

## O USO DISFUNCIONAL DO COMPLIANCE – EFEITOS DANOSOS DA *DUE DILIGENCE* DE TERCEIROS AOS FINS DO ANTITRUSTE

José Marcelo Martins Proença\*

### I. INTRODUÇÃO



presente trabalho derivou da exposição por mim efetuada nas Jornadas Comemorativas do 4º Aniversário da Revista Jurídica Luso-Brasileira, organizadas pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 21 a 23 de janeiro de 2019, ali intitulada de “Interface da Regulação do *Compliance* com o Direito Concorrencial”, e tem por objetivo analisar o uso disfuncional (abuso) do programa de *compliance*, a atuação de um programa de integridade divorciada dos seus objetivos, da sua função, da sua finalidade.

O que falaremos aqui? Muito rapidamente nós vamos falar sobre *Compliance*, Direito Concorrencial, e mais especificamente sobre as perspectivas de um responsável programa de *compliance*, porém utilizado de forma disfuncional quando analisado sob a ótica do Direito Concorrencial.

O objetivo é trazer uma explicação sobre o antitruste concorrencial e sua função, mas contrastando-o com a importância de um programa de *compliance*. E quanto a esse

---

\* Prof. Dr. da Faculdade de Direito da USP.

segundo, importante observar que um programa de *compliance* mal elaborado, pode colocar em risco os relevantes objetivos, os direitos tutelados pelo Direito Concorrencial.

Inicialmente, logo após essa breve introdução, enfrentaremos e apresentaremos, mesmo que em apertada síntese, o tema *Compliance*, seu surgimento e ampla disseminação, tratando de forma mais pormenorizada, de um dos seus pilares, o de *due diligence*.

Em seguida, analisaremos o interessante e importante tema, há muito tratado pela doutrina, denominado “abuso de direito”. Revisitaremos a doutrina portuguesa, a legislação brasileira e chegaremos a uma conclusão sobre o tema.

No tópico sucessivo apresentaremos e revisitaremos, mesmo que muito rapidamente, alguns aspectos, objetivos e características do direito da concorrência, do antitruste, a permitir defender e sustentar as conclusões deste artigo, constantes logo após o tópico último, denominado *Compliance / due diligence* e antitruste, em que os tópicos antes discutidos são aproximados e a interpretação conjunta da regulação de todos eles nos faz destinar a atenção ao exercício disfuncional de determinado direito.

Ao final deste trabalho delinearíamos as conclusões extraídas no decorrer dos estudos realizados, incentivando enorme atenção à questão, novos estudos e pesquisas.

## II. *COMPLIANCE*

Como é cediço, há um movimento global que anuncia a importância de uma cultura preventiva no ambiente empresarial, dada a multiplicação de riscos de infrações que uma companhia pode incorrer e ser apenada. Contudo, o que se criou justamente para minimização desses riscos passa a se apresentar como um instrumento gerador de maiores riscos em determinadas situações.

Em outras palavras, hoje nós temos uma regulação muito diferente se comparada à de 10 anos atrás, e da mesma forma, contextos sociais muito distintos e mais complexos do que há décadas, o que faz com que nós tenhamos uma possibilidade muito maior de infração às legislações existentes. Ao lado disso, nós temos ainda legislações mais modernas, no Brasil e no mundo, que imputam responsabilidades à pessoa jurídica por atos praticados por terceiros, quer seus funcionários, quer pessoas outras contratadas para auxiliar a empresa no exercício de sua atividade econômica, tais como despachantes, fornecedores de insumos, advogados etc.

Então, diferentemente do que nós imaginávamos décadas atrás, em que a pessoa física, e só ela, respondia pelos atos praticados, hoje nós temos um avanço, uma diferente estruturação na responsabilidade da pessoa jurídica, já que respondem pelos atos praticados por terceiros. Que terceiros são esses? Inicialmente, são os próprios colaboradores, administradores, diretores, gerentes, CEOs da empresa, fornecedores e prestadores de serviço. Além deles, também por terceiros, estão compreendidas outras empresas ou outras pessoas, físicas ou jurídicas, que, apesar de não representarem a empresa, praticam atos no interesse dela.

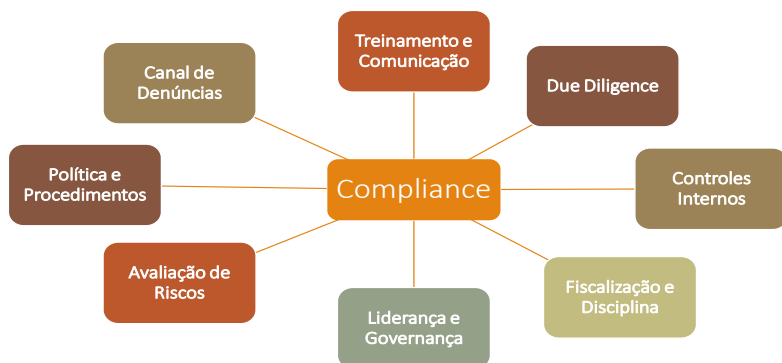
De outro modo, apreende-se que, as empresas, por responderem por atos dos seus prestadores de serviços, dos seus fornecedores, dos seus funcionários, dentre outros, têm sua responsabilidade multiplicada. A consequência desta responsabilização é a disseminação do termo *compliance*, um instrumento que pode ser útil, para minimizar os riscos da atividade empresarial em razão do aumento dos riscos associados à sua responsabilidade para com os atos de seus colaboradores e de terceiros.

A doutrina tem dito que programas de *compliance*, ou programas de conformidade, são instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as mais diversas políticas

públicas sejam implantadas com maior eficiência. Compõem-se de rotinas e práticas concebidas para prevenir riscos de responsabilidade empresarial decorrentes do descumprimento de obrigações legais ou regulatórias. Volta-se para a mudança de comportamento, por meio de padrões de conduta a serem observados e monitorados pelas empresas, administradores e funcionários, a fim de evitar o cometimento de ilícitos.

Muito bem, mas como se estrutura, como se desenvolve um programa de *compliance*? Quais são os seus elementos, como devem eles ser geridos? Em apertada síntese, tem-se dito que um bom programa de *compliance* é organizado com base em diversos pilares, conforme demonstrado no quadro abaixo.

## Pilares de Compliance



Como se observa, um destes pilares é o “treinamento”, ou seja, mister rever, ensinar, reensinar e insistir no que é ilícito, em quais atos e condutas não representam integridade no ambiente de negócios etc, a todos os meus colaboradores, internos e externos, que possam gerar responsabilidade à minha empresa. Acredita-se que, treinando e treinando novamente, dentre os pilares, o *compliance* torna-se efetivo em minimizar os riscos de cometimento de irregularidades sob a responsabilidade da empresa. Há também outros pilares tais como, Comunicação,

Fiscalização, Disciplina, Controles, Canal de Denúncias e *Due Diligence*.

Poderíamos falar um pouco sobre todos os pilares mencionados no quadro supra, mas vamos abordar dois pilares apenas, iniciando pelo canal de denúncias> É importante tratar desse pilar, ainda que de forma resumida, para desconstruir um pouco do preconceito que sobre ele paira. Implementado em muitas empresas, há aquelas que tratam este pilar com muita sensatez, e outras nem tanto. Um alto nível de responsabilidade pode ser percebido naquelas empresas que instalam um sistema específico para tal, e querem saber imediatamente e o quanto antes se algo equivocado, errado ou ilícito está sendo impetrado dentro das suas atividades, e sabendo disso, possa aplicar os devidos tratamentos ou remédio próprio adequado àquela irregularidade denunciada.

Tal canal precisa estar cercado de cuidados no intuito de possibilitar o anonimato, garantir a não retaliação, demonstrando desde logo que as denúncias recebidas são efetivamente investigadas e as consequências são solidamente, regularmente e respeitosamente aplicadas.

Adicionalmente, o tratamento confidencial das informações do canal e a aplicação das consequências de forma correta e isonômica são indispensáveis para que o canal de denúncias exprima o efeito esperado na expectativa de minimização dos riscos.

Temos por algo inflexível o quanto defendido acima, no sentido de que a empresa não pode permitir que atos irregulares cometidos ou em desenvolvimento, sob a sua responsabilidade, sejam continuados ou reiterados. Assim, bem comunicados a existência, a imparcialidade, a isenção, o profissionalismo, a não retaliação, o anonimato de um canal de denúncias (ao seu tratamento e investigações deles decorrentes), que funciona 24 horas por dia, sete dias por semana, em todas as línguas às quais há a perspectiva de recebimento de denúncias é um pilar de

extrema relevância para a efetividade de um programa de *compliance*.

Avançando agora para o tema *due diligence*, como um pilar de *compliance*, pode-se afirmar que se trata de um sistema ou um instrumento mediante o qual se apuram informações de terceiros para saber qual é o tamanho do meu risco ao contratá-lo ou o que eu elimino de responsabilidade por deixar de contratá-lo. Nesse sentido, a *due diligence* é uma ferramenta utilizada para avaliação detalhada da situação, da vida pregressa de uma empresa, de uma pessoa, física ou jurídica. Ela consiste em um processo de auditoria para encontrar riscos e oportunidades em um negócio, ou seja, após um estudo dos processos, balanços, contratos, listas governamentais, nacionais e/ou estrangeiras de (não) integridade, dentre outros, é possível estabelecer um diagnóstico sobre a saúde legal, financeira de um terceiro. Até como forma de minimização de riscos, é muito utilizada em operações de fusões e aquisições.

Após o diagnóstico do terceiro, caso seja detectada alguma irregularidade, deverá e poderá o interessado definir se deve, pode, não deve ou não pode contratar o terceiro sob análise. Esse trabalho preventivo é uma forma eficaz de minimizar possíveis danos e riscos à empresa.

A título de exemplos, para contratar um advogado para prestar serviços à empresa, mister conhecer e deter muitas informações desse escritório e de determinados advogados. Para contratar um fornecedor de insumos, precisa-se saber se ele tem vida pregressa de utilização de trabalho escravo ou trabalho infantil. Porque se assim ele age, tais práticas ilícitas podem trazer efeitos, ou seja, responsabilidades à empresa que o contratou, em risco estará a regularidade da conduta da empresa, uma vez que se utilizou de seus serviços.

Então, por meio de *due diligence*, a empresa estabelece padrões éticos de contratação de terceiros e analisa esses padrões de acordo com o risco apresentado em decorrência de fatores

como tipo de serviço, valor do contrato, local da prestação de serviço e assim por diante. Repise-se: se temos um avanço na legislação nacional e internacional que nos traz responsabilidade por atos de terceiros, temos que saber com quem trabalhamos, com quem contratamos, quem é que será contratado e quem poderá assumir obrigações à empresa, atuar em nome dela no desenvolvimento da atividade empresarial.

A grande questão que nós devemos tratar mais de perto está justamente nisso. *Due Diligence*, como pilar de *compliance*, tem o objetivo claro de minimizar as responsabilidades, para não contratar, de acordo com uma série de fatores, aquele que aumenta o risco empresarial. E o problema aqui está justamente em quais circunstâncias haveria a possibilidade da *Due Diligence* causar efeitos não almejados, talvez ilícitos nos mercados, mesmo com um propósito claro e poderoso.

A reflexão que se faz é como eu posso ter *due diligence* responsável, trazida como modelo de negócios para todos, para um setor inteiro? De outro lado, o que devo fazer para que a *due diligence* não cause efeitos contrários, não atrapalhe ou impeça a efetividade dos objetivos, fins, valores que diversas outras legislações almejam ou protejam?

Muito bem, para falarmos sobre o uso disfuncional de *due diligence*, necessário se faz rever, mesmo que muito rapidamente, a questão do abuso do direito, não o uso do direito, o uso disfuncional de um direito. Repiso que o objetivo da *due diligence* é investigar previamente, sob o aspecto reputacional, o terceiro objeto de contratação, no intuito de minimizar os riscos apurados, selecionar aquele com a melhor técnica e melhor preço, e que trará menor risco à minha atividade.

Mas então, de que forma eu atingiria efeitos outros, aqueles repudiados por uma legislação por meio de uma *due diligence*? Por meio do abuso de direito!

### III. ABUSO DE DIREITO

O abuso de direito é um tema que tem sido abordado de forma brilhante por inúmeras doutrinas nacionais e estrangeiras.

Nesse sentido, ensina LOUIS JOSSERAND que “armas lícitas podem se converter em armas envenenadas se utilizadas de certa maneira, em certas condições. Em geral, são as razões e os fins que devem ser considerados. Frequentemente, os fins são suscetíveis de justificar os meios empregados, mas em nenhum caso os meios justificam os fins: isso seria a inversão da moral, beiraria o absurdo, e levaria à má-fé e à fraude”<sup>1</sup>.

Embora JOSSERAND tenha feito apenas um jogo de palavras, é fato reconhecido atualmente que os direitos subjetivos são relativos, e o eventual abuso em seu exercício deve ser punido pelo ordenamento jurídico. E, assim sendo, a relatividade dos direitos subjetivos é premissa para a conceituação do instituto do abuso de direito. De fato, RUBENS LIMONGI FRANÇA o define como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”<sup>2</sup>.

O professor português MENEZES CORDEIRO, por sua vez, joga uma pá de cal na questão ao reconhecer a existência da conduta do abuso de direito, mas, ao mesmo tempo, esclarecer que a expressão trata não necessariamente de “abuso” ou de “direito” subjetivo, mas sim da “atuação humana estritamente conforme com as normas imediatamente aplicáveis, mas que, tudo visto, se apresenta ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade”<sup>3</sup>.

A importância da teoria do abuso de direito é indiscutível, haja vista que objetiva equilibrar os diversos

---

<sup>1</sup> *Relatividade y abuso de los derechos*, in *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Santa Fe deBogotá, Temis, 1999, p. 4.

<sup>2</sup> *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 45.

<sup>3</sup> *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 75.



interesses em luta, na sociedade, e apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, de maneira a condenar como antissociais todos os atos que, embora praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam com ela.

A evolução do instituto do abuso de direito em Portugal pode ser analisada tendo por base o texto legal, bem como a jurisprudência a ele relacionada. Como explica MENEZES CORDEIRO, tal evolução deu-se em cinco fases, quais sejam: a fase pré-científica, a exegético-pontual, a da implantação, a da expansão e a do afinamento.

A fase pré-científica se deu à época do Código de Seabra, que consagrava, em seu artigo 13º, o princípio segundo o qual “quem exerce o seu direito não prejudica a ninguém”. O texto do referido artigo dispunha que “quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício”, e, com isso, deixava aberta a possibilidade da ocorrência do abuso de direito, já que, sendo o direito exercido em desconformidade com a lei, restava configurado o abuso. Todavia, a doutrina da época entendeu difícil a configuração do abuso de direito, dada a base legal que se apresentava. Mais grave, poderia se depreender do dispositivo que os que exercem um direito definido em lei poderiam se valer de imunidade absoluta<sup>4</sup>.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, o abuso de direito passou a ser expressamente previsto em lei, em seu artigo 334º, que determina ser “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exerça manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. MENEZES CORDEIRO denomina tal fase como exegético-pontual, porque numerosas decisões da época ponderam e interpretam o abuso de direito, mas aplicam-no muito pontualmente. Com a chamada fase da implantação, a

---

<sup>4</sup> MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 245 e ss.

partir de 1985, o instituto passa a ser aplicado em um ritmo crescente em decorrência da renovação dos quadros dos magistrados superiores e da difusão de elementos científico-jurídicos que permitiram uma aplicação alargada do abuso de direito.

A fase da expansão vai de 1991 a 2000, e consiste na apreciação e ponderação corrente do abuso de direito, em variadas situações, com mais de 250 acórdãos publicados, possibilitando a indicação de algumas linhas temáticas, como a concentração de casos de *venire contra factum proprium*, o surgimento de uma preocupação em isolar os elementos próprios da tutela da confiança, entre outros pontos.

O afinamento, por fim, a partir de 2001, assim como também foi definido por MENEZES CORDEIRO, pode ser considerado o refinamento da teoria. A jurisprudência portuguesa passa a ser menos imediatista e abandona as remissões de fórmulas clássicas e da exigência do abuso "manifesto", em favor de ponderações mais precisas. O abuso de direito, inclusive, passa a ser uma instância geral de controle dos exercícios jurídicos, desligando-se da ideia de direito subjetivo, da qual sempre foi intimamente relacionada<sup>5</sup>.

Em completa oposição às teorias subjetivas, as teorias objetivistas abstraem o elemento subjetivo para caracterizar o ato abusivo. São apresentados diversos critérios para apreciar o ato abusivo, entre os quais pode-se mencionar (i) o desvio da finalidade social ou econômica do direito subjetivo; (ii) a ausência de razões sérias ou legítimas para a prática do ato; (iii) a falta de utilidade ou interesse para o agente; (iv) o exercício anormal ou irregular de um direito, entre outros critérios. As teorias objetivistas, portanto, caracterizam-se pela indiferença com que tratam o aspecto psicológico de um ato<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 243 e ss.

<sup>6</sup> MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.170

A denominação dessa corrente como objetivista, também conhecida como finalista, tem por base a característica do desvio de finalidade no exercício abusivo de um direito subjetivo.

O principal expoente da corrente finalista foi SALEILLES, cuja orientação, de acordo com CLÓVIS BEVILÁQUA, teria sido adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, em seu artigo 160<sup>7</sup>. Para SALEILLES, o ato abusivo se caracterizaria pelos elementos da (i) ausência de interesse legítimo ou utilidade para o titular do direito e do (ii) uso anormal do direito, o qual restaria configurado pelo desacordo à destinação econômico social da norma<sup>8</sup>.

É interessante mencionar que embora, à primeira vista, pareça que as ideias sustentadas pelas teorias subjetivistas e objetivistas sejam incompatíveis, a prática demonstra que tais correntes não são inconciliáveis. Ao contrário, acolher argumentos de uma teoria implica aceitar os argumentos de outra: ao exercer o seu direito com o fito exclusivo de prejudicar terceiros, o agente estará necessariamente atentando contra a boa-fé e os bons costumes, além da finalidade da norma.

De outro lado, há as chamadas teorias mistas ou ecléticas. LOUIS JOSSERAND é o seu mais importante defensor ao preceituar que a teoria do abuso do direito possui uma face dúplice, sendo uma subjetiva e outra objetiva. O parâmetro seria a noção de espírito dos direitos, do qual decorreriam os critérios do motivo legítimo, de caráter subjetivo, e da função social, de caráter objetivo.

No Brasil, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, não havia no ordenamento jurídico brasileiro uma norma geral expressa que vedasse o abuso de direito, embora houvesse como se considerar o Código Civil de 1916 como precursor no reconhecimento do instituto.

---

<sup>7</sup> *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916, p. 473.

<sup>8</sup> ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

Com efeito, o artigo 160, I, do Código Civil de 1916, previa que não consistia ato ilícito aquele praticado “no exercício regular de um direito reconhecido”, e essa disposição foi suficiente para que a doutrina nacional defendesse a censura ao abuso de direito via interpretação *a contrario sensu*. Afinal, se os atos praticados no exercício regular de um direito eram lícitos, sua contrapartida, ou seja, o exercício irregular de um direito deveria ser vedada por lei.

Dessa forma, pela formulação do artigo 160, I, do Código Civil de 1916, houve a adoção da teoria objetivista de SALEILLES, na medida em que não se indica a necessidade de presença de elemento subjetivo – culpa ou dolo – para caracterizar o abuso de direito.

Nota-se, contudo, que a timidez do legislador pátrio do início do século passado propiciou que parte da doutrina nacional defendesse exatamente o oposto, que o artigo 160, I, do Código Civil de 1916 teria acolhido, na verdade, a teoria subjetiva do abuso de direito, pois como a responsabilidade civil necessariamente pressuporia a culpa, o abuso de direito deveria ter como premissa o elemento subjetivo, de maneira a que pudesse fundamentar a indenização.

O Código Civil de 2002 equipara o abuso de direito a ato ilícito, ao dispor, em seu artigo 187, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Nota-se, assim, que os requisitos para a caracterização de um ato abusivo, pelo Código Civil de 2002, podem ser assim sintetizados:

- (i) deve haver o exercício de um direito;
- (ii) por um agente titular desse direito;
- (iii) de forma manifesta; e
- (iv) de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sob uma conceituação mais sintética, pode-se também identificar o exercício abusivo de um direito (i) pela preexistência de um direito, (ii) pela aparência de legalidade que o ato abusivo se reveste, e (iii) pelo desvio de finalidade legal ou negocial, que demonstra a irregularidade no exercício do direito.

Mais uma vez, como se pode notar da análise do artigo 187 do Código Civil de 2002, o legislador brasileiro adotou a teoria objetivista de SALEILLES, dispensando a presença de dolo ou culpa para caracterização do abuso de direito.

Essa decisão do legislador definitivamente tornou a norma útil e aplicável, haja vista que averiguar a intenção do agente e verificar se o dano resultou por sua culpa é tarefa que deve ser relegada à psicologia, não ao direito.

Os conceitos de “finalidade econômica e social”, “boa-fé” e “bons costumes” são bastante abertos e elásticos, e essa característica, inclusive, auxilia o julgador na identificação de um ato abusivo.

A finalidade econômica e social prevista no artigo 187 do Código Civil Brasileiro não se limita à proibição do exercício de ato que não cause qualquer proveito ao seu autor (ato emulativo), mas sim impõe um exame da finalidade econômica dos direitos subjetivos tanto sob a perspectiva do titular do direito quanto dos interesses econômicos da comunidade e sua repercussão. Quanto aos fins sociais, esses remetem à razão de ser do direito e expressariam um sentido ético de comunidade.

A boa-fé, por sua vez, tem papel fundamental em matéria de limite ao exercício de direitos, já que é fonte de deveres como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, e com isso limita a liberdade individual do agente. Há quem diga, inclusive, que foi sobre o conceito de boa-fé que se construiu a vedação ao abuso de direito, não havendo como se pensar no direito e nos ordenamentos jurídicos de forma desvinculada da boa-fé.

Os bons costumes, por fim, embora tenham sua origem

em órbita bastante distinta e de índole individual, hoje seu conceito reside na noção ampla de moralidade pública e privada, por isso ultrapassando os limites da relação negocial (no qual incide a boa-fé) para regular todo e qualquer exercício de direito subjetivo.

Os limites previstos na lei são, portanto, extremamente elásticos e dependentes de intensa interpretação. E, ainda que assim não fosse, não se pode dizer que há limitação taxativa aos conceitos acima descritos. De fato, em uma análise ampla, a ocorrência do abuso pode se dar (i) no comportamento emulativo, (ii) no comportamento não-emulativo que não gera vantagem ao agente, mas gera desvantagem a terceiro, ou (iii) no comportamento que, a despeito da existência de utilidades para o agente e prejuízos a terceiro, se mostre contrário aos valores, princípios e máximas de condutas que compõem a unidade conceitual e valorativa do Código Civil de 2002, aí incluídas a já mencionada finalidade econômica e social, a boa-fé, bem como os bons costumes.

Quanto à repressão ao abuso de direito, a legislação brasileira prevê variadas formas para tanto. A mais importante delas é a indenização por responsabilidade civil decorrente do ato abusivo previsto no artigo 927 do Código Civil.

Não obstante ser essa a principal resposta da legislação brasileira, existe também a possibilidade de responsabilização penal do agente pela prática do abuso, de decretação da nulidade ou declaração de ineficácia do ato abusivo, e mesmo de ação rescisória para desconstituir sentença proferida em processo no qual a conduta abusiva possa ter levado a uma das hipóteses prescritas na legislação processual.

Em apertada síntese, a importância da teoria do abuso do direito é indiscutível. Objetiva justamente equilibrar os diversos interesses em luta, na sociedade, e apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos de maneira a condenar como antissociais todos os atos que, embora praticados em aparente

consonância com a lei e regularidade, não se harmonizam com o próprio sistema normativo como um todo.

Sintetizando isso, e para que possamos dar um passo à frente, vejamos que de acordo com Código Civil de 2002, o abuso de direito é o exercício de um direito, pelo agente titular desse direito, de forma manifesta e de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou pelo seu fim social ou pela boa fé, ou pelos bons costumes.

E tentando deixar algo mais detalhado ainda, podemos dizer que o exercício abusivo de um direito se dá pela pré-existência de um direito, pela aparência da legalidade que um ato abusivo se reveste e pelo desvio da finalidade, o que demonstra a irregularidade no exercício do direito.

#### IV. O DIREITO ANTITRUSTE

Muito bem, agora vamos relembrar de forma muito rápida, alguns aspectos e características do direito da concorrência.

O antitruste, o direito da concorrência, tutela de forma direta, e imediata, a instituição concorrência e, de forma indireta e mediata, os concorrentes e também os consumidores. Tal afirmação encontra amplo respaldo doutrinário. Quando se pensa na finalidade do direito da concorrência ou na competitividade nos mercados, leva-se em conta que mesmo que existam exceções (ex. monopólios naturais), que a concorrência é a pedra angular para que tenhamos benefícios diretos e indiretos para toda uma nação, para toda a economia, para todos os mercados e as pessoas inseridas nesses mercados. Menores preços, aumento de qualidade, incentivo a investimentos em pesquisa e desenvolvimento e, com isso, desenvolvimento tecnológico são algumas derivações de mercados competitivos.

O direito da concorrência, pela manutenção ou aceleração da competitividade nos mercados, ou mesmo por

proteger a competitividade potencial nos mercados traz e protege interesses difusos de toda uma coletividade de forma direta e imediata, e protege consumidores e concorrentes de forma indireta ou mediata<sup>9</sup>.

## V. COMPLIANCE / DUE DILIGENCE E ANTITRUSTE

Se o direito concorrencial é uma dentre inúmeras legislações que os agentes econômicos devem seguir e respeitar, quanto é que eu me distancio sensivelmente dos objetivos do antitruste e do direito da concorrência, utilizando-me da *due diligence* sob o argumento de ser muito responsável e ter um programa de *compliance* robusto que serve de exemplo para o mundo?

Repise-se: o *compliance* sério, exemplar, robusto é aquele que se preocupa com diversas questões objetivando sempre minimizar riscos, a exemplo de trabalho escravo, trabalho infantil, discriminação de qualquer natureza, atos de corrupção, pública ou privada, violações tributárias, concorrenciais, ambientais, praticados por terceiros, funcionários ou não, contratados pela empresa. Não se deve querer que haja atos de corrupção na empresa, sejam estes praticados por quaisquer dos meus colaboradores, sejam por terceiros contratados para viabilizar a atividade econômica exercida.

Sob a ótica do antitruste, em casos de incorporação, fusão e atos de concentração celebrados, cuida-se para que não haja ocorrências de *gun jumping*<sup>10</sup>. A título de condutas no mercado, cuida-se para que não haja a prática de cartel, a imposição de preços mínimos eliminando a competição, a

---

<sup>9</sup> Para uma análise dos interesses protegidos pelo Direito da Concorrência e análise efetiva dos mesmos, dada a apertada síntese das linhas acima, recomenda-se a leitura de SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo, Malheiros, 2013.

<sup>10</sup> prática de *gun jumping* – termo utilizado para referir-se à consumação da operação sem autorização prévia do órgão antitruste.



prática de preços predatórios, dentre tantos exemplos que poderiam ser citados. Em todos esses exemplos, a função do *compliance*, apenas a título exemplificativo, é patrocinar treinamentos a todas as pessoas vinculadas à empresa e que poderiam ser responsáveis pela prática ou pela determinação da prática dessas ilicitudes.

Ainda considerando treinamentos, pode-se valer deste instrumento bem como de comunicações e controles internos para impedir e ou minimizar sensivelmente os riscos relacionados à prática de cartel que poderiam ser cometidos pelos colaboradores, de quem, a todo o momento, são cobrados resultados econômicos, o que poderia ser um motivador no tocante à celebração irregular de acordos de padronização de preços com os terceiros concorrentes. Reitera-se que; o programa de *compliance* tem que ter a habilidade de bem tratar a questão para minimizar o risco de cometimento desse grave ilícito antitruste.

A título de primeira conclusão, observa-se que, além de todas as outras preocupações, o *compliance* trata de questões afetas ao direito da concorrência. Nesse setor, aumento de barreiras à entrada, condutas discriminatórias, dentre outras, podem configurar infração antitruste.

Contudo, sob o argumento de responsabilidade de um programa *compliance*, e com o objetivo de sua robustez e efetividade, é comum exigir de terceiros, como padrão, quando da realização de *due diligence*, uma quantidade razoável de informações aos terceiros para que possam ser homologados ou aprovados em processo concorrencial. De outro lado, a falta ou incompletude dessas exigências, ou um mínimo de descolamento às referidas solicitações, pode acarretar na sua eliminação, desencadeando um risco discriminatório imposto pelas barreiras do certame.

Em outros termos, por meio e sob o argumento de robustos programas de *compliance*, passa-se a exigir de

pequenas e médias empresas o mesmo nível, a mesma quantidade de informações, o mesmo padrão de controles internos, a mesma estrutura de governança corporativa, de estruturas de *compliance* que se exige das grandes empresas, inseridas nos mesmos mercados relevantes, e, portanto, concorrentes daquelas pequenas e médias empresas. Tal conduta não pode significar a eliminação das pequenas e médias empresas, enquanto agentes de mercado, muito em razão de exigências absolutamente sem sentido e, portanto, disfuncionais do direito, que, por meio do *compliance*, gera-se um ilícito concorrencial relevante.

Caminhando para as palavras finais, o objetivo final deste é insistir que programas de *compliance*, ou de conformidade, são extremamente importantes como instrumentos minimizadores dos riscos da atividade econômica e, tenho para mim, vieram para ficar, dadas as recentes evoluções normativas promulgadas cujo intuito é o de aumentar a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos praticados por seus terceiros, ou pelos seus próprios colaboradores. Não há também como negar que um bom programa de *compliance* é extremamente importante para toda e qualquer empresa, das pequenas às grandes, que intentam minimizar seus riscos e maximizar seu sucesso empresarial. Inclusive é possível afirmar que, atualmente, os referidos programas de *compliance* são considerados importantes ativos empresariais, de modo que eles são pró-competitivos de chegar ao ponto de tratá-los como um diferencial de mercado, que projeta os mantenedores de um robusto e efetivo *compliance* à frente da concorrência.

Como ele, o programa de *compliance*, deve ser estruturado e conduzido, é outro problema. A questão é que sob o argumento de um robusto e muito forte, sólido, programa de *compliance*, emerge o risco de descumprimento ou de violação de outras normas, e, portanto, interesses inseridos no *compliance* são colocados em risco. Basta ver o processo de *due diligence*,

que, dependendo das exigências – e muitas delas são padronizadas –, aumenta-se e muito as barreiras de entrada de novos agentes no mercado, configurando uma conduta discriminatória nos mercados, e, de forma flagrante e claríssima, ainda com mais ênfase, é a prática de grave ilicitude concorrencial, fazendo com que o *compliance* configure um instrumento de redução de competitividade lícita e leal nos mercados, favorecendo a consolidação de mercados concentrados, em prejuízo a interesses difusos, a interesses dos próprios concorrentes e dos consumidores.

Repise-se, ilícitos concorrenciais trazem efeitos severos aos mercados e, portanto, efeitos muito sérios e não desejados a toda uma coletividade, como também de forma mediata e direta aos consumidores e aos concorrentes, desses mercados.

Se esse tipo de ilícito pode ocorrer, por meio de equivocadas formas de pensar, de estruturar e/ou de gerir um programa de integridade, de *compliance*, temos que nos ocupar, sempre, com instrumentos de *compliance* de forma responsável e levando em consideração as consequências das tomadas de decisão e, no que diz respeito especificamente à *due diligence*, não se deve requerer, sempre, a análise mais ampla e rigorosa de todos os auditados, requerendo deles, características, controles e qualificadores idênticos. Ao contrário, é necessário que se tenha *due diligence* sensata e, com razoabilidade, tratando de forma distinta, distintos agentes econômicos concorrentes em determinado mercado, evitando-se, assim, efeitos disfuncionais do programa de *compliance*, responsável, dentre tantas outras funções, ao respeito e cumprimento ao direito antitruste, que busca, com suas particularidades, a manutenção de mercados competitivos.

Por fim, para aqueles letrados em *compliance*, onde se defende, para mim de forma incontestável que “There is no One-Size-Fits-All Compliance Program”<sup>11</sup>, *due diligence*, por sua

---

<sup>11</sup> <https://www.traceinternational.org/blog/312>

vez, como um dos seus pilares, segue o mesmo princípio.



## BIBLIOGRAFIA

- ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance. Antitrust Corporate Governance and Compliance. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper No. 13-18. University of Minnesota Law School, 2013.*
- ANDERS, Eduardo Caminati; MISALE, Guilherme Teno Castilho. *Programa de compliance concorrencial: quando compliance e enforcement se encontram*. JOTA, 22/02/2017.
- ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. *Leniência, compliance e o paradoxo do ovo ou da galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916.
- BRUNA, Sérgio Varella. *Programas de Compliance Antitruste: Por que cumprir a lei é bom negócio*. Revista de Direito Econômico, n. 32, jul./dez. 2001.
- \_\_\_\_\_. *Compliance, esse animal desconhecido*. JOTA,

31/07/2017.

CADE. *Guia Programa de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial*.

CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *Compliance a Concorrência*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CHEN, Hui; SOLTES; Eugene. *Why Your Compliance Programs Fail – and How to Fix Them*. Harvard Business Review, March-April 2018.

Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP). *Entrevista com Tercio Sampaio Ferraz Junior. Todos ganham com o compliance*. CENP em Revista. Ano 10, n. 39, jun. 2014.

FRAZÃO, Ana. *Corrupção e Compliance*. JOTA, 03/07/2018.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. *Desafios para a Efetividade dos Programas de Compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

IBGC. *Compliance à luz da Governança Corporativa*. IBGC Orienta. São Paulo, 2017.

JOSSERAND, Louis. *Relatividade y abuso de los derechos*, in *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.

LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977.

MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português - Parte*

- Geral, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005.
- PINHEIRO, Claudia Travi Pitta. *Criando uma cultura de compliance antitruste*. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *Compliance a Concorrência*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- PROENÇA, José Marcelo Martins; MISALE, Guilherme Teno Castilho. *Compliance: entre o fetiche e a fadiga, um alerta para a saúde corporativa*. JOTA, 03/09/2018.
- RODAS, João Grandino. *Compliance concorrencial deve ser a lição positiva da “lava jato”*. Olhar Econômico: Consultor Jurídico – Conjur, 25/06/2015.
- \_\_\_\_\_. *Guia do Cade para programas de compliance é um passo à frente*. Olhar Econômico: Consultor Jurídico – Conjur, 25/02/2016.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo, Malheiros, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Histoire Critique des Monopoles – Une Perspective Juridique ET Economique*. Paris, L.G.D.J., 2010
- \_\_\_\_\_, *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*. São Paulo, Malheiros, 2002.
- VALLE, Martim Della. *Diário de um chefe de compliance*. JOTA.