetivo de reflexão pelo legislador brasileiro. Por tal razão, o bem jurídico relativo à proteção do consumidor em face de práticas abusivas do fornecedor foi contemplado com os crimes contra a Economia Popular, previstos da Lei n. 1.521/51. Além disso, a Lei n. 8.137/90, conhecida pela previsão dos crimes tributários, também prevê condutas criminosas relacionadas ao abuso do poder econômico e às relações de consumo. Todavia, deve haver cautela tanto na ideia de intensificar a produção de normas criminais quanto na aplicação das já existentes.

3.2. A questão escancara um constante problema da dogmática jurídica, qual seja, o de avaliar a relevância penal de ilícitos administrativos. É importante apontar que nem todo descumprimento de norma de organização, seja ela econômica, ou tenha ela qualquer outra natureza, resultará na consumação de um crime. Isso não apenas pelo aspecto formal, isto é, a conduta precisar estar tipificada em lei para ter a natureza de injusto penal, mas também pelo aspecto material, que revela a legitimidade da intervenção penal nos casos em que o bem jurídico for dotado de dignidade penal.

3.3. Nesse sentido, os valiosos ensinamentos da Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara:

"Dessa forma, a despeito de as infrações administrativas poderem violar interesses valiosos à comunidade, estes são carentes de concreção axiológica, tal como a possuem os bens jurídicos. e justamente em razão da equivocada distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal verifica-se a disfuncionalidade acarretada pela administrativização do sistema penal, protegendo-se criminalmente preceitos administrativos que não dizem respeito a bens jurídicos legítimos."

(Bem jurídico Penal, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2014, p. 244-245)

3.4. E mesmo quando houver um bem jurídico coletivo legítimo envolvido, como é o caso do interesse dos consumidores em algumas situações específicas, há que haver respeito aos princípios penais fundamentais, notadamente, da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade. Não obstante, não se pode olvidar que a tipicidade possui não apenas o aspecto objetivo, de configuração do verbo nuclear do tipo em conjunto com demais elementos, sobretudo normativos como é o caso do direito econômico, mas também envolve o aspecto subjetivo, do dolo penal.

3.5. No caso dos crimes contra a economia popular e às relações de consumo, o dolo é exigido para que se possa deflagrar um processo penal. Assim, não basta a verificação de um aumento de preço fora da normalidade, o que pode, em tese, configurar a conduta descrita no tipo objetivo. É preciso, ainda, comprovar que a situação efetivamente se enquadra na conduta delineada pelo legislador como atentatória contra os valores que se pretende proteger na sociedade, isto é, que existe a chamada tipicidade material ou conglobante, no conhecido termo da teoria de Zaffaroni, impactando o bem jurídico de forma relevante.

3.6. Note-se que a questão envolve, também, importante aspecto processual e probatório, pois para que se alegue a efetiva lesão ao bem jurídico e a tipicidade material da conduta, será necessária a apresentação de elementos suficientes de prova. Nesse sentido, já decidiu

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRÁTICA DE PREÇOS ABUSIVOS NO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. AUSÊNCIA DE PROVA DOS FATOS ALEGADOS. ART. 333, I, DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CONFIRMADA. PRECEDENTES.

Para o reconhecimento de infração à ordem econômica na comercialização de combustíveis, mostra-se imprescindível a existência de prova robusta a demonstrar a abusividade, ônus que incumbia ao demandante, de acordo com o art. 333, I, do CPC. A margem de lucro bruta auferida pelo estabelecimento comercial, por si só, não é suficiente à verificação do alegado abuso, pois não releva os custos efetivos da atividade que influenciam na composição do preço do produto. Caso concreto em que os preços apurados pela prova documental não se apresentam abusivos. Sentença mantida.

NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

(TJRS - CNJ n. 0191116-66.2015.8.21.7000 - j. 02.07.2015)

3.7. Feita a breve introdução teórica, analisemos o tipo previsto no artigo 4º., b, da Lei n. 1521/51, invocado pelo órgão de defesa do consumidor:

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.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

3.8. Segundo a lógica do dispositivo invocado pelo Procon/MG, um comerciante que elevasse o preço de um recipiente de álcool em gel que antes da crise valesse apenas R\$1 para qualquer valor acima de R\$1,20 (poderia ser R\$1,21) deveria ser punido com detenção de seis meses a dois anos, e multa. Uma vez mais, não é possível que, em mercados não regulados, o comerciante seja punido por fixar o preço no patamar que desejar.

3.9. No caso específico, não basta a mera constatação de que o lucro do fornecedor é 20% superior ao normalmente praticado. Há que se demonstrar que a manipulação do preço ocorreu sem outra causa que a justifique, como os fatores naturais do mercado. Deve-se atestar, também, que a conduta foi praticada forma intencional, isto é, com o objetivo claro de tirar proveito econômico da situação. A prova não é simples e deve ser feita com base em diversos fatores que levem à conclusão de que a elevação do preço decorreu de má-fé do fornecedor.

3.10. Ainda que haja indícios suficientes de autoria e materialidade que atendam a todo o exposto, considerando tratar-se de crime de pequeno potencial ofensivo, é importante que as autoridades policiais pautem sua conduta pela proporcionalidade e legalidade. Em uma situação de suspeita de prática de crime contra a economia popular, deve o agente público lavar termo circunstanciado, que tem o condão de deflagrar o processo penal nos termos da Lei n. 9.099/95. Em se tratando de crime cuja pena máxima é dois anos, o Código de Processo Penal proíbe expressamente a decretação de prisão cautelar. Assim, embora não haja vedação de prisão em flagrante, considerando que a restrição da liberdade não deverá ser mantida, não se recomenda sua realização para essa modalidade de crime, salvo se outros delitos que justificarem tamanha restrição da liberdade estiverem sendo cometidos ao mesmo tempo.

3.11. Note-se que, ao lado dos dispositivos apresentados, há pelo menos outro que poderia vir a ser invocado neste contexto: segundo o art. 3º, IV, da Lei nº 1.521, de 1951, é crime contra a economia popular "reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta

dos preços". Uma vez mais, a medida, não realizada em mercado regulado, depende da verificação de poder de mercado do agente econômico. Ainda que o mercado relevante possa ser afetado pela crise e ser limitado ao período de emergência, é imperativo concluir que, tal qual as situações anteriores, a flutuação de preços para cima em mercados não regulados não é, em si, um problema. O que são puníveis são as condutas (i) que se valem de preços (preços exclusionários, como compressões de margens e preços predatórios) enquanto meios para alcançar condutas anticompetitivas, ou (ii) que tenham como consequência preços exploratórios supracompetitivos decorrentes de cartéis e condutas unilaterais uniformizadoras de preços).

3.12. Como já afirmado, o direito penal é norteado pelo princípio da subsidiariedade, isto é, a ele se deve recorrer apenas quando os demais instrumentos do ordenamento jurídico não forem suficientes para equilibrar os conflitos de interesses que surgem na sociedade. Disso se extraem duas consequências: a primeira é que não é necessário criar novos tipos penais para atender à suposta demanda atual da sociedade, uma vez que nosso aparato legal já é suficiente; a segunda é que, na hipótese de se constatar conduta que efetivamente seja abusiva por parte do fornecedor, há que se ter muita cautela na aplicação dos instrumentos da persecução penal.

3.13. É certo que uma das funções da penal é prevenir a conduta criminosa. Nesse sentido, a previsão abstrata de cominação de sanção a determinadas condutas tem o objetivo de desestimular comportamentos antijurídicos. Todavia, se o sistema penal não for desenhado de forma racional, pode não apenas desestimular as condutas ilícitas, mas também as lícitas, ou seja, se o tipos penais forem utilizados para fazer uma “caça as bruxas”, partindo-se do pressuposto que o empresariado estaria aumentando os preços apenas para tirar proveito da extrema necessidade do consumidor e escassez no mercado, é possível que sejam desestimuladas também as condutas lícitas por receio de punições injustas. Assim, o empreendedorismo, que já está prejudicado pela crise econômica que atravessamos, seria praticamente inviabilizando, podendo acarretar uma crise de desabastecimento em última instância.

4. CONCLUSÃO

4.1. Ante o exposto, esta Assessoria Especial de Assuntos Legislativos entende que não seja conveniente, tampouco oportuno atender a referida recomendação.

À consideração superior.

ROBERTO DOMINGOS TAUFICK

Coordenador-Geral de Atos Normativos em Matéria Penal

De acordo.

FERNANDA REGINA VILARES

Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos



Documento assinado eletronicamente por **Fernanda Regina Vilares, Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos**, em 06/04/2020, às 20:24, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Domingos Taufick, Coordenador(a)-Geral de Atos Normativos em Matéria Penal**, em 06/04/2020, às 20:58, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **11431225** e o código CRC **2D6AFE65**

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.

Referência: Processo nº 08012.000770/2020-87

SEI nº 11431225