As infrações à ordem econômica estão previstas na Lei 12.529/2011, chamada de Lei de Defesa da Concorrência.

O que é concorrência?

Antes de falar sobre o que é concorrência, é importante lembrar que ela é prevista como princípio fundamental da ordem econômica brasileira. O artigo 170, IV, da CF/88 dispõe que:

> **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;

Desse modo, a concorrência foi definida pelo legislador constituinte como um valor importante para o desenvolvimento econômico do país, justificando a sua proteção constitucional.

Concorrência nada mais é do que a competição entre os agentes econômicos (as empresas e empresários) que atuam no mesmo setor (chamado pela lei de "mercado relevante") que buscam, por meio de diversas estratégias negociais, estimular os consumidores para que adquiram os seus produtos ou serviços com a finalidade de obter lucro.

Nessa busca pela atração dos consumidores, as empresas podem adotar diversas estratégias: investir em publicidade direcionada ao seu público pretendido, investir em qualidade de materiais, diferenciais no suporte ao consumidor, etc. Todas essas estratégias são **lícitas** e, inclusive, sadias para o mercado como um todo, estimulando constantes melhorias em favor do consumidor.

Por que é preciso defender a concorrência?

Conforme falamos acima, a competição entre os agentes econômicos traz diversos benefícios: menor preço ao consumidor, investimento em tecnologia, oferecimento de novos serviços e produtos, entre outros.

Quem ameaça a livre concorrência?

A maior ameaça à livre concorrência são os próprios agentes econômicos concorrentes. Lembre-se que alguns dos benefícios da concorrência são o estímulo constante à inovação, baixa de preços, investimento em qualidade, entre outros.

Tais benefícios implicam em um esforço maior dos concorrentes para se manterem relevantes no mercado. Por exemplo, uma operadora de telefonia que não invista em tecnologia para oferecer internet será sufocada pelos seus concorrentes, que observarão essa falta e a usarão como diferencial para vender o seu produto.

Além disso, a constante busca por inovação e facilidades permite o surgimento de novas empresas no mercado, ampliando a concorrência já existente.

Dessa forma, um mercado sem concorrência torna a atividade econômica mais cômoda para as empresas, demandando menos redução da margem de lucro para investimento em publicidade, inovação, facilidades, etc.

Visando afastar esse cenário e obter o maior lucro possível com o mínimo de esforço, em muitas situações os agentes buscam mecanismos ou artifícios para reduzir a concorrência em um determinado mercado. Essas estratégias podem ser entendidas como infrações à ordem econômica, conforme passaremos a tratar abaixo.

A legislação traz diversos exemplos de condutas que podem ser caracterizadas como infrações à ordem econômica. Dizemos que essas condutas podem ser entendidas dessa forma porque, para que um determinado ato seja definido como infração, devem ser observados alguns requisitos, que veremos abaixo.

Quem são os agentes econômicos capazes de praticar infração à ordem econômica?

Devemos lembrar que toda conduta juridicamente relevante deve ser avaliada de acordo com a sua lesividade, ou seja, deve ser uma conduta apta a causar lesão ou, ao menos, ameaça de lesão ao bem jurídico que a norma visa proteger.

Sendo assim, o primeiro requisito que devemos observar é se o ato praticado pelo agente econômico teria o potencial de prejudicar a livre concorrência em um determinado mercado.

O mercado econômico é formado por empresas e empresários de diversos portes: empresas multinacionais, empresários individuais, microempresas, etc.

Não é possível afirmar, por exemplo, que uma empresa multinacional tem a mesma influência no mercado do que o microempresário. Suas condutas possuem impactos muito diferenciados.

Dessa forma o agente econômico capaz de praticar infração econômica é aquele que detém o chamado poder de mercado.

Luiz Régis Prado (PRADO, Luiz Régis. Direito Penal Econômico. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 42) demonstra esse entendimento:

> (...) a infração à ordem econômica exige que o sujeito ativo da infração detenha o poder de mercado, isto é, o poder econômico capaz de, por seu abuso, restringir ou limitar a

> livre concorrência no mercado relevante (...)

Entende-se como poder de mercado a capacidade de uma empresa de agir de forma independente e indiferente das demais. É dizer que a empresa tem uma influência tão forte no mercado que ainda que pratique conduta contra a concorrência não conseguirá ser eliminada pelos demais.

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – cuja atuação veremos mais tarde, traz uma explicação bastante prática desse conceito (disponível também para leitura aqui):

> Uma empresa ou grupo de empresas possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam ao preço competitivo de mercado.

Adota-se o entendimento de que a dominação de 20% do mercado já é um fator importante para determinar se há poder de mercado, embora não seja o único.

Se o agente econômico não detém poder de mercado *não se pode falar em infração à ordem econômica*. Isso porque sua conduta não tem capacidade de alterar significativamente o mercado.

Isso não significa que por não ser infração à ordem econômica, essa conduta não poderá ser punida de nenhuma forma.

Vale lembrar que o objetivo dessa Lei é proteger a concorrência como um todo, e não os agentes econômicos individualmente. Caso a conduta praticada traga dano a um outro agente econômico, a questão deverá ser levada ao judiciário.

Outro ponto que deve ser observado é o que a lei chama de **potenciais efeitos**. No artigo 36, a lei define os efeitos que a conduta precisa ter para caracterizar uma infração econômica:

> **Art. 36.** Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
>
> I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
> II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
> III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Não se exige, na prática, que o ato tenha de fato atingido esses efeitos, nem que o agente tenha a intenção.

Quem é o responsável por punir as infrações à ordem econômica?

O responsável pela apuração e punição das condutas de infração à concorrência é o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O CADE é uma autarquia em regime especial com jurisdição sobre todo o território nacional e atua por meio do chamado controle de condutas.