

AUMENTO ABUSIVO DE PREÇOS E O COMBATE À COVID-19: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 11 DO DECRETO N° 40.939 DE 02 DE JULHO DE 2020¹ À LUZ DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Excessive Pricing and the Fight Against Covid-19: an analysis of Article 11 of Decree No. 40,939 of July 2, 2020 in light of the Brazilian Competition Defense System

Beatriz de Mattos Queiroz²

Dario da Silva Oliveira Neto³

RESUMO

Diante da pandemia de COVID-19, o Governo do Distrito Federal expediu o Decreto nº 40.939/2020 com medidas para a prevenção e contenção do vírus. Este trabalho se propõe a analisar o artigo 11 do referido Decreto, segundo o qual será considerado abuso de poder econômico a elevação de preços, sem justa causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19. Assim, o objetivo desta pesquisa é entender, sob as lentes do Direito Concorrencial, (i) a competência para a decisão sobre a existência de infração à ordem

1 Ao tempo da elaboração deste artigo, o Decreto em vigor era o de nº 40.939 de 02 de julho de 2020. Todavia, no período de revisão do trabalho para a sua publicação, após a sua submissão, o referido Decreto foi revogado pelo de nº 41.849, de 27 de fevereiro de 2021, cujo art. 8º traz a mesma redação do art. 11 do Decreto nº 40.939 de 02 de julho de 2020, aqui referido. O Decreto atualmente em vigor é o de nº 41.992 de 14 de abril de 2021, mantendo a mesma redação do art. 8º do Decreto nº 41.849, de 27 de fevereiro de 2021, sem prejuízo de eventuais atualizações até o tempo da publicação deste trabalho. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=412590>. Acesso em: 19 abr. 2021.

2 Bacharela em direito pela Universidade Federal da Bahia (2018). Aluna do Programa de Intercâmbio do Cade (2018). Ex-Analista na Superintendência-Geral do Cade (2019-2021). Atualmente advogada associada a Machado Meyer Advogados. E-mail: biamttqueiroz@gmail.com

3 Mestre em Desenvolvimento Econômico com ênfase em Economia Regional pela PUCRS (2020). Bacharel em Ciências Econômicas com o prêmio distinção de mérito pela PUCRS (2017). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais com láurea acadêmica pela UFRGS (2019). Cursando os cursos de Especialização em Direito Empresarial pela PUCRS e em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Assistente Técnico do Gabinete da Superintendência-Geral do Cade, Advogado e Economista. E-mail: dariooliveiraneto@hotmail.com

econômica e (ii) em que medida o aumento abusivo de preços é uma ofensa à livre concorrência e uma infração à ordem econômica.

Palavras-chave: Direito Concorrencial; COVID-19; Intervenção estatal; Abuso de poder econômico.; Aumento abusivo de preços.

ABSTRACT

In the face of the COVID-19 pandemic, the Federal District Government issued the Decree No. 40.939/2020 with policies to prevent and contain the virus. This paper analyzes Article 11 of the aforementioned Decree, which states that it will be considered abuse of economic power to raise prices, without good cause, with the objective of increasing the prices of inputs and services related to the fight against COVID-19 by arbitrary means. Thus, the objective of this research is to understand, under the lens of Competition Law, (i) the administrative power to decide on the existence of an illegal practice against the economic order and (ii) to what extent exploitative pricing practices harm competition.

Keywords: Competition Law; COVID-19; State intervention; Abuse of economic power; Exploitative pricing practices.

Classificação JEL: K21; K41; K42.

Sumário: 1) Introdução; 2) Atuação estatal no domínio econômico: os limites impostos ao poder regulamentar pela lei 12.529/11; 2.1) Poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo do Distrito Federal; 3) A hipótese do aumento de preços de insumos e serviços relacionados à COVID-19: o fenômeno do price gouging; 3.1) O fenômeno do price gouging pelo lado da demanda; 3.2) O fenômeno do price gouging pelo lado da oferta; 4) O price gouging pela ótica do Direito do Consumidor brasileiro; 5) Em que medida o aumento abusivo de preços é uma ofensa à livre concorrência; 6) Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Após a declaração da pandemia de Covid-19⁴, no dia 11 de março de 2020, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), diversas autoridades de diferentes países adotaram protocolos para lidar com tal situação e conter a transmissão do vírus. Além disso, a procura por produtos relacionados à luta contra o coronavírus cresceu exponencialmente da noite para o dia, resultando no aumento dos preços, por exemplo, de máscaras, potes de álcool-gel e luvas descartáveis⁵.

Nesse contexto, o Governo do Distrito Federal (GDF) editou o Decreto nº 40.939, de 02 de julho de 2020 (BRASÍLIA, 2020), dispondo sobre *as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus*. O art. 11 do referido decreto do GDF estabelece que:

Considerar-se-á, abuso de poder econômico a elevação de preços, sem justa

4 Doença causada pelo Novo Coronavírus Sars-Cov-2 (O QUE É..., 2020).

5 Notícias relacionadas ao tema disponíveis em Taylor (2020), Amorim (2020), Henrique (2020), Dona de farmácia...(2020).

causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19, na forma do inciso III do art. 36 da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e do inciso II, do art. 2º do Decreto Federal nº 52.025, de 20 de maio de 1963, sujeitando-se às penalidades previstas em ambos os normativos (BRASÍLIA, 2020).

Após a leitura do artigo acima, surgem alguns questionamentos: a) O GDF pode considerar uma conduta como ilícito concorrencial? b) Seria a elevação, sem justa causa, dos produtos e serviços relacionados à COVID-19, um aumento arbitrário de lucros, punível pela lei antitruste? O que, de fato, entender-se-ia por uma elevação “sem justa causa”?

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar o art. 11 do Decreto nº 40.939/2020 do GDF sob as lentes do Direito Concorrencial, especificamente (i) a competência para a decisão sobre a existência de infração à ordem econômica; e (ii) em que medida o aumento abusivo de preços é uma ofensa à livre concorrência e uma infração à ordem econômica. Feito isso, será possível sugerir alternativas viáveis para lidar com a questão do aumento de preços dos produtos e serviços relacionados à prevenção do coronavírus.

A questão é relevante pois revela não apenas os limites regulatórios do Poder Executivo, mas também com as fronteiras de atuação do Direito Concorrencial em face de uma situação de exceção, um grave problema de saúde pública, que atinge toda uma nação. A atualidade, por sua vez se dá pela recente e ainda instalada pandemia que motivou o aumento de preços de produtos relacionados ao seu combate no mundo todo.

Como o art. 11 do Decreto nº 40.939/2020 faz referência a dois atos normativos e um deles foi revogado⁶, o fio condutor do presente trabalho é a Lei nº 12.529/11 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tipificou as infrações contra a ordem econômica e definiu as competências do Cade (BRASIL, 2011).

Dessa forma, para responder as questões acima elencadas, o artigo se divide em seis seções, sendo a primeira seção esta breve introdução. Na segunda seção, veremos de que maneira a Constituição Federal e a Lei 12.529/11 instituíram a competência legislativa acerca dos ilícitos anticoncorrenciais. Já na terceira seção, estudaremos uma possível resposta da teoria econômica ao aumento de preços em tempos de crise, qual seja, o *price gouging*. A quarta seção discorrerá brevemente sobre o fenômeno do *price gouging* a partir da perspectiva do Direito Consumerista brasileiro. A quinta seção versará sobre a atuação do Cade nos casos de elevação sem justa causa de preços e, finalmente, a sexta seção apresentará as conclusões direcionadas a uma melhor compreensão do assunto.

2. ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: OS LIMITES IMPOSTOS AO PODER DE REGULAMENTAR PELA LEI 12.529/11

6 Situação do Decreto Nº 52.052, de 20 de Maio de 1963: Revogado pelo Decreto nº 92323 de 23 de Janeiro de 1986, Revogado pelo Decreto nº 9757 de 11 de Abril de 2019. (<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52025-20-maio-1963-391868-norma-pe.html>)

A livre concorrência é estabelecida pelo art. 170, IV da Constituição como um dos princípios da ordem econômica. Para garanti-la, outro dispositivo constitucional estatui que a *lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros* (art. 173, § 4º) (SILVA, 2016).

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva (2016), a Constituição reconhece a existência do poder econômico e condena o seu abuso. Conseqüentemente, a repressão desse abuso foi autorizada pelo constituinte como uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

A intervenção do Estado na ordem econômica está prevista no artigo 174 da Constituição e será exercida por meio das funções de *fiscalização, incentivo e planejamento*. Além disso, para concretizar tal possibilidade de intervenção, a Constituição confere ao Estado o *status de agente normativo e regulador da atividade econômica* (SILVA, 2016).

É neste ponto que começamos a nos aproximar do Decreto nº 40.939/2020 do Governo do Distrito Federal, uma vez que ele manifesta, no artigo 11, o poder do Estado de regular a atividade econômica (BRASIL, 2020). Todavia, como veremos, esse poder não é ilimitado.

Para entender se o Governo do Distrito Federal pode, por meio de decreto, considerar uma conduta como ilícito concorrencial, é preciso verificar quais institutos da teoria jurídica incidem sobre tal questão. De um lado, temos o Decreto do GDF como possível expressão do poder regulamentar. De outro, a Lei 12.529/11 estabelece no art. 36 (*caput* e incisos) hipóteses exemplificativas de condutas anticompetitivas (BRASIL, 2011).

Poderia então, como fez no art. 11 do Decreto nº 40.520/2020, o GDF, no suposto uso do poder regulamentar econômico, efetuar a subsunção de uma conduta (*elevação de preços, sem justa causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19*) ao tipo previsto no inciso III do art. 36 da Lei 12.529/11?

2.1 Poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo do Distrito Federal

Poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar a sua efetiva aplicação. A formalização desse poder se processa, basicamente, por decretos e regulamentos (CARVALHO FILHO, 2019).

Nesse sentido, o artigo 84, IV da Constituição dispõe que compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. O mesmo poder é conferido, pelo princípio da simetria constitucional, a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos) para que cumpram as mesmas finalidades, isto é, complementar e executar as leis (CARVALHO FILHO, 2019).

Assim, o poder regulamentar só pode ser exercido *secundum legem*: em conformidade com o conteúdo da lei e segundo os limites que esta impuser. Disso decorre que os decretos e regulamentos não podem criar direitos e obrigações desrespeitando o princípio da legalidade, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, II da Constituição) (CARVALHO FILHO, 2019).

Portanto, decretos ou demais atos administrativos que resultem do poder regulamentar,

além de inferiores, são subordinados e dependentes de lei (MELLO, 2015). Desse modo, um decreto será inconstitucional se criar direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, como, por exemplo, fazer-taxativo o que é exemplificativo, ou vice-versa (MELLO, 2015).⁷

Sobre os limites do poder regulamentar, o Supremo Tribunal Federal já assentou que “a reserva de lei em sentido formal qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais” (BRASIL, 2002). Conforme manifestação do Ministro Celso de Mello:

O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal (BRASIL, 2002).

Então, sobre o Decreto do GDF, podemos constatar que houve atuação estatal fundada no poder regulamentar, porém como esse ato administrativo inovou a ordem jurídica para restringir direitos fundamentais, ele não se reveste de suficiente legalidade. Também a regulação de atividades econômicas deve observar os limites impostos pelas leis.

A competência para legislar sobre direito econômico é *concorrente* e está amparada no artigo 24 da Constituição. Essa competência legislativa não só abarca materialmente todas as áreas de intervenção – fiscalização, incentivo e planejamento –, como é conferida formalmente à união, aos estados, municípios e ao DF (SILVA, 2016).

A questão é que, embora o artigo 174 da Constituição declare que o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador na *forma da lei*, não é mediante lei que se limitam atividades econômicas. Desse modo, todas as intervenções do Estado que limitem atividades econômicas serão realizadas mediante *ato administrativo* que só pode efetivar-se de acordo com previsão legal (SILVA, 2016).

A repressão ao abuso do poder econômico é uma das formas mais drásticas de intervenção no domínio econômico e, no entanto, não é feita mediante lei, mas por ato administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), embora sempre nos termos da lei (Lei 8.884/94)⁸, no que se atente ao Princípio da Legalidade (SILVA, 2016, p. 823).

Portanto, existem limites formais ao Decreto nº 40.939/2020: a lei que autoriza o ato administrativo mediante o qual o Estado combate o abuso de poder econômico é a Lei 12.529/11 e a

7 Neste mesmo sentido, podemos citar a criação do instituto jurídico do abuso do poder regulatório, positivado no artigo 4º da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), reforçando a concepção que normas regulatórias não podem criar obrigações além daquelas anteriormente enunciadas em lei, concretizando o caráter explicativo e elucidativo das normas regulatórias. Para um tom crítico a esse artigo, ver Bercovic (2020). Para um tom mais defensivo sobre esse artigo, ver Domingues e Silva (2020).

8 Transforma o Cade em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Foi quase integralmente revogada pela Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

competência para *decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei* é do Plenário do Tribunal do Cade⁹.

Desse modo, o referido Decreto ultrapassa os limites do poder regulamentar ao tornar taxativa uma conduta que somente poderia (ou não) ser enquadrada no rol exemplificativo do art. 36 da lei 12.529/11, pelo Plenário do Tribunal do Cade.

A opção do legislador pelo rol exemplificativo de ilícitos concorrenciais se deu em função da existência de expressões genéricas, às quais nem a ciência econômica, nem a cultura empresarial conseguem oferecer significado preciso (domínio do mercado; aumentar arbitrariamente os lucros; limitar a livre concorrência) (SALOMÃO FILHO, 2013). O conteúdo dessas expressões deve ser determinado pelos Conselheiros do Cade, no julgamento de casos concretos.

Assim, é possível concluir que a competência exclusiva do Cade para combater os abusos do poder econômico se dá apenas sob o plano da responsabilidade administrativa e não se confunde, por exemplo, com a imputação de sanções criminais¹⁰.

3. A HIPÓTESE DE AUMENTO DOS PREÇOS DE INSUMOS E SERVIÇOS RELACIONADOS À COVID-19: O FENÔMENO DO PRICE GOUGING

Na teoria econômica, mais precisamente, em termos microeconômicos, há uma expressão que denomina o efeito do aumento exorbitante do preço de um produto em virtude de um choque de oferta/demanda causado por um evento inesperado, normalmente, um desastre natural: *price gouging*¹¹.

A ocorrência desse fenômeno gera uma série de controvérsias que, de tempos em tempos, é trazido de volta para as discussões acadêmicas e da sociedade, uma vez que, usualmente, há uma grande repercussão midiática sobre ela. Prova disso é que o professor Michael Sandel (2015), professor de filosofia da Universidade de Harvard, inicia o seu livro *best-seller* “Justiça: o que é fazer a coisa certa” apresentando uma discussão sobre *price gouging*, citando exemplos de aumentos súbitos dos preços de sacos de gelo, estadia de uma noite num quarto de hotel, geradores de energia domésticos, conserto e retirada de árvores de telhados após a passagem do furacão Charley, no verão de 2004, no estado norte-americano da Florida.

Ainda que o acontecimento de *price gouging* ocasione profundas questões éticas, pois, literalmente, da noite para o dia, um bem é capaz de passar de “não essencial” para um bem “essencial” e, assim, o seu preço se multiplicar inúmeras vezes – podendo ser entendido como uma prática injusta/abusiva –, o fenômeno, do ponto vista econômico, não apresenta maiores dificuldades no seu entendimento, gerando até uma disputa entre soluções contra *price gouging* providas por economistas,

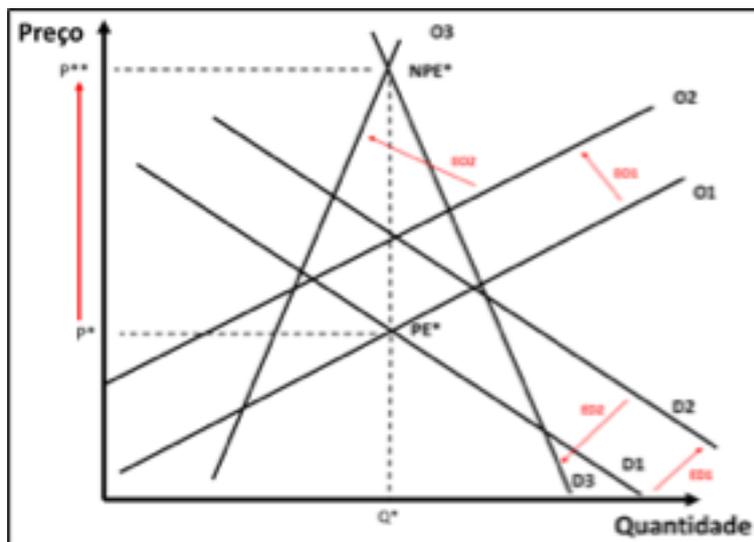
9 Art. 9, II da lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

10 O ilícito de cartel, por exemplo, é punível tanto na seara administrativa, na forma da lei 12.529/11, quanto na seara criminal, pela Lei 8.137/90, e na seara civil, a partir das ARDC (Ações de Reparação por Danos Concorrenciais), mas a competência do Tribunal do Cade se restringe à aplicação da Lei 12.529/11. Para uma discussão mais aprofundada sobre ARDC e *private enforcement* no Direito Concorrencial, ver o documento da OCDE (2018).

11 Ainda que não encontramos uma tradução única para a expressão *price gouging*, entendemos que ela possa ser traduzida por “aumento excessivo de preço” ou “preços extorsivos”.

juristas e filósofos¹². Com o intuito de melhor entendermos o fenômeno econômico do *price gouging*, elaboramos a figura 1.

Figura 1 – O fenômeno do *price gouging* em termos econômicos



Fonte: elaborado pelos autores.

O *price gouging* é ocasionado por um choque de oferta e/ou demanda num curto período temporal – o que os economistas denominam de curto, ou até curtíssimo, prazo. Conforme argumentaremos, em relação aos produtos e insumos relacionados ao enfrentamento da COVID-19 (consoante o artigo 11 do Decreto nº 40.939 do GDF), houve tanto um choque de demanda quanto um choque de oferta.

A figura 1 representa graficamente as curvas de demanda e de oferta de álcool gel, máscara ou qualquer outro produto relacionado à pandemia. A demanda pelo álcool gel (exemplificaremos a figura como a representação gráfica do mercado de álcool gel) é dada pela curva D1 e a oferta é dada pela curva O1. Conforme demonstrado, as curvas se encontram no ponto de equilíbrio PE*, ocasionando uma quantidade comercializada de Q* a um preço P*. Podemos considerar esse estado de coisas como o cenário pré-pandemia, no qual a demanda se iguala à oferta de álcool gel em determinado ponto, acarretando o equilíbrio desse mercado. Todavia, em virtude da pandemia, a situação se modifica. Iniciaremos o estudo econômico desse fenômeno pelo lado da demanda e, após, veremos o lado da oferta.

3.1 O fenômeno do *price gouging* pelo lado da demanda

Em decorrência da pandemia, há o natural aumento da demanda por álcool gel (aumento no

12 No seu livro *Justiça*, Sandel (2015) demonstra que enquanto a maioria dos filósofos e juristas advoga para uma proibição e uma punição do aumento excessivo dos preços em momentos delicados, como momentos logo após a ocorrência de um desastre natural, a maioria dos economistas entende esse fenômeno como um movimento “normal” e até natural do livre mercado, visto que essa brusca variação nos preços é a consequência de uma causa, nesses casos, um choque de demanda/oferta e, tentar remediar a consequência – aumento de preços –, não resolveria o problema original – o choque de demanda/oferta.

número das pessoas objetivando a compra de álcool gel), por conseguinte, ocorre o primeiro efeito na curva de demanda. Esse primeiro movimento, de crescimento da demanda, é representado por um deslocamento da curva para a direita – sendo exibido no gráfico como efeito da demanda ED1, em que passamos da curva de demanda D1 para a curva de demanda D2. Todavia, esse não é o único movimento.

Paralelamente, um outro efeito importante do *price gouging*, quiçá até mais importante do que o de crescimento da demanda, é o aumento da essencialidade do bem. Por exemplo, Pindyck e Rubinfeld (2010) dão o exemplo da essencialidade de pás de neve após o acontecimento de uma nevasca. Enquanto a pá de neve apresenta uma utilidade quase nula em um dia sem neve (qual é a utilidade de uma pá de neve em dias ensolarados?), ela apresenta uma utilidade muito maior em um dia logo após uma nevasca – assim como, no exemplo do Sandel (2015), um gerador de energia elétrica apresenta uma determinada utilidade em dias “normais” e uma utilidade muito maior em dias logo após a ocorrência de um furacão que arrebentou os cabos de energia elétrica da cidade. Consequentemente, o mesmo bem é capaz de satisfazer uma necessidade muito maior dependendo da situação em que a pessoa se encontra.

Essa essencialidade de um bem pode ser observada através do conceito econômico de *elasticidade*. A elasticidade capta a mudança percentual que ocorrerá em uma variável como resposta da mudança de outra variável. Desse modo, a elasticidade preço da demanda representa a mudança na quantidade demandada de um produto como resposta a uma mudança no seu preço (PINDYCK; RUBINFELD, 2010)¹³. Através da observação da inclinação negativa da curva de demanda da figura 1, é possível notar que o aumento no preço de um bem ocasionará a redução na sua quantidade demandada. A pergunta que se faz é: se o preço aumentar, por exemplo, em 10%, em quanto se reduzirá a quantidade demandada? A partir dessa pergunta, podemos classificar um bem como: (i) inelástico, (ii) elástico ou (iii) elasticidade unitária. Se a redução, nesse caso, for menor do que 10%, denominar-se-á o bem de inelástico. Se a redução for maior do que 10%, denominar-se-á o bem de elástico. E, por fim, se a redução for igual a 10%, entende-se que o bem apresenta uma elasticidade unitária.

Um bem inelástico é também entendido como um bem essencial (essencial no sentido de satisfazer necessidades básicas ou necessidades que o ser humano priorize satisfazê-las). Gasolina, alimentos, cigarros são, normalmente, exemplos de bens inelástico em que, ainda que haja um aumento de seus preços, a redução na quantidade demandada será menor do que esse aumento – uma pessoa esfomeada que almeja a compra de um alimento ou um fumante que almeja a compra de um cigarro tenderão a suportar um maior aumento de preço para continuar adquirindo o bem almejado. Um bem elástico é entendido como um bem não essencial (ou um bem de luxo), visto que a redução na sua quantidade demandada será maior do que o aumento do preço.

Posto isto, a ocorrência da pandemia foi capaz de modificar a utilidade do álcool gel e das máscaras. Enquanto, anteriormente, os brasileiros utilizavam máscara apenas em casos especiais de proteção de sua própria saúde (tais como médicos e enfermeiros em ambiente cirúrgico), atualmente, por exemplo, após a pandemia, houve uma mudança na essencialidade da máscara, pois ela tor-

13 Algebricamente, a elasticidade preço da demanda pode ser representada por $E_{pd} = \frac{P}{Q} \cdot \frac{\Delta Q}{\Delta P}$ em que E_{pd} denomina a elasticidade preço da demanda, P denomina o preço, Q denomina a quantidade, ΔQ representa a variação na quantidade demandada e ΔP representa a variação no preço.

nou-se um instrumento fundamental na proteção contra o vírus, passando a ser um item obrigatório no dia-a-dia das pessoas (ao que tudo indica, ela seria um método barato de minimização e redução de casos do coronavírus). Em termos econômicos, a máscara tornou-se um bem mais inelástico, visto que os consumidores agora estariam dispostos a pagar mais para adquiri-la, suportando um aumento significativo do seu preço e uma menor redução de quantidade demandada¹⁴.

Graficamente, esse fenômeno do aumento da essencialidade da máscara ou do álcool em gel pode ser visto pelo efeito da demanda ED2. Um bem é entendido como perfeitamente inelástico quando a sua curva de demanda é vertical – enquanto o bem é perfeitamente elástico quando a sua curva de demanda é horizontal. O aumento de essencialidade do bem, ou a redução da sua elasticidade, pode ser vista pela mudança no seu eixo da curva de demanda D2 para uma curva mais vertical como aparece em D3. Dessa forma, conclui-se que a demanda de álcool gel inicial D1 aumentou para a demanda D2, finalizando na demanda D3, sendo essa uma das explicações – porém não a única – para o aumento abrupto de preços.

Contudo, conforme dito anteriormente, o fenômeno do *price gouging* não ocorre apenas pelo lado da demanda. Portanto, com o objetivo de continuar o exame econômico desse fenômeno, passaremos para a análise da mudança na oferta desses bens.

3.2 O fenômeno do *price gouging* pelo lado da oferta

A análise do *price gouging* pelo lado da oferta nesta subseção partirá da premissa de que houve um aumento dos custos dos insumos para a fabricação dos produtos relacionados ao combate à COVID-19. A premissa dessa subseção será comprovada na próxima seção (seção 4), quando veremos o *price gouging* pela ótica do Direito do Consumidor e a atuação da SENACON no início da pandemia. Porém, neste momento, continuaremos a análise econômica do fenômeno do *price gouging*, analisando as mudanças na oferta dos bens de combate à COVID-19, logo após analisar as mudanças na demanda do bem.

Retornando ao nosso exemplo gráfico da figura 1, iniciamos a nossa análise a partir da curva de oferta do cenário pré-pandêmico O1. A partir do aspecto exógeno do começo da pandemia e do aumento dos custos dos insumos – comentado no parágrafo anterior –, observamos o primeiro efeito na curva da oferta – o efeito EO1. O aumento no custo de produção de um produto acarreta uma diminuição na oferta desse produto, provocando um deslocamento paralelo da curva de oferta para a esquerda – curva de oferta O2. A diminuição na oferta de um produto ocasiona o aumento do preço e a redução de quantidade.

Ademais, assim como aconteceu com a demanda, a mudança na essencialidade de um bem também é capaz de afetar a curva de oferta. Uma vez que os produtos relacionados ao combate contra o coronavírus tornaram-se mais essenciais, os ofertantes são capazes de aumentar o preço sem que haja uma grande redução na oferta. Ou seja, a oferta também se tornou mais inelástica, ocasionando uma mudança na inclinação da curva, tornando-a mais vertical – efeito EO2. Como consequência final, a curva de oferta passou da oferta inicial O1, deslocando-se para a oferta O2 e,

14 “Se o bem é essencial ao consumidor e de fato não há substitutos próximos, a perda do consumidor por ficar sem o bem é significativa e, portanto, ele estará disposto a pagar preços bem elevados pelo bem [...]” (VIEGAS; ALMEIDA, 2013, p. 36).

finalmente, para O3.

Essa mudança nas curvas de oferta e demanda resultaram em um novo cenário, posto que as curvas agora se encontram no novo ponto de equilíbrio NPE*. Nesse novo ponto de equilíbrio, a quantidade comercializada continua sendo a quantidade Q^* , porém o preço passou de P^* para P^{**} . Essa mudança no nível de preço é o que caracteriza o fenômeno do *price gouging*, um brusco aumento do preço em decorrência de um fenômeno causador de um choque de oferta/demanda em um curto período de tempo. Ressaltamos também que a quantidade comercializada, usualmente, tende a permanecer no mesmo nível que estava (podendo se reduzir ou aumentar, mas em variações pequenas). As variações nos preços são mais rápidas de acontecer do que variações nas quantidades, pois o aumento/redução das quantidades depende diretamente do estoque e do nível de produção das empresas ofertantes do produto em questão. Portanto, ainda que a quantidade de um determinado produto possa se reequilibrar a médio ou longo prazo, quando ocorre um fenômeno inesperado de *price gouging* será o preço que irá equilibrar a oferta e demanda do produto no mercado no curto (ou curtíssimo) prazo. E isso, normalmente, ocorre através de um aumento brusco e inesperado do preço desse produto.

Há de se frisar que os efeitos da demanda ED1 e ED2, assim como os efeitos da oferta EO1 e EO2, acontecem simultaneamente. Desse modo, utilizando as máscaras faciais como exemplo, percebe-se que, no início da pandemia, houve um aumento da demanda por máscaras – i.e., um maior número de pessoas almejando comprar máscaras – ao mesmo tempo que houve o aumento na necessidade do uso das máscaras, tornando-as mais essenciais (seja por causa do efeito de proteção que as máscaras têm contra o coronavírus, seja pela obrigatoriedade de sua utilização em alguns lugares em decorrência de decretos e demais normas de cunho mandatatório). Portanto, em relação à curva de demanda, no nosso exemplo da figura 1, ela passou da curva D1 direto para a curva D3 e, simultaneamente, o mesmo aconteceu em relação à curva de oferta, que passou de O1 para O3 (porém, por razões didáticas, para uma melhor visualização dos dois efeitos distintos, preferimos separar os efeitos de aumento de demanda com o aumento de sua essencialidade). Dessa forma, restou demonstrado o fenômeno econômico do *price gouging*, ilustrando a maneira pela qual o aumento de preços de certos produtos pode ser visto como decorrente do choque brusco entre demanda e oferta. Na próxima seção, examinaremos brevemente a análise do fenômeno do *price gouging* dos produtos relacionados ao enfrentamento da COVID-19 pela ótica do Direito do Consumidor.

4. O PRICE GOUGING PELA ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

A Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), no ano de 2019, emitiu a nota técnica nº 35 que tratava sobre um “estudo técnico a respeito da abusividade no reajuste do preço de produtos e serviços” (BRASIL, 2019). Saíndo da seara do Direito Concorrencial e entrando no ramo do Direito do Consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) apresenta uma regra semelhante à regra do artigo 36, III da Lei 12.529/11, no seu artigo 39, X, ao dispor que: “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”. Portanto, segundo as palavras da professora Paula Forgioni (2015, p. 247), “pode ocorrer que o mesmo suporte fático desencadeie a incidência de normas de defesa do

consumidor e de normas antitruste” e o fenômeno do *price gouging* comprova essa afirmação, uma vez que, devido a uma certa abertura hermenêutica em suas expressões, ele pode ser encarado tanto como um “aumento arbitrário de lucros” (art. 36, III, Lei 12.529/11) quanto uma “elevação sem justa causa do preço” (art. 39, X, do CDC) – ainda que as referidas leis são as bases de dois ramos do Direito distintos.

Desse modo, a SENACON, com o intuito de enfrentar a expressão aberta de “elevação sem justa causa do preço” e assim prover maior segurança jurídica às empresas, emitiu a nota técnica nº 35. Em 2020, em virtude da pandemia, a secretaria desenvolveu uma nota especial, baseada na nota anterior, e emitiu a nota técnica nº 8, entendida como um “guia orientativo para exame de abusividade na elevação dos preços dos diversos produtos e serviços que podem ser afetados em virtude da pandemia do coronavírus (COVID-19)” (BRASIL, 2020a). A partir dessa nota, a SENACON notificou diversas empresas do ramo farmacêutico, almejando entender os motivos do aumento dos preços de três produtos: álcool em gel, álcool solução 70% e máscaras cirúrgicas.

A partir dessas notificações, em maio de 2020, a SENACON soltou o relatório final sobre o aumento dos preços e uma suposta abusividade das empresas em relação aos três produtos comentados anteriormente. Analisando a cadeia de produção desses produtos, ficou comprovado uma redução na oferta dos produtos, um aumento no valor dos insumos – aumento no custo de produção – e uma necessidade das empresas em repassar o aumento desses valores para os preços finais aos consumidores. Portanto a SENACON entendeu não haver uma elevação sem justa causa dos preços (prática abusiva consumerista passível de sanção prevista no art. 39, X do CDC), visto que as empresas desses mercados comprovaram o aumento de preço – em decorrência das mudanças bruscas nos mercados dos três produtos analisados – apresentando uma “justa causa” para o acréscimo.

Assim, os dados coletados indicam que para suprir a atual demanda por álcool em gel ou máscaras em quantidade suficiente para atender ao mercado brasileiro seria necessária a plena retomada da capacidade produtiva da China, o que não aconteceu diante das medidas de contenção e isolamento adotadas como consequências do Covid-19 no mercado asiático. No caso de máscaras cirúrgicas, por exemplo, uma parcela significativa dos notificados informou que importava esses produtos da China, sendo certo que o volume das importações diminuiu com o aumento da demanda na Ásia, onde a epidemia crescia cada vez mais rápido.

[...]. Restou comprovado nos casos em análise que, no geral, houve um descompasso de funcionamento da demanda pelos diversos fatores apontados pelas notificadas e isso refletiu quase imediatamente no preço ofertado. [...] Infelizmente, constatamos que com os custos de fabricação cada vez mais elevados e imprevisíveis, bem como ante a necessidade buscar constantemente alternativas para produção, distribuição e importação de álcool gel, álcool solução 70% e máscaras cirúrgicas, as notificadas aparentemente não terão alternativas a não ser repassar esses aumentos para o consumidor final (BRASIL, 2020b).

Desse modo, asseverou-se o aumento dos custos dos insumos para a fabricação dos produ-

tos através da nota técnica nº 8 da SENACON, confirmando a premissa do aumento dos custos de produção da análise do fenômeno do *price gouging* pelo lado da oferta realizado na subseção anterior. Após a comprovação empírica da premissa teórica utilizada anteriormente, na próxima seção, sairemos do Direito do Consumidor e analisaremos o fenômeno do *price gouging* pela ótica do Direito da Concorrência, em especial, a ofensa à livre concorrência cometido pelo ilícito concorrencial do preço excessivo.

5. EM QUE MEDIDA O AUMENTO ABUSIVO DE PREÇOS É UMA OFENSA À LIVRE CONCORRÊNCIA

Retornando ao Direito da Concorrência, o artigo 36, III, da Lei 12.529/11 exemplifica um ilícito concorrencial bastante controverso que é o ilícito denominado de preço excessivo (BRASIL, 2011). Conforme apontado pelo professor Roberto Taufick (2017), a disciplina de preço excessivo estava expressamente presente na antiga lei concorrencial brasileira – Lei 8.884/94 – no parágrafo único do artigo 21¹⁵. Todavia, por decisão do legislador atual, o possível ato anticompetitivo de preço excessivo não está positivamente regrado na Lei 12.529/11. Contudo, isso não quer dizer que preços excessivos não possam ser compreendidos como atos anticompetitivos, uma vez que o § 3º do art. 36 da Lei 12.529/11 apresenta um rol exemplificativo¹⁶ de condutas anticompetitivas ao adicionar a expressão “além de outras” no seu texto.

O ilícito do preço excessivo é entendido como um gênero que apresenta duas espécies: os preços exclusionários e os preços exploratórios – ou ainda abusos exclusionários (*exclusionary abuses*) e abusos exploratórios (*exploitative abuses*).

Preços exclusionários são aqueles que são instrumentos ilícitos da redução da concorrência do mercado. [...] Diversamente, no caso dos preços exploratórios falamos dos preços praticados por player que detenha poder de mercado, sem que esses preços tenham por escopo, ou por efeito reduzir a

15 Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...]. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de venda ou serviço ou dos respectivos custos (BRASIL, 1994).

16 A doutrina entende que o rol das infrações contra a ordem econômica contidas no é um rol aberto e exemplificativo em virtude da expressão “além de outras” do §3º. Art. 36 [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipóteses prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] (grifo nosso). “Quando se verifica que esse rol ainda é meramente descritivo e que as práticas independem da forma dos atos jurídicos, estando condicionadas tão somente à possibilidade de efeitos anticoncorrenciais igualmente amplos, observa-se que existe uma margem extremamente ampla para a identificação do ilícito antitruste” (FRAZÃO, 2017, p. 257). “[...] uma lista exemplificativa de condutas empresariais que podem (ou não) gerar tais efeitos (art. 36, § 3º)” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 92).

*concorrência (TAUFICK, 2017, p. 227)*¹⁷.

Ou seja, enquanto os preços excessivos exclusionários sempre são acompanhados de um outro ilícito concorrencial – como a prática de *margin squeeze*, por exemplo –, os preços excessivos exploratórios seriam identificados como um ilícito próprio em si mesmo. Partindo dessa diferença de espécies de preço excessivo, já é possível encontrar uma grande diferença no modo de ver tais práticas em diferentes jurisdições, pois, enquanto os preços exclusionários são combatidos por todas as jurisdições, o combate aos preços exploratórios não é unânime a todas elas.

No direito antitruste norte-americano (assim como australiano, canadense e mexicano), por exemplo, não existe a figura do preço excessivo exploratório (OECD, 2020). “[...] *some systems of competition law do not prohibit excessively high prices, most noticeably US antitrust law*” (WHISH; BAILEY, 2018, p. 735)¹⁸. Isso não quer dizer que preços excessivos não sejam combatidos nos Estados Unidos, porém tais práticas não são entendidas como ilícitos concorrenciais. Visando combater o preço excessivo, alguns estados norte-americanos detêm leis contra o *price gouging* em si (*price gouging laws*).¹⁹

O Cade já enfrentou essa temática de preço excessivo, adotado uma visão mais parecida com a visão norte-americana, o qual não o considera como ilícito concorrencial.

Vale ressaltar que o aumento desproporcional de preços e a existência de posição dominante não são condições suficientes para se concluir pelo ilícito de preços excessivos ou aumento injustificado de preços. [...] Assim, o aumento de preços em nível acima de qualquer índice, não constitui uma

17 Neste mesmo sentido: “*There are two main types of potentially problematic activities in this context – arrangements with competitors and exploitative practices, particularly exploitative pricing*” (OECD, 2020, p. 2); “*We limit our analysis to excessive prices which directly exploit the consumers where, as we show, the conditions for antitrust intervention should be very strict. We do not deal with exclusionary excessive prices (which often take the form of price squeezing) where the conditions for antitrust intervention may be less strict*” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 15); “*The concept of abuse in European antitrust policy can be divided into exploitative abuses and exclusionary abuses. Exploitative abuses are those where a firm with market power sets prices and conditions that take advantage of the strong position of the seller (and the correspondingly weak position of the buyer) to ensure that an undue share of the gains from trade accrue to the seller. Exclusionary abuses are those where a firm seeks to engage in conduct to evict a rival from its market (or deter a rival from entering its market or expanding in the market), by engaging in pricing and/or non-price strategies that induce the rival to cease competing as effectively or at all*” (WILLIAMS, 2007, p. 128).

18 Neste mesmo sentido: “*A lei norte-americana e europeia diferem no que toca aos preços excessivos; enquanto os tribunais norte-americanos entendem que a simples cobrança de preços de monopólio maximizadores de lucros não é violação concorrencial, os tribunais europeus entendem que uma sociedade com posição dominante tem a obrigação legal de não cobra preços excessivos*” (ELHAUGE; GERADIN apud TAUFICK, p. 233); “*Article 82(a) of the EC Treaty explicitly prohibits a dominant firm from ‘directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions’. Since most Member States’ competition laws are borrowed from the EC Treaty, similar provisions exist throughout the EU’s national jurisdictions as well. Since in the US the case law excludes the possibility of using excessive pricing actions, this is an area of antitrust where there is a wide divergence between the two sides of the Atlantic*” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 16). Para uma maior discussão sobre as diferenças de tratamento e entendimento sobre preços excessivos da jurisdição concorrencial norte-americana e da jurisdição concorrencial comunitária, ver: Gal (2004).

19 “*In the US, although exploitative pricing abuses do not fall within the scope of antitrust, price gouging laws exist at the state level that prohibit excessive prices of certain commodities during periods of abnormal supply disruption*” (OECD, 2020, p. 3).

*infração per se*²⁰.

Dessa forma, quando se considera o ilícito concorrencial de preço excessivo apenas a partir dos preços exclusionários, o comportamento dos preços (preço excessivo) pode ser visto apenas como um “elemento de prova²¹”, pois há um entendimento jurisprudencial do Conselho de que “o preço excessivo não vem sozinho²²”. Ou seja, a existência dos preços excessivos [existiria] tão somente enquanto ilícito conexo ou resultado (*outcome*) em um ilícito concorrencial²³”. Essa é, até então, a visão de preço excessivo do Cade – uma prática conexa a um abuso exclusionário somente.

Dessa forma, após essa discussão entre preço excessivo (gênero), preço exclusionário e preço exploratório (espécies de preço excessivo), devemos partir da perspectiva da União Europeia – posto que a perspectiva norte-americana rechaça a ilicitude concorrencial do preço excessivo – para, primeiro, tentar compreender sobre como ocorreria o ilícito concorrencial de preço excessivo exploratório e, após, entender se o *price gouging* dos produtos relacionados ao combate da COVID-19 poderiam ser identificados pelo Cade como um abuso concorrencial.

Primeiramente, devemos apontar que são poucos os números de casos de preços excessivos no direito concorrencial europeu. “*In system such as the EU, including that of the UK, excessively high prices can be abusive and therefore unlawful, but the competition authorities bring cases only rarely*” (WHISH; BAILEY, 2018, p. 735)²⁴. Portanto, ainda que existente o ilícito concorrencial de preço excessivo no direito antitruste comunitário, há muitas lacunas sobre o seu acontecimento e entendimento, uma vez que não há julgados consolidando-o e definindo o seu real enquadramento jurídico.

Os professores Massimo Motta e Alexandre de Streel apresentam a definição europeia de preço excessivo como:

since its well-known United Brands case, the Court of Justice established that a price is unfair when a dominant firm has “exploited” its dominant position so as to set prices significantly higher than those which would result from effective competition. Hence, a price is excessive and unfair when it is significantly above the effective competitive level, or above the economic value of the product. This should correspond, in the Court’s view, to the normal competitive level (MOTTA; STREEL, 2007, p. 16).

Assim sendo, a partir da perspectiva concorrencial, os preços só seriam entendidos como excessivos se esses forem praticados dentro de uma estrutura de mercado entendida como não competitiva e a empresa, a partir de sua posição dominante, tiver explorado os seus consumidores

20 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008340/2002-21. Relator: Conselheiro Paulo Furquim mencionado em Taufick (2017).

21 Ibid. p. 229.

22 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.003648/1998-05 e Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Voto-vista: Conselheiro César Mattos mencionado em Taufick (2020, p. 227).

23 Ibid. p. 230.

24 Neste mesmo sentido: “[...] *the reality is that the pursuit of excessive pricing cases is quite rare[...]*” (WILLIAMS, 2007, p. 131); “*While it is said that using competition law to challenge excessive prices is rare [...]*” (COSTA-CABRAL, 2020, p. 9).

através do exercício de poder de mercado²⁵. Por conseguinte, uma empresa que não apresente poder de mercado não poderia ser enquadrada como praticante de preço excessivo. Ademais, não se deve olhar para o preço unicamente, devendo sempre se comparar com o lucro das empresas também, pois *“from an economic point of view, a reasonable starting point is the premise that a price can be deemed excessive if, and only if, it allows the firm in question to make a profit that is excessive”* (WILLIAMS, 2007, p. 132), visto que, se o preço de um produto apresentar um alto valor, mas o seu custo também assim o for, não há sentido, ao menos econômico, de caracterizar esse alto preço como preço excessivo. As dificuldades metodológicas iniciais para se caracterizar o ilícito de preço excessivo podem ser uma das razões para o baixo número de ações baseadas em tal ato anticompetitivo²⁶²⁷.

Dessa forma, conforme visto, um dos requisitos para que uma prática de preço seja impune como preço excessivo é que a empresa praticante desse suposto ilícito detenha uma posição dominante. Todavia, conectando agora com o fenômeno do *price gouging*, muitas vezes o aumento brusco de preço pode acontecer por uma pequena farmácia do bairro (álcool gel e máscaras) ou um pequeno supermercado (sacos de gelo). Portanto, apresenta-se o primeiro problema ao tentar interligar *price gouging* com preço excessivo, pois *“they (excessive price actions) require the finding of dominance, and firms that may be accused of price gouging might not necessarily be dominant in ordinary times”* (MOTTA, 2020).

Com o propósito de contornar esse problema, a doutrina começou a delinear o conceito de “monopólio situacional” ou “dominância temporária”, isto é, uma situação em que uma empresa apresentaria um alto poder de mercado e, conseqüentemente, seria capaz de dominar e abusar desse poder em um curto período temporal²⁸. Isto aconteceria, porque *“even if they (firms) have very little market share in a “normal times” market, these shops may be dominant during the crisis. [...] In cases of excess demand, even a small firm may have considerable market power”* (MOTTA, 2020). Frisamos que “a capacidade de exercício de poder de mercado por uma empresa monopolista está diretamente relacionada à sensibilidade ao preço dos consumidores, ou seja, depende da elasticidade-preço da demanda com a qual a empresa se defronta” (VIEGAS; ALMEIDA, 2013, p. 35), por conseguinte, conforme visto no tópico 3, o *price gouging*, além de aumentar a demanda, aumenta a essencialidade do bem (reduz a elasticidade-preço da demanda para os consumidores) e, ao menos teoricamente, seria capaz de se construir uma situação temporária de dominância e alto poder de mercado segundo a ideia do “monopólio situacional”.

Contudo, ainda que passível de construção teórica, *“this concept (situational monopoly),*

25 *“Challenging excessive prices under competition law (in jurisdictions where this is possible) always requires the competition authority to demonstrate that the infringing company has a sufficient degree of market power”* (OECD, 2020, p. 5).

26 *“The difficulties of establishing excessive pricing in terms of a coherent conceptual framework might be taken to imply that attempts to prosecute excessive pricing would be very rare, and even then generally unsuccessful”* (WILLIAMS, 2007, p. 145).

27 Alguns dos problemas para a caracterização do preço excessivo são: definição da conduta ilícita de preço excessivo, o quanto “excessivo” o preço tem que ser para ser compreendido como preço excessivo, qual metodologia deve se utilizar para realizar a comparação de preços, quais são os remédios a serem adotados após a comprovação do preço excessivo, entre demais problemáticas. Para maiores discussões sobre dificuldades metodológicas de preço excessivo, ver Motta e Streel (2007) e Williams (2007).

28 *“A related option might be to explore if the notion of ‘situational monopoly’ applies under Article 102 TFEU, whereby a firm happens to dominate a market in a very narrow space of time”* (COSTA-CABRAL, 2020, p. 11). Neste mesmo sentido: ver o “Box 2. Temporary Dominance” (OECD, 2020, p. 5).

however, is broadly untested under competition law. Even where one can identify a time-limited instance of market power, competition authorities will likely face significant challenges in identifying evidence to support such a conclusion” (OECD, 2020, p. 5)²⁹. Portanto, identificar o *price gouging* como um ilícito de preço excessivo, além de ser um problema inicial, pois não há uma clara definição e delimitação do próprio enquadramento e escopo de preço excessivo, gera uma problemática ainda maior que é a imposição da construção teórica do monopólio situacional, uma vez que, sem a sua comprovação, não haveria como uma autoridade antitruste iniciar um processo sancionatório e, conforme apontado, a construção desse conceito seria um desafio para qualquer autoridade antitruste.

Essa imposição da caracterização do monopólio situacional torna-se um requisito necessário, pois dificilmente se conseguiria enquadrar o *price gouging* nas práticas “comuns” de preços excessivos – ressaltar para o pouco uso de ações com esse ilícito e a suas definições metodológicas a partir de julgados. Motta e Streeel (2007), com o intuito de prover uma melhor definição econômica de preço excessivo, criaram um teste de triagem com 3 condições necessárias para que fosse justificado que as agências antitrustes prosseguissem com o caso.

A primeira condição seria a existência de grandes e não transitórias barreiras à entrada que ocasionasse uma posição de super dominância. A segunda condição seria que essa posição de super dominância seria a consequência de um direito especial ou exclusivo, atual ou do passado, ou de uma prática exclusionária anticompetitiva passada e não condenada. E a terceira condição seria a não existência de uma agência reguladora que detivesse competência para resolver problemas específicos desse setor. Segundo esses autores, a autoridade antitruste só deveria se preocupar com práticas de preço excessivo, e assim iniciar um procedimento investigativo e sancionatório, se esses três requisitos necessários estivessem presentes.

Em relação ao *price gouging* dos produtos da COVID-19, nenhuma das condições seriam cumpridas. A primeira condição não seria cumprida, pois não há grandes e, muito menos, não transitórias barreiras à entrada para se abrir uma farmácia no Brasil, por exemplo – nesse quesito, praticamente todas as práticas de *price gouging* não seriam entendidas como preço excessivo, uma vez que uma característica essencial do *price gouging* é a sua rápida transitoriedade. A segunda condição também não seria cumprida, visto que não há direitos exclusivos, ou práticas exclusionárias abusivas, em relação a farmácias – essa condição objetivaria captar mercados influenciados por direitos regulamentados pelo Direito da Propriedade Intelectual, que não necessariamente seriam os casos de *price gouging*. E, por último, há a ANVISA, agência reguladora com competência sobre assuntos envolvendo os produtos relacionados ao combate da COVID-19, impedindo a validade da terceira e última condição. Ou seja, sem a caracterização do monopólio situacional – conceito altamente controverso – dificilmente conseguiria se caracterizar o *price gouging* dentro da prática do ilícito concorrencial do preço excessivo.

A partir dessa perspectiva, concluímos que o Direito Concorrencial, o SBDC, o artigo 36, III da Lei 12.529/11 e o Cade não seriam os melhores responsáveis para tratar sobre problemas de aumento de preço decorrentes de fenômenos de *price gouging*. A discussão sobre a utilização do Direito Con-

29 Neste mesmo sentido: “[...] it seems very unlikely that temporary market power such as that caused by a sudden economic shock could support a finding of sufficient market power to allow antitrust scrutiny of unilateral conduct” (OECD, 2020, p. 5).

correncial para coibir práticas de *price gouging* decorre de problemas encontrados em jurisdições internacionais, pois alguns países não apresentam regras específicas capazes de solucionar tais problemas, sendo as regras concorrenciais as normas mais próximas sobre essas questões.

The issue of exploitation may have some overlap with price-gouging. It is well understood that these two instruments have a different purpose and scope of application: price-gouging laws prevent traders in general from profiteering of situations of necessity, Article 102 TFEU prohibits dominant undertakings from imposing excessive prices or other unfair conditions. This overlap does not prevent applying Article 102 to exploitative abuses. In the absence of effective laws, Member States may have no other instrument to control price increases in reaction to COVID-19 [...] (COSTA-CABRAL et al, 2020, p. 8).

Além disso, a relação jurídica do *price gouging*, no contexto brasileiro, tenderia quase sempre a ser uma relação consumerista, uma vez que teríamos numa ponta um consumidor como destinatário final (conceito de consumidor do artigo 2º do CDC) de um produto que teve um aumento brusco de preço e na outra ponta um fornecedor (conceito de fornecedor do artigo 3º do CDC) (BRASIL, 1990). O artigo da OCDE nos remonta sobre essa possível sobreposição entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor, visto que, em alguns países, há um único órgão competente sobre esses dois ramos distintos do Direito ou uma autoridade antitruste que também tem capacidade para tratar sobre questões consumeristas³⁰.

Portanto, uma conclusão apresentada na maioria dos textos estudados para a escrita desse artigo aponta para o caráter residual na utilização do Direito Concorrencial para a resolução de problemas de *price gouging*, devendo se priorizar a utilização de outros ramos do Direito mais compatíveis com essa prática. “Agencies should also take into account whether alternatives such as consumer protection, price gouging rules or even price regulation are preferable. Some competition authorities may have competence over these matters, while many do not” (OECD, 2020, p. 2). Prioriza-se a utilização de demais regras não concorrenciais, uma vez que, com o intuito de aplicar normas do Direito da Concorrência, deverá se provar a existência de posição dominante e poder de mercado, enquanto as demais regras não apresentam tal requisito (“further, consumer protection and price gouging rules do not apply only to dominant firms, since this is not the focus of their concerns” (OECD, 2020, p. 11). Conclui-se, conseqüentemente, pelo não protagonismo do Direito Concorrencial na resolução de casos de *price gouging*. No contexto brasileiro, compreendemos ser de competência primária do SNDC, amparado pelo artigo 39, X do CDC (BRASIL, 1990), a fiscalização e uma possível punição da prática de *price gouging* (e isto foi o que de fato aconteceu quando a SENACON produziu a Nota Técnica nº 31/2020, comprovando uma justa causa para o aumento dos preços dos produtos relacionados ao combate da COVID-19), tendo o Cade e o Direito Concorrencial papéis secundários e residuais perante o fenômeno de *price gouging*.

30 “When competition authorities also have competences in related fields that empowers them to enforce rules other than competition law to pricing practices – and over 30 competition authorities also enforce consumer protection laws – an important question concerns which available legal tool” (OECD, 2020 p. 10). Para uma maior discussão sobre intersecções entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor no direito brasileiro, ver os seguintes artigos: Oliveira e Castro (2018) e Rezende e Almeida (2013).

Por último, ressaltamos que, por uma questão orçamentária, temporal e de objetivo, os processos administrativos proposto pelo Cade devem ser previamente pensados antes de seus inícios. Ademais, o fenômeno de *price gouging* é caracterizado por sua rápida transitoriedade (descompasso em um curto período entre oferta e demanda), sendo, usualmente, resolvido com o passar do tempo e com o andamento e resolução do mercado (fenômeno do *market clearing*). Dessa forma, a abertura de um processo administrativo concorrencial para a apuração de uma infração à ordem econômica ocorrida em um curtíssimo espaço temporal talvez não seja a melhor resposta para a sua resolução. “[...] *bringing excessive pricing cases is challenging even in normal times. Before bringing such cases, competition authorities should consider whether antitrust enforcement against high prices is needed, proportionate and effective*” (OECD, 2020, p. 2).

Além de uma possível não eficiência de processos administrativos de preços excessivos para o combate de *price gouging*, deve-se levar em consideração também os efeitos negativos causados por esses processos.

Even as competition authorities feel public or political pressure to bring such cases, it is possible that the likelihood of success of such cases, and the deterrent effect of bringing them, is low. It is also important to bear in mind that intervention against high prices can reduce incentives to increase production and delay the achievement of a lower price equilibrium. Furthermore, intervention against high prices can lead to products being diverted to and ending-up in places where prices are not subject to constraints, leading to local consumers being worse off (OECD, 2020, p. 9).

Diante dos argumentos expostos, a conclusão única possível é a da não eficiência do Direito Concorrencial ao “combate” do *price gouging*, devendo deixar, ou para a solução não interventiva do próprio mercado com o passar do tempo, ou para os outros ramos do Direito a sua resolução – no caso brasileiro, para o Direito do Consumidor. E, uma vez que o CADE não tem competência de impor regras consumeristas, torna-se papel da SENACON e dos PROCONS a investigação e punição de aumentos de preços decorrentes de *price gouging* se assim esses órgãos entenderem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, quanto ao aspecto formal, parece que o artigo 11 do referido Decreto do GDF não produz efeitos jurídicos pelos seguintes motivos: (i) ele transborda os limites do poder regulamentar; e (ii) a competência para decidir sobre a subsunção, ou não, de uma conduta ao art. 36 da Lei 12.529/11 é do Plenário do Tribunal do Cade.

Além disso, quanto ao aspecto material, concluímos para o entendimento que, diante de um cenário de *price gouging*, o Direito Concorrencial não será o ramo do Direito capaz de dar a melhor resposta para uma suposta solução – nem sequer uma resposta minimamente eficiente. No cenário brasileiro, o Direito do Consumidor, através do artigo 36, X do CDC, apresenta uma regra mais apta a tratar desses casos. Porém, se o legislador brasileiro entender que o *price gouging* é um problema a ser combatido, compreendemos que se deveria criar uma legislação específica nos moldes das *price gouging laws* dos estados norte-americanos com o intuito de definir, delimitar e apresentar as con-

sequências e proibições de aumento de preço após eventos inesperados.

Ademais, devemos lembrar que o sistema econômico adotado no Brasil é o sistema de livre mercado, amparado nos ditames da livre iniciativa e livre concorrência (conforme os princípios da Ordem Econômica elencados no artigo 170 da CF), e, por conseguinte, em alguns casos, conforme parece ser os casos de *price gouging*, a não intervenção pode ser compreendida como a melhor resposta a se adotar, visto que os remédios para um possível solução podem ser capazes de aprofundar e ampliar temporalmente o problema, como um possível tabelamento de preços e a retirada do incentivo de novas firmas ofertarem nesses mercados. Porém, se o CADE entender intervir, essa intervenção deve ser realizada apenas como última causa, uma vez que “[...] *excessive pricing actions should be an option of last resort for antitrust authorities, and that they should be used only when other routes fail*” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 42).

7. REFERÊNCIAS

AMORIM, Gabriel. Em falta nas farmácias, preço do álcool em gel chega a custar R\$ 320 em Salvador. **Correio**, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3xkj9N5>. Acesso em: 15 set. 2020.

BERCOVIC, Gilberto. As inconstitucionalidades da “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874, de 20 de Setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). **Nota técnica nº 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. Processo nº. 08012.000637/2020-21. Brasília: MJSP, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3aRbMiv>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). **Nota técnica nº 31/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. Brasília: MJSP, 2020b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/NotaTcnica31.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). **Nota técnica nº 35/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. Processo nº. 08012.002159/2019-50. Brasília: MJSP, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3aCgSYG>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 318.873-9 Santa Catarina**. Relator: Ministro Celso de Mello, 2002.

BRASÍLIA. **Decreto nº 40.939, de 02 de julho de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus e dá outras providências. Brasília: Governo do Distrito Federal, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3tLaN3Z>. Acesso em: 20 set. 2020.

COSTA-CABRAL, Francisco et al. EU Competition Law and COVID-19. **TILEC Discussion Paper No. DP2020-007, 2020**. Disponível em: <https://bit.ly/3tHudXe>. Acesso em: 22 set. 2020.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz P. da. Lei da Liberdade Econômica e a defesa da concorrência. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DONA DE FARMÁCIA é presa no Ceará por subir preço de álcool gel de R\$ 1,99 para R\$ 11,99. **G1 Ceará**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3epDm0i>. Acesso em: 15 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAL, Michal S. Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly? **The Antitrust Bulletin**, v. 49, n. 1-2, p. 343-384, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3tI9mmR>. Acesso em: 23 set. 2020.

HENRIQUE, Alfredo. Prefeitura de São Paulo fecha duas lojas por preço abusivo de álcool em gel. **Folha de São Paulo**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xi2Nte>. Acesso em: 15 set. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive pricing in competition law: never say never? In: KONKURRENSVERKET SWEDISH COMPETITION AUTHORITY. **The Pros and Cons of High Prices**. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/32BjKke>. Acesso em: 22 set. 2020.

MOTTA, Massimo. Price regulation in times of crisis can be tricky. **Daily Maverick**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2RNBOR4>. Acesso em: 22 set. 2020.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. **Exploitative pricing in the time of COVID-19**. Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3nc9Fnc>. Acesso em: 22 set. 2020.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. **Individual and Collective Private Enforcement of Competition Law: insights for Mexico**. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3slxmVw>. Acesso em: 20 abr. 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CASTRO, Bruno Braz de. Política concorrencial e política consumerista no Brasil: possíveis sugestões para a agenda normativa do CADE. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 8. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2010.

O QUE É pandemia e o que muda com declaração da OMS sobre o novo coronavírus. **BBC News Brasil**, 3 fev. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/2QqUNpd>. Acesso em: 10 set. 2020.

REZENDE, Gustavo Madí. ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor. **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.

TAYLOR, Chloe. Sales of hand sanitizer are skyrocketing due to the coronavirus, leading to rationing and price hikes. **CNBC**, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://cnb.cx/2Qq2BYk>. Acesso em: 20 set. 2020.

VIEGAS, Cláudia Assunção dos Santos; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Economia da concorrência: estruturas de mercado. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor. **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: KONKURRENSVERKET SWEDISH COMPETITION AUTHORITY. **The Pros and Cons of High Prices**. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/32BjKke>. Acesso em: 22 set. 2020.