

A legalidade do DDI – *Due Diligence* de Integridade da PETROBRAS com base na doutrina da *Multi-level governance*

The legality of the DDI - Due Diligence of Integrity of PETROBRAS based on multi-level governance

Submetido(*submitted*): 13/05/21

Parecer(*revised*): 20/05/21

Aceito(*accepted*): 09/06/21

Artigo submetido à revisão cega por pares (*Article submitted to peer blind review*)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Silvia Alegretti*
ORCID: 0000-0002-7483-6455

Abstract

[Purpose] *The work aims to investigate the fundamentals of the Due Diligence of Integrity of Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, as well as to analyze the judiciary decisions about its application and to examine the legality of the procedure based on the doctrine of multi-level governance.*

[Methodology/approach/design] *Bibliographic review of the mentioned theorists and jurisprudential research.*

[Findings] *The present work intends to justify the legality of the Integrity Due Diligence of PETROBRAS by the regulatory competence conferred by the anti-corruption legislation and, later, by the State-Owned Companies law, from the perspective of multi-level governance.*

[Practical implications] *The conclusion can be applied to the governance practices of public companies and mixed-capital companies, which are subjected to the principle of legality.*

Keywords: *Regulation. Petrobras. Legality. Multi-Level. Governance.*

Resumo

[Propósito] O trabalho tem como objetivo investigar os fundamentos do *Due Diligence* de Integridade da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, analisar as decisões do judiciário quando questionado sobre sua aplicação e examinar a legalidade do procedimento com base na doutrina da *multi-level governance*.

[Metodologia/abordagem/design] Revisão bibliográfica dos teóricos mencionados e pesquisa jurisprudencial.

*Advogada. MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília. E-mail: silviaalegretti@hotmail.com.

[Resultados] O presente trabalho justifica a legalidade do Due Diligence de Integridade da PETROBRAS pela competência regulatória conferida pela legislação anticorrupção e, posteriormente, pela lei das estatais, sob a perspectiva da multi-level governance.

[Implicações práticas] As conclusões podem ser aplicadas nas práticas de governança de empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais se submetem ao princípio da legalidade.

Palavras-chave: Regulação. Petrobras. Legalidade. Multinível. Governança.

INTRODUÇÃO

A Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS é uma sociedade de economia mista constituída em 1953 para exploração, produção e comercialização do petróleo e seus derivados. A estatal exerceu suas atividades sob o regime de monopólio até o ano de 1997, com a promulgação da Lei nº 9.478/1997 que transferiu a execução do monopólio do petróleo à ANP – Agência Nacional do Petróleo e estabeleceu o regime de concessão.

O processo de desregulamentação da indústria de petróleo, deflagrado com a Lei nº 9.478/1997 e o início da abertura da venda das ações da PETROBRAS no exterior, iniciado em 2000 com a negociação de papéis na bolsa de Nova York, foram fatores cruciais para o modelo atual de governança corporativa da estatal (SILVA et al., 2009, p. 54).

Ao longo desses anos foram criadas diversas leis nacionais e internacionais no combate à corrupção - às quais a PETROBRAS se sujeita dependendo do país de constituição de suas ações societárias ou do local de realização de suas operações no Brasil e no exterior – destacando-se: a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), a “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a *Foreign Corrupt Practice Act – FCPA*, lei americana de 1977 que fornece um conjunto de disposições anticorrupção, com extensas exigências contábeis e o *United Kingdom Bribery Act*, que entrou em vigor em julho de 2011 e atualmente é uma das legislações anticorrupção mais rígidas do mundo.

Até então, a estrutura organizacional da PETROBRAS não contemplava uma área específica de governança, que se situava dentro da área Corporativa e de Serviços, que possuía uma subárea de “Organização, Gestão e Governança”. (PETROBRAS, 2013, p. 11).

Ocorre que, em março de 2014, a Operação Lava-Jato, uma operação conjunta da Polícia Federal e do Ministério Público Federal iniciada em 2009, revelou um dos maiores esquemas de corrupção do país com o objetivo de

desviar recursos da PETROBRAS por meio de diversas fraudes em seus procedimentos licitatórios. Falcão (2017) assim descreve o esquema estabelecido:

“De acordo com as informações obtidas no citado acordo de leniência, confirmadas por meio das colaborações premiadas e demais investigações, a partir de 2003-2004 um grupo de 9 empresas formou o chamado “clube as 9”, o qual foi ampliado, posteriormente, para 16 empresas (“clube das 16”), que, juntamente com funcionários da Petrobras e grupos políticos, se reuniam e definiam qual empresa venceria determinado procedimento licitatório da Petrobras e qual valor seria praticado por todos os licitantes. Ainda conforme o referido acordo, por volta de 2008/2009, foi criado o denominado “clube VIP”, formado por 5 empresas que, considerando o seu grande porte, exigiam a primazia para as grandes obras de montagem industrial “onshore”, ou seja, localizadas em terra (TCU, Acórdão 1583-2016- Plenário, 2016).” (FALCÃO, 2017, p. 169).

A companhia foi oficialmente reconhecida como “vítima” das irregularidades cometidas pelas empreiteiras e fornecedoras integrantes do cartel. No entanto, os acontecimentos revelaram a necessidade de a estatal aprimorar seu programa de integridade e compliance.

Assim, em 25 de novembro de 2014, a PETROBRAS criou a Diretoria de Governança, Risco e Conformidade. Além disso, diversas mudanças ocorreram em sua estrutura, tais como: reforma do Estatuto Social da Companhia com inclusão dos comitês de Auditoria, Remuneração e Sucessão, Estratégico e Financeiro; implantação de tomada de decisões por no mínimo dois gestores, a depender do limite da contratação; reestruturação da Ouvidoria-geral e a implantação do Programa de Prevenção da Corrupção (PPPC) (PETROBRAS, 2014, p. 179).

O PPPC foi lançado em dezembro de 2014 e estabelece mecanismos de prevenção, detecção e correção de atos não condizentes com as condutas estabelecidas pela companhia, sendo aplicável a todo e qualquer relacionamento da empresa. Dentre esses mecanismos, foi criado o processo de *Due Diligence* de Integridade, cujo objetivo é avaliar os riscos de integridade inerentes aos relacionamentos comerciais, com avaliação de perfil, histórico, reputação e práticas de combate à corrupção de fornecedores e investidores da empresa.

Como entidade integrante da Administração Indireta e sujeita aos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, a companhia é frequentemente questionada judicialmente sobre a legalidade do DDI. Surge aí a problemática do tema escolhido, quando o judiciário é instado a se manifestar sobre a legalidade do programa de integridade da companhia.

O presente trabalho pretende justificar a legalidade do *Due Diligence* de Integridade da PETROBRAS pela competência regulatória conferida pela

legislação anticorrupção e, posteriormente, pela lei das estatais, sob a perspectiva da *multi-level governance*.

Para o fim proposto o artigo será desenvolvido em quatro partes. O primeiro capítulo apresentará os fundamentos legais do *Due Diligence* de Integridade no relacionamento com terceiros. No segundo capítulo, descreverá detalhadamente o procedimento interno do DDI, no qual o objetivo é o de obtenção de um Grau de Risco de Integridade, o GRI. No terceiro capítulo será feita uma breve análise da jurisprudência. O quarto capítulo abordará a legalidade sob o ponto de vista da *multi-level governance*.

O DUE DILIGENCE DE INTEGRIDADE

O *Due Diligence* de Integridade - DDI tem por objetivo a prevenção, detecção ou mitigação de riscos em relacionamentos com terceiros. Para elaboração do programa, a empresa criou um procedimento de análise de riscos baseado nas diretrizes das três principais legislações anticorrupção às quais se submete: a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei n.º 12.846/2013), o *FCPA* norte-americano, e o *UK Bribery Act*. (PETROBRAS, 2019, p. 37).

Tanto a Lei n.º 12.846/2013, o *FCPA* e o *UK Bribery Act* responsabilizam as empresas por atos de corrupção praticados por terceiros em seu interesse ou benefício, algumas vezes sem distinção entre as atividades praticadas pela própria empresa ou por alguém agindo em seu nome.

Nesse ponto, Moreira Neto e Freitas afirmam que a Lei Anticorrupção Brasileira conferiu eficácia exógena ao princípio da moralidade administrativa, para regular também a atuação de pessoas jurídicas com a administração pública, que embora não estejam expressamente compreendidos no princípio da legalidade, se sujeitam ao princípio da moralidade administrativa. (MOREIRA NETO; FREITAS, 2014, p. 5)

A responsabilização por atos de terceiros na legislação brasileira decorre da interpretação do art. 5º, I, da Lei n.º 12.846/2013, segundo o qual constituem atos lesivos à administração pública “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”. Na lição de Zimmer (2013):

O dispositivo também emprega a expressão “direta ou indiretamente”, de modo que caberá a responsabilização da pessoa jurídica mesmo quando a conduta descrita seja praticada por terceira pessoa, em favor da pessoa jurídica, ou quando terceiros sejam utilizados como intermediários para recebimento de vantagens cujos destinatários finais sejam agentes públicos. Na esfera penal, tal menção seria desnecessária, já que o art. 29 do Código Penal brasileiro estende a responsabilidade penal ao coautor ou partícipe. (ZIMMER, 2013, p. 125)

Com efeito, a normatização anticorrupção nacional e internacional construiu uma estrutura de responsabilização por corrupção em que se torna imprescindível que as pessoas jurídicas adotem programas de integridade que contenham mecanismos de prevenção e controle de crimes de responsabilidade contra a administração pública praticados por terceira pessoa com as quais elas se relacionam. Inclusive, a adoção efetiva desses programas é levada em consideração na dosimetria ou até na isenção da responsabilização, na forma do art. 7º, inciso VIII da Lei nº 12.846/2013:

“Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

(...)

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”

Na mesma linha, item 2 da Seção 7 do *UK Bribery Act*, segundo o qual as empresas podem ser responsabilizadas pela conduta de suas empresas associadas, a menos que possam demonstrar que possuíam mecanismos adequados em vigor para prevenir tais condutas: “*but it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct*”¹.

Por sua vez, o art. 41 do Decreto nº 8.420/2015 define o conceito de programa de integridade:

“Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

A Controladoria Geral da União, em seu Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais (CGU, 2015, p. 61), elaborado a partir dos parâmetros estabelecidos na Lei nº 12.846/2013, no Decreto nº

¹Em tradução livre: Mas é uma defesa para C provar que C tinha em vigor procedimentos adequados concebidos para impedir que as pessoas associadas a C realizassem tal conduta.

8.420/2015 e na Portaria CGU nº 909/2015, orienta às estatais na adoção de programas de integridade em seus relacionamentos com terceiros:

“Nesse contexto, as empresas estatais devem adotar verificações prévias (*due diligence*) à contratação e medidas visando a supervisão de terceiros contratados, principalmente em situações de elevado perfil de risco à integridade. Essas medidas devem possibilitar, à estatal, reunir informações sobre a empresa que pretende ser contratada, bem como sobre seus representantes, incluindo sócios e administradores, de modo a certificar-se de que não há situações impeditivas à contratação, bem como a determinar o grau de risco do contrato, como veremos adiante, para realizar a supervisão adequada”.

Nesse sentido, o Guia prático do FCPA (2020, p. 23) destaca o DDI como uma das principais ferramentas para a redução de riscos de corrupção:

“Businesses may reduce the FCPA risks associated with third-party agents by implementing an effective compliance program, which includes due diligence of any prospective agents.”²

O *Bribery Act Adequate Procedures* se refere a adoção prévia e periódica de mecanismos de *Due Diligence* pelas pessoas jurídicas através de pesquisa, investigação, avaliação e monitoramento, com intuito de verificar a capacidade e efetividade dos programas de integridade das empresas com as quais se pretende estabelecer relações comerciais (TRANSPARENCY INTERNACIONAL UK, 2010, p. 66).

Assim, a responsabilização por atos de terceiros e a previsão de atenuantes legais em razão de constituição de programa de integridade, levaram a PETROBRAS a efetivar seu programa de *compliance* adotando os parâmetros de DDI com base nas referidas legislações, que eram as principais referências no momento de sua implantação, em agosto de 2015.

No entanto, a legislação anticorrupção nacional e internacional estabeleceu apenas parâmetros de DDI, a exemplo do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015³, que elenca os requisitos necessários para que um programa de integridade de uma pessoa jurídica seja considerado eficaz.

²Em tradução livre: As empresas podem reduzir os riscos da FCPA associados a agentes terceirizados implementando um programa de conformidade eficaz, que inclui a devida diligência de quaisquer agentes em potencial.

³“Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:
I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

O PROCEDIMENTO DE DUE DILIGENCE DE INTEGRIDADE - DDI E O GRAU DE RISCO DE INTEGRIDADE - GRI

O procedimento consiste na análise dos riscos de integridade aos quais a companhia pode ser exposta quando do relacionamento com terceiros, no qual o resultado é a atribuição de um Grau de Risco de Integridade – o GRI, sendo ele: alto, médio ou baixo. Sua execução é de competência da Gerência Executiva de Conformidade da Petrobras, que na estrutura organizacional da companhia está subordinado à Diretoria de Governança e Conformidade (DGC), sem vinculação hierárquica ou administrativa com a área de Suprimento de Bens e Serviços, responsável pelos procedimentos licitatórios.

-
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
 - III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
 - IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
 - V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
 - VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
 - VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
 - VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
 - IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
 - X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
 - XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
 - XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
 - XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
 - XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
 - XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e
 - XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.”

O procedimento é baseado nas seguintes etapas: (i) Etapa 1 - Aplicação do Questionário de Due Diligence de Integridade com o objetivo de coletar informações relacionadas ao perfil da empresa; (ii) Etapa 2 - Realização de pesquisas a fontes abertas - A pesquisa a fontes abertas visa identificar informações relevantes não coletadas ou confirmar informações prestadas na aplicação do Questionário de DDI, e (iii) Etapa 3 - Avaliação do Grau de Risco de Integridade (GRI) - Os fatores de riscos eventualmente identificados com base na análise das informações coletadas nas etapas 1 e 2 são confrontados com as evidências documentais de existência e aplicação de mecanismos e procedimentos de integridade, a fim de avaliar a efetividade das medidas de prevenção e remediação mantidas pela empresa.

Os fatores de risco levados em consideração na Etapa 3 estão relacionados a critérios estabelecidos de acordo com o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção e na Portaria CGU nº 909/2015, que dispõe sobre a avaliação dos programas de integridade de pessoas jurídicas.

Os mecanismos de avaliação levam em consideração a existência e aplicação de mecanismos de prevenção, detecção e correção de irregularidades de atos de corrupção, compatíveis ao porte da empresa. Essa verificação é feita através da análise de código de conduta, programas de treinamento, existência de canais de comunicação para recebimento de denúncias e avaliação de programas de integridade.

Os graus de integridade levam em consideração a avaliação conjunta das etapas 1, 2 e 3 e serão atribuídos de acordo com a existência ou não de fatores de risco nas etapas 1 e 2 pela análise das evidências documentais sobre mecanismos de prevenção, detecção e correção de irregularidades, levando em consideração sua existência e aplicação, a seguir.

A primeira hipótese ocorre quando identificado algum fator de risco na etapa 3, sem nenhuma intercorrência nas etapas 1 e 2, onde teremos: (i) GRI Baixo para empresas que comprovem efetiva existência e aplicação de mecanismos; (ii) GRI baixo ou médio, a depender do perfil, para empresas que comprovem a existência, porém a não aplicação de mecanismos e (iii) GRI médio para empresas que não apresentem nenhuma evidência.

A segunda hipótese se dá quando identificado algum fator de risco nas etapas 1 e 2, onde teremos: (i) GRI Médio para empresas que comprovem efetiva existência e aplicação de mecanismos; (ii) GRI Médio ou Alto, a depender da quantidade e natureza dos riscos, para empresas que comprovem a existência, porém a não aplicação de mecanismos e (iii) GRI Alto para empresas que não apresentem nenhuma evidência.

O art. 4, §4º do Regulamento de Licitações e Contratos da PETROBRAS – RLCP dispõe que “as Partes Interessadas às quais seja atribuído grau de risco

de integridade alto não poderão participar de procedimentos de contratação com a PETROBRAS, salvo exceções previstas em normas internas da Companhia”. (PETROBRAS, 2020, p. 5). O Conteúdo do Edital, divulgado no site da companhia voltado a seus fornecedores, indica que as exceções são aquelas previstas em lei para os casos de inaplicabilidade, dispensa ou inviabilidade de competição, além dos casos de licitações para alienação de bens⁴.

Como se pode notar, o DDI é uma forma de atuação essencialmente preventiva e não visa sancionar ou punir empresas, existindo, para tal fim, procedimentos específicos, como o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) também previsto na Lei nº 12.846/2013.

Posteriormente, a Lei nº 13.303/2016 corroborou as práticas preventivas de mitigação de riscos adotadas pelo GRI em seu art. 64:

Art. 64. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

OS QUESTIONAMENTOS JUDICIAIS SOBRE A LEGALIDADE DO DDI

Desde a sua implantação, o DDI foi objeto de questionamento no judiciário, onde, em geral, é questionada a sua aplicação com base no Princípio da Legalidade, onde nos termos do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal

⁴Conforme descrito no art 4º, § 3º do RLCP, as empresas com GRI alto não poderão participar de procedimentos de contratação, salvo nos seguintes casos de exceção:

I - Inaplicabilidade de Licitação, prevista no Art. 28, § 3º da Lei nº 13.303/2016;

II - Dispensa de Licitação, nas hipóteses descritas no Art. 29, V, VIII, X, XI, XIII, XV, XVI, XVII, e XVIII da Lei nº 13.303/2016;

III - Inviabilidade de competição, devidamente demonstrada, nos termos da Lei e do Regulamento;

IV - Licitações para alienação de bens”.

Divulgado em <https://canalforneceador.petrobras.com.br/pt/o-funcionamento-de-uma-licitacao/conteudo-do-edital/#ddi>.

de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O objetivo do presente capítulo é entender como o poder judiciário se comporta quando é provocado a se manifestar sobre sua legalidade, e, ao mesmo tempo, se a política de integridade da companhia é vista como uma ferramenta de regulação válida e eficaz.

Foi feito levantamento feito por meio da seção de jurisprudência do site oficial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. A escolha pelo TRF 2 foi em razão deste abranger o território da sede da PETROBRAS, no estado do Rio de Janeiro, onde se concentram o maior número de licitações. A pesquisa foi feita no mês de maio de 2021, utilizando-se do termo de busca “GRI e PETROBRAS”, sem filtro temporal das decisões.

Dentre os 11 (onze) julgados obtidos como resultado, foram selecionados apenas aqueles em que foi efetivamente analisada a aplicação do GRI, excluindo-se aqueles que tratavam de questões de conhecimento do recurso, os quais analisamos detalhadamente abaixo:

1 - Apelação Cível nº 0035486-47.2018.4.02.5101/RJ: No caso foi dado provimento à Apelação da PETROBRAS, reconhecendo-se a legalidade do critério de integridade com base na Lei nº 13.303/2016, na Lei nº 12.846/2013, no Decreto nº 8.420/2015 e no RLCP (Regulamento de Licitações e Contratos da PETROBRAS).

2 - Apelação Cível nº 5066469-07.2019.4.02.5101/RJ: Foi mantida sentença que reconheceu a legalidade do critério de integridade com base na Lei nº 13.303/2016, na Lei nº 12.846/2013, no Decreto nº 8.420/2015 e no RLCP (Regulamento de Licitações e Contratos da PETROBRAS).

3 - Apelação Cível nº 5026062-56.2019.4.02.5101/RJ: O recurso manteve a sentença que reconheceu a legalidade aplicando o precedente da 8ª Turma Especializada do TRF 2 no julgamento do 0035486-47.2018.4.02.5101.

4 – Remessa Necessária Cível nº 0059651-61.2018.4.02.5101/RJ: Trata-se de Remessa Necessária na qual foi mantida decisão que concedeu a ordem requerida em Mandado de Segurança impetrado em desfavor da PETROBRAS para assegurar a participação de empresa em processo de contratação na modalidade carta-convite, do qual não havia recebido convite para participação em razão de seu GRI alto. No entanto, a decisão reconhece expressamente a validade do GRI com base no precedente a 8ª Turma Especializada do TRF 2ª Região no julgamento do 0035486-47.2018.4.02.5101, mas concede a ordem em razão da ausência de uma delimitação de prazo, por parte da PETROBRAS, para análise do requerimento do impetrante.

Da análise dos casos, verifica-se que o Tribunal reconhece a legalidade do GRI em todas as suas decisões que analisaram o mérito. Exceto por uma, todas as decisões confirmaram o posicionamento adotado na sentença, somente na Apelação Cível nº 0035486-47.2018.4.02.5101 o Tribunal deu provimento ao recurso para reformar a decisão de 1ª instância, e esse foi um dos casos mais emblemáticos em razão da repercussão na imprensa.

A empresa impetrante do Mandado de Segurança, a Convida Refeições, estava sendo investigada há época por suposta participação no esquema da “máfia da merenda”.

A PETROBRAS havia classificado o GRI da empresa como alto, fundamentando que: a carteira de clientes da Convida estava concentrada no poder público, não houve comprovação da empresa com relação a procedimentos internos de apuração nos casos de fraude objeto de investigação da polícia federal e quanto à existência de programa de integridade no relacionamento com terceiros.

O Mandado de Segurança foi impetrado pela Convida objetivando a participação em licitação da PETROBRAS para fornecimento de alimentação em plataformas de petróleo. Em 05 de abril de 2018, o Juiz da 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro concedeu a liminar entendendo que ainda que se reconheça como benéfica e positivas a adoção de mecanismos de *compliance* pela companhia, o ordenamento jurídico brasileiro não proibia a participação em licitações de empresas que não adotassem tais medidas. Posteriormente, o Juiz confirmou a liminar na sentença, consignando que:

“No ponto, é irrelevante o fato de o GRI da sociedade ser alto. Tal requisito não consta no rol taxativo do art. 38 da Lei n.º 13.303/2006 como um dos impeditivos de participar de licitações e/ou de contratar com as entidades estatais. Sem que a Petrobras tenha apresentado prova concreta a indicar a presença do nome da impetrante no CEIS - Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - ou no CNEP - Cadastro Nacional de Empresas Punidas (art. 43 e 45 do Decreto n.º 8.420/2015), revela-se arbitrária a conduta de impedir a última de participar da licitação em questão, estando cumpridos os requisitos estipulados na regra do art. 22, §3º, da Lei n.º 8.666/93. Correta, portanto, a tese da demandante nessa parte.”

A decisão claramente não reconheceu a legalidade do programa de integridade com base em *Due Diligence* da companhia, entendendo que ela não poderia impedir a contratação de terceiros com base em adoção de programas de *compliance* por estes, em razão de ausência de previsão nas Leis nº 13.303/2016 e 8.666/1993.

Não obstante o fato de que a Lei nº 8.666/1993 não se aplicava à PETROBRAS, que antes da Lei nº 13.303/2016 tinha suas contratações regidas

pelo Decreto nº 2.745/1998, observa-se que a decisão não analisou a legalidade do ponto de vista da legislação anticorrupção – Lei nº 12.846/2013.

Em apelação, o TRF da 4 Região reformou a sentença. Em um primeiro momento, o acórdão analisa o fundamento da sentença com relação a aplicação do art. 38 da Lei nº 13.303/2016, reconhecendo que seu enunciado não abrange, efetivamente, a possibilidade de se exigir um programa de integridade por parte da candidata na forma descrita no Decreto nº 8.420/2015:

“O art. 38 da Lei 13.303, de 30.06.2016 - Lei das Estatais, marco regulatório que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do DF e dos Municípios - veda expressamente a participação da empresa pública ou sociedade de economia mista em licitações e contratações em diversas hipóteses, dentre as quais a hipótese de haver a interessada sido "suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista" (inciso II) ou quando houver sido ela "declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção". O dispositivo não contempla, de fato, a hipótese em que se verifique, nas políticas e normativos internos da interessada, a ausência de um programa de integridade nos moldes previstos no art. 41 do Decreto 8.420/15, com foco em prevenção, detecção e correção de atos de fraude e/ou corrupção. Tampouco foi contemplada nas disposições expressas do dispositivo a hipótese na qual esteja sendo alvo de investigações o envolvimento da interessada em esquema criminoso, como no caso sob exame.”

Em segundo, o acórdão salienta que a Lei das Estatais e a Lei Anticorrupção fundamentam o Regulamento de Licitações e Contratos da PETROBRAS – RLCP, na parte em que institui o Due Diligence e restringe a participação de terceiros em procedimentos licitatórios apoiadas em verificações de grau de risco de integridade:

“Não resta dúvida, assim, que as disposições da atual Lei das Estatais, editada em harmonia com os ditames da Lei 12.846/2013 ("Lei Anticorrupção"), em especial os seus artigos 63 a 65, embasam e respaldam as normas do Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás (RLCP) que prevêem a atribuição de um Grau de Risco de Integridade (GRI) aos fornecedores da Petrobrás como uma das etapas da chamada Due Diligence de Integridade (DDI), "procedimento que visa a conhecer e avaliar os riscos de integridade aos quais a Petrobrás pode estar exposta, nos seus relacionamentos comerciais, com base na avaliação do perfil, do histórico, da reputação e das práticas de combate à corrupção dos nossos fornecedores" com a finalidade de compor critérios de seleção de fornecedores a serem convidados para participar de licitações na Petrobrás, no bojo das ações contínuas de prevenção, detecção e correção de atos de fraude e corrupção contempladas no Programa Petrobrás de Prevenção à Corrupção (PPPC) a que se refere o art. 41 do Decreto 8.420/15, que regulamentou a "Lei Anticorrupção".”

Note-se que o TRF da 2ª Região não reconhece a legalidade do DDI a partir do campo da legalidade estrita, mas sim a partir da delegação da regulamentação dos programas de integridade das estatais conferida pelas Leis nº 13.303/2016 e 12.846/2013, nos moldes estabelecidos pelo art. 41 do Decreto nº 8.420/2015. Esse aspecto da delegação da competência normativa para o ente regulado, reconhecendo-o como partícipe na formulação das políticas públicas, é um dos pontos da teoria da *multi-level governance*, que abordaremos a seguir ao analisar a legalidade do DDI sob a perspectiva dessa teoria.

A LEGALIDADE DO DUE DILIGENCE DE INTEGRIDADE SOB A ÓTICA DA MULTI-LEVEL GOVERNANCE

O conceito surgiu nos estudos de integração Europeia e Relações Internacionais e parte da ideia de que sistemas de *multi-level governance* são caracterizados por relações multiníveis, verticais e horizontais com a participação de atores governamentais ou não-governamentais, públicos e privados, individuais ou coletivos na participação da elaboração de políticas. (HASSEL, 2010, p. 153)

Os atores privados participam da formulação das políticas, assumindo o papel de especialistas, facilitadores de bens públicos e reguladores privados. Essa é a razão da mudança de enfoque passar do “governo” para a “governança”. (HASSEL, 2010, p. 153)

Assim, a *multi-level governance* refere-se tanto ao aumento da interdependência entre os governos, operando em diferentes níveis territoriais, quanto à crescente interdependência entre governos e atores não governamentais em vários níveis territoriais, com um comportamento mais autônomo e menos hierarquizado dos atores, passando ao largo do modelo de comando e controle. (KING, 2007, p. 19).

Bindilatti (2020) defende a aplicação da *multi-level governance* aos programas de integridade pública:

“A despeito de todas as incertezas e dificuldades, não deixa de ser uma vertente da governança pública que chama especial atenção no campo das políticas públicas. O seu estabelecimento em multiníveis poderia promover uma maior segurança nas decisões, que estaria consubstanciada na especialização e no refinamento estratégico.

A sua arquitetura poderia, inclusive, ser desenvolvida dentro dos programas de integridade pública, utilizando-se de todo o instrumental institucional já existente, mas organizando a gestão pública a partir de uma governança de multinível, ou, ao menos, apresentando diretrizes para que órgãos e instituições o façam dentro de cada realidade setorial específica.

Com isso, além das questões já abordadas, uma arquitetura jurídica dos programas de integridade pública fundamentada no *multi-level governance*

ou governança de multiníveis traria ao compliance público uma justificação no campo democrático fundamentada na eficiência.

Sim, porque, a coparticipação é instrumento de uma democracia dialética que busca o consenso e o “entendimento” para produção do enforcement no campo jurídico (HABERMAS, 2012), bem como a especialização e o amadurecimento de decisões fundamentais no plano das políticas públicas. Nessa linha, o compliance público, arquitetando a governança de multiníveis, teria um vasto campo de atuação e justificação. Quer concedendo diretrizes, quer estabelecendo a própria estrutura funcional, a flexibilidade do instituto do multi-level governance e a dialeticidade do compliance público permitiriam um diálogo substancial entre os dois institutos.” (BINDILATTI, 2020, p. 16).

No caso, a PETROBRAS é uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, integrante da administração pública indireta, cujo regime jurídico pode ser considerado como híbrido, pois a companhia é pessoa jurídica de direito privado e se sujeita aos princípios e regras constitucionais a ela aplicáveis. Essa pluralidade de regimes – público e privado, governamental e não governamental, encontra na *multi-level governance* uma abordagem de regulação mais moderna e adaptada a realidade de mercado globalizada da companhia, reforçando a “especialização” e o “refinamento estratégico” citados por Bindilatti (2020, p. 16).

As obrigações de compliance as quais a PETROBRAS se submete são dinâmicas, estão em constante evolução, razão pela qual sua política de integridade deve estar sendo constantemente revista e atualizada, devendo ser reconhecido o papel da companhia em conceber e implementar políticas públicas para combater a corrupção.

Mas o papel de ente regulador da companhia não se resume a sua política de integridade, pois todos os seus mecanismos de produção e aplicação de políticas públicas, tais como diretrizes, códigos e regulamentos internos são formas de regulação, como por exemplo: seu Código de Ética, o Código de Boas Práticas, o Regulamento de Licitações e Contratos da PETROBRAS – RLCP e o Guia de Conduta Ética para fornecedores.

Podemos afirmar, inclusive, que no exercício da regulação, a companhia exerce a atividade de *enforcement*, que se daria, por exemplo, no caso de uma instauração de PAR – Processo Administrativo de Responsabilização. No caso, a Lei nº 12.846/2013, em seu artigo 8º, conferiu competência administrativa aos órgãos ou entidades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, neles incluindo-se as Sociedades de Economia Mista, para instauração, julgamento e aplicação de sanção pela prática de atos contra a administração pública.

Por outro lado, podemos identificar características da teoria da *multi-level governance* na legislação quando observamos a delegação da atividade regulatória, em especial no tocante à adoção de programas de integridade, como

observamos no parágrafo único do art. 41 do Decreto nº 8.420/2015 que dispõe que:

“Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

Do mesmo modo, a Lei nº 13.303/2016 também delega função normativa reguladora em seu art. 9º, ao instituir que “a empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno”.

Ao nos depararmos com essa autorização legal da transferência da competência reguladora, podemos afirmar que o judiciário não pode se limitar a analisar a governança regulatória no campo da legalidade estrita. Nesse sentido, o entendimento do professor Márcio Iório Aranha sobre a legalidade no contexto da regulação:

“No contexto da regulação, o respeito à legalidade apresenta dois sentidos: a) submissão do órgão ou ente da Administração responsável pela emissão de regulamentos setoriais à correspondente lei definidora de competências; b) respeito aos dispositivos emanados de normas legais ou regulamentares. Este último entendimento ameniza a enraizada polêmica da existência de conflito entre a legalidade e o poder regulamentar, viabilizando o modelo atual de escala industrial de produção de regulamentos por órgãos reguladores. Note-se que não há aqui apologia à produção em escala de regulamentos, mas justificação do modelo de regulação instaurado no Brasil perante o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988[503]: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O termo lei aqui referido não pode ser compreendido no seu sentido mais estrito e isso não é nenhuma novidade ou argumentação puramente doutrinária: é a própria prática do sistema constitucional brasileiro aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.”
(ARANHA, 2018, p. 234)

Reconhecida a legalidade do *Due Diligence de Integridade* da PETROBRAS, podemos concluir que, apesar de não ter sido expressamente adotada pela Lei das Estatais e pela Lei Anticorrupção e seu Decreto Regulamentador, podemos encontrar traços da *multi-level governance* em ambos. Sem dúvidas, a teoria acompanha a dinamicidade da economia e do saber técnico-científico que impõem uma readequação do princípio da legalidade. (OTHON, 2018, p. 228).

CONCLUSÃO

A pesquisa jurisprudencial demonstrou que a maioria das decisões entende pela legalidade da política de *Due Diligence* de Integridade da companhia. No entanto, as decisões não abordam a legalidade do ponto de vista da teoria jurídica da regulação, razão pela qual a pesquisa traz uma reflexão sobre a legitimidade da PETROBRAS como agente regulador sob o paradigma da *multi-level governance*.

Levando em consideração a pesquisa realizada, tem-se que a legalidade da política de compliance da companhia, em especial do DDI, encontra guarida na teoria da *multi-level governance*, onde se busca maior reconhecimento e flexibilidade dos atores participantes da construção das políticas públicas.

O estudo não esgota o assunto, pois a análise pode ser estendida para toda governança regulatória no âmbito da administração direta e indireta e sob a perspectiva de outras teorias da regulação, bem como da nova lei de licitações, a Lei nº 14.133/2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório*. 4. ed. Londres: Laccademia, 2018.

BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU). **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 147–182, 2019

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais: Orientações para a Gestão da Integridade nas Empresas Estatais Federais*. 2015.

FALCÃO, F. A. da S. Análise dos casos de corrupção na Petrobras sob a ótica dos princípios regulatórios propostos por Joseph Stiglitz. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 3, n.1, p. 165-182, maio de 2017.

FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Second Edition. Julho/2020

HASSEL, ANKE. Multi- level governance and organized interests **1. Handbook on multi-level governance**. Janeiro. 2010.

ALEGRETTI, S. *A legalidade do DDI – Due Diligence de Integridade da PETROBRAS com base na doutrina da Multi-level governance*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7 nº 2, p. 157-174, outubro 2021.

- KING, Roger. *The Regulatory State in an Age of Governance: Soft Words and Big Sticks*. Houndsmills, Basingstoke, Hampshire, UK: Palgrave Macmillan, 2007.
- LOPES, Othon Azevedo. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 12, n.156, p. 09-20, fev. 2014
- PETROBRAS. *Relatório de Sustentabilidade*. 2013. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/apresentacoes-relatorios-e-eventos/relatorios-anuais/>>. Acesso em 15 abril 2021.
- PETROBRAS. *Formulário 20-F*. 2014. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/apresentacoes-relatorios-e-eventos/relatorios-anuais/>>. Acesso em 15 abril 2021.
- PETROBRAS. *Carta Anual de Políticas Públicas e de Governança Corporativa*. 2019. Disponível em: <https://mz-prod-cvm.s3.amazonaws.com/9512/IPE/2020/17c21894-ce94-49e7-bb77-c624d9478984/20200828234941070546_9512_789225.pdf>. Acesso em 31 maio de 2021.
- PETROBRAS. *Regulamento de Licitações e Contratos da PETROBRAS*. 2020. Disponível em: <https://canalfornecedor.petrobras.com.br/media/filer_public/ab/66/ab66eb44-7cb9-4e0f-89b3-778e8ca5dd54/rlcp_rev_3_portugues.pdf>. Acesso em 31 maio de 2021.
- SILVA, KARINA LIMA DA; OLIVEIRA, MARCELLE COLARES; DE, MARCIA MARTINS MENDES; ARAÚJO, OSÓRIO CAVALCANTI. A Implementação dos Controles Internos e do Comitê de Auditoria Segundo a Lei SOX: o Caso Petrobras. **Revista Contabilidade Vista & Revista**, Belo Horizonte, v. 20, N.3, p. 39-63, jul/set 2009.
- TRANSPARENCY INTERNACIONAL UK. *The 2010 UK Bribery Act Adequate Procedures*. Disponível em: <https://www.transparency.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/Ad_equate_Procedures_-_Guidance_to_the_UK_Bribery_Act_2010.pdf> Acesso em 15 abril de 2021.

ZIMMER, Aloísio. *Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

**Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório**

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsrr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>