

**TRABALHO DE CONCLUSÃO
DE CURSO**

ITAIPU E O COMBATE À CORRUPÇÃO

Elaborado por:

Gianna Carla Rubino Loss Garcia

**Trabalho de Conclusão de Curso de
MBA do Setor Elétrico**

Prof. Orientador:

Fabiano Simões Coelho

Curitiba / 2018

GIANNA CARLA RUBINO LOSS GARCIA

ITAIPU BINACIONAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO:
o necessário aprimoramento das práticas e da estrutura de governança corporativa
da entidade

Fabiano Simões Coelho, PhD

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso MBA do Setor Elétrico de Pós-
Graduação *lato sensu*, Nível de Especialização,
do Programa FGV Management como pré-
requisito para a obtenção do título de
Especialista TURMA 001/16

Curitiba - PR
2018

O Trabalho de Conclusão de Curso

**ITAIPU BINACIONAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO:
o necessário aprimoramento das práticas e da estrutura de governança
corporativa da entidade**

elaborado por Gianna Carla Rubino Loss Garcia e aprovado pela Coordenação Acadêmica foi aceito como pré-requisito para a obtenção do MBA do Setor Elétrico Curso de Pós-Graduação *lato sensu*, Nível de Especialização, do Programa FGV Management.

Data da aprovação: _____ de _____ de _____

Coordenador Acadêmico
Prof. Fabiano Simões Coelho, Ph.D.

Professor orientador
Prof. _____

DECLARAÇÃO

Declaro que os dados utilizados neste Trabalho de Conclusão de Curso referentes à Empresa ITAIPU BINACIONAL, foram obtidos a partir da divulgação da própria empresa em fontes publicamente disponíveis. Além disso, este trabalho é de cunho estritamente acadêmico, não servindo de base para quaisquer tomadas de decisão econômica por parte de seu usuário.

Curitiba, 13 de outubro de 2018

Gianna Carla Rubino Loss Garcia

TERMO DE COMPROMISSO

O aluno Gianna Carla Rubino Loss Garcia, abaixo-assinado, do Curso MDA Setor Elétrico do Programa FGV Management, realizado nas dependências da instituição conveniada ISAE, no período de novembro de 2016 a outubro de 2018, declara que o conteúdo do trabalho de conclusão de curso intitulado: ITAIPU BINACIONAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO é autêntico, original, e de sua autoria exclusiva.

Curitiba, 13 de outubro de 2018

Gianna Carla Rubino Loss Garcia

Sumário

1. CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	08
2. CAPÍTULO II – REFERENCIAL TEÓRICO	11
2.1 Dos custos de agência e a corrupção	11
2.2 Governança Corporativa nas empresas criadas e geridas com recursos públicos	14
2.3 Compliance nas organizações empresariais como medida anticorrupção	17
2.3.1 Dos atos de corrupção	17
2.3.2 Do marco global anticorrupção	20
2.3.3 Elementos de um programa de compliance	24
3. CAPÍTULO III - A ITAIPU BINACIONAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO	30
3.1 A ITAIPU: origem e natureza jurídica	30
3.2 Da estrutura de governança corporativa da ITAIPU	35
4. CAPÍTULO IV - ANÁLISE DO CASO: Proposta de aprimoramento das práticas e estrutura de governança da ITAIPU	43
4.1. Dos critérios objetivos para indicação dos integrantes do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva da ITAIPU	43
4.2. Da criação do Conselho Fiscal na ITAIPU	45
4.3 Da implantação do Programa de <i>Compliance</i> na ITAIPU	47
5. CAPÍTULO V - CONCLUSÃO	51
6. CAPÍTULO VI - BIBLIOGRAFIA	53

RESUMO

Os notórios escândalos de corrupção relativos às empresas criadas e geridas com recursos públicos tornam necessária a revisitação do seu sistema de governança corporativa e dos critérios de tomada de decisão, de modo a minimizar os riscos de não alinhamento dos interesses da alta administração na condução do negócio à finalidade precípua para a qual a empresa foi constituída, ou seja, ao atingimento do interesse público envolvido. Fortalecimento do controle interno, através da implantação de um programa de *compliance* efetivo, nomeação dos dirigentes baseada em critérios objetivos e de habilitação técnica para o cargo, criação de Conselho Fiscal permanente e independente, procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas, a tempestiva remediação dos danos gerados e punição dos infratores, são mecanismos que possibilitarão minimizar conflitos e custos de agência na ITAIPU, com o fortalecimento da cultura organizacional baseada na ética e na transparência.

Governança Corporativa – *Compliance* – Combate à corrupção – ITAIPU Binacional.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Analisar-se-ão no presente trabalho monográfico os mecanismos de controle adotados pela Itaipu com vistas ao combate à corrupção e à redução dos conflitos de agência, especialmente quanto ao seu sistema atual de governança corporativa, bem como as oportunidades de aprimoramento, levando-se em consideração a estrutura societária delimitada no Tratado de Itaipu, celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai em 26 de abril de 1973, no exercício pleno de suas soberanias, para o Aproveitamento Hidrelétrico dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países.

Têm sido correntes os escândalos envolvendo operações fraudulentas com o dinheiro público, em montantes vultuosos, envolvendo dirigentes de empresas privadas e/ou agentes públicos, na busca de benefícios pessoais ou para terceiros, conforme notícias veiculadas diariamente na mídia¹. A percepção da sociedade brasileira é que a corrupção está disseminada nas instituições em níveis intoleráveis, principalmente nas instituições criadas e geridas com recursos públicos, decorrente da tamanha sensação de impunidade entre os corruptos e corruptores². A edição de 2018 da pesquisa global de fraude publicada pela consultoria Ernest Young dá ao Brasil a pior colocação do mundo na pergunta que captura a opinião de executivos acerca da incidência de corrupção no país (96% dos entrevistados ainda acreditam que a corrupção é prática de negócios que ocorre de forma ampla no país)³.

¹Cita-se como exemplos: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/voce-tira-r-92-do-bolso-por-ano-para-financiar-as-estatais-saiba-por-que-1gcv2toomk7d9rxjk8k0kjsj/>
<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/estatais-a-disneylandia-da-corrupcao-eiqgdjlgq0l4deu3msjlehqx/ampggp>

<https://veja.abril.com.br/economia/odebrecht-pagara-r-162-milhoes-a-eletobras-em-acordo-de-leniencia/>; <https://veja.abril.com.br/politica/defesa-de-lula-alega-falta-de-provas-e-pede-absolvicao-no-caso-do-sitio/>; https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/23/internacional/1543009671_306516.html
<https://istoe.com.br/estrutura-criminosa-do-governo-dilma/>;

<https://blogdadadania.com.br/2018/02/estudo-diz-que-corrupcao-cresceu-apos-dilma-cair/>

² Segundo ANDRADE, em pesquisa realizada em dados coletados pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), pela Organização Transparência Internacional (TI), pelo Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (IBOPE) e pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), restou demonstrada “a fragilidade das instituições democráticas nesses últimos anos, com destaque ao descrédito do povo brasileiro às entidades políticas e ao cumprimento das leis brasileiras, evidenciando a infeliz premissa de que os brasileiros enxergam cada vez menos razões éticas para seguir as leis, descumprindo-as facilmente, sob o pretexto da impunidade, e esse fato social consolida a vulnerabilidade do Estado Democrático de Direito”. (in ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.174).

³ https://www.ey.com/Publication/vwLUAssetsPI/fraud_survey/%24FILE/PB_Fraud_Survey_PT.pdf.

O tema corrupção acompanha a história do Brasil desde a época do Império, como se pode inferir do Código Criminal do Império que, em 1830, “*considerava peita o pagamento em dinheiro ou donativo (artigo 130) e suborno o tráfico de influência (artigo 133), havendo para os magistrados corruptos um tipo penal especial (art. 131)*”⁴. Já o Código Penal de 1940, atualmente em vigor, prevê como crimes a corrupção ativa e a corrupção passiva (artigos 333 e 317, respectivamente). Todavia, conforme salienta PASSOS DE FREITAS, “*o Brasil de 1940 nada tem a ver com o atual. Corrupção havia, mas em níveis bem mais modestos. Os que apreciavam uma vantagem indevida eram em número menor e menos gulosos. (...) Aqueles tempos nada tem a ver com o que se passa no Brasil, em tempos mais recentes. A corrupção era muito menor. No atual milênio, ela cresceu assustadoramente e os valores passaram a exigir vários dígitos nos computadores.*”⁵

A despeito de corrupção ser um tema antigo, possui novas características, as quais estão a exigir reflexões aprofundadas, inclusive diante da mudança cultural existente na sociedade brasileira, que “*pesquisa, cobra, reage, difunde atos que são contra a própria sociedade*”⁶, e reclama maior transparência dos atos de gestão dos recursos públicos e comportamento adequado de seus servidores, administradores e políticos.

Segundo os ensinamentos de SROUR, “*vivemos num momento de transição histórica que põe em xeque valores e normas morais até então consensuais*”, decorrentes da revolução digital, da globalização, da passagem de um capitalismo excludente para um capitalismo competitivo planetário e para um Estado regulador, ao invés de um Estado dirigista, bem como a superação de uma sociedade industrial que passa a ser uma sociedade da informação (com a diversificação e explosão da mídia e da internet e o alto impacto que as informações veiculadas nas notícias possuem na imagem e reputação das empresas e das pessoas). O autor cita, ainda, como determinante para a transfiguração histórica atualmente presenciada “*o forte*

⁴ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Os desafios do crime de corrupção em 2019. <https://www.conjur.com.br/2018-dez-16/desafios-crime-corrupção-2019>.

⁵ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Os desafios do crime de corrupção em 2019. <https://www.conjur.com.br/2018-dez-16/desafios-crime-corrupção-2019>.

⁶ PERAZZO, Alberto Augusto. A contribuição da Governança corporativa para melhorar os padrões éticos das organizações e a qualidade das relações comerciais. In Governança corporativa e a criação de valor. Coord. Joaquim Rubens Fontes Filho, Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p.67.

*declínio da credibilidade do Parlamento, do Judiciário, das Forças Armadas, da Igreja, da Escola, do Governo, da Polícia*⁷.

Como combater eficazmente a corrupção, tão arraigada em todas as esferas institucionais? Como garantir que os dirigentes e integrantes da Alta Administração das entidades públicas se pautem unicamente pelo interesse coletivo e não façam dos cargos mero subterfúgio para se locupletarem ilicitamente?

A Itaipu, por ser entidade binacional sem finalidade lucrativa, instituída a partir de um Tratado Internacional com recursos públicos dos dois países signatários, não sendo, portanto, submetida às legislações de controle e transparência aplicáveis à gestão pública brasileira nem à paraguaia, a exemplo do Tribunal de Contas da União ou da *Contraloria de Cuentas*, bem como ser a maior geradora de energia elétrica do mundo em produção, configura-se como um terreno fértil para a prática de atos de corrupção.

Veja-se que cada uma das Altas Partes Contratantes que instituíram Itaipu possui suas próprias normas legais internas, não se podendo pretender a submissão da Itaipu à norma interna de um dos Estados, sob pena de ofensa direta à soberania da outra Nação. O Tratado de Itaipu estabelece as normas que regem a binacional (artigo III do Estatuto da Itaipu, Anexo III do Tratado), conjugando e principalmente compatibilizando as leis internas dos dois Estados contratantes.

Todavia, as características peculiares da ITAIPU não desnaturam a existência de conflitos de agência próprios de uma organização criada com recursos públicos, cujos dirigentes são nomeados politicamente, indicando a necessidade de aprimorar o seu modelo de governança que integre a atuação das diversas áreas da Empresa e implante mecanismos de controle interno para, de fato, prevenir, detectar e coibir a prática de atos ilícitos lesivos ao patrimônio da Entidade, preservando os recursos de condutas de corrupção.

Diante do exposto, estudar-se-á, no presente trabalho as estruturas de governança corporativa existentes na ITAIPU e os novos modelos e mecanismos de avaliação de conformidade e fiscalização, assim como previsão de procedimentos para a adequada e tempestiva punição de atos corruptivos, os quais ora se sugere sejam implementados.

⁷ SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.16/17.

CAPÍTULO II

REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Dos custos de agência e a corrupção

Conforme relata SILVA, “a crise econômica de 1929, que acarretou grandes perdas para investidores, e o surgimento das grandes corporações levaram à desconcentração da propriedade e à criação de um novo modelo de controle empresarial, em que o principal, o titular da propriedade, delega ao agente o poder decisão sobre essa propriedade.”⁸.

Davis e Thompson, citados por ANDRADE, sugerem que:

*“a revolução gerencial das companhias no século XX, resultante da separação entre propriedade e da direção, transferiu o controle efetivo dos acionistas para os gerentes profissionais. Originalmente condutores e controladores dos negócios, os acionistas tornaram-se uma massa não organizada e afastada da administração diária das companhias, desenvolvendo-se, então, como premissa básica um novo comportamento, claramente sinalizado no mercado de capitais: os acionistas tornaram-se especialistas em avaliar os resultados comparativos das corporações e aplicar os seus recursos naquelas que proporcionassem os melhores retornos, enquanto os gestores deveriam especializar-se nos negócios que lhes foram confiados, para maximizar o retorno total de longo prazo dos investidores, mantendo-os assim permanentemente interessados em financiar as operações e os propósitos de expansão.”*⁹

A partir do momento em que aparecem dois ou mais papéis dentro da companhia, com a separação entre a propriedade e a gestão das empresas, “gravitarão assim decisões que poderão estar em oposição: as que maximizam o retorno total dos acionistas e as que maximizam o interesse dos gestores”¹⁰. Assim, “uma vez que os interesses do primeiro nem sempre estão alinhados aos do último, podem ocorrer conflitos de agência. Uma das teorias desenvolvidas para solucionar tais conflitos foi a teoria da agência, formalizada por Jensen e Meckling, que também desenvolveram um modelo de custos de agência para os acionistas”¹¹.

Veja-se que, na teoria da agência, “as sociedades são concebidas como uma rede de contratos, explícitos e implícitos, os quais estabelecem as funções e definem os direitos e deveres de todos os participantes - principal e agente, este se

⁸ SILVA. André Luiz Carvalhal da. Governança Corporativa e sucesso empresarial: melhores práticas para aumentar o valor da firma. São Paulo: Saraiva, 2014, p.5.

⁹ ANDRADE, ob. cit, 2007, p.84.

¹⁰ ANDRADE, ob. cit, p.84-85.

¹¹ SILVA, ob. cit, p.5.

*situa no centro das relações de todos os interessados na empresa - empregados, fornecedores, clientes, concorrentes, acionistas, credores, reguladores e governos.*¹² Willianson, citado por SILVA, exemplifica algumas ações que podem gerar o conflito entre agente e principal:

*“(...) expectativa de prazo de retorno dos projetos; investimentos não lucrativos que absorvem grande parte do fluxo de caixa, o qual poderia ser distribuído na forma de dividendos; uso de recursos da empresa para interesses individuais; exposição a riscos e conveniência de novos investimentos; remuneração excessiva para os diretores da empresa; fusões e aquisições que não agregam valor e compras de insumos com preços acima do valor de mercado”*¹³.

Dentro dessa relação, entre principal e agente, ocorre uma assimetria de informações, pois o agente, na condução dos negócios, tem acesso a dados que o principal não possui, conforme ensina PELLICANI:

*“A assimetria de informação está presente quando as partes relacionadas do projeto de investimento (isto é, principal e agente) possuem diferentes informações que podem beneficiar uma das partes em detrimento da outra. Isso ocorre, por exemplo, quando os gestores das firmas (principal) não divulgam todas as informações referentes ao investimento, em especial ao nível de risco ao qual os acionistas (agentes) estão expostos (Fama & Jensen, 1983). A incerteza nas informações é uma considerável fonte de risco para as empresas, dado que à medida que o grau de incerteza aumenta, os agentes tendem a restringir seu fluxo de capitais ou a elevar o custo de oportunidade, o que por sua vez, pode restringir as decisões de investimento das firmas (Bond & Meghir, 1994; Hope, Thomas & Price, 2009). Sendo assim, a qualidade nas informações financeiras, em especial, o alto grau de transparência e credibilidade, atenua a assimetria de informações, e consequentemente, tende a reduzir o risco informacional e a restrição financeira (Hope et al., 2009)”*¹⁴.

Assim, há necessidade de alinhamento dos interesses do principal e do agente. Todavia, *“o alinhamento de interesses dos acionistas e dos efetivos controladores da empresa não é automático; para tanto, são necessárias estruturas e sistemas que harmonizam os conflitos de interesse entre eles. A governança corporativa deve se voltar para análise de como o principal estabelece um sistema de monitoramento e incentivo (contrato) que motive o outro indivíduo (agente) a agir*

¹² SILVA, ob. cit, p.5

¹³ SILVA, ob. cit, p.7.

¹⁴ PELLICANI, Aline D. O Impacto da Corrupção nas Decisões de Investimento das Firms Brasileiras de Capital Aberto. Rio de Janeiro. Revista Brasileira de Economia, vol. 71, nº 2, Abril/Junho 2017. In http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402017000200195

de acordo com o interesse do primeiro”¹⁵. Dessa forma, segundo CORDEIRO DA SILVA, “os acionistas incorrem em custo para alinhar os interesses dos gestores aos seus, que são chamados de custos de agência”¹⁶.

Para reduzir os conflitos de interesses e os custos de agência, faz-se necessário utilizar mecanismos de governança corporativa, procurando prevenir abusos de poder dos administradores e criando instrumentos de fiscalização, princípios e regras que direcionem a uma gestão eficiente, ética e transparente, dentre eles, “contratação de auditoria independente; implementação de medidas de controle; gastos com seguros contra danos provocados por atos desonestos de administradores; estabelecimento da remuneração dos agentes vinculada ao aumento da riqueza dos acionistas, como a concessão de ações ou opções de ações aos administradores e outros incentivos ao alinhamento dos interesses entre eles e a administração”¹⁷.

Diante deste contexto, a corrupção pode ser enquadrada como uma das formas em que o conflito de agência se revela e está sujeita a custos. O próprio desenvolvimento da atividade empresarial poderá se tornar extremamente custoso por conta da corrupção, conforme os ensinamentos de PELLICANI:

“A relação principal-agente, e controladores versus minoritários, também ajuda a explicar a incidência da corrupção tanto na gestão empresarial quanto na pública. As atividades corruptas têm como base o sigilo nas informações do contrato ilícito devido ao alto fator de risco e incerteza gerados pela possibilidade de que o ato ilegal seja descoberto ou não seja cumprido por uma das partes (Garcia, 2003). No geral, subornos e propinas estão presentes em várias estâncias das atividades empreendedoras que envolvem representantes do governo com poderes discricionários.

(...)

Mesmo parecendo ser uma atividade lucrativa a curto-prazo, firmas e gestores que se envolvem em atos ilícitos de corrupção podem sofrer ações legais no futuro, caso tais atos sejam descobertos. Ademais, sob as firmas também incide o risco financeiro, uma vez que podem perder credibilidade no mercado externo, acarretando em perda de valor de mercado; ou ainda, órgãos reguladores podem impedi-las de firmar contratos futuros com o governo.

Dado o prejuízo à imagem da firma e demais riscos envolvidos, as práticas de corrupção tendem a intensificar os conflitos de interesse entre gestores e acionistas (Javorcik & Wei, 2009; Wu, 2005). De acordo com a teoria principal-agente, os conflitos de agência surgem da tendência de gestores em maximizar sua utilidade pessoal, enquanto que o maior interesse dos acionistas reside em aumentar o retorno sobre seus investimentos (Jensen & Meckling, 1976). Na presença da corrupção, gestores veem a

¹⁵ SILVA, ob. cit, p.7.

¹⁶ CORDEIRO DA SILVA, Edson. Governança Corporativa nas empresas: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração e fiscal, auditores, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.49.

¹⁷ SILVA, ob. cit, p.7-8.

oportunidade de aumentar sua própria riqueza de forma imediata, deixando para os acionistas, eventuais riscos envolvidos em tais atividades. Além disso, uma vez que o pagamento de propina pode mitigar a concorrência entre as firmas, os gestores sentem-se confiantes, podendo manter suas posições mesmo sem apresentar um bom desempenho (Wu, 2005).

(...)

Uma vez que a governança corporativa está fundamentada na transparência, responsabilidade, prestação de contas e igualdade, seus mecanismos atuam diretamente como medidas anticorrupção.”¹⁸

2.2. Governança corporativa nas empresas criadas e geridas com recursos públicos

A governança corporativa foi desenvolvida, consoante lição de CUNHA, *“segundo uma clara orientação para reduzir os conflitos de agência entre acionistas e executivos em empresas privadas listadas em bolsas de valores (corporations), reorientando as ações da empresa para a maximização do retorno econômico e longevidade diante de possíveis conflitos com interesses ou outras prioridades do management.”¹⁹*

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBCG) conceitua governança corporativa nos seguintes termos²⁰:

“Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo as práticas e os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.”

Os princípios norteadores da governança corporativa segundo o IBCG são os seguintes²¹:

“Transparência - *Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho*

¹⁸ PELLICANI, Aline D. O Impacto da Corrupção nas Decisões de Investimento das Firms Brasileiras de Capital Aberto. Rio de Janeiro. Revista Brasileira de Economia, vol. 71, nº 2, Abril/Junho 2017. In http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402017000200195

¹⁹ CUNHA, Mauro Rodrigues. A contramão da convergência: Estado, mercado e empresas de economia mista. In Governança Corporativa: internacionalização e convergência: os novos rumos das práticas de governança. Coord. Joaquim Rubens Fontes Filho/Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2010, p.266/267

²⁰ <https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>

²¹ <https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa/principios-basicos>

econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que condizem à preservação e à otimização do valor da organização.

Equidade - Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.

Prestação de Contas (accountability) - Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.

Responsabilidade Corporativa - Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional, etc.) no curto, médio e longo prazos.”

Segundo ensina ANDRADE, a integridade ética, permeando todos os sistemas de relações internas e externas, configura postura essencial para a boa governança:

*“o **senso de justiça**, no atendimento das expectativas e nas demandas de todos os constituintes organizacionais; a **exatidão na prestação de contas**, fundamental para a confiabilidade na gestão; a **conformidade** com as instituições legais e com os marcos regulatórios dentro dos quais se exercerão as atividades das empresas; e a **transparência**, dentro dos limites em que a exposição dos objetivos estratégicos, dos projetos de alto impacto, das políticas e das operações das companhias não sejam conflitantes com a salvaguarda de seus interesses.”²²*

Boas práticas de governança corporativa precisam ser replicadas nas organizações estatais, criadas e geridas com recursos públicos. É que, *“para organização dos setores públicos ou não empresariais, boas práticas de governança contribuem para institucionalizar as estruturas e dinâmicas decisórias das organizações, ampliando sua transparência e facilitando seu controle externo.”²³*

Segundo VELLOSO, *“a meta das empresas do Estado deve ser a de atender às necessidades e demandas da sociedade, no sentido amplo, que motivaram sua criação, aos menores custos possíveis, mantendo-se financeiramente sustentáveis e capacitadas a atrair recursos complementares de terceiros a custos competitivos e também proporcionando retornos recompensadores aos acionistas privados que participam do seu financiamento.”* E, complementa, *“adicionem-se também os desafios gerados pelos desvios de finalidade e outras disfunções que frequentemente ocorrem no setor das empresas controladas pelo Estado, entre as*

²² ANDRADE, ob. cit, p.142.

²³ CUNHA, ob. cit, p.266/267.

*quais se destacam os objetivos políticos de curto prazo, um excesso de corporativismo funcional ou a falta de compromissos com resultados, além da apropriação de seu comando para servir a interesses escusos, inclusive por meio de loteamento político de cargos públicos e os riscos de aparelhamento político-partidário da organização*²⁴.

Nesse contexto, cumpre salientar as Diretrizes da OCDE de Governança Corporativa em Empresas Estatais (“EEs”), que conferem orientações para a boa prática de governança corporativa nas empresas estatais, dentre elas:

- *O Estado deve agir como um proprietário informado e ativo, garantindo que a governança das EEs seja conduzida de forma transparente e responsável, com um elevado grau de profissionalismo e efetividade.*
- *As empresas estatais devem observar elevados padrões de transparência e estar sujeitas aos mesmos altos padrões de qualidade para a contabilidade, divulgação, conformidade e normas de auditoria das empresas listadas.*
- *Os Conselhos das Empresas Estatais devem ter a autoridade, competência e objetividade necessárias para realizar as suas funções de orientação estratégica e monitoramento da gestão. Eles devem atuar com integridade e ser responsáveis por suas ações.*
- *O Estado exerce a propriedade das EEs no interesse público em geral. Ele deve avaliar cuidadosamente e divulgar os objetivos que justificam a propriedade estatal e submetê-los a uma crítica permanente. O objetivo final da propriedade de empresas pelo Estado é maximizar o valor para a sociedade, por meio de uma alocação eficiente dos recursos.*
- *O governo deve conceder plena autonomia operacional às EEs para atingir os seus objetivos definidos, e abster-se de intervir na gestão da estatal. O governo, como acionista, deve evitar redefinir os objetivos da EE de forma não transparente.*
- *Quando as EEs participarem em licitações públicas, seja como licitante ou licitador, os procedimentos envolvidos devem ser competitivos, não discriminatórios e protegidos por normas apropriadas de transparência.*
- *Nos casos em que as EEs têm que buscar objetivos de política pública, as informações adequadas sobre esses objetivos devem estar permanentemente disponíveis aos acionistas não estatais.*
- *Os conselhos das EEs devem desenvolver, implementar, monitorar e comunicar controles internos, programas ou medidas de ética e conformidade, inclusive aqueles que contribuem para a prevenção de fraude e corrupção. Devem se basear em normas do país, em conformidade com os compromissos internacionais, e se aplicam às EE e suas filiais.*
- *As EEs não devem ser usadas como veículos para o financiamento de atividades políticas. As EEs não devem fazer contribuições para campanhas políticas.*

²⁴ VELLOSO, Carlos Rocha. A governança corporativa gera valor para o Estado, as empresas estatais e o cidadão. In Governança corporativa e a criação de valor. Coor. Joaquim Rubens Fontes Filho, Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p.273.

- *As empresas estatais devem observar elevados padrões de transparência e estar sujeitas aos mesmos altos padrões de qualidade para contabilidade, divulgação, conformidade e normas de auditoria das empresas listadas.*
- *Os Conselhos das Empresas Estatais devem ter a autoridade, competência e objetividade necessárias para realizar as suas funções de orientação estratégica e monitoramento da gestão. Eles devem atuar com integridade e ser responsáveis por suas ações.*
- *A composição do conselho da EE deve permitir o exercício do julgamento objetivo e independente. Todos os conselheiros, inclusive quaisquer funcionários públicos, devem ser nomeados com base nas qualificações e ter responsabilidades legais equivalentes.*
- *Os conselheiros independentes, quando aplicável, devem estar livres de quaisquer interesses materiais ou relações com a empresa, com sua gestão, com outros acionistas majoritários, e com a entidade proprietária, que possam prejudicar o exercício do julgamento objetivo.*
- *Devem ser implementados mecanismos para evitar conflitos de interesse que impeçam que os conselheiros exerçam com objetividade as suas funções, e limitar a interferência política nos processos do conselho.²⁵*

2.3. Compliance nas organizações empresariais como medida anticorrupção

2.3.1 Dos atos de corrupção

A Transparência Internacional define corrupção como “o abuso do poder confiado para ganhos privados”²⁶. Por sua vez, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos – OEA, promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002, traz em seu Artigo VI, inciso I, a tipificação de atos de corrupção como sendo:

- “a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*
- b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*
- c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;*

²⁵ OECD (2018), *Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>.

²⁶ www.transparenciainternacional.org.br

- d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
- e) a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.”

A Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção brasileira também traz em seu art. 5º o rol de atividade que configuram atos de corrupção:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;*
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;*
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;*
- IV - no tocante a licitações e contratos:*
- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.*

O Ministério Público Federal elaborou diagrama que relaciona as condutas que caracterizam o comportamento corrupto pelo ordenamento normativo brasileiro, que incluem tanto infrações penais, como a corrupção ativa e passiva, quanto civis e administrativas²⁷:

²⁷ Figura retirada do site <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/tipos-de-corrupcao>.



Ainda, no campo da ética aplicada aos negócios, são indicadas por SROUR, dentre outras, algumas práticas empresariais questionáveis: existência de caixa dois, maquiagem de balanços financeiros, os subornos pagos a agentes públicos, os conluíus em licitações, sonegação fiscal, compra e venda sem nota fiscal, uso de informações privilegiadas, propinas pagas a fiscais, policiais ou juízes, contratação de funcionários sem carteira assinada, tráfico de influência, fraudes contábeis, assédio moral etc²⁸.

É necessário reconhecer a corrupção *“como uma questão política de alta complexidade, e de elevada importância à consolidação da democracia na sociedade brasileira. Isso porque o fenômeno da corrupção é multifacetado, e pode criar estruturas altamente complexas, profundamente enraizadas, cujos danos são de difícil detecção e reparação”*²⁹, segundo lição de PIOVESAN.

Deve ser combatida com afinco, vez que *“é capaz de afetar a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas, podendo também prejudicar seriamente o*

²⁸ SROUR, ob. cit, p.21.

²⁹ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção é Imperativo para Resgatar a Força da Constituição, 2016. In <http://www.conjur.com.br/2016-jun-22/combate-corrupcao-essencial-resgate-forca-constituicao>.

*crescimento econômico de um país. Entre uma série de problemas, a corrupção macula as decisões de investimentos, causa distorções na concorrência, abala a legitimidade dos governos e a estabilidade do Estado. Como comportamento oposto aos deveres que protegem o interesse público, a corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade.*³⁰

2.3.2 Do marco global anticorrupção

O compliance com as normas anticorrupção, como ensina VERÍSSIMO, “é fortemente influenciado pela legislação norte-americana. Muito do que se observa hoje no plano internacional decorre de uma política criminal iniciada no final dos anos 70 do século XX. Após o escândalo de Watergate, a SEC – Securities Exchange Commission nos Estados Unidos, descobriu que empresas norte-americanas haviam pago milhões de dólares em subornos, para corromper funcionários públicos estrangeiros. (...) Além disso, as empresas estavam falsificando seus registros para ocultar estes pagamentos”³¹

O Congresso norte-americano, em resposta ao escândalo, promulgou o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) em 1977. Para Pieth, mencionado por VERÍSSIMO, “a edição desta lei marca o primeiro passo importante no enfrentamento da corrupção comercial transnacional”³²

Consoante ensina J. ANDRADE, “a descoberta do suborno internacional praticado por empresas norte-americanas, que, nas transações comerciais de caráter internacional, efetuaram pagamentos indevidos a funcionários públicos estrangeiros, no conhecido escândalo de Watergate, impulsionou os Estados Unidos da América (EUA) a editar em 1977, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), tornando-os pioneiros no enfrentamento da corrupção transnacional, a começar pelas pressões feitas à comunidade internacional no sentido de adotar idêntica política anticorrupção, visando à igualdade de condições no mercado internacional.”³³

³⁰ ANDRADE, J. (2017). O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da Lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. *Revista Digital De Direito Administrativo*, 4(1), p.173.. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4i1p170-203>.

³¹ VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo às praticas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017, p.149-150.

³² VERÍSSIMO, ob. Cit, p. 150.

³³ ANDRADE, J, ob. cit, p. 176.

Neste contexto, foi celebrada em 1997 a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Consoante lição de VERÍSSIMO:

“A convenção da OCDE adota a mesma lógica do FCPA: preocupa-se somente com a corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais; exigem que os Estados responsabilizem o lado da oferta da corrupção na operações comerciais internacionais, as pessoas jurídicas; recomenda a aplicação extraterritorial da jurisdição para o processo de nacionais por delitos cometidos no exterior, e ocupa-se ainda da contabilidade das pessoas jurídicas, determinando aos Estados-partes que proibam o caixa dois, o registro inadequado de operações, ou de despesas inexistentes, bem como o uso de documentos falsos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção.”³⁴

Em 2010, foi editado o United Kingdom Bribery Act – UKBA na Inglaterra, por meio do qual, *“foi criminalizada a oferta de suborno a funcionário público estrangeiro. Mas a lei aborda também todas as formas de corrupção doméstica, tanto ativas como passivas. À semelhança do FCPA e da Convenção da OCDE, o Bribery Act tem aplicação extraterritorial. (...). A disposição mais controversa da lei, sem dúvida, é a prevista no art. 7, que cria o tipo penal de falha de uma empresa comercial em evitar a corrupção”³⁵*, vale dizer, houve a criminalização da inobservância do dever de cuidado inerente às organizações e empresas parceiras na prevenção de atos de suborno, exigindo que as corporações demonstrem que possuem procedimentos adequados e eficazes para evitar a prática do suborno com vistas a afastar as sanções.

É que *“este documento deixa claro que uma linha de defesa para a pessoa jurídica acusada dos delitos previstos na lei é a de que, a despeito do ato de corrupção ocorrido, a empresa tinha procedimentos adequados para prevenir que pessoas a ela associadas oferecessem suborno, ou seja, que possuía mecanismos ou um programa de compliance”³⁶*.

Convém citar que a República Federativa do Brasil é signatária da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, da Convenção Interamericana de combate à

³⁴ VERÍSSIMO, ob. cit, p. 154.

³⁵ VERÍSSIMO, ob. Cit, p. 157.

³⁶ VERÍSSIMO, ob. Cit, p.157-158

Corrupção (1996), da Organização dos Estados Americanos – OEA, e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), da Organização das Nações Unidas – ONU, as quais foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente, através do Decreto nº 3678/2000³⁷, do Decreto nº 4410/2002³⁸ e do Decreto nº 5687/2006³⁹.

Diante da necessidade de atender aos compromissos internacionais, em 2013, foi editada a Lei Anticorrupção Brasileira sob o nº 12.846/2013⁴⁰, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (cf. art. 1º da Lei), principalmente, aqueles vinculados à corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. A responsabilidade das pessoas jurídicas passa a ser objetiva (cf. art. 2º da Lei), ou seja, independentemente da comprovação de culpa, bem como não exclui a responsabilidade individual dos dirigentes ou administradores ou de qualquer coautor ou partícipe do ilícito (cf. art. 3º da Lei).

Ainda, é interessante ressaltar que a Lei Anticorrupção brasileira, em seu art. 7º, inciso VIII estabelece que “*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*”. Vale dizer, a sanção poderá ser atenuada caso a empresa adote mecanismos e programa de *compliance*.

As sanções administrativas aplicáveis às empresas envolvidas em atos de corrupção, segundo VERÍSSIMO, podem ser severas: “*as multas podem chegar a valores elevados e crescerão de acordo com o porte da empresa, se forem calculadas de acordo com o seu faturamento bruto. A pena de publicação do extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação, por exemplo, poderá trazer efeitos estigmatizantes, comprometendo o nome da empresa e afetando sua credibilidade*”. Outrossim, as sanções de natureza civil:

“que poderão ser impostas no âmbito de um processo judicial, possuem igualmente, potencial dissuasivo: (...) a suspensão ou interdição parcial das atividades, assim como a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público pelo prazo de um a cinco

³⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm

³⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm

³⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm

⁴⁰ http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm

anos, são consideravelmente incômodas. A mais grave das sanções previstas, a dissolução compulsória da pessoa jurídica, tem sido chama de 'pena capital'.”⁴¹

Por sua vez, a Lei das Estatais brasileira nº Lei 13.303/016⁴² que “dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias” (art. 1º da Lei), disciplina a implementação de normas de gestão empresarial nas empresas estatais brasileiras, bem como determina sejam observadas regras de gestão de riscos e controle interno, transparência e normas de *compliance* e governança corporativa em tais empresas⁴³. Prevê, também,

⁴¹ VERÍSSIMO, ob. Cit, p. 212/213.

⁴² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm

⁴³ Conforme disciplina a Lei 13.303: “Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Art. 7º (...).

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

§ 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput. (...)

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

procedimentos específicos para nomeação de dirigentes (art. 17 da Lei); regras de licitações e de celebração de contratos de aquisição de bens e serviços; e normas de fiscalização dos órgãos de controle externo e da sociedade.

Ao refletir sobre o marco global anticorrupção, Nieto Martín, citado por VERÍSSIMO, discorre ser *“uma nova estratégia de enfrentamento da criminalidade, que se caracteriza, no âmbito regulatório, por ser uma das demonstrações mais claras do exemplo regulador da global law: confluência de organizações internacionais, que trabalham em rede, com atores públicos e privados (empresas multinacionais) e utilizam, para alcançar seus objetivos, ferramentas normativas procedentes do hard law, do soft law e da autorregulação empresarial.”* E complementa:

“o modelo de prevenção da corrupção adotado a partir da lei américa (FCPA), e cujo projeto mais bem acabado é p UK Bribery Act, significa uma transferência às empresas do trabalho de prevenção e descoberta de delitos, bem como da imposição de auxílio ao Estado, nesta tarefa. Seja por intermédio da responsabilidade vicarial, seja por meio da responsabilidade pela culpabilidade própria da empresa, o que se quer é ela ponha em marcha um sistema policial interno que impeça a comissão de delitos como a corrupção e, caso tenham sido cometidos, que se os descubra e puna.”⁴⁴

2.3.3 Elementos de um programa de compliance

Primeiramente, importante salientar que *“a ideia de risco é central para o tema compliance. É frequente a assertiva de que os programas de compliance são*

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente. (...)

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada. ”

⁴⁴ VERÍSSIMO, ob. Cit, p. 158.

voltados à prevenção de delitos cometidos no seio das empresas. Ao mesmo tempo, o compliance é uma estratégia utilizada para minimizar os riscos reputacionais e legais aos quais a empresa está sujeita, caso ocorram práticas de corrupção e/ou lavagem de dinheiro. Para mitigar os riscos, a estratégia é a prevenção⁴⁵, conforme leciona VERÍSSIMO. Vale dizer, imprescindível se faz a adoção de medidas com vistas a identificar e avaliar os riscos reputacionais e legais que poderão decorrer da prática de atos de corrupção a que a organização está sujeita, levando-se em consideração as características próprias daquela entidade (ramo de atividade, base territorial, questões externas e internas que são relevantes para os seus propósitos e que poderão afetar a prevenção contra a corrupção, etc), e a implementação de controles internos que mitiguem estes riscos pré-identificados.

De acordo com a norma ISSO 37001, que detalha os sistemas de administração anticorrupção, as organizações deverão implementar e continuamente revisar o sistema de gerenciamento anticorrupção, que deverá conter medidas destinadas a identificar e avaliar os riscos de corrupção, preveni-los, detectá-los e responder a eles. Confira-se:

“4.4 Sistema de gestão antissuborno

A organização deve estabelecer, documentar, implementar, manter e, de forma contínua, analisar criticamente e, onde necessário, melhorar o sistema de gestão antissuborno, incluindo os processos necessários e as suas interações, de acordo com os requisitos deste Documento.

O sistema de gestão antissuborno deve conter medidas concebidas para identificar e avaliar o risco, bem como prevenir, detectar e responder ao suborno.

O sistema de gestão antissuborno deve ser razoável e proporcional, levando-se em conta os fatores referidos em 4.3.

4.5 Processo de avaliação de riscos de suborno

4.5.1 A organização deve realizar regularmente o processo de avaliação de riscos de suborno que devem:

- a) identificar os riscos de suborno que a organização possa antecipar de forma razoável, em função dos fatores listados em 4.1;*
- b) analisar, avaliar e priorizar os riscos de suborno identificados;*
- c) avaliar a adequação e eficácia dos controles existentes da organização para mitigar os riscos de suborno avaliados.*

4.5.2 A organização deve estabelecer critérios para avaliar seu nível de risco de suborno, que deve levar em conta as políticas e os objetivos da organização. (...)⁴⁶

Identificados os riscos e classificados conforme a probabilidade de ocorrência e intensidade de dano, caberá à alta administração da organização

⁴⁵ VERÍSSIMO, ob. cit, p. 104.

⁴⁶ <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/outros-documentos/NBRISO370012017.pdf>

decidir como atuará frente a eles, mediante a realização da gestão de riscos, de modo a mitigá-los e estabelecer procedimentos para adotar frente aos prejuízos ou ilícitos que venham a ocorrer.

Nesse sentido, ensina PERAZZO que *“este processo deve estar adequado às realidades com as quais a organização se defronta no seu cotidiano, não deve se constituir de um evento isolado, mas sim de um processo permanente que consolide continuamente a sua reputação”*. Explica, ainda que *“Deve contemplar uma gama muito ampla de tópicos, como: conformidade com as exigências legais e regulatórias, aderência com o propósito de cumprir a missão e as políticas da empresa, diretrizes financeiras, gestão da informação, políticas em tecnologia, desenvolvimento de produtos e serviços, políticas comerciais, ciclo de vida, impactos ao meio ambiente, aspectos de segurança e saúde no trabalho, entre outros”*⁴⁷.

Desta forma, para que surta os efeitos desejados, *“é necessário que a gestão de riscos seja utilizada como uma ferramenta estratégica pela alta direção, e não como mero processo de identificação de falhas pontuais”*⁴⁸.

De acordo com a lição de VERÍSSIMO, *“o comprometimento da alta direção da empresa (tone at the top) é determinante e essencial para a cultura da organização. O apoio dos dirigentes não programa de compliance e o comprometimento público influenciam as normas e os valores pelos quais a empresa se pauta e aos quais se espera a adesão de todos os empregados e parceiros comerciais. Na prática, o compromisso da administração com a prevenção da corrupção, por exemplo, deve passar, em primeiro lugar, por uma política de tolerância zero com os atos de corrupção, quer em pequenos valores, quer em valores maiores, seja ela ativa ou passiva”*⁴⁹.

Quanto à ética empresarial e a necessária intolerância frente aos atos de corrupção, traz-se à baila importante lição de THIRY-CHERQUES:

“Do ponto de vista moral, a tolerância é o desrespeito da sociedade, do indivíduo e da própria consciência. Aquele que tolera a transgressão ética aceita que o outro ou ele mesmo se comporte de maneira que sabe errada, falsa, imprópria. A tolerância com a moral não é um bem e nem um dever. É a complacência com quem não cumpre o dever. Ela não é uma virtude como a justiça ou como a liberdade. (...) Tolerar moralmente significa uma autorização pra violar princípios. (...)

⁴⁷ PERAZZO, ob.cit, p.61.

⁴⁸ http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

⁴⁹ VERÍSSIMO, ob. Cit, p. 285.

O trabalhador que transgride a ética ou a organização que atua fora dos seus limites ou bem são cúmplices, ou bem são intoleráveis um para o outro. Não há terceira opção.

A condescendência é uma figura da política; a indulgência, da religião; a atenuante, do direito. A ética não opera com figuras deste tipo. Opera a partir da razão que elimina o nebuloso, o duvidoso, o transitório, ou é outra coisa que não a disciplina fundada pelos gregos há 25 séculos.

A dignidade é a baliza da tolerância moral. A conduta indigna do empregado ou do empregador não pode ser tolerada. É o medo, a fraqueza moral, que informa a transigência, que mantém o convívio quando a barreira moral é franqueada. O medo maior das organizações é o escândalo, a quebra da imagem. O medo maior dos empregados é ver sua dignidade ferida. É maior do que a perda do salário. A força moral está na denúncia, no afastamento, na coragem de enfrentar as consequências.⁵⁰

A Controladoria Geral da União (CGU), em seu Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais, aponta que *“uma política de gestão de integridade bem desenvolvida em uma entidade aumenta as chances de que os agentes públicos tomem decisões em função de critérios técnicos, e não com base em interesses particulares, aumentando desta forma a qualidade dessas decisões. Cuidar da gestão da integridade também pode ajudar a melhorar a confiança dos cidadãos no governo. (...) é altamente improvável que cidadãos regularmente confrontados com violações de integridade confiem nas instituições e empresas em que ocorrem tais violações”⁵¹.*

Programa de Integridade, conforme conceito trazido pela CGU no referido Guia, *“É um conjunto de medidas com o objetivo de prevenir, detectar e remediar a ocorrência de fraude e corrupção nas empresas, pensadas e implementadas de forma sistêmica, com a aprovação da alta direção, e sob coordenação de uma área ou pessoa responsável”⁵².* E complementa:

Ao atribuir uma identidade própria aos instrumentos, controles e atividades ligadas à gestão de riscos de fraude e corrupção, a criação de um Programa de Integridade permite às empresas estatais elevar a prioridade estratégica atribuída à prevenção e ao combate à corrupção e fraudes, otimizar a utilização das ferramentas já existentes (como ouvidoria e comissão de ética, por exemplo) para atuarem neste tema, bem como ampliar o objetivo destes instrumentos e controles para além da gestão de riscos, passando a englobar a construção de uma verdadeira cultura ética, que permeie todas as atividades e a cadeia de negócios da empresa.

⁵⁰ THIRY-CHERQUES, Hermano R. *Ética para executivos*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008, p.233/234.

⁵¹ http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

⁵² http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

Os pilares de um programa de integridade pública podem ser definidos em cinco diretrizes, segundo a CGU⁵³:



A CGU, em seu Guia, explica cada uma das dimensões acima e aponta as respectivas subdimensões para um eficaz programa de compliance:

“1 – Desenvolvimento do Ambiente de Gestão do Programa de Integridade. A dimensão ambiente de gestão do Programa de Integridade engloba as seguintes subdimensões: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao Programa; e II - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do Programa de Integridade e fiscalização de seu cumprimento.

2 – Análise Periódica de Riscos. Esta dimensão contempla a análise dos riscos de fraude e corrupção aos quais está sujeita a empresa estatal.

3 – Estruturação e Implantação das Políticas e Procedimentos. A definição das políticas e procedimentos constitui a essência do Programa de Integridade. Esta dimensão engloba as seguintes subdimensões:

I - padrões de conduta e código de ética aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

II - políticas e procedimentos de integridade a serem aplicados por todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - registros e controles contábeis que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

IV - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

V - verificação, durante os processos de cisões, fusões, incorporações e transformações, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

VI – Canais de denúncias adequados e suficientes e política para incentivo à realização de denúncias e proteção aos denunciantes; e

VII - processo de tomada de decisões.

4 – Comunicação e Treinamento. Esta dimensão trata dos aspectos relativos aos seguintes itens: I - Comunicação e treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade; e II - transparência da pessoa jurídica.

5 – Monitoramento do Programa, medidas de remediação e aplicação de penalidades. A última parte do modelo adotado consiste nos seguintes itens: I -

⁵³ Figura retirada do site http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf.

*monitoramento contínuo do Programa de Integridade, visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de atos lesivos; II - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; e III - aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do Programa de Integridade.*⁵⁴

A *International Federation of Accountants – IFAC*, citada pela CGU, “recomenda o comprometimento da alta direção com valores éticos, com integridade e com observância e cumprimento da lei como um dos princípios fundamentais da boa governança no setor público. Portanto, é papel dos gestores exercer a liderança na promoção de altos padrões de integridade e de valores éticos nas entidades.”⁵⁵ O comprometimento da alta direção e dos demais líderes com a ética e integridade é decisivo para a efetiva implementação do programa e sua difusão e aplicação por toda a entidade.

⁵⁴ http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

⁵⁵ http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

CAPÍTULO III A ITAIPU BINACIONAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO

3.1 A Itaipu: origem e natureza jurídica

A República Federativa do Brasil e a República do Paraguai celebraram Tratado em 26 de abril de 1973, para a realização, em comum, do “aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaíra até a Foz do Rio Iguazu”, nos termos do seu art. 1º.

O Tratado foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 23, de 30 de maio de 1973 (DOU 01.06.73, p. 1659), ratificado pelo Decreto 72.707, de 28 de agosto de 1973 (DOU 30.08.73, p. 8642/6) no Brasil e aprovado e ratificado pela Lei nº 389, de 11 de julho de 1973, no Paraguai, passando a vigorar por tempo indeterminado, a partir da data da troca dos instrumentos de ratificação, e integrando os ordenamentos jurídicos internos dos países signatários.

Importa relatar que a ideia inicial contida no anteprojeto de tratado que viria a ser celebrado entre o Brasil e o Paraguai, segundo relato do Prof. Miguel Reale, visava à instauração de uma sociedade de economia mista no Brasil denominada Hidroparaná, concebida sob todas as normas usuais desse tipo de entidade, com Assembleia Geral, Diretoria e Conselho Fiscal. *“A primeira dificuldade, que resultava desse tratamento do problema, era ter-se de optar por uma das leis de sociedades por ações. Qual delas, a brasileira ou a paraguaia?”*⁵⁶.

Por ser uma realização sem precedentes na história jurídica e diante das peculiaridades do empreendimento, concluiu-se, após minuciosos estudos, pela necessidade de *“uma solução original e própria, capaz de conciliar, numa unidade coerente, os vários e complexos aspectos jurídicos envolvidos em matéria econômica, financeira, administrativa, civil, comercial, penal, trabalhista, etc”*⁵⁷, qual seja, a constituição de uma empresa de direito público internacional pertencente em grau de igualdade entre o Brasil e o Paraguai, mediante elaboração de um diploma legal destinado exclusivamente à empresa. Consoante assevera Laércio BERTIOL:

Já pela análise do seu preâmbulo se pode divisar o caráter complexo do Tratado de Itaipu, pois se, por um lado, ele contém disposições gerais e normativas que enunciam regras de

⁵⁶ REALE, Miguel. **A estrutura jurídica de Itaipu**. In Natureza Jurídica da Itaipu. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.52.

⁵⁷ REALE, ob.cit., p.52.

direito objetivamente válidas, como o condomínio sobre os recursos hídricos de um rio internacional, a liberdade de navegação nos rios internacionais, o respeito ao estatuído em acordos internacionais multilaterais – elementos que o qualificam como tratado-lei - por outro, ele acorda vontades simétricas concretas em benefício de cada contratante, como acontece com a divisão em partes iguais da energia elétrica eventualmente produzida, ou como acontece com a organização em comum de um serviço público – elementos que o qualificam como tratado-contrato. Não deixa de ser importante salientar também a expressa referência que faz ao seu enquadramento dentro de um sistema de cooperação mais amplo, isto é, o da Bacia do Prata, bem como ao processo de elaboração normativa dentro deste sistema.⁵⁸

A estrutura jurídica da Itaipu foi pensada de forma a permitir a cooperação de dois Estados Soberanos para a realização de uma obra em condomínio, preservando as competências soberanas de cada Nação, caracterizando-se como pessoa jurídica de direito público internacional, com inequívoca origem no direito internacional público, conforme leciona o Consultor Geral da República à época Luiz Rafael MAYER em seu Parecer L-208 aprovado em 17 de outubro de 1978 pelo Presidente da República:

A sua existência e forma têm fonte no âmbito internacional, enquanto resultado da vontade expressa e concorde de sujeitos de direito público internacionais, agindo como tais. Logo, é uma pessoa jurídica emergente no campo do direito internacional público, primeira significação da locução entidade binacional, em que binacional é o qualitativo da dualidade de vontades originantes, mas ao mesmo tempo espécie do gênero internacional. Nessa condição jurídica, a entidade é recebida e reconhecida no ordenamento interno, como automática decorrência de ratificação do Tratado, autorizada a, nele, atuar, nos limites da sua aptidão e finalidades, independente de submissão às normas da lei nacional conferidoras de existência e personalidade jurídicas.⁵⁹

A Binacional está, portanto, submetida a um regime jurídico internacional, pois criada por ato jurídico internacional entre Estados que, em comum, e no exercício de suas soberanias, conferiram-lhe personalidade jurídica, capacidade jurídica, financeira e administrativa e patrimônio próprio.

Por consequência, seu objetivo, deveres e responsabilidades, recursos, procedimentos e estrutura estão disciplinados e delimitados pelo Tratado, bem como em seus Anexos, notadamente o Estatuto da Itaipu (Anexo A), que formam parte do Tratado e somente podem ser modificados por comum acordo das duas Nações signatárias.

⁵⁸ BERTIOL, Laércio F. **Itaipu: modelo avançado de cooperação internacional na Bacia do Prata**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p.82.

⁵⁹ MAYER, Luiz Rafael. **Parecer L-208**, in Natureza Jurídica da Itaipu. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.22.

Conforme leciona Roque Antonio CARRAZA, “o tratado veicula a chamada norma jurídica internacional, que dá respaldo técnico às relações entre as partes signatárias.”⁶⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, possui competência para celebrar tratados internacionais a “República Federativa do Brasil” (art. 5^a, § 2^o, CF) por intermédio da União (art. 21, I, da CF), esta representada pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF), na qualidade de Chefe de Estado, “ad referendum” do Congresso Nacional (art. 49, da CF).

No tocante à matéria relativa ao direito internacional, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 1^o, dispõe que a Nação Brasileira se rege como uma República Federativa, formada pelo corpo indissolúvel da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, e tem como um dos fundamentos básicos a soberania, que é atributo indispensável dos sujeitos de direito internacional.

Soberania, nas palavras de Roque Antonio CARRAZA, é conceituada como:

a faculdade que, num dado ordenamento jurídico, aparece como suprema. Tem soberania quem possui o poder supremo, absoluto e incontestável, que não reconhece, acima de si, nenhum outro poder. Bem por isso, ele sobrepassa toda e qualquer autoridade (daí: supra, supramus, soberano, soberania). É atributo da soberania ‘impor-se a todos sem compensação’ (Laferrière).

Atualmente, o Estado é a única instituição soberana, porquanto supriorem non recognoscens. De fato, dentre as várias pessoas que convivem no território estatal, apenas ele detém a faculdade de reconhecer outros ordenamentos e de disciplinar as relações com eles, seja em posição de igualdade (na comunidade internacional), seja em posição de ascendência (por exemplo, em relação às entidades financeiras), seja, até, em posição de franco antagonismo (v.g. com as associações subversivas). Para Balladore Pallieri, o Estado tem a ‘competência das competências’, já que fixa sua própria competência, sem depender de outras entidades.

Versio Crisafullo pugna neste mesmo sentido: ‘Soberania significa que cada sistema de direito estatal se legitima por si mesmo, achando, em si mesmo, a própria justificação jurídica e o próprio fundamento: em contraposição aos ordenamentos derivados, que pressupõem, acima deles, um ordenamento superior, que lhes condiciona a existência e a validade.’⁶¹

Há na Itaipu uma “comunidade regida por um direito próprio, embora reflexo natural do Direito de cada um dos signatários do Tratado”⁶², respeitados sempre os princípios da igualdade de soberanias, de paridade e de respeito mútuo que presidiram a elaboração do Tratado. O próprio Tratado de instituição estabelece as normas que regem a binacional (artigo 3^o do Estatuto da Itaipu, Anexo A do

⁶⁰ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p.113.

⁶² REALE, ob. cit., p.55.

Tratado), conjugando e principalmente compatibilizando as leis internas dos dois Estados contratantes.

É que, considerando que cada uma das Altas Partes Contratantes que instituíram Itaipu possuem suas próprias normas legais internas, não se poderia pretender fosse a Itaipu submetida à norma interna de um dos Estados, sob pena de ofensa direta à soberania do outro Estado.

Bem é de ver que a Binacional não configura qualquer tipo de entidade da Administração Pública direta ou indireta, brasileira ou paraguaia, e, portanto, não está submetida à legislação de regência destes entes de direito público interno:

A Itaipu Binacional, nos termos do art. III, § 1º, do Tratado entre o Brasil e o Paraguai e Notas Anexas (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 23, de 30.05.73) e atos que os complementaram, é formada com participação de capitais brasileiros e paraguaios em situação absolutamente igualitária e equivalente.

Verifica-se, pois, que a entidade nascida desta avença internacional e formada segundo seus termos, não se aloja, de modo algum, nas figuras da Administração Direta ou Indireta, tal como configuradas na legislação pertinente.⁶³

Nas palavras de Miguel REALE, *“unidade de fim e pluralidade de formas presidiram a elaboração do Tratado, a demonstrar uma constante adequação da norma à especificidade dos fatos em função do valor a realizar ou preservar”*.⁶⁴

A Itaipu está construída em território comum do Brasil e do Paraguai, dotado de livre trânsito e circulação para pessoas e bens, independentemente da nacionalidade de seus dirigentes e empregados (Tratado, art. XVII, § 2º). Localiza-se em uma área de dezenas de quilômetros quadrados que abrangem as duas margens do Rio Paraná, embora não tenha alterado a linha de fronteira entre as duas Nações (Tratado, art. VII).

Conforme se depreende do artigo V do Tratado de Itaipu, as Altas Partes Contratantes acordaram em instituir um serviço público internacional ou transnacional e outorgar a concessão à Itaipu da realização e exploração do empreendimento hidrelétrico objeto do Tratado, utilizando recursos hídricos pertencentes em condomínio entre os dois países, no rio contíguo, qualificando-a como concessionária deste serviço público.

Disso resulta, conforme aduz Eros Roberto GRAU, *“uma conclusão única: o chamado ‘território de Itaipu’ não é território exclusivamente nacional brasileiro”*, em

⁶³ **MELLO, Celso Antonio Bandeira de.** Tribunal de Contas da União. Inaplicabilidade à Itaipu do regime decorrente da Resolução nº 165/75. **Parecer emitido em 08 de setembro de 1975, p.02.**

⁶⁴ REALE, ob. cit., p.57.

que pese o disposto no artigo 20, III, da Constituição Federal. O texto constitucional se refere, prossegue o ilustre Professor, “às *relações internas no Estado brasileiro, sem prejuízo, contudo, da co-propriedade, das águas de que se cuida, detida pelos Estados fronteiriços*”.⁶⁵

Trata-se, portanto, de “*verdadeira pessoa jurídica da comunidade internacional, com plena capacidade de Direito Internacional*”.⁶⁶

Os princípios da paridade e da igualdade de direitos e obrigações trazidos no Tratado permeiam toda a Entidade, como, por exemplo, na Administração da ITAIPU. Veja-se que o Conselho de Administração e a Diretoria Executiva da ITAIPU são compostos em igual número de conselheiros e diretores brasileiros e paraguaios. E essa composição é replicada em todos os níveis hierárquicos. São órgãos executivos formais em nível hierárquico decrescente: as Diretorias, as Superintendências e Assessorias das Diretorias, os Departamentos e as Divisões.

Cumpra ressaltar que, apesar de ser remunerada pelo fornecimento da energia elétrica gerada na hidrelétrica, a ITAIPU está excluída do mercado elétrico brasileiro, já que, por força do Tratado, somente pode vender energia elétrica à ELETROBRÁS e à ANDE. No caso do Brasil, a ELETROBRÁS, através de suas subsidiárias, obriga-se a comprar a totalidade da potência e energia postas à disposição do Brasil por ITAIPU pelo valor calculado nos moldes do Tratado, conforme dispõem os artigos 3º e 4º da Lei nº 5.899/73, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.438/02.

O preço da energia produzida por ITAIPU não é fixado consoante critérios aplicados pelas empresas geradoras do setor elétrico brasileiro, mas com base na fórmula constante do item III do Anexo C do Tratado, que exclui a possibilidade de auferir lucro ou qualquer espécie de remuneração pelo serviço, na medida em que a tarifa de sua energia elétrica é fixada tão-somente para cobrir os custos e encargos incorridos, sendo que eventuais sobras, positivas ou negativas, devem obrigatoriamente ser compensadas quando da fixação da tarifa do ano seguinte.

Diante da natureza jurídica *sui generis* da Itaipu e a inaplicabilidade das leis internas de cada um dos países signatários do Tratado, necessário se faz o estabelecimento de mecanismos internos de controle de conflitos de agência, a fim

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Parecer proferido em 23 de dezembro de 2002**. In *Natureza Jurídica da Itaipu*. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.89.

⁶⁶ FRONTINI, Paulo Salvador. **Itaipu Binacional: novo tipo de empresa?**. In *Natureza Jurídica da Itaipu*. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.71.

de evitar a ocorrência de atos de corrupção ou malversação dos recursos, e, caso ocorram, a aplicação das sanções cabíveis e reparação do prejuízo, como a implementação de práticas governança corporativa, como o programa de *compliance*.

3.2. Da estrutura de governança corporativa da ITAIPU

O modelo de governança corporativa adotado pela ITAIPU desde meados do ano de 2003, quando houve a reformulação de sua missão institucional, contempla em sua estratégia de atuação os objetivos relativos à sua atividade fim, qual seja, produção de energia elétrica de qualidade, e a responsabilidade socioambiental no contexto em que está inserida, de modo a satisfazer os interesses de todos os públicos envolvidos com a entidade, como se pode verificar da sua missão, visão, política e diretrizes fundamentais, bem como de seus objetivos estratégicos e da sua cadeia de valor:

- a) **Missão:** Gerar energia elétrica de qualidade, com responsabilidade social e ambiental, impulsionando o desenvolvimento econômico, turístico e tecnológico, sustentável, no Brasil e no Paraguai.
- b) **Visão:** Até 2020 a ITAIPU Binacional se consolidará como a geradora de energia limpa e renovável com o melhor desempenho operativo e as melhores práticas de sustentabilidade do mundo, impulsionando o desenvolvimento sustentável e a integração regional.
- c) **Políticas e Diretrizes Fundamentais:** respeito ao ser humano; integração Binacional; proatividade e inovação; reconhecimento dos resultados do trabalho das pessoas; sustentabilidade corporativa; desenvolvimento sustentável regional; responsabilização e prestação de contas; ética e integridade.
- d) **Objetivos Estratégicos:**
 - OE 1. Garantir a segurança da produção de energia com os melhores índices de qualidade.
 - OE 2. Garantir o equilíbrio econômico-financeiro.
 - OE 3. Ser reconhecido como líder mundial em sustentabilidade corporativa.
 - OE 4. Contribuir efetivamente para o desenvolvimento sustentável das áreas de influência.
 - OE 5. Aperfeiçoar a eficiência dos processos de produção de energia mantendo atualizada a infraestrutura tecnológica.
 - OE 6. Dispor de processos corporativos eficientes e com tecnologia adequada.
 - OE 7. Fomentar o desenvolvimento socioeconômico da área de influência.
 - OE 8. Fomentar a pesquisa e a inovação para desenvolvimento energético e tecnológico, com ênfase na sustentabilidade.
 - OE 9. Potencializar o desenvolvimento turístico da região.
 - OE 10. Consolidar o processo de gestão socioambiental por bacia hidrográfica para a conservação do meio ambiente e diversidade biológica, integrando a comunidade.
 - OE 11. Desenvolver nas pessoas os conhecimentos e habilidades essenciais para a execução da estratégia corporativa.
 - OE 12. Fomentar uma cultura organizacional com foco na eficiência dos processos e nos resultados.

- OE 13. Manter o capital humano com alto nível de motivação, comprometimento e desempenho.
- OE 14. Dispor de informações e sistemas essenciais para a execução da estratégia corporativa

- **Cadeia de valor**



Conforme dispõe o art. 9º do Regimento Interno, aprovado pelo Conselho de Administração da Itaipu, a binacional adota como modelo de gestão um Sistema de Planejamento e Controle Empresarial (SPCE), de modo a alcançar seus objetivos e administrar os recursos de forma coordenada. O SPCE é integrado por um Plano Empresarial, do qual constituem parte integrante o Plano Estratégico, as Diretrizes Táticas, o Plano Operacional e o Programa de Desenvolvimento Organizacional. No Plano Estratégico são definidos “os objetivos, as políticas e diretrizes fundamentais e estratégias empresariais da entidade” (art. 9º, § 1º, do Regimento Interno da Itaipu).

A Eletrobras, sociedade de economia mista que detém 50% (cinquenta por cento) do capital social da ITAIPU, possui ações na Bolsa de Valores de Nova Iorque. Assim, a ITAIPU está sujeita ao cumprimento da Lei Sarbanes-Oxley (SOX).

Outrossim, extrai-se do regime exposto pelo Anexo A do Tratado de ITAIPU, que a administração da Binacional se divide entre a sua Diretoria e o seu Conselho de Administração, este atuando enquanto órgão normativo, deliberativo e de supervisão da entidade. Nesse mesmo sentido, confira-se a redação do art. 10, § 1º, do Regimento Interno da ITAIPU:

Art. 10º - ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO. São Órgãos de Administração da ITAIPU, no mais alto nível, o Conselho de Administração e a Diretoria Executiva.

Parágrafo 1º - O Conselho de Administração é um órgão normativo, deliberativo e de decisão. A Diretoria Executiva é um órgão de execução, de decisão e de assessoramento ao Conselho de Administração.

Todos os membros do Conselho de Administração são indicados pelo governo brasileiro e paraguaio, em igual número e não há especificações quanto à formação profissional. Os conselheiros compartilham as decisões corporativas com igual poder de voto, com exceção dos Diretores-Gerais que “*integram o Conselho de Administração, com voz porém sem voto*” (art. 13, § único do Regimento Interno da Itaipu). Dentre as nomeações Governo Brasileiro, dois conselheiros são indicados pela Eletrobras e um conselheiro é indicado pelo Ministério das Relações Exteriores (art. 13 do Regimento Interno da Itaipu).

Os conselheiros não pertencem ao quadro próprio de empregados da Itaipu e a duração do mandato é de quatro anos, sendo que os membros podem ser reconduzidos ao cargo (art. 14 do Regimento Interno da Itaipu), assim como podem ser substituídos a qualquer momento (art. 15 do Regimento Interno).

As reuniões ordinárias são realizadas, pelo menos, a cada dois meses, alternadamente em um e outro país, e presididas alternadamente, por um Conselheiro de nacionalidade brasileira ou paraguaia, e, rotativamente, por todos os conselheiros (art. 21 do Regimento Interno da Itaipu).

Com vistas ao princípio da binacionalidade que rege a entidade, com participação igualitária nos processos decisórios entre nacionais de ambos os países, repise-se, todas as decisões são conjuntas e paritárias, o “*Conselho de Administração somente pode decidir validamente com a presença da maioria dos conselheiros de cada país e com paridade de votos igual à menor representação nacional presente*” (art. 23, Regimento Interno da Itaipu), e não havendo paridade de votos, realiza-se um sorteio para definir os membros que se absterão de votar, até atingir igual número de votantes. Reuniões extraordinárias podem ser convocadas pelo Conselho de Administração ou pelos diretores-gerais.

O Conselho de Administração da ITAIPU deverá se manifestar e deliberar obrigatoriamente sobre todos os assuntos elencados no art. IX, do Anexo A, do Tratado de Itaipu:

ARTIGO IX - Compete ao Conselho de Administração cumprir e fazer cumprir o Tratado e seus Anexos, e decidir sobre:

- a) as diretrizes fundamentais de administração da ITAIPU;
- b) o Regimento Interno;
- c) o plano de organização dos serviços básicos;
- d) os atos que importem em alienação do patrimônio da ITAIPU, com prévio parecer da ELETROBRÁS e da ANDE;
- e) as reavaliações de ativo e passivo, com prévio parecer da ELETROBRÁS e da ANDE, tendo em conta o disposto no Parágrafo 4º do Artigo XV do Tratado;
- f) as bases de prestação dos serviços de eletricidade;
- g) as propostas da Diretoria Executiva referentes a obrigações e empréstimos;
- h) a proposta de orçamento para cada exercício e suas revisões, apresentadas pela Diretoria Executiva.

§ 1º O Conselho de Administração examinará o Relatório Anual, o Balanço Geral e a demonstração da Conta de Resultados elaborados pela Diretoria Executiva e os apresentará com seu parecer à ELETROBRÁS e à ANDE, conforme o disposto no Artigo 24 deste Estatuto.

§ 2º O Conselho de Administração tomará conhecimento do curso dos assuntos da ITAIPU através das exposições que serão feitas habitualmente pelo Diretor-Geral ou de outras que o Conselho solicite por seu intermédio.

Importa destacar que o art. IX, § 2º, do Anexo A, do Tratado de ITAIPU, estabelece que determinados assuntos poderão ser levados a conhecimento do Conselho de Administração, caso os Diretores-Gerais entendam pertinente, além dos temas que são submetidos para deliberação pela Diretoria Executiva.

A respeito das competências do Conselho de Administração e, principalmente de sua competência fiscalizatória com vistas a resguardar os interesses dos acionistas, verifica-se que⁶⁷:

Independentemente da característica estatal, as regras de governança de uma empresa devem ser modeladas com o intuito de proteger os interesses de todos os acionistas, único grupo de participantes que têm interesse na maximização de lucros e no valor da sociedade como beneficiários residuais. As regras de governança devem preservar os interesses dos acionistas por serem aqueles que têm interesse em que o valor da companhia seja maximizado. O Conselho de Administração tem a função primordial de reduzir a vulnerabilidade das sociedades. Serve, ainda, para facilitar e preservar o acesso aos bens tangíveis e intangíveis de que a sociedade necessita para exercer suas atividades, diminuindo as incertezas de sua exploração, quando prevista a manifestação desse colegiado para sua alienação. O Conselho de Administração tem como incumbência o estabelecimento de uma ponte entre as partes interessadas e a preservação dos recursos necessários às atividades da sociedade. Ademais, o Conselho de Administração é órgão obrigatório na estrutura da sociedade de economia mista, conforme a Lei nº 6.404/1976, o que ressalta a sua importância na própria estrutura societária. Em sua função fiscalizadora, o Conselho de Administração deve atentar para a ação dos diretores, podendo ter a sua atividade respaldada por auditorias independentes.

A Diretoria Executiva da ITAIPU, “*órgão responsável pela prática dos atos de administração necessários à condução dos assuntos da Itaipu*” (art. 34 do Regimento Interno da Itaipu), é composta por seis diretores brasileiros e seis

⁶⁷ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Corrupção e *compliance* nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, jan./abr., 2018, p. 252.

diretores paraguaios, com a mesma capacidade e igual hierarquia. Conforme estabelece o art. 35 do Regimento Interno da Itaipu, “*os membros são nomeados pelos respectivos Governos, por proposta da Eletrobras ou da Ande, conforme o caso*” e não há especificações quanto à formação profissional. As decisões são conjuntas e tomadas por maioria simples de votos, através de resoluções (art. 46 do regimento Interno da Itaipu). O mandato é de cinco anos, podendo ser reconduzidos ao cargo, bem como ser substituídos a qualquer momento, conforme determinação dos governos.

As reuniões ordinárias da Diretoria Executiva são realizadas ao menos duas vezes por mês e são dirigidas pelos diretores-gerais brasileiro e paraguaio alternadamente. As reuniões extraordinárias poderão ser convocadas por qualquer um dos diretores-gerais, a qualquer tempo.

Cabe salientar que o poder de fiscalização do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva pode ser exercido por qualquer de seus membros, sem que haja necessariamente uma deliberação do órgão solicitando determinada fiscalização ou, ainda, necessidade de justificativa prévia. Isto deve ocorrer de maneira coordenada, com o compartilhamento das informações solicitadas e obtida.

Eventual não exercício ou não manifestação dos Conselheiros ou Diretores em verificar ou fazer o juízo de legalidade ou legitimidade dos atos da ITAIPU – sendo ou não integrantes do rol de competências estabelecidas no art. IX, Anexo A, do Tratado de ITAIPU – poderia configurar como uma violação ao preceito geral de diligência, exigido nas soluções de boas práticas de governança corporativa.

Convém também salientar que na estrutura de governança corporativa da ITAIPU, estão ligados ao Conselho de Administração as unidades organizacionais da Auditoria Interna, Comitê de Ética e da Ouvidoria, compostos igualmente de condições por empregados brasileiros e paraguaios.

A Auditoria Interna se apresenta como um órgão independente auxiliar dos administradores da entidade a executarem eficazmente suas atribuições, recomendando correções e aperfeiçoamentos dos sistemas e respectivos controles internos, assim como da qualidade do desempenho operacional. Possui atribuições de examinar os registros financeiros e patrimoniais da entidade, avaliar o cumprimento dos contratos e convênios, verificar a consistência e a segurança dos instrumentos e sistemas de guarda e conservação do ativo e valores, verificar a compatibilidade das operações e da execução de programas com a consecução dos

objetivos e metas estabelecidos, dentre outros definidos no Manual de Organização da ITAIPU.

O Comitê de Ética é o órgão competente “*para analisar os casos evidenciados, detectados ou submetidos à consideração do Colegiado e emitir parecer sobre eles para apreciação e providências da autoridade de ITAIPU*”, conforme art. 15º do Código de Ética da ITAIPU. É formado por seis membros, brasileiros e paraguaios, designados pelo Conselho de Administração, sendo ao menos um representante da Diretoria Jurídica de cada país, garantida a irredutibilidade de remuneração dos seus membros, a inamovibilidade, estabilidade no emprego por um ano após o término do mandato e assistência jurídica (art. 18º do Código de Ética). O relatório final emitido pelo Comitê é enviado aos diretores-gerais com recomendações para a tomada de decisão. As deliberações somente têm validade com a presença de todos os membros titulares e as decisões são adotadas por maioria de votos.

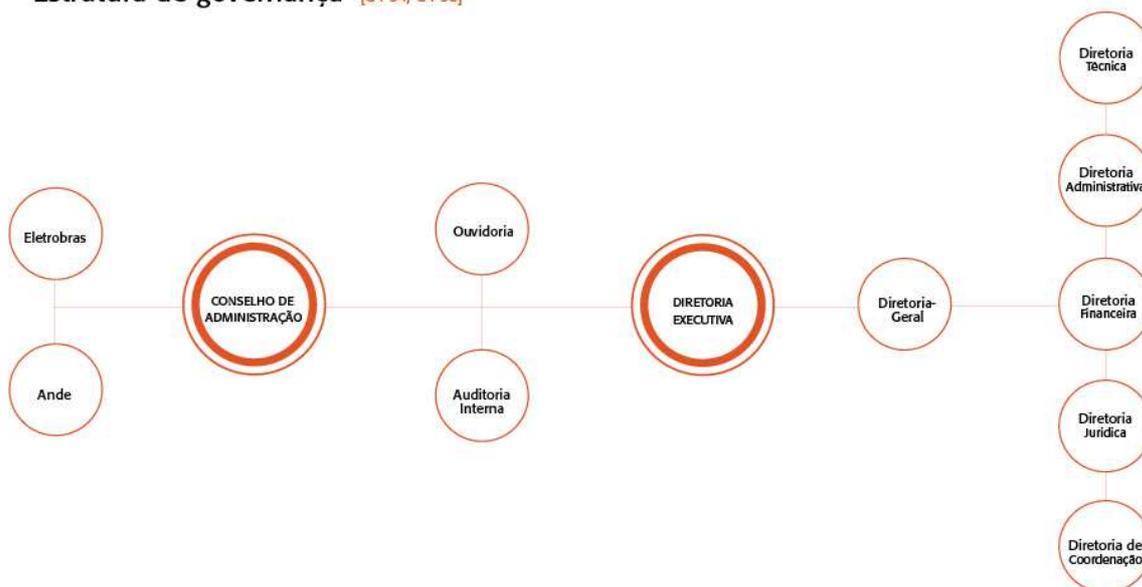
Os casos de desvios éticos cometidos por diretor ou conselheiro serão apreciados por Comitês de Ética “ad hoc”, com membros designados pelo Conselho de Administração e pelas altas partes contratantes, nos termos estabelecidos no art. 19º do Código de Ética da Itaipu.

Por sua vez, a Ouvidoria, conforme o Manual de Organização da ITAIPU, é o canal institucional responsável por receber e examinar objetivamente as reclamações, denúncias, sugestões e elogios, do público externo ou interno, referentes a procedimentos e ações realizadas pelos empregados e pelos órgãos da estrutura organizacional da ITAIPU, recomendando “*ações e medidas administrativas e normativas necessárias à prevenção, o combate e a correção dos fatos considerados.*” Tem a finalidade de “*servir de canal de comunicação entre a ITAIPU e seu público externo, contribuindo para a realização da gestão administrativa participativa e transplante, assim como aperfeiçoamento das práticas e processos da entidade*”, conforme item 5.1 da Norma da Ouvidoria. O Ouvidor Geral (brasileiro) e o Defensor Geral (paraguaio) são designados pelo Conselho de Administração e têm assegurado normativamente o livre exercício de sua atividade, de acordo com seu entendimento e convicção, sem interferências de qualquer natureza.

Há pré-requisitos delimitados pela Norma da Ouvidoria para a nomeação do Ouvidor Geral/Defensor Geral e garantias equivalentes aos dos membros do Comitê de Ética da entidade. O mandato será de dois anos, admitida recondução.

A estrutura de governança da ITAIPU pode ser resumida no seguinte esquema:

Estrutura de governança [G4-34; G4-38]



Além das acima mencionadas, a ITAIPU possui implementadas as seguintes práticas com o objetivo de combate à corrupção e à fraude em suas atividades: auditoria externa contratada mediante prévia licitação (consórcio de empresas brasileira e paraguaia), para verificar os processos contábeis e as demonstrações financeiras, entre outros aspectos; sistemas informatizados implantados de gestão financeira (ERP); empresas de rating contratadas para avaliar a solidez financeira e a capacidade de pagamento das dívidas; e ferramenta eletrônica binacional implementada para aquisições de produtos e serviços.

É também signatária dos Princípios do Pacto Global, do “Call to Action: Anti-corruption and the Global Development Agenda” da ONU, aderente ao projeto de combate à corrupção Gestão Transparente.org; Integrante do comitê temático de combate à corrupção do Instituto Ethos - GT Integridad e Integrante da Comissão Diretiva de Compliance (CDC) do Sistema Eletrobras.

Tais mecanismos de governança corporativa atualmente vigentes na Itaipu não têm se mostrado suficientes a coibir práticas de corrupção, sequer conferir a transparência necessária aos atos de gestão praticados pela Alta Administração da

entidade. Some-se a isso o fato de que, até 2023, as bases financeiras do Tratado (Anexo C) serão rediscutidas, vez que a dívida da ITAIPU decorrente do financiamento para a construção da usina, que onera aproximadamente 70% dos recursos auferidos com a venda da energia elétrica gerada, será integralmente paga ao Governo Brasileiro, o que acarretará na possível permanência de vultuosos recursos nos cofres da ITAIPU e a sua utilização como convier. Há, sem dúvida, que se ter uma estrutura firme e transparente de gestão da entidade binacional que viabilize a sua continuidade, mantenha sua reputação e minimize os conflitos de agência.

Considerando a estrutura de governança corporativa atualmente adotada na Itaipu, os conflitos de agência detectados próprios de uma organização criada com recursos públicos, cujos dirigentes são indicados politicamente, tendo em vista os escândalos de corrupção nas empresas estatais, como aprimorar o modelo de governança da ITAIPU que integre a atuação das diversas áreas da Empresa e implante mecanismos de controle interno para, de fato, prevenir, detectar e coibir a prática de atos ilícitos lesivos ao patrimônio da Entidade, preservando os recursos de práticas de corrupção?

CAPÍTULO IV

ANÁLISE DO CASO: Proposta de aprimoramento das práticas e estrutura de governança da ITAIPU mediante mecanismos anticorrupção

Apesar da atual estrutura de governança da ITAIPU já pressupor a existência de diversos mecanismos de controle dos conflitos de agência, contribuindo, portanto para atenuação dos riscos de ocorrência de corrupção ou malversação dos recursos, faz-se indispensável no panorama atual, incrementar as práticas de *compliance* e governança corporativas existentes, valorizando as estruturas internas da organização como forma de controle.

Passa-se a analisar três mecanismos específicos e de necessária implementação de coibição à ocorrência de conflitos de agência na ITAIPU, de modo a atenuar os riscos de ocorrência de corrupção, mantendo-se a reputação e a longevidade da Binacional.

4.1. Dos critérios específicos para indicação dos integrantes do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva da ITAIPU

Tem-se que a rigorosa seleção dos membros da alta administração e de colegiado superior e dos conselhos das empresas criadas e geridas com recursos públicos, com base em critérios objetivos que levem em consideração os conhecimentos técnicos, habilidades e experiência pregressa, bem como a boa reputação e idoneidade moral dos candidatos, constitui-se em boa prática de governança corporativa e uma das principais ferramentas de controle de combate à corrupção.

Segundo ANTONIK, *“a designação de pessoas ligadas ao movimento político-partidário para ocupar cargos em empresas sob controle governamental, ministérios, secretarias, autarquias e agências reguladoras, tem se mostrado catastrófica para o país. O compromisso destes indicados reside explicitamente no comprometimento com benefícios à sigla partidária a que pertencem, em prejuízo dos resultados ou do serviço prestado.”* E continua, *“o resultado de qualquer atividade está ligado às escolhas daqueles que dirigem a entidade. (...) O Tribunal de Contas da União recomenda aos órgãos da administração pública rigorosa seleção das equipes e do corpo gerencial, de governantes e administradores,*

*baseada na idoneidade moral e na boa reputação, levando em conta seus conhecimentos, suas habilidades, suas atitudes e sua experiência.*⁶⁸

Pelo que, defende-se neste trabalho monográfico que sejam estabelecidos critérios objetivos para a seleção dos membros que ocuparão os cargos da alta administração da ITAIPU, adotando-se por semelhança as boas práticas introduzidas pela Lei das Estatais brasileira (Lei 13.303/2016), em seu art. 17⁶⁹.

Ou seja, que os indicados tenham formação acadêmica compatível com o cargo e comprovada experiência mínima na área de atuação no setor público ou privado, ou como profissionais liberais, vedadas a indicação de integrantes de órgãos fiscalizadores dos atos de gestão; atuaram nos últimos 36 meses como membros da estrutura decisória de partidos políticos; exerçam cargo em organismo sindical; tenham sido contratados ou possuam parceria com a organização ou qualquer pessoa que possa ter conflito de interesse.

Com relação à qualificação do Conselheiro, a orientação de SILVA é que cada Conselheiro deva ter: *“integridade pessoal; capacidade de ler relatórios financeiros, ausência de conflitos de interesse, disponibilidade de tempo, motivação.”* E que, na composição do conselho, *“devem estar presentes entre os membros as seguintes experiências ou conhecimentos: experiência na participação em bons Conselhos de Administração, ou seja, os reconhecidos por sua excelência; experiências como executivo principal; experiências em administrar crises; conhecimentos de finanças corporativas; noções de conhecimentos contábeis e*

⁶⁸ ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática. Rio de Janeiro: Alta Brooks, 2016, p. 66/67.

⁶⁹ Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público; 3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.”

*financeiros; conhecimentos do ramo da empresa; conhecimentos do mercado internacional; visão estratégica; contatos de interesse da empresa*⁷⁰.

Inclusive, esta é a orientação da OCDE, constante das Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais:

*“A nomeação dos conselhos das EEs deve ser transparente, claramente estruturada e baseada na avaliação de determinadas habilidades, competências e experiências. Os requisitos de competência e experiência devem derivar de uma avaliação do conselho atual e das necessidades relacionadas à estratégia de longo prazo da empresa. Essas avaliações também devem levar em consideração o papel desempenhado pela representação dos empregados no conselho, quando isso for exigido por lei ou por acordos mútuos. Nomear com base nessas avaliações de competência e requisitos explícitos provavelmente produzirá conselhos mais profissionais, responsáveis e orientados para negócios.”*⁷¹

4.2. Da criação do Conselho Fiscal na ITAIPU

À ITAIPU, como já mencionado neste trabalho monográfico, não se aplicam as disposições da Lei de Sociedades Anônimas brasileira (Lei nº 6.404/1976) ou a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), nem mesmo as disposições do Código Civil paraguaio no que se refere, também, às sociedades anônimas, por conta de sua natureza peculiar em ambos os ordenamentos jurídicos.

Todavia, mister se faz atender as lições de boas práticas apresentadas por tais legislações, no sentido da adoção do Conselho Fiscal, como instrumento de gestão dos acionistas. Consoante lição de ANDRADE, “*o Conselho Fiscal garante o exercício do direito dos proprietários de fiscalizar a gestão dos negócios, os resultados apresentados pela administração e as variações patrimoniais da companhia. Enquanto os atos do Conselho de Administração estão voltados para a gestão, sendo esta exercida pela Diretoria Executiva, as funções do Conselho Fiscal estão voltadas para o exame, a verificação, a fiscalização e a avaliação das contas e dos atos de administração. Trata-se de órgão de governança que informa, opina, sugere e denuncia*”⁷².

O Conselho Fiscal, portanto, configura-se como instrumento legal para uma política ativa de boas práticas de governança corporativa, focando preferencialmente

⁷⁰ CORDEIRO DA SILVA, ob. cit, p.100.

⁷¹ OECD (2018), *Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>.

⁷² ANDRADE, ob. cit, p.264.

a transparência e o controle dos atos internos da empresa. Conforme leciona LAMB, “*ao conselho fiscal cabe verificar se a orientação dos negócios e a condução da estratégia e das operações se fazem no interesse da companhia, se os atos de administração pautam-se pelas leis e observam o estatuto, e se as prestações de contas pela administração refletem a realidade econômica e financeira.*”⁷³

O art. 163 da Lei das Sociedades Anônimas brasileira estabelece como competência do Conselho Fiscal as seguintes atribuições:

Art. 163. Compete ao Conselho Fiscal:

I – fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários;

II – opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembleia geral;

III – opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembleia geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

IV – denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia;

V – convocar a assembleia geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerarem necessárias;

VI – analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia;

VII – examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar;

VIII – exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam.

Para que possa desenvolver adequadamente suas atribuições é essencial o estabelecimento e cumprimento dos requisitos e regras de funcionamento do Conselho que assegurem a efetividade de sua atuação e, especialmente, a independência dos conselheiros. Conforme CORDEIRO DA SILVA, o Conselho Fiscal deve ser composto por conselheiros que detenham: a) conhecimento a respeito do segmento de atuação da organização, bem como nas áreas de finanças, direito, de negócios e das melhores práticas de governança; b) diversidade de experiências profissionais progressas pertinentes às funções do conselho; e c) independência diante da administração da companhia e dos acionistas que o elegeram⁷⁴. Consoante LAMB, “*o papel do conselheiro fiscal supõe, além de*

⁷³ LAMB, Roberto. O Conselho Fiscal agrega valor para o acionista? In Governança corporativa e acriação de valor. Coord. Joaquim Rubens Fontes Filho, Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p.193.

⁷⁴ CORDEIRO DA SILVA, ob. cit, p.86.

*conhecimentos exigidos pela função, maturidade e habilidades diplomáticas para desempenhar a função no interesse de todos os acionistas*⁷⁵.

O Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), reserva um capítulo exclusivamente dedicado ao Conselho Fiscal, no qual afirma que esse fórum é parte integrante do sistema de governança corporativa das organizações brasileiras. O IBGC orienta que a atuação dos conselheiros deve ser pautada pela transparência, equidade, independência e confidencialidade, sendo a sua reponsabilidade contribuir para o melhor desempenho da organização, mantendo relacionamento próximo com as auditorias interna e externa⁷⁶.

O Conselho Fiscal, além de manter contato direto com a auditoria interna e a auditoria independente, deverá acompanhar a efetividade dos controles internos e dos processos de gestão de riscos da organização. *“É difícil imaginar que o conselho fiscal possa manifestar sua opinião sobre as contas sem ouvir as auditorias, sem conhecer a efetividade dos controles internos e sem conhecer os riscos da empresa e seus processos de gestão”*⁷⁷

4.3 Da implantação de um Programa de *Compliance* na ITAIPU

Diante do estudo ora realizado sobre governança corporativa e compliance, tem-se que no âmbito da ITAIPU se faz indispensável, com vistas precipuamente ao combate à corrupção, a adoção de um programa de compliance que contemple a criação, pelo Conselho de Administração, de estrutura específica organizacional e binacional, com autonomia e independência, ligada àquele órgão superior, responsável pela aplicação do programa e fiscalização de seu cumprimento, bem como identificação e análise periódica dos riscos de fraude e corrupção que está sujeita a entidade.

Tal área autônoma e independente deverá ter, dentre outras, a atribuição de identificar e mapear os eventos de risco; avaliar a probabilidade de ocorrência e a consequência dos riscos identificados sobre os resultados pretendidos; recomendar à Alta Administração as medidas de controle para evitá-los ou mitigá-los; e monitorar a integridade da estrutura e do processo de gestão de riscos. Outrossim, deverá ter

⁷⁵ LAMB, ob. cit, p.193.

⁷⁶ Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4ª ed. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2009, p.62-65.

⁷⁷ LAMB, ob. cit, p.195.

atribuição de armazenar, consolidar e informar os riscos aos gestores e a alta administração da organização, para a tomada de decisões.

Segundo a orientação contida no Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais, desenvolvido pela Controladoria Geral da União é recomendável que:

“a instância interna responsável pelo Programa de Integridade tenha o grau de independência necessário para tomar decisões e implementar as ações requeridas para a sua correta aplicação, devendo, sempre que possível, se reportar diretamente ao mais alto nível hierárquico dentro da organização.

Essa instância deve ter a prerrogativa de adotar decisões e efetuar recomendações necessárias à adequação da empresa à legislação ou às normas éticas e à mitigação de riscos, ainda que isso represente impacto financeiro, mudanças de rotinas ou incremento de trabalho que sejam necessários. Deve, ainda, ter competência para garantir que sejam apurados indícios de irregularidades de forma efetiva, ainda que se trate de membros da alta direção ou colaboradores de outros setores.

Dessa forma, para garantir uma atuação adequada da equipe da área de integridade, é importante que sejam previstos mecanismos de proteção contra punições arbitrárias decorrentes do exercício normal de suas atribuições. É recomendável que essa proteção se mantenha por um período de tempo após o término das atividades na área.”⁷⁸

Outrossim, entende-se que o programa de compliance a ser implantado na Itaipu deva contemplar a adoção de um Código de Conduta, de forma a que cada empregado ou dirigente saiba, exatamente, que tipo de comportamento é esperado dele e o que configuraria infrações às regras de compliance. Recomenda-se sejam tratados aspectos específicos relacionados à prevenção à corrupção, com a proibição clara e irrestrita aos atos de corrupção.

Segundo o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC, o Código de Condutas deve abranger “o relacionamento entre conselheiros, diretores, sócios, funcionários, fornecedores e demais partes interessadas (stakeholders). Conselheiros e executivos não devem exercer sua autoridade em benefício próprio ou de terceiros”. E deverá cobrir os seguintes assuntos, entre outros: “Cumprimento das leis e pagamentos de tributos; Operações com partes relacionadas; Uso de ativos da organização; Conflitos de interesses; Informações privilegiadas; (...) Prevenção e tratamento de fraudes; Pagamentos ou recebimentos

⁷⁸ http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

*questionáveis; Recebimento de presentes e favorecimento; (...) Atividades políticas; (...) Assédio moral ou sexual; (...)*⁷⁹.

Ademais, tem-se que “a oportuna descoberta do ato lesivo pode ser conseguida por meio de mecanismos de controle e supervisão (vigilância de superiores, auditorias internas) ou também pela instituição de um canal de denúncias de irregularidades, pelo qual todos os empregados e colaboradores poderão estar comprometidos com a manutenção de um ambiente de respeito à legalidade. É necessário que os informantes possam fazer denúncias sem receios de represálias”⁸⁰. Pelo que, é de se recomendar a implantação na Itaipu de um canal específico de denúncias relativas à fraude e à corrupção, aberto e amplamente divulgado a empregados, colaboradores e a terceiros, em que reste assegurado o sigilo do denunciante.

Faz-se também mister que a elaboração de norma interna que regule o processo de apuração das denúncias relativas à fraude e corrupção, mediante investigações internas e a efetiva aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de compliance. Ou seja, estabelecer quem investiga e em que extensão, como o processo será documentado, quem é a autoridade competente pela decisão, os direitos fundamentais do investigado, as medidas punitivas e critérios para sanções, a sua aplicação a todos os empregados, diretores, conselheiros e pessoas físicas e jurídicas que mantenham vínculos obrigacionais com a ITAIPU. Quanto à investigação, esta poderá ser feita tanto pela estrutura interna existente ou por um escritório externo de advocacia a ser contratada especificamente para este fim.

Conforme alerta VERÍSSIMO, “se houver envolvimento de dirigentes nos fatos, uma investigação conduzida por advogados externos à empresa poderá reduzir a chance de influências indevidas dos superiores hierárquicos (o que poderia ocorrer caso a investigação interna fosse feita pelos advogados que fossem empregados da empresa). Além do tamanho e da complexidade da investigação, da necessidade delimitar o número de pessoas que terão acesso a dados sensíveis (relativos tanto à privacidade dos investigados, como aos segredos industriais ou

⁷⁹ Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4ª ed. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2009, p.66-67.

⁸⁰ VERÍSSIMO, ob. cit. p.286

comerciais da empresa), é necessário considerar que a possibilidade de se resguardar, ou não, a prerrogativa de sigilo profissional dos advogados⁸¹

Necessário, ainda, estabelecer procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas, a tempestiva reparação dos danos incorridos e a imediata punição dos envolvidos.

Por fim, considerando que um programa de compliance é um processo progressivo, que deve se estender a todos os níveis de atividade da empresa com vistas a desenvolver uma cultura da ética e de compliance nos processos de decisão, em todas as relações com o mercado e partes interessadas, devem ser realizados treinamentos e cursos periódicos envolvendo todos os empregados da Itaipu, com níveis de capacitação diferenciados de acordo com as respectivas funções e responsabilidades. Recomenda-se, ainda, a realização de palestras, comunicações por escrito e promoção de debates sobre o tema a fim de divulgar e incentivar a observância do compliance.

“As especificações do compliance devem ficar claras para todos, de forma que cada um saiba qual é o comportamento legal e ético que lhe cabe, no desempenho de suas tarefas. (...) Mais do que apenas dar a conhecer os requerimentos profissionais do compliance, é importante gerar uma consciência do comportamento correto sob o aspecto ético e jurídico. Esse conhecimento/consciência deve ser regularmente aferido, seja por questões de feedback, questionários, etc, para que se possa verificar em que medida a implementação dos padrões de conduta foi exitosa”⁸², consoante ensinamentos de VERÍSSIMO. “As pessoas somente serão encorajadas a manter essa cultura, se virem coerência entre o falar e o atuar, em todos os níveis da organização, em que os processos de formação corporativa têm importante papel a cumprir”⁸³

⁸¹ VERÍSSIMO, ob. Cit, p. 300.

⁸² VERÍSSIMO, ob. Cit, p. 293.

⁸³ PERAZZO, ob. cit, p.65.

CAPÍTULO V CONCLUSÃO

Como visto no presente trabalho monográfico, a despeito da ITAIPU ser uma entidade binacional, criada por Tratado internacional celebrado por dois países no exercício de suas soberanias, os conflitos de agência existentes nas empresas e sociedades estatais podem ser a ela replicados, fruto das divergências de interesse entre o poder-controlador e os interesses dos demais acionistas, bem como entre os interesses Alta Administração e o interesse público da coletividade, para o qual a empresa foi criada.

A corrupção, como analisado, pode ser enquadrada como um dos efeitos decorrentes do conflito de agência e está sujeita a custos, a serem minimizados através da implementação de um sistema de governança corporativo eficiente.

Neste trabalho, foram eleitos três mecanismos de governança corporativa com vistas a evitar a ocorrência de atos de corrupção e, conseqüentemente, dos custos e conflitos de agência dela decorrentes no âmbito da ITAIPU, ora estudada.

O primeiro deles é o estabelecimento de critérios específicos para indicação e nomeação dos conselheiros do Conselho de Administração e dos diretores da ITAIPU, a exemplo das regras estabelecidas no art. 17 da Lei das Estatais brasileira (Lei 13.303/2016), como um dos mecanismos mais significativos de controle de conflito de agência na Binacional, fruto do necessário distanciamento entre governo e alta administração da ITAIPU.

O segundo mecanismo trazido neste trabalho recai sobre a implementação do Conselho Fiscal na estrutura organizacional da ITAIPU, como órgão auxiliar do Conselho de Administração, com potencial de também minimizar significativamente os conflitos de agência.

Por fim, o terceiro mecanismo é a implementação de um programa de compliance na ITAIPU, com a criação de uma área autônoma e independente, responsável pela aplicação do programa e fiscalização de seu cumprimento, bem como identificação e análise periódica dos riscos de fraude e corrupção que está sujeita a entidade. Recomenda-se também a adoção de um Código de Conduta e de mecanismos efetivos de aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade e a existência de procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas, a tempestiva remediação dos danos gerados e punição dos infratores. E que tais medidas disciplinares sejam de

aplicação a todos os empregados, diretores, conselheiros e pessoas físicas e jurídicas que mantenham vínculos obrigacionais com a ITAIPU.

Em síntese, acredita-se que com a adoção das medidas ora recomendadas conferir-se-á maior grau de confiabilidade e transparência aos atos de gestão da ITAIPU e oferecerá mecanismos de controle de conflitos de agência, o que terá o condão dificultar a ocorrência de atos de corrupção, ou, caso ocorram, procedimentos efetivos para sua pronta reparação e a punição dos envolvidos.

CAPÍTULO VI

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 3^o ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ANDRADE, J. (2017). **O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da Lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência**. *Revista Digital De Direito Administrativo*, 4(1), 170-203. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4i1p170-203>

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Brooks, 2016, p. 66/67

BERTIOL, Laércio F. **Itaipu: modelo avançado de cooperação internacional na Bacia do Prata**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p.82.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203.

Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4^a ed. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2009

CORDEIRO DA SILVA, Edson. **Governança Corporativa nas empresas: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração e fiscal, auditores, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores**. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2012

CUNHA, Mauro Rodrigues. **A contramão da convergência: Estado, mercado e empresas de economia mista**. In *Governança Corporativa: internacionalização e convergência: os novos rumos das práticas de governança*. Coord. Joaquim Rubens Fontes Filho/Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2010

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; PICOLIN, Lidice Meireles. **Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações**. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v.42, p.1.171, nov/dez.2008.

FRONTINI, Paulo Salvador. **Itaipu Binacional: novo tipo de empresa?**. In *Natureza Jurídica da Itaipu*. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.71.

Guia de Orientação para o Conselho Fiscal / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa; Coordenação: Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo, SP: IBGC, 2^a ed. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Parecer proferido em 23 de dezembro de 2002**. In *Natureza Jurídica da Itaipu*. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.89.

LAMB, Roberto. **O Conselho Fiscal agrega valor para o acionista?** In *Governança corporativa e a criação de valor*. Coord. Joaquim Rubens Fontes Filho, Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014.

MAYER, Luiz Rafael. **Parecer L-208**, in *Natureza Jurídica da Itaipu*. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.22.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Tribunal de Contas da União. Inaplicabilidade à Itaipu do regime decorrente da Resolução nº 165/75. **Parecer emitido em 08 de setembro de 1975, p.02.**

www.transparenciainternacional.org.br

<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/tipos-de-corrupcao>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm

https://www.ey.com/Publication/vwLUAssetsPI/fraud_survey/%24FILE/PB_Fraud_Survey_PT.pdf.

<https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>

http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/outros-documentos/NBRISO370012017.pdf>

OECD (2018), *Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Os desafios do crime de corrupção em 2019. <https://www.conjur.com.br/2018-dez-16/desafios-crime-corrupcao-2019>.

PELLICANI, Aline D. O Impacto da Corrupção nas Decisões de Investimento das Firms Brasileiras de Capital Aberto. Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Economia*, vol. 71, nº 2, Abril/Junho 2017. In http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402017000200195

PERAZZO, Alberto Augusto. **A contribuição da Governança corporativa para melhorar os padrões éticos das organizações e a qualidade das relações comerciais**. In *Governança corporativa e a criação de valor*. Coor. Joaquim Rubens Fontes Filho, Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Corrupção e compliance nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, jan./abr., 2018.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. **Combate à Corrupção é Imperativo para Resgatar a Força da Constituição**, 2016. In <http://www.conjur.com.br/2016-jun-22/combate-corrupcao-essencial-resgate-forca-constituicao>.

REALE, Miguel. **A estrutura jurídica de Itaipu**. In *Natureza Jurídica da Itaipu*. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004, p.52.

SILVA, André Luiz Carvalhal da. **Governança Corporativa e sucesso empresarial: melhores práticas para aumentar o valor da firma**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

THIRY-CHERQUES, Hermano R. **Ética para executivos**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008, p.233/234.

VELLOSO, Carlos Rocha. **A governança corporativa gera valor para o Estado, as empresas estatais e o cidadão**. In *Governança corporativa e a criação de valor*. Coor. Joaquim Rubens Fontes Filho, Ricardo Pereira Câmara Leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014

VERISSIMO, Carla. **Compliance: incentivo às praticas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017