

EMPRESA JURIDICAMENTE INTERNACIONAL

Sumário

PARECERES OFICIAIS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ITAIPU

[1. Parecer L-208, de 22.9.1978 - Consultoria-Geral da República](#)

[2. Parecer FC-27, de 9.3.1990 - Consultoria-Geral da República](#)

[3. Parecer GQ-16, de 29.4.1994 - Advocacia-Geral da União](#)

[Decisão do Tribunal de Contas da União \(TCU\) sobre o Controle dos Atos de Gestão da ITAIPU](#)

[4. Decisão nº 279/95 do TCU](#)

Apresentação

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil aprovou, em 17.10.78 o Parecer L-208, da Consultoria Geral da República, no qual é definida a estrutura jurídica da ITAIPU como uma empresa juridicamente internacional e sujeita somente aos procedimentos de tutela representados em controles administrativos ou financeiros, de ordem externa ou interna, constantes das disposições pertinentes dos atos internacionais que a regem.

Reúne-se, nesta publicação, o mencionado Parecer L-208, assim como o do jurista MIGUEL REALE que também estudou o assunto.

PARECERES OFICIAIS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ITAIPU

Consultoria-Geral da República

1 - Parecer

L-208, de 22.9.1978

Aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 17.10.1978.

PROCESSO: 033/C/77 - PR. 3 635/77

ASSUNTO: Natureza jurídica de Itaipu.

EMENTA:

D) A entidade binacional denominada Itaipu, criada diretamente pelo Tratado entre Brasil e Paraguai, de 26 de abril de 1973, constitui uma empresa juridicamente internacional, consistente em uma pessoa jurídica emergente no campo do direito internacional público, por ser decorrente de um Tratado, com a vocação e a finalidade

específica de desempenho de atividade industrial, como concessionária de serviço público internacional, comum a dois Estados.

II) Submetida, primordialmente, ao regime de direito internacional, nos termos em que estabelecido no competente ato de sua criação, Itaipu somente está sujeita aos procedimentos de tutela representados em controles administrativos ou financeiros, de ordem externa ou interna, constantes das disposições pertinentes dos atos internacionais que a regem, não se lhe aplicando as normas de direito interno, constitucionais ou administrativas, incidentes sobre agentes, entidades ou responsabilidades estritamente compreendidas no âmbito da jurisdição nacional.

Atendendo à solicitação do Ministério das Minas e Energia, constante da Exposição de Motivos nº 423/77, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República determina a audiência desta Consultoria Geral a fim de dirimir dúvidas quanto à natureza jurídica da entidade binacional ITAIPU, bem assim quanto ao cabimento dos controles financeiros, interno e externo, estabelecidos na legislação pátria (Aviso nº 1.237/77, do Senhor Ministro Chefe do Gabinete Civil).

Realça, a referida Exposição de Motivos, que a caracterização jurídica de Itaipu já ensejou a “manifestação de renomados juristas sobre a sua identificação dentre as espécies existentes no âmbito do direito público ou privado, pátrio ou internacional”, dentre eles, os eminentes Miguel Reale, Paulo Salvador Frontini e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em que pese o alto ensinamento dos ilustres jurisconsultos, a proposição acima tem como justificada a solicitação de parecer da Consultoria Geral da República, em que se firme, por sua razão normativa, o entendimento e a conduta a serem observados, no âmbito daquele Ministério e da Administração Pública Federal, com relação à entidade binacional.

São dados à consideração os estudos elaborados pelos preclaros mestres, acima mencionados, cujas lições convém recolher, desde logo, como inestimável roteiro e contribuição decisiva ao equacionamento do problema.

O eminente Miguel Reale, que colaborou na feitura do anteprojeto dos atos internacionais, tem-na como “empresa pública binacional”, em referência ao corrente conceito de empresa pública, parecendo-lhe que “o que se deu em primeiro lugar, foi a trasladação de um modelo jurídico, elaborado na tela do Direito Administrativo Interno, para o âmbito do Direito Internacional, com todas as conseqüências inerentes a essa transposição ...”

Após afirmar que surge, assim, “uma entidade internacional de natureza empresária, tanto ou mais que uma empresa de natureza internacional”, o consagrado mestre vai ao núcleo da questão, conceituando a personalidade jurídica atribuída a Itaipu:

“Como essa personalidade jurídica, dotada de amplo espectro de poderes, se destina à exploração de um bem público, outorgado conjuntamente pelos dois Estados “condôminos”, resulta mais do que caracterizada a existência de uma pessoa jurídica pública de direito internacional” (fls.).

Na mesma linha de indagação teórica, o ilustre jurista, Paulo Salvador Frontini, põe-na no quadro dos “organismos internacionais públicos”, com plena capacidade de direito internacional, asseverando:

“Tendo tais peculiaridades, forçoso convir que se trata de organismo internacional, surgido de um tratado binacional, ou seja, sua origem é bilateral (e não multilateral como outros organismos). Mas a singeleza dessa bilateralidade em nada a diminui perante outras organizações de origem multilateral, pois todas se nivelam num mesmo plano de igualdade, quanto à capacidade jurídica de direito internacional.

.....

À luz dessas ponderações, conclui-se que “Itaipu Binacional” é pessoa jurídica de Direito Internacional, da espécie dos organismos internacionais, dotada de inequívoca natureza empresarial” (fls.).

Por sua vez, o douto Celso Antônio Bandeira de Mello, em abordagens sob o prisma dos controles administrativos sobre Itaipu, em que conclui pela sua não sujeição ao controle do Tribunal de Contas da União e ao recurso hierárquico, na escala da Administração, centra o seu argumento nas seguintes proposições:

“A Itaipu é pessoa binacional, donde os controles a que estará submissa hão de resultar de ação conjunta das partes interessadas, vez que estas, nos termos do Tratado que engendrou o nascimento da pessoa, asseguraram-se, reciprocamente, posição jurídica de equivalência; isto é, nenhuma delas desfruta de posição sobranceira em relação à outra quer quanto ao objeto da avença internacional, quer quanto à pessoa criada para dar satisfação ao desiderato comum.

.....

Deveras: parece por inteiro prescindível fundamentar alongadamente a asserção, pois é perceptível a todas as luzes que à lei nacional de um país não se pode irrogar a força de reger entidade nascida da vontade conjunta de dois países, além de que não editada em vista disto.

São os termos do Tratado bem como os princípios jurídicos conviventes com a autonomia das partes e dessoráveis do acordo que podem regular as situações não previstas explicitamente” (fls.).

Em face da consulta, incumbe a este Parecer, expondo e analisando os dados em busca de formular resposta à indagação, a missão exclusiva e a aplicabilidade restrita ao campo interno, no sentido de orientar a conduta de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, no tocante ao relacionamento com a Itaipu Binacional, sob o prisma do exercício de controles administrativos ou financeiros. Deve ser entendido, caso aprovado, como ato unilateral, de ordem administrativa, tendente a dar cumprimento, em repercussão no ordenamento interno, das disposições do Tratado, tal como previsto no artigo XVIII, sem alçar-se, porém, à condição jurídico-formal de interpretação do Tratado, que só a ambas as Partes Contratantes compete “pelos meios diplomáticos usuais” (art. XXII).

II

A posição dos ilustres juristas, acima nomeados, parece assistida de razão na opinião coincidente de que o equacionamento da realidade jurídica de Itaipu se coloca no plano do direito internacional público.

Em que pese a precariedade ou incompletude conceitual que, compreensivelmente, pervade esse campo de Direito e, particularmente, esse novo tema, é certo existirem precedentes com características análogas à entidade, em causa, permitindo a apreensão de denotações suficientes a uma razoável construção jurídica.

De modo geral, porém, a doutrina tem minimizado ou negligenciado o trato do fenômeno específico, emergente de acordos interestatais bilaterais, voltando-se, simplesmente, ao enfocamento das organizações internacionais, transnacionais ou comunitárias, assentadas em atos internacionais multilaterais (cfr. Paul Reuter, “Institutions Internationales”; Fernand L’Huillier, “Les Institutions Internationales et Transnationales”), e há quem refute, sumariamente, especificidade organizacional à realidade que compreendesse apenas a ação de dois Estados, por exausta na bilateralidade dos direitos e obrigações recíprocos (cfr. R. Monaco, “Organizzazione Internazionale”, in NDI).

Entretanto, a freqüência sempre maior, a partir do período pós-guerra, de entidades internacionais ou transnacionais emergentes de acordos entre apenas dois Estados, em função de empreendimentos que se exigem comuns pela magnitude ou por peculiaridades de circunstância, tem induzido a doutrina mais recente à elaboração dos conceitos pertinentes.

Em notável obra (“Les Organismes Internationaux Spécialisés - Contribution a la Théorie Générale des Etablissements Publics Internationaux”, 3 vs., 1965-1967), aliás pioneira, H. T. Adam, da Universidade de Paris, distingue, dentre diversas instituições resultantes de acordos internacionais, inclusive bilaterais, aquelas que apresentam determinadas características, aptas a incluí-las no seu conceito de “estabelecimentos públicos internacionais”, cujas notas são assim enunciadas:

“L’Etablissement public international est un organisme à vocation spéciale, doté d’un régime ‘international ou communautaire, pourvu des pouvoirs et moyens autonomes et destiné, soit à faire des prestations à des particuliers, soit à régler l’usage, par ces derniers, du domaine public étatique ou interétatique.

Conformément à cette définition, plusieurs éléments doivent être réunis pour qu’il y ait un Etablissement public international:

1. Un organisme créé, une entreprise constituée;
2. Une vocation spéciale;
3. Un régime international;
4. Autonomie de moyens et pouvoirs;

5. Prestations à des particuliers ou réglementation de l'usage du domaine public ou interétatique" (Ob. cit., vol. 1, pág. 09).

H. T. Adam faz compreender, sob essa concepção, diversas entidades, em regime internacional, de origem e constituição paritária entre dois Estados, com objetivos comuns e personalidade jurídica em ambos os territórios, tais como, entre outros: 1) O Instituto Franco-Alemão de Pesquisas de Saint-Louis (Convenção entre a França e a Alemanha, de 31.3.1958); 2) o Organismo Técnico para a Utilização do Subsolo Saariano (Acordo entre a França e Algéria, de 1962); 3) a Agência Franco-Alemã para a Juventude (Tratado de 22.1.1963); 4) o organismo paritário, de caráter industrial e comercial, para a exploração das vias férreas da Costa do Marfim e da República do Alto-Volta (Convenção entre os dois países, em 1960); 5) a organização mista e igualitária da Iugoslávia e Romênia, para a exploração do sistema elétrico e navegação do Danúbio (Acordo de 30.11.1963); 6) o Fundo Belga-Congolês de Amortização e Gestão, definindo-se como "instituição autônoma de direito público internacional, com personalidade jurídica" (Convenção de 6.2.1965); 7) a Associação Cooperativa Franco-Algeriana para a pesquisa e exploração de hidrocarburetos em Algéria (Acordo de 1965); 8) o Aeroporto de Bâle-Mulhouse e outros mais casos.

Mas são relacionados, igualmente, vários acordos bilaterais tendentes a um empreendimento comum que, todavia, não alcançaram a forma institucional de um estabelecimento público internacional, mas se cingiram a adjudicar um caderno de encargos internacional a empresas preexistentes, sem necessariamente adotar-se regime internacional, ou ainda, conferir, por convenção, a estabelecimento público nacional a realização de tarefas comuns, como é o caso da hidroelétrica de Emosson, na Suíça, em acordo com a França.

Sob esse prisma e nessa doutrina, Itaipu estaria inequivocamente caracterizada como estabelecimento público internacional.

Entretanto, essa denominação, derivada de um genuíno, e não pouco controvertido, conceito de direito francês, é, por ambas as razões, geralmente confutada, mesmo por aqueles que coincidem na apreensão de suas notas características.

Claude-Albert Colliard, da Panthéon-Sorbonne, prefere abordar a espécie sob a categoria genérica de "organismos internacionais de gestão", valendo transcrever, ao propósito, excertos de sua excelente obra, "Institutions des Relations Internationales" (6ème. éd. 1974):

"L'organisme international de gestion doté de la personnalité morale ne constitue pas une catégorie juridique très strictement définie, il existe une gamme véritable de types d'organismes.

Les "organismes internationaux de gestion" doivent toutefois être distingués des sociétés internationales qui sont de caractère purement privé e qui demeurent donc des organismes privés même si elles peuvent quelquefois apparaître comme concessionnaires d'un service public international".

Depois de criticar a fórmula de estabelecimento público internacional, raramente empregada nos textos, mesmo quando justificado pela só presença de capitais públicos, salvo o exemplo do Aeroporto de Bâle-Mulhouse, acentua:

“Ainsi l’organisme international de gestion, doté de la personnalité juridique, peut-il revêtir, en dehors de l’hypothèse de coincidence avec une véritable organisation internationale, soit la forme d’un établissement public, soit plus fréquemment celle d’une société. Cette dernière formule a l’avantage de la souplesse puisqu’elle convient aussi bien lorsque le capital est entièrement public que lorsqu’il présente un caractère mixte” (Ob. Cit. págs. 801-803).

O nosso emérito Professor Haroldo Valladão definiria a espécie como “sociedades comerciais supranacionais” que “seriam aquelas constituídas apenas por Estados, membros da Comunidade Internacional, p. ex., o caso da Empresa Brasil-Paraguai, de Itaipu, para a exploração industrial e comercial de potencial hidráulico no rio Paraná” (cfr. “Direito Internacional Privado”, III/20).

Tem sido também propugnada, com relação à hipótese, a conceituação de “empresa comum”, tomada, obviamente, num sentido mais amplo do que a sua precisa e expressa aplicação ao direito comunitário da Europa, como se vê em Giuseppe Ferri, após mencionar o emprego da expressão no Tratado Institutivo da Euratom:

“Peraltro nella dottrina internazionalistica l’espressione “impresa comune” viene usata in una accezione piú ampia e in un senso diversa e di “impresa comune” si parla con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui, sulla base di un accordo internazionale, si predispone la costituzione di un ente a carattere imprenditoriale per lo svolgimento diretto di attività economiche che presentano un interesse comune a due o piú stati...(..).

.....

Una nozione autonoma di impresa comune può avere una giustificazione e un significato soltanto nelle ipotesi in cui l’espressione “impresa comune” stia a individuare anche una particolare struttura organizzativa, e cioè una struttura organizzativa che trovi nell’accordo internazionale la sua base e la sua disciplina e che sia svincolata dalla legge nazionale dello stato in cui “l’impresa comune si localizza” (in “Le imprese comuni di diritto internazionale” - Studi in onore di S.-Passarelli, II/301 e segs.).

Descartando, pela impropriedade ou preconceito, noções tais como a de estabelecimento público, dadas as razões conhecidas; a de sociedade, pelo contorno firme e preciso de direito interno que a torna inaplicável; a de empresa pública, porquanto, embora com denotações mais aproximadas, não recebe, em toda parte, a mesma acepção; e a de empresa comum, pelo sentido já definido e estrito que assume nos tratados europeus, - o jurista suíço, Emmanuel Libbrecht, escolhe como definidor essencial da espécie, o conceito simples e neutro de empresa, justificando:

“Compte tenu de la confusion que peut engendrer l’usage de certains termes pour définir ces phénomènes juridiques, nous avons estimé qu’il était opportun de préférer à tous les concepts précités et juridiquement définis, la notion neutre d’entreprise.

L'acceptation que nous lui donnons est délibérément large afin qu'elle puisse embrasser tous les cas sans aucune exclusive, ni apriorisme. Elle permettrait de dégager, à la suite de la confrontation avec la réalité, une typologie de ces phénomènes juridiques qui serait basée sur leurs traits spécifiques" (in "Entreprises à caractère juridiquement international", pág. 18).

Distinguindo-as das empresas que têm, igualmente, mas apenas, um caráter internacional, exercendo atividades economicamente internacionais, isto é, empresas de caráter economicamente internacional, cujo regime jurídico pertine ao direito internacional privado de cada Estado, Libbrecht, seguindo a conceituação de B. Goldman, define as empresas de caráter juridicamente internacional como aquelas:

"... qui n'ont pas été constituées en application exclusive d'une loi nationale, dont les associés et les dirigeants, relèvent non pas seulement en fait, mais organiquement et impérativement, de plusieurs souverainetés nationales; dont la personnalité juridique ne découle pas non plus, ou du moins pas exclusivement, de la décision d'une autorité nationale, ou de l'application d'une loi nationale; dont le fonctionnement, enfin, est régi au moins partiellement par des règles ne trouvant pas leur source dans un seul, voire dans plusieurs droits nationaux..." (ob. cit., pág. 10).

As referências doutrinárias assim amplamente trazidas à colação têm em mira situar o plano de considerações em que se põe o problema da natureza jurídica de Itaipu, preliminar à solução dos termos da consulta, bem como destacar a controvérsia justificada pela recentidade dos fenômenos e das conseqüentes indagações, orientadas, na verdade, como se vê, no sentido da purificação dos conceitos.

Importa, então, e sobretudo, analisar os textos e buscar a sua significação e conseqüências jurídicas.

III

Brasil e Paraguai firmaram Tratado, em 26 de abril de 1973, ordenando 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 Guaira até a foz do rio Iguazu".

Do lado brasileiro, o texto do Tratado foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 23, de 30 de maio de 1973, e promulgado pelo Decreto nº 72.707, de 28 de agosto de 1973, passando a vigorar, por tempo indeterminado, a partir da data da troca dos instrumentos de ratificação e integrando, por esse efeito, o ordenamento jurídico nacional.

Os Estados convenientes acordaram em criar, nesse ato e por ele, "uma entidade binacional denominada Itaipu", investida da finalidade específica de realizar o aproveitamento hidrelétrico, empreendimento que é razão e objetivo do Tratado.

Criada, assim, direta e automaticamente, por esse ato jurídico internacional, a sua completação constitutiva, em plano de efetividade orgânica e funcional, se faz pela participação da Eletrobrás e da Ande na composição, em termos igualitários, do capital de Itaipu, representado em cem milhões de dólares (EUA), a integralização de cujas partes, iguais e intransferíveis, pelas duas entidades administrativas, será suprida pelo

Tesouro dos respectivos países, ou por financiamento indicado pelos Governos (art. III, § 1º, do Trat.). Nesse caráter societário é que o Estatuto tem ambas as duas como partes de Itaipu (art. I), sem que isso afete a especificidade do ser jurídico da entidade binacional.

Concomitantemente, se estabelece o regime jurídico da entidade, que é primordial e expressamente, circunscrito e estruturado pelas normas do Tratado, bem como dos seus Anexos, notadamente o Estatuto da Itaipu (Anexo A), que formam parte do Tratado e só podem, portanto, ser modificados, de comum acordo, pelos Governos (art. III, §§ 1º e 2º, art. VI, do Trat.).

Na linha de desdobramento desses pressupostos, o Estatuto (Anexo A) dispõe que a Itaipu tem capacidade jurídica, financeira e administrativa, bem como responsabilidade técnica, para estudar, projetar, dirigir e executar as obras que tem por objeto, pô-las em funcionamento e explorá-las. Decorrente desses atributos e para o efeito de cumprir esses objetivos, realizando a sua vocação especial, a entidade poderá adquirir direitos e contrair obrigações (art. IV).

O estrito critério igualitário que preside, em todos os momentos, a sua composição e estrutura, se traduz, também, em que os órgãos de sua administração sejam integrados por igual número de nacionais de ambos os países e, a exemplo de similares no plano internacional, tenha duas sedes, de igual categoria e importância, em Brasília e em Assunção, sem que desta peculiar circunstância resulte a quebra da unidade institucional (art. IV, do Trat.).

Sede e foro, em cada um dos dois países signatários do Tratado, assumem especial significação e consequência na sua vinculação à norma convencionada, em função da qual Itaipu se submete a duas distintas jurisdições, sob o critério do território em que tenham domicílio ou sede as pessoas físicas ou jurídicas com as quais a entidade binacional estabeleça relações jurídicas de qualquer natureza. Assim, sem prejuízo das disposições do Tratado e mesmo em razão delas, como que a título de recepção da lei nacional e não de sua aplicação subsidiária, opera-se uma domiciliação ou sujeição ao ordenamento jurídico de um e de outro país, com relação ao estrito campo da constituição de relações jurídicas e segundo a verificação daquele pressuposto da sede da contraparte. Entretanto, inclui-se no campo da autonomia contratual de Itaipu estipular, livre do critério impositivo da cláusula, quando das relações contratuais de obras e fornecimentos com pessoas físicas ou jurídicas, não domiciliadas no Brasil ou Paraguai (art. XIX do Trat.).

Critério de todo diverso, em matéria de reenvio, vem disposto no artigo XXI do Tratado, onde se segue o princípio da lei nacional quando se tratar da apuração e julgamento da responsabilidade civil ou criminal por atos lesivos aos interesses de Itaipu, praticados por seus administradores e empregados, brasileiros ou paraguaios, independente, portanto, do domicílio do agente ou do lugar em que praticado o ato lesivo. Outro critério é o que se observa com relação aos empregados de terceira nacionalidade, no tocante às mesmas responsabilidades, qual o da incidência da lei do lugar, brasileira ou paraguaia, da sede de suas funções, dispositivo que também excepciona os princípios comuns (art. XXI do Trat.).

De modo específico, a edição de normas jurídicas aplicáveis às relações de trabalho e previdência social foi reservada, pelo Tratado, para constituir objeto de ato internacional, o que efetivamente veio a se verificar pelo Protocolo de 11 de fevereiro de 1974, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 40, de 1974, e promulgado pelo Decreto nº 74.431, de 19 de agosto de 1974. Aí, ao mesmo tempo em que se consubstanciam normas especiais, ocorre o reenvio de determinados itens, sob o critério do lugar da celebração do contrato, para a lei nacional, cuja incidência então se dá em virtude da determinação da cláusula convencional.

Registre-se, por sua relevância na caracterização jurídica da hipótese, o dispositivo que enuncia a outorga de concessão a Itaipu para realizar, durante a vigência do Tratado, o empreendimento hidrelétrico que é objeto deste, utilizando recursos hídricos pertencentes em condomínio aos dois países, no rio contíguo. Esse empreendimento é, portanto, comum aos dois Estados, e não a cada um deles em particular sob color de justaposição, significando o resultado de decisão acorde de soberanias que, simultaneamente, instituiu um serviço público internacional ou transnacional e concedeu a Itaipu a realização e exploração do empreendimento, qualificando-a como concessionária desse serviço público (art. V do Trat.).

São esses os dados fundamentais, constantes dos textos, que propiciam um esboço da natureza e do posicionamento de Itaipu, em face do direito interno, para os fins da consulta.

IV

Como se vê, o Tratado se eximiu de definir a entidade binacional, em termos de categoria jurídica, oferecendo, no entanto, notas suficientes à construção do conceito.

Ainda que silentes as cláusulas, Itaipu se evidencia como uma pessoa jurídica, pois a tanto induzem, necessariamente, a sua capacidade jurídica, apta a torná-la centro de imputação de direitos e obrigações, bem como a correlata capacidade administrativa e financeira, inerindo-lhe, de conseguinte, atos, vontade e patrimônio próprios, identificáveis, como tais, e perfeitamente distintos dos pertinentes aos Estados que a criaram ou das entidades administrativas, Eletrobrás e Ande, que, como instrumentos daqueles, participam formalmente da sua organização e capital social.

A sua existência e forma têm fonte no âmbito internacional, enquanto resultado da vontade expressa e concorde de sujeitos de direito público internacional, 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 qualificativo 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.

Nem é preciso insistir em que a entidade em causa se submete, primordialmente, a um regime internacional. O seu grau de internacionalização se revela em coordenadas de um máximo de intensidade quanto à natureza dos seus atos formativos, e de um mínimo

de extensão quanto ao número de sujeitos de direito participantes de sua instituição. Se a sua criação se deveu a um ato internacional entre Estados que, em comum, e no exercício das respectivas soberanias, lhe conferiram a personalidade jurídica, toda a sua dinâmica decorre, igualmente, da mesma fonte normativa, isto é, o seu objetivo, capacidade e responsabilidade, recursos, procedimentos e estrutura são aqueles disciplinados e delimitados no Tratado.

Esse regime é completo em si mesmo, e do Tratado decorre o universo jurídico em que se situa Itaipu. Em virtude das disposições nele inseridas é que ordens jurídicas internas passam a integrar o seu ordenamento, e será em função disso que a entidade, nas suas relações jurídicas privadas com terceiros, se subordina às mesmas regras incidentes sobre as entidades submissas à respectiva jurisdição nacional, salvo as derrogações operadas pela convenção interestatal.

Por tudo isso convém, em primeira aproximação, a Itaipu, a predicação genérica de organismo internacional. Entretanto, face à indagação sobre os seus métodos de atuação e objetivos funcionais tem-se que ela se subtrai ao que comumente se denomina um estabelecimento de autoridade para configurar-se como ente ou organismo de gestão, de tipo industrial, correspondente à sua condição de concessionário de serviço público internacional vinculado à exploração de energia elétrica em rio internacional sob condomínio.

Daí, na terminologia de Colliard, largamente empregada, a entidade, em causa, corresponderia a um “organismo internacional de gestão”, ou, com os mesmos elementos conotativos, a uma sociedade internacional ou transnacional, menos equívoco do que estabelecimento público internacional, desde que guardada a indeclinável distinção para com as sociedades chamadas internacionais, de caráter privado, tipicamente multinacionais, que se constituem, ordinariamente, segundo o direito interno de cada país, em que atuam, e a cuja jurisdição se submetem nos seus desdobramentos externos, e que não são juridicamente internacionais, embora o sejam economicamente.

Entretanto, todas as características, que, nela, se apontam, autorizam a subsumi-la no conceito de empresa, que, tomado na sua simplicidade e na compreensão advinda das várias conotações que a ela convergem, se ajusta cabalmente à entidade em causa.

Resguardada, aliás, a sua proveniência ao campo do direito internacional público, a empresa, que é a entidade binacional, em tela, guarda ponderável similitude com o fenômeno da empresa pública, tal como ocorrente no direito interno, haja vista a sua origem interestatal, e até certo ponto a composição do seu capital social, se considerado o suprimento pelo Tesouro de cada país, e não, a participação formal e expressa de entidades administrativas de segundo grau. Essa peculiaridade de instituição é que relativiza a possibilidade de defini-la, com precisão, como empresa pública internacional, à parte as objeções da doutrina internacionalista, em utilizar-se um conceito ainda disputado no campo do direito interno.

O Tratado foi sábio em não se comprometer com conceitos e categorias jurídicas, limitando-se a dizer Itaipu “entidade binacional”, sem dizê-la pessoa pública ou privada. Daí, a preocupação de defini-la empresa pública talvez advenha da necessidade de atribuir-lhe a personalidade privada que o modo e o objetivo de sua atuação

necessariamente reclamam. Entretanto, essa condição é inerente, enquanto necessária, não estando pré-excluída. Assim como ao próprio Estado, na face externa ou interna, certa doutrina reconhece uma personalidade e patrimonialidade públicas ao lado de personalidade e patrimonialidade privadas, segundo atue *jure imperii* ou *jure gestionis*, assim também, e com maior razão, à empresa binacional, como pessoa jurídica de direito internacional público, em atuação no âmbito da jurisdição interna, se há de reconhecer a personalidade funcional, ajustada à sua vocação especial e apta ao desempenho de suas atividades de gestão, que outra não poderia ser senão a correspondente à índole das relações de direito privado, isto é, aquilo que é característico de uma empresa, ainda que *sui generis*.

Assim, atento à melhor lição da citada doutrina de Libbrecht, e acompanhando os seus conceitos, excluída a terminologia de vacilante precisão conceitual e adequada aplicabilidade, caberia propor a definição da entidade binacional Itaipu, simplesmente, como empresa juridicamente internacional, isto é, pessoa jurídica emergente do direito internacional, com a finalidade específica de desempenho de atividade industrial, a que se aplica como concessionária de serviço público internacional, submetida a regime de direito internacional público, nos termos em que estabelecido no ato de sua criação, sem prejuízo de sujeição à lei nacional de um e de outro Estado conveniente, por efeito do disposto na cláusula internacional, na extensão, pressupostos e condições nela estabelecidos.

Ao dizer-se compreendida na categoria genérica, doutrinariamente construída, de empresa juridicamente internacional, em contraposição dialética a empresa economicamente internacional ou empresa multinacional, Itaipu se distingue essencialmente das congêneres, pela sua especificidade própria, a de ser binacional, característica que, ao mesmo tempo que lhe delimita a extensão, fá-la estreitamente vinculada aos Estados que a instituíram, como um produto em comum de duas soberanias, voltado para o relacionamento externo, à guisa das instituições menores em que os Estados internamente se desdobram, sem que alcance aquele grau de autonomia, irrestrito internacionalismo ou supranacionalidade das pessoas jurídicas de direito internacional público, *tout court*.

V

Em que pese a autonomia, quer administrativa, quer financeira ou técnica, reconhecida aos organismos internacionais de gestão ou de caráter empresarial, isto é, empresas juridicamente internacionais, como condição primordial para o eficiente desempenho, o que tem caracterizado a estruturação de tais entidades onde quer que ocorram, é a realidade e o reconhecimento da necessidade de meios de controle, administrativo e financeiro, ou seja para a vigilância sobre a aplicação dos recursos atribuídos, ou para a verificação do desempenho e do cumprimento dos fins da instituição. Trata-se de fenômeno de certo modo correspondente à tutela mantida, internamente, pelo Estado, sobre as entidades por ele instituídas para a realização de serviços públicos, e é a correspondência ou analogia de objetivos que justificam a aplicação a esses outros organismos, diversamente do que se passa com os que a doutrina tem chamado verdadeiras organizações internacionais, tanto as inter-governamentais, como as supranacionais. No caso da binacional, tanto mais se justifica a invocação desses mecanismos jurídicos de acompanhamento, quanto dependente ela se mostra dos Estados constitutivos, circunscrita a sua atuação aos interesses comuns a eles correspondentes, e

jungida à permanente verificação, por eles, da satisfação dos encargos para os quais foi criada.

O mecanismo de controle, de interesse dos Governos, se realiza, ordinariamente, na medida das participações estatais no empreendimento e de acordo com as opções estruturais e as condições estabelecidas no ato internacional de instituição da entidade.

Em dois procedimentos específicos, configurados no Tratado, se garante o exercício da tutela dos Estados sobre a entidade binacional, assegurando a presença e a fiscalização dos Governos.

Em primeiro lugar, a manifestação dessa tutela se verifica, em molde clássico, na escolha dos dirigentes e na possibilidade de sua revocação, à guisa do que ocorre, invariavelmente, no plano do Direito Administrativo.

Os órgãos da administração de Itaipu estão representados pelo Conselho de Administração e pela Diretoria Executiva, cujas composições, em exato atendimento do dominante critério paritário de todo o empreendimento, contam com igual número de representantes de cada país. Enquanto os Conselheiros têm um mandato de quatro anos, os Diretores têm-no de cinco, todos nomeados diretamente pelos respectivos Governos, cabendo, porém, destacar que tais mandatos são a qualquer tempo revogáveis, o que constitui um índice ponderável do poder de vigilância dos Governos sobre a vida da entidade (arts. VIII, IX, XI e XII, do Estatuto).

De acordo com as cláusulas estatutárias, enquanto a Diretoria Executiva pratica os “atos de administração necessários à condução dos assuntos da entidade”, elaborando a proposta orçamentária, balanços e demonstração da conta de resultados, bem como executando as normas e bases para prestação dos serviços de eletricidade e, de modo geral, as decisões do Conselho de Administração (XIII), a este incumbe o exercício de amplas funções, a nível normativo, deliberativo e de controle. Vale transcrever, por sua relevância, o rol das principais atribuições desse colegiado, no teor seguinte: a) cumprir e fazer cumprir o Tratado; b) editar as diretrizes fundamentais de administração, o plano de organização dos serviços básicos, as bases de prestação dos serviços de eletricidade; c) decidir sobre atos que importem alienação do patrimônio, reavaliações do ativo e passivo, obrigações e empréstimos e orçamento; e, finalmente, examinar o Relatório Anual, o Balanço Geral e a Demonstração da Conta de Resultados, elaborados pela Diretoria Executiva e apresentá-los, com seu parecer, à Eletrobrás e à Ande (IX).

Com inteira razão, o ilustre jurista C. A. Bandeira de Mello vislumbrou na composição dos mecanismos administrativos da Itaipu, a existência de controles internos e externos.

Residiria nas atribuições do Conselho de Administração, acima mencionadas, o exercício do controle interno, inerente à estrutura da própria entidade, mas do qual os Governos, embora de modo indireto, participariam pela escolha dos seus integrantes.

Entretanto, o controle externo, notadamente de ordem econômico-financeira, será exercido pela Eletrobrás e pela Ande, mediante a apreciação e decisão sobre o Relatório Anual, o Balanço Geral e a Demonstração da Conta de Resultados do exercício anterior, elaborados pela Diretoria Executiva e já submetidos a exame e parecer do Conselho de Administração (art. VIII).

Como se vê, o regime administrativo e financeiro de Itaipu, também no capítulo do controle administrativo e da fiscalização financeira e orçamentária, quer interna, quer externa, se rege pelas normas emergentes do pacto internacional.

O ordenamento jurídico resultante de norma internacional transcende, necessariamente, o âmbito estatal, excede o espaço jurídico de validade e incidência do ordenamento interno. Confirma-se, desse modo, o regime de direito internacional a que se submete, também nesse setor, a empresa binacional, situação jurídica objetiva que constitui, sistematicamente, o quadro em que ela se move, sem que se autorize o seu suprimento pela recorrência, direta ou subsidiária, à legislação interna senão nos pontos e no alcance expressamente admitidos.

O reconhecimento desse status internacional e o propósito, aliás coerente e lógico, de resguardá-lo se patenteiam, por exemplo, na circunstância de que os casos de divergência quanto à interpretação ou aplicação do Tratado serão resolvidos pelos meios diplomáticos usuais (art. XXII do Trat.), e as lacunas do Estatuto, cuja integração não se faça possível no âmbito da competência do Conselho de Administração, refluirão à decisão dos dois Governos, com o prévio parecer da Eletrobrás e da Ande (art. XXIX do Estatuto).

Por isso, sob o regime correspondente à sua origem e constituição, a entidade binacional, como empresa juridicamente internacional delimitada por sua natureza e âmbito de atuação, não é redutível, lógica ou juridicamente, a qualquer tipo de entidade, estatal ou paraestatal, de administração direta ou indireta, pertinente ao direito interno.

Itaipu não está sujeita, de conseguinte, às normas aplicáveis a agentes públicos e entidades públicas nacionais, sob formas de inspeção administrativa ou supervisão hierárquicas, e de controle interno ou externo, constantes do direito constitucional ou administrativo brasileiro, mesmo que os seus agentes não possam, de modo algum, ser considerados funcionários internacionais.

Aliás, as previsões do texto constitucional e das leis administrativas, com relação a entes, responsabilidades e processos sujeitos aos mecanismos de controle, não se compadecem com realidades e conceitos do ordenamento jurídico binacional, que, por distintos e peculiares, àquelas não se subsomem. O controle exercido pela jurisdição nacional somente se estenderá até o momento administrativo e financeiro e a entidade responsável, compreendidos no seu espaço jurídico, cessando necessariamente desde quando transpostos os seus lindes.

Desde que se trata de empreendimentos e recursos postos em comum, de tal modo a resultar uma unidade orgânica e personificada, é juridicamente impossível admitir dissociá-los, ou supor uma partilha abstrata, para fazer incidir procedimentos unilaterais. E por ser, de fato, impossível, toda e qualquer medida unilateral, de direito interno, tendente ao controle da atuação de Itaipu, confrontaria, ao arrepio das normas de direito internacional instituídas no Tratado, os interesses consubstanciados de uma soberania distinta.

Portanto, os meios de controle e atuação sobre a empresa binacional são somente aqueles dispostos nos atos internacionais, a cuja observância estão sujeitos órgãos e entidades da Administração, posto que as cláusulas respectivas constituem normas

jurídicas incorporadas ao ordenamento interno, com a categoria, a eficácia e as consequências de lei nacional.

Brasília, 22 de setembro de 1978.

Luiz Rafael Mayer

Consultor-Geral da República

(Publicado no D.O.U. de 19.10.78, p. 16.869-77.)

Advocacia-Geral da União

3 - Parecer GQ-16, de 29.4.1994

Nº GQ - 16, de 29 de abril de 1994. “De acordo, face as informações. Em 6/5/94.”
(Processo nº 48000.007279/93-51 encaminhado ao Excelentíssimo Senhor Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República).

PROCESSO: Nº 48000.007279/93-51

ORIGEM: Ministério de Minas e Energia

ASSUNTO: Audiência da Advocacia-Geral da União a respeito da aplicação da Lei nº 8.666, de 21.6.93, aos procedimentos licitatórios da ITAIPU BINACIONAL, criada pelo Tratado entre Brasil e Paraguai, de 26 de abril de 1973.

PARECER Nº GQ – 16

ADOTO, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/LS-02/94, lavra do eminente Consultor da União, Doutor L. A. PARANHOS SAMPAIO.

Brasília, 29 de abril de 1994

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO

Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-02/94 (Anexo ao Parecer GQ-16)

PROCESSO Nº 48000.007279/93-51

ASSUNTO: Audiência da Advocacia-Geral da União a respeito da aplicação da Lei nº 8.666, de 21.6.93, aos procedimentos licitatórios da ITAIPU BINACIONAL, criada pelo Tratado entre Brasil e Paraguai, de 26 de abril de 1973.

EMENTA: Itaipu Binacional. Pessoa jurídica pública de direito internacional, criada pelo Tratado firmado entre o Brasil e o Paraguai, de 26 de abril de 1973, não se submete às regras ínsitas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e sim às normas gerais de licitações, aprovadas pelo seu Conselho de Administração.

A responsabilidade civil e/ou penal dos Conselheiros, Diretores e demais empregados brasileiros ou paraguaios, por atos dolosos ou culposos lesivos aos seus interesses, será apurada e julgada conforme as respectivas leis nacionais.

Senhor Advogado-Geral da União

De ordem da Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o Senhor Ministro-Chefe da Casa Civil, encaminha a esta Advocacia-Geral da União para que seja examinada matéria alusiva à aplicação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos procedimentos licitatórios levados a efeito pela ITAIPU BINACIONAL, entidade criada diretamente pelo Tratado de 26 de abril de 1973, promulgado pelo Decreto Legislativo nº 72.707, de 28 de agosto de 1973, celebrado com a República do Paraguai, visando o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná.

2. Ao fito de justificar a sua postulação, na Exposição de Motivos nº 002, de 5 de janeiro do corrente ano, o Senhor Ministro de Estado de Minas e Energia diz que sobredita entidade, com o advento da Lei nº 8.666/93, cujas regras, em alguns pontos, não coincidem com os contidos no mencionado Tratado, necessita de um pronunciamento máximo desta ADVOCACIA-GERAL, respondendo às seguintes indagações:

a) o regime para obtenção da proposta, adjudicação, contratação de serviços e obras, aquisição, alienação de bens, deve atender à disciplina da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou às regras da Norma Geral de Licitação aprovada pelo Conselho de Administração da ITAIPU?

b) na apuração da responsabilidade penal, aplicam-se aos Conselheiros, Diretores e demais empregados brasileiros as normas previstas na Lei nº 8.666/93?

3.O Consulente acostou aos autos do processo o Parecer Conjur/MME nº 143/93 da douta Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, que, na essencialidade, assim se manifestou “verbis”:

.....

“O Regimento Interno da Entidade propõe regras próprias e que são muito diferentes daquelas preconizadas pela Lei nº 8.666/93, principalmente aquelas que estão contempladas no artigo XXVIII do Anexo A que se refere à obtenção de propostas; adjudicação; contratação de serviços e obras; aquisição de bens etc. Além do mais, a previsão de normas de responsabilidade penal, constante no art. XXI daquele diploma legal, possui características bem diferentes da nossa lei que trata dos procedimentos licitatórios.

Por ser binacional, a ITAIPU se submete ao ordenamento de um ou de outro País, quanto à constituição de relações jurídicas, em função da sede da pessoa envolvida.

Dai a afirmação do Doutor Luiz Rafael Mayer, Autor do Parecer L-208 da Consultoria-Geral da República, de 22 de setembro de 1978 e aprovado pelo Senhor Presidente da República, de que sendo a ITAIPU uma empresa juridicamente internacional, ela, como as demais, se distanciam dos modelos de direito interno de cada país signatário do Tratado.

Há de se levar em conta a extremada sensibilidade como que são tratados os acordos de níveis internacionais”.

4. Em apoucadas palavras, o nobre parecerista, opina pelo atendimento do pleito oriundo da entidade binacional e sugere o seu encaminhamento a esta Advocacia-Geral, na função de Consultoria-Geral da União, para sua análise.

5. Assim, gizada a matéria acima descrita, passo a examiná-la.

6. Em setembro de 1978, atendendo a uma consulta do Ministério das Minas e Energia (Exposição de Motivos nº 423/77), o Excelentíssimo Senhor Presidente da República determinou a audiência da antiga Consultoria-Geral da República a respeito da natureza jurídica da entidade binacional ITAIPU, bem assim quanto ao cabimento dos controles financeiros, interno e externo, previstos na legislação brasileira, sobre suas atividades.

7. Em face da consulta, o eminente ex-Consultor-Geral e, depois Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Rafael Mayer, exarou lúcido parecer (L-208), aprovado em 17 de outubro de 1978, pelo Exmo. Sr. Presidente da República e publicado na íntegra no D.O. de 19 do mesmo mês, tendo, na oportunidade, enfatizado que:

“I – A entidade binacional denominada Itaipu, criada diretamente pelo Tratado entre Brasil e Paraguai, de 26 de abril de 1973, constitui uma empresa juridicamente internacional, consistente em uma pessoa jurídica emergente no campo do direito internacional público, por ser decorrente de um Tratado, com a vocação e a finalidade específica de desempenho de atividade industrial, como concessionária de serviço público internacional, comum a dois Estados.

II – Submetida, primordialmente, ao regime do direito internacional, nos termos em que estabelecido no competente ato de sua criação, Itaipu somente está sujeita aos procedimentos de tutela representados em controles administrativos ou financeiros, de ordem externa ou interna, constantes de disposições pertinentes dos atos internacionais que a regem, não se lhe aplicando as normas de direito interno, constitucionais ou administrativas, incidentes sobre agentes, entidades ou responsabilidades estritamente compreendidas no âmbito da jurisdição nacional.” (conforme ementa).

8. O argumento do ilustre parecerista é, em suma, o seguinte:

.....

“O ordenamento jurídico resultante de norma internacional transcende, necessariamente, o âmbito estatal, excede o espaço jurídico de validade e incidência do ordenamento interno. Confirma-se, desse modo, o regime de direito internacional a que se submete, também nesse setor, a empresa binacional, situação jurídica objetiva que constitui, sistematicamente, o quadro em que ela se move, sem que se autorize o seu suprimento

pela recorrência, direta ou subsidiária, à legislação interna senão nos pontos e no alcance expressamente admitidos.

O reconhecimento desse status internacional e o propósito, aliás coerente e lógico, de resguardá-lo se patenteiam, por exemplo, na circunstância de que os casos de divergência quanto à interpretação ou aplicação do Tratado serão resolvidos pelos meios diplomáticos usuais (art. XXII do Trat.), e as lacunas do Estatuto, cuja integração não se faça possível no âmbito de competência do Conselho de Administração, refluirão à decisão dos dois Governos, com o prévio parecer da Eletrobrás e da Ande (art. XXIX do Estatuto).

Por isso, sob o regime correspondente à sua origem e constituição, a entidade binacional, como empresa juridicamente internacional delimitada por sua natureza e âmbito de atuação, não é redutível, lógica ou juridicamente, a qualquer tipo de entidade, estatal ou paraestatal, de administração direta ou indireta, pertinente ao direito interno.

ITAIPU não está sujeita, de conseguinte, às normas aplicáveis a agentes públicos e entidades públicas nacionais, sob formas de inspeção administrativa ou supervisão hierárquicas, e de controle interno ou externo, constantes do direito constitucional ou administrativo brasileiro, mesmo que seus agentes não possam, de modo algum, ser considerados funcionários internacionais.

Aliás, as previsões do texto constitucional e das leis administrativas, com relação a entes, responsabilidades e processos sujeitos aos mecanismos de controle, não se compadecem com realidades e conceitos do ordenamento jurídico binacional, que, por distintos e peculiares, àquelas não se subsomem. O controle exercido pela jurisdição nacional somente se estenderá até o momento administrativo e financeiro e a entidade responsável, compreendidos no seu espaço jurídico, cessando necessariamente desde quando transpostos os seus lindes.

Desde que se trata de empreendimentos e recursos postos em comum, de tal modo a resultar uma unidade orgânica e personificada, é juridicamente impossível admitir dissociá-los, ou supor uma partilha abstrata, para fazer incidir procedimentos unilaterais. E por ser, de fato, impossível, toda e qualquer medida unilateral, de direito interno, tendente ao controle da atuação de ITAIPU, confrontaria, ao arrepio das normas de direito internacional instituídas no Tratado, os interesses consubstanciados de uma soberania distinta.

Portanto, os meios de controle e atuação sobre a empresa binacional são somente aqueles dispostos nos atos internacionais, a cuja observância estão sujeitos órgãos e entidades da Administração, posto que as cláusulas respectivas constituem normas jurídicas incorporadas ao ordenamento interno, com a categoria, a eficácia e as conseqüências da lei nacional.”

9. Assim, fica, plena e claramente estabelecida, mediante poderosas razões, cujas raízes o próprio autor do estudo se embebeu em manifestações anteriormente oferecidas por renomados juristas, dentre os quais se sobressaem Miguel Reale, Paulo Salvador Frontini e Celso Antonio Bandeira de Mello, a natureza jurídica do organismo internacional, este originário de um tratado binacional, cuja personalidade jurídica se destina, exclusivamente, à exploração de um serviço público, em que os partícipes, na

qualidade de “condôminos”, integram uma pessoa jurídica pública de direito internacional.

10. Demais, como bem acentuou o Dr. Luiz Rafael Mayer em sua precuciente análise:

“Não é preciso insistir em que a entidade em causa se submete, primordialmente, a um regime internacional. O seu grau de internacionalização se revela em coordenadas de um máximo de intensidade quanto à natureza dos seus atos formativos, e de um mínimo de extensão quanto ao número de sujeitos de direito participantes de sua instituição. Se a sua criação se deveu a um ato internacional entre Estados que, em comum, e no exercício das respectivas soberanias, lhe conferiram a personalidade jurídica, toda a sua dinâmica decorre, igualmente, da mesma fonte normativa, isto é, o seu objetivo, capacidade e responsabilidade, recursos, procedimentos e estrutura são aqueles disciplinados e delimitados no Tratado”.

11. Se, por conseguinte, “seu objetivo, capacidade e responsabilidade, recursos, procedimentos e estrutura são aqueles disciplinados e delimitados no Tratado (que é um ato jurídico internacional) toda a completeza dos objetivos da entidade se faz de modo igualitário, consensual e harmônico pelas partes contratantes.

12. Desdobrando-se antedita premissa, pode-se, facilmente, chegar à conclusão de que se existe um critério igualitário a presidir a composição e a estrutura da entidade, não há que se falar em aplicar sobre ela lei regente concernente a licitações, editada por um dos Países subscritores do Tratado. Há, sim, que se estabelecer regras comuns, adequadas a ambas as partes, eficazes aos procedimentos licitatórios instaurados pela entidade.

13. Assim, em resumo, não há, por evidente, ter aplicação à entidade a Lei nº 8.666/93, porque não se pode domiciliar ou melhor sujeitar ao ordenamento jurídico de qualquer das partes contratantes as relações contratuais decorrentes de obras, serviços e fornecimentos com pessoas físicas ou jurídicas, sejam ou não domiciliadas no Brasil ou no Paraguai.

14. Se fosse o contrário, faltaria à entidade a flexibilidade indispensável para licitar, pois que teria que se adequar às leis brasileiras e paraguaias, tornando difícil (ou impossível) a concretização de suas finalidades. O Tratado, como ato internacional, ao conferir poderes expressos à entidade, os conferiu para que fossem exercidos em toda sua plenitude, e para que possa exercê-los é de inevitável evidência que lhe há de tocar a liberdade de editar seu manual de licitação, colhendo, aqui e lá, os instrumentos ou os meios mais adequados, apropriados, à realização dos procedimentos licitatórios desejados.

15. Neste juízo de conveniência, isto é em relação à edição do manual de licitação, a entidade não deverá obediência senão ao seu critério, só encontrando como fronteira à sua liberdade as limitações constitucionais, como são aquelas previstas no inciso V do art. 71, isto é, submissão à fiscalização do E. Tribunal de Contas da União, as contas nacionais das empresas supranacionais, de cujo capital social a União participe, nos termos do tratado constitutivo.

16. Por isto mesmo, e por mais enfáticos que possam parecer os argumentos jurídicos dos que pretendem incluir, no que se refere a licitações, a Itaipu sob o império da lei

brasileira (a 8.666/93) não me parece possível fazê-lo, porquanto a mencionada entidade – como já se disse – é pessoa jurídica de caráter internacional.

17. Anteriormente a esta análise, a antiga Consultoria-Geral da República, por meio de Parecer nº FC-27, do saudoso ex-Consultor-Geral Dr. Clóvis Ferro Costa, exarado em 9 de março de 1990, já havia se pronunciado a respeito da isenção da Itaipu Binacional das atribuições do PIS/PASEP sobre seu faturamento, uma vez que o Tratado firmado entre o Brasil e o Paraguai (no artigo XII) previa a não aplicação de impostos, taxas, empréstimos compulsórios de qualquer natureza, bem como quaisquer outras imposições fiscais às operações praticadas por ela.

18. Das assertivas acima explicitadas resulta, pois, como a maior evidência, que a entidade consulente deverá seguir, nos procedimentos licitatórios levados a efeito, os comandos contidos na Norma Geral de Licitação, aprovada pelo seu Conselho de Administração, não impedindo, entretanto, que dela integrem (se for o caso) regras consideradas compatíveis (ou adequadas) às suas finalidades, colhidas das legislações aplicáveis à espécie de ambos os países contratantes.

19. Respondida a primeira indagação, passo a analisar a segunda: na apuração de responsabilidade penal, aplicam-se aos Conselheiros, Diretores e demais empregados brasileiros as normas previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

20. Estabelece o artigo XXI, do Tratado, o seguinte:

“A responsabilidade civil e/ou penal dos Conselheiros, Diretores, Diretores Adjuntos e demais empregados brasileiros ou paraguaios da Itaipu, por atos lesivos aos interesses desta, será apurada e julgada de conformidade com o disposto nas leis nacionais respectivas”.

E o parágrafo único reza:

“Para os empregados de terceira nacionalidade proceder-se-á de conformidade com a legislação nacional brasileira ou segundo tenham a sede de suas funções no Brasil ou no Paraguai”.

21. Então, a responsabilidade civil e/ou penal não somente do corpo diretivo da entidade mas, também, dos seus empregados, sejam brasileiros ou paraguaios, por atos lesivos (dolosos ou culposos) aos seus interesses, será apurada e julgada de conformidade com o disposto nas leis nacionais respectivas.

22. Vale dizer, aplica-se a lei do lugar (lex loci), isto é, aquela de onde provieram os conselheiros, diretores e os empregados.

23.. A regra precisa ser entendida em toda a sua amplitude e de acordo com a sua finalidade ou a sua razão de ser.

24. Estabelecida a punibilidade para o agente, procurar-se-á a penalidade na legislação interna do país do qual se originou.

25. Consoante essa forma capitulada no Tratado, parece-me aplicável aos infratores brasileiros, isto no campo de licitações e de contratos administrativos, as sanções administrativas capituladas na Seção II, do Capítulo IV, da Lei 8.666/93, porquanto esta é a norma nacional vigente sobre a matéria.

26.. Por interpretação lógica outros delitos, dos quais derivam responsabilidade civil e/ou penal, cometidos pelas figuras constantes do art. XXI, do Tratado, são aqueles capitulados nos Códigos e leis específicas dos países contratantes. É o parecer, “sub censura”.

Brasília, 19 de abril de 1994.

L. A. PARANHOS SAMPAIO

Consultor da União

(Publicado no D.O.U. de 9 de maio de 1994, p. 6.814.)

PROCESSO Nº 10168.003993/88-82.

EMENTA: Não cabe cobrar tributos sobre faturamento da ITAIPU BINACIONAL, por força do Tratado firmado entre o Brasil e o Paraguai, no dia 26.4.73.

Entre estes tributos está o PIS/PASEP, que só poderá incidir sobre a folha de pagamento.

PARECER Nº FC-27

Pende nesta Consultoria Geral da República uma forte divergência entre a Secretaria da Receita Federal e a ITAIPU BINACIONAL a respeito de tributos e, sobretudo, de cobrança das contribuições do PIS/PASEP sobre o faturamento daquela entidade.

A divergência deu origem ao processo nº 10168.003993/88-82, do Ministério da Fazenda, com recurso para essa douta Presidência.

De sua parte, a ITAIPU BINACIONAL dirigiu-se a esta Consultoria Geral da República para formular parecer definitivo dentro do âmbito da sua competência, submetendo-o à decisão final de Vossa Excelência.

A situação jurídica é emergente pelo fato de, não aceitando a Receita Federal os argumentos da ITAIPU BINACIONAL, considera-a inadimplente e, por isso mesmo, impedida de transacionar com Bancos oficiais que lhe têm dado suporte, entre eles, o Banco do Brasil e o BNDES.

Ontem à tarde, por determinação de Vossa Excelência, o Consultor Geral esteve em reunião com o Senhor Ministro das Relações Exteriores tratando do tema, com a promessa de encaminhar o parecer conclusivo sobre o discutido assunto.

Entende a Receita Federal que a ITAIPU BINACIONAL está sujeita à incidência regular da contribuição PIS/PASEP, por se tratar de contribuição previdenciária, que tem como favorecidos os seus empregados e tais contribuições decorrem de seus contratos de trabalho, ainda que esse benefício ao trabalhador não se constitua remuneração para os efeitos da legislação trabalhista.

Continua a Receita Federal: “Relativamente ao contrato de trabalho e previdência social existente entre a interessada e seus empregados, foi firmado pelos Estados proprietários da empresa o Protocolo aprovado pelo Decreto Legislativo nº 40, de 14.5.74, promulgado pelo Decreto nº 74.431, de 19.8.74, por parte do Brasil. No artigo 2º, letra c, do referido Protocolo, está contida a obrigação objeto de consulta, constando no referido artigo que a legislação em regência da matéria é aquela do lugar da celebração do contrato individual de trabalho. Assim sendo, não paira dúvida que a interessada deve se submeter a um dos dois programas existentes no Brasil em favor de seus empregados aqui admitidos. (...) Replica a ITAIPU que o Tratado firmado entre o Brasil e o Paraguai previu a total isenção de tributos e taxas sobre os serviços de eletricidade prestados por ITAIPU. Disse ainda que, nos termos do artigo XII do Tratado, os países contratantes não aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios de qualquer natureza à ITAIPU e aos serviços de eletricidade por ela por ela prestados.”

O deliberado uso da expressão qualquer natureza teve o evidente objetivo de caracterizar a relação como simplesmente enunciativa e não taxativa.

Assim, a palavra contribuição, que não está no texto, está abrangida na intenção do legislador diplomático e se inseriria na genérica declaração de taxa de qualquer natureza.

O DESLINDE DA QUESTÃO.

O Tratado de ITAIPU foi firmado entre o Brasil e o Paraguai no dia 26.4.73 e incorporou-se ao direito positivo brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 23, de 30.5.73 e pelo Decreto nº 72.707, de 28.8.73.

Desse Tratado, de extrema importância continental, resultou a monumental obra de ITAIPU, no momento, a maior hidrelétrica do mundo.

Para aliviar os dispêndios, as altas partes contratantes consignaram de maneira categórica que não aplicariam impostos, taxas e empréstimos compulsórios de qualquer natureza à ITAIPU e aos serviços de eletricidade por ela prestados.

A discriminação das isenções e vantagens foi detalhada, indo ao ponto de estendê-las aos fornecimentos de terceiros contratantes, numa evidente demonstração do caráter amplo de tais vantagens.

Por outro lado, o artigo 10 da Lei Complementar nº 7, de 7.7.70, que instituiu o PIS, declara que “as obrigações das empresas decorrentes dessa Lei são de caráter exclusivamente fiscal, não gerando direito de natureza trabalhista, nem incidência de qualquer contribuição previdenciária em relação a quaisquer prestações devidas, por lei ou por sentença judicial, aos empregados.”

O Programa PIS fundiu-se com o programa PASEP, como é sabido, mas não se alterou o conceito jurídico de tais, inserto no citado artigo 10.

Deseja a Receita, tributar o faturamento de ITAIPU, mas se esquece que a expressão faturamento corresponde à prestação de serviços de eletricidade, em relação à qual tem a ITAIPU isenção completa da tributação de qualquer natureza.

A ITAIPU BINACIONAL, por outro lado, forma uma unidade, uma pessoa jurídica de caráter internacional, sendo extravagante a idéia de dividir o faturamento em dois, como pretende o FISCO, para identificar uma metade tributável e outra não.

Trata-se de uma ficção jurídica que não tem o menor suporte, nem no direito positivo, nem na lógica.

Por outro lado, o intérprete natural dos Tratados é o Ministro das Relações Exteriores e não os fiscais da Receita.

Os Tratados Internacionais são os atos mais importantes das Nações e seria lamentável que a sua aplicação prática ficasse a depender do entendimento de autoridades de menor escalão, por mais respeitáveis que o sejam.

A Constituição Federal atribuiu tal importância aos Tratados que, na hipótese de conflito internacional, deu competência direta à União Federal para decidir (alínea e do inciso 1º do artigo 102) sobre o mesmo.

As contribuições previdenciárias devidas, conforme o Tratado, são calculadas e cobradas sobre as folhas dos servidores de cada uma das Nações, mas nunca sobre o faturamento.

Essa prática tem sido religiosamente cumprida pela ITAIPU BINACIONAL, segundo informação de seu Presidente, Ministro NEY BRAGA, mas sobre isso não pende qualquer dúvida.

Assim, esta Consultoria Geral da República, já pelo precedente firmado pelo ilustre antecessor desta Cadeira, Ministro LUIZ RAFAEL MAYER, em Parecer aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República de então; já pelos termos abrangentes no artigo XII do Tratado Brasil-Paraguai, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Decreto nº 72.707, de 28.8.73, conclui pela remessa deste Parecer ao Ministério das Relações Exteriores, para que este comunique ao Ministério da Fazenda a isenção da ITAIPU BINACIONAL das contribuições do PIS/PASEP sobre o seu faturamento.

Este é o nosso Parecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 9 de março de 1990.

CLÓVIS FERRO COSTA

Consultor-Geral da República

(Publicado no D.O.U. de 13 de março de 1990, p. 5.020-21.)

PARECERES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ITAIPU

Prof. Miguel Reale

4 - A estrutura jurídica de Itaipu

Uma das características fundamentais do Estado contemporâneo consiste no fato de que este deixou de ser apenas o controlador de atividades sociais e jurídicas, para transformar-se, efetivamente, em empresário. É o Estado-empresário mesmo quando as constituições, liricamente, anunciam que as atividades econômicas devem ser confiadas, prioritariamente, à iniciativa privada.

Essa participação crescente do Estado nas atividades produtivas é resultante da própria conjuntura tecnológica. Na realidade, certas atividades fundamentais não estão mais em condições de serem desempenhadas por particulares, tal a soma de recursos e de conhecimentos técnicos exigidos. Assim é que, paulatinamente, vão passando para a esfera do Poder Público atividades que antes eram marcadamente privadas, citando-se, entre elas, a relativa à produção de energia elétrica.

Ainda na primeira metade do século, a atividade produtiva de energia elétrica era devida quase que exclusivamente a organismos privados. Em alguns países, ainda perdura a dominante participação particular, mas a tendência é no sentido da estatização de tais serviços, preservadas as concessões já existentes, mesmo porque a encampação não traz um Kw a mais em benefício dos consumidores.

O certo é que, quando se trata de colossais empreendimentos energéticos, forçoso é confiá-los à responsabilidade estatal. Temos, no que se refere a Itaipu, um exemplo extraordinário do que acabo de acentuar. Itaipu é uma realização sem precedentes na história jurídica, no setor. Ao contrário do que foi afirmado por um jornal desta Capital, com este título: "Itaipu tem precedentes no plano internacional", faço a afirmação inversa, consciente de que não há precedentes com relação a essa grande obra realizada pelo Brasil, com a colaboração do Paraguai.

Não será demais revelar qual foi a minha participação em episódio tão marcante da vida brasileira e sul-americana. Em fins de 1972, tive a honra de receber um ofício do eminente Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Mário Gibson Barboza, convidando-me para manifestar-me sobre um anteprojeto de Tratado a ser firmado entre o Brasil e o Paraguai, ficando com a liberdade de fazer sugestões sobre o texto recebido.

Após longo estudo da matéria, cheguei à conclusão de que ao invés de simples parecer sobre o assunto, era oportuno aduzir algumas ponderações, e oferecer mesmo um substitutivo quando à estrutura jurídica da empresa.

O anteprojeto inicial visava a instaurar no Brasil uma entidade denominada inicialmente Hidroparaná, concebida sob a forma de sociedade de economia mista, com todas as

normas usuais nesse tipo de entidade, isto é, com Assembléia Geral, Diretoria, Conselho Fiscal, etc.

A primeira dificuldade, que resultava desse tratamento do problema, era ter-se de optar por uma das leis de sociedade por ações. Qual delas, a brasileira ou a paraguaia? Restava o recurso de elaborar um diploma legal destinado exclusivamente à empresa, o que importaria na elaboração de outros “códigos” para disciplinar outras questões específicas.

EMPRESA PÚBLICA BINACIONAL

Basta pensar que as decisões deveriam ser tomadas em assembléias gerais de sócios, muito embora se tratasse de um acordo paritário entre duas Nações soberanas, para demonstrar a inadequação da estrutura jurídica originariamente concebida. Bem analisados os objetivos visados, e à luz das atribuições que seriam conferidas aos diversos órgãos projetados, percebia-se que bem pouca aplicação teria a maior parte das disposições constantes da lei que rege as “sociedades anônimas”.

Daí a proposta que fiz no sentido de constituir-se uma empresa pública binacional, o que era possível fazer-se mediante Tratado, pois este, uma vez aprovado por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, adquire força de lei, prevalecendo as suas normas especiais sobre quaisquer outras anteriores pertinentes à matéria.

Posta a questão nesses termos, procurei informar-me sobre a configuração jurídica dada em empreendimentos análogos, verificando que as características da obra, que nos propúnhamos realizar, exigia 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.

A bem ver, impunha-se encontrar uma estrutura simples e prática que permitisse, de um lado, a cooperação de duas Nações empenhadas na realização de uma obra em condomínio, com preservação das respectivas competências soberanas, e, de outro, tivesse a plasticidade requerida por uma atividade empresarial, com os poderes de agir que marcam o dinamismo da livre iniciativa. Posso afirmar que a solução afinal delineada, graças ao alto saber de juristas e técnicos, brasileiros e paraguaios, não reproduz qualquer modelo alienígena, mas representa antes uma resposta adequada, plasmada em função das peculiaridades do empreendimento, tanto assim que abriu caminho para iniciativas do mesmo gênero.

O JURISTA E O PLANEJAMENTO

Antes de analisar alguns aspectos da questão, sob o prisma estritamente jurídico, parece-me indispensável salientar um ponto freqüentemente esquecido. Refiro-me à participação decisiva do jurista na tarefa de planejamento, seja ela pública ou privada. De maneira geral, quando se fala de uma obra da magnitude de Itaipu, pensa-se apenas nos técnicos que a projetaram, nos economistas que cuidaram dos recursos financeiros e sua programação, ou nos estadistas que resolveram os problemas políticos subjacentes, mas a figura do jurista fica esquecida.

Na realidade, porém, a participação do homem da lei é tão significativa e decisiva quanto a dos demais, inclusive porque, muitas vezes, a possibilidade de empreendimento depende da prévia satisfação de imperativos de ordem jurídica. Que vale, por exemplo, encontrar uma solução tecnicamente perfeita, e de alto rendimento econômico, se ela se mostra inexecutável à luz do Direito, interno ou internacional?

Compreende-se, desse modo, que, em nossa época, caracterizado pela política do planejamento (e já disse, certa feita, que a planificação é uma das novas dimensões do Estado contemporâneo), o jurista não pode ser chamado depois de tomadas as decisões, mas deve ser ouvido antes, durante e depois, visto como nada é feito pelo Estado que, direta ou indiretamente, não implique esquemas jurídicos, ou não se formalize em estruturas normativas.

Foi o que ocorreu no caso eloqüente de Itaipu, cujas opções se assentaram, preliminarmente, no cuidadoso exame dos problemas de Direito Internacional envolvidos na área, tanto no que se refere às relações entre o Brasil e o Paraguai, como também com referência aos demais países da Bacia do Prata, sendo insubsistentes as críticas suscitadas pelos que não analisaram o assunto com a devida atenção, ou o fizeram com inadmissíveis preconceitos.

Volvendo, porém, à exposição que me proponho fazer, valerá a pena breve alusão às notas distintivas de uma empresa pública, a começar pela definição legal contida no Art. 5.º, n.º II, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, a saber: “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito” (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29-9-1969).

É claro que não corresponde, em tudo e por tudo, a essa conceituação de nosso Direito interno a empresa binacional criada pelo Tratado firmado, aos 26 de abril de 1973, entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai para 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 Guaira até a Foz do Rio Iguaçu, Tratado esse aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 23, de 30 de maio de 1973, e mandado executar pelo Decreto n.º 72.707, de 28 de agosto de 1973.

O que se deu, em primeiro lugar, foi a transladação de um modelo jurídico, elaborado na tela do Direito Administrativo Interno, para o âmbito do Direito Internacional, com todas as conseqüências inerentes a essa transposição, a qual dá coloração ou sentido diversos aos esquemas de natureza administrativa, comercial, penal, trabalhista, etc.

Abstração feita da mencionada “definição legal”, criticável inclusive pelo fato de ter sido enunciada quando o assunto deve ser deixado à elaboração doutrinária e jurisprudencial, - não é demais lembrar, embora perfunctoriamente, que a “empresa pública” não se confunde com a “sociedade de economia mista”. Distin-gue-se, esta, em primeiro lugar, por revestir-se sempre da forma de sociedade por ações, cuja maioria, ex vi do mesmo Decreto-lei n.º 200, deve caber a uma pessoa jurídica de Direito Público, da Administração direta ou indireta.

Já na empresa pública, mesmo quando ela aparece sob as vestes de sociedade por ações, estas pertencem exclusivamente a entidades estatais ou parastatais, tomado este adjetivo em sentido lato.

No caso especial da Itaipu, é ela constituída pelas “Centrais Elétricas Brasi-leiras” (ELETROBRÁS) e pela “Administración Nacional de Electricidad”, do Paraguai (ANDE), com igual participação no capital, regendo-se pelas normas do Tratado, do Estatuto, que constitui seu Anexo A, e dos demais Anexos.

Para que se tenha desde logo a nota distintiva dessa estrutura jurídica sui generis, lembre-se que, embora a empresa seja constituída pela E- LETROBRÁS e a ANDE, estas não podem alterar o Estatuto e demais Anexos, a não ser mediante autorização prévia dos dois Governos. Em mais de uma oportunidade, lembrarei esse apelo direto às “duas Altas Partes contratantes”, as quais se reservam o poder de decidir quanto a determinadas questões de fundo, ultrapassando, desse modo, o âmbito da pessoa jurídica por elas constituída.

“TERRITÓRIO DE ITAIPU”

Tenha-se presente que Itaipu cobre uma grande área nas duas margens do rio Paraná, área essa de várias dezenas de quilômetros quadrados, e que, tanto durante a construção da Usina, como durante a sua operação, constituirá um “território comum”, dotado de livre trânsito e circulação para pessoas e bens (Tratado, Art. XVII, § 2.º), independentemente da nacionalidade de seus dirigentes e empregados. Isto não obstante, não houve qualquer alteração na linha de fronteira entre as duas Nações, estabelecendo-se, expressamente, que “as instalações destinadas à produção de energia elétrica e as obras auxiliares não produzirão variação alguma nos limites” (Tratado, Art. VII).

Surge, digamos assim, uma “entidade internacional de natureza empresária”, tanto ou mais que uma “empresa de natureza internacional”, visto como é em função do aproveitamento dos recursos hídricos comuns que se resolvem as situações jurídicas e se define o quadro de direitos e deveres, respeitado sempre o princípio de igualdade das soberanias, que, desde as imperecíveis lições de Rui Barbosa, em Haia, constitui um dos elementos basilares de nossa política externa.

Haverá, pois, no “território de Itaipu”, tomado este termo em todo o peso de seu significado técnico-jurídico, uma comunidade regida por um Direito próprio, embora reflexo natural do Direito de cada um dos signatários do Tratado.

A binacionalidade da empresa explica a dualidade de sede, em Brasília e em Assunção (Art. IV do Tratado), mas a sua unidade legitima uma série de dispositivos que atende ao fato substancial de tratar-se de uma só comunidade de produção e de trabalho. É a razão pela qual, no Parecer, a que já aludi, teci as seguintes considerações:

“O Artigo VI do Anteprojeto de Tratado adota uma solução que me parece válida, determinando a aplicação da legislação brasileira ou da paraguaia, em função do domicílio das pessoas físicas ou jurídicas que negociarem com a Hidro paraná (nome primitivo de Itaipu). Por via de consequência, fica também firmada a competência do foro, respectivamente, de Brasília ou de Assunção.

Cabe, todavia, ponderar que há todo um complexo de relações que não pode, a meu ver, se subordinar ao foro das Capitais do Brasil ou do Paraguai, pelo critério do domicílio. Refiro-me às relações do Direito do Trabalho e da Previdência Social.

“A maioria dos empregados da Hidroparaná residirá na área que lhe será destinada, não se podendo, por outro lado, exigir-se que as questões trabalhistas ou previdenciárias sejam resolvidas nos foros remotos de Brasília ou Assunção.

“Por outro lado, é princípio fundamental do Direito do Trabalho que as relações entre os auxiliares e a empresa devem obedecer aos mesmos critérios legais, tanto no que se refere aos direitos como aos deveres.

“Se com relação aos terceiros, que negociarem com a Hidroparaná, é admissível a dualidade de legislação, determinada esta em função do domicílio de quem com ela contrate, o mesmo não se poderá dizer quanto à legislação trabalhista, em virtude do princípio da unidade da empresa perante os seus servidores.

“Vê-se, pois, que a unidade das relações trabalhistas – infensa a que sejam tratados desigualmente os que prestam serviços iguais – gera, no plano dos fatos, não obstante o caráter binacional da entidade, um campo de relações comunitárias, que, em princípio, deveriam estar sujeitas a um único sistema de normas”.

RELAÇÕES COMUNITÁRIAS

Sugeri, então, que se facultasse a brasileiros e paraguaios optar por uma das duas legislações trabalhistas, mas oferecia a seguinte alternativa:

“Em lugar desse dispositivo, dada a natural complexidade da matéria, poder-se-ia preferir a inclusão de novo Artigo, no qual se preveja, para essa e outras categorias de relações, a assinatura de um Protocolo destinado a disciplinar em separado as relações de trabalho, a fim de serem evitadas disparidades de tratamento em assunto de tamanha relevância e delicadeza.”

Foi esta segunda solução que veio a prevalecer, estando informado que está em vias de conclusão o Anexo destinado a disciplinar as relações trabalhistas no âmbito da Itaipu, consoante previsto no Art. XX do Tratado (*).

Como se vê, há na estrutura jurídica, que estou tentando delinear em seus elementos essenciais, um aspecto comunitário deveras original, um “sistema de Direito”, resultante dos dois ordenamentos superiores, mas dotado de valores próprios.

Se, no que se refere às relações trabalhistas e da Previdência Social, a razão de “igualdade do trabalho” ditou soluções uniformes, não havia razão, em se tratando de relações civis ou empresárias, para privar os participantes ou interve-nientes do quadro de seus direitos pessoais. Atendendo a esse motivo relevante, ficou estatuído, no Art. XIX do Tratado, que o Brasil e o Paraguai aplicarão sua própria legislação, tendo em vista as disposições daquele Ato e seus Anexos. Isto quer dizer que as relações de ordem civil dos brasileiros, como, por exemplo, as relativas ao Direito de Família, continuarão regidas por nossa Lei Civil, muito embora estejam domiciliados em área da Usina que, atendida a linha de fronteira, corresponda a território paraguaio. Dá-se,

assim, uma inversão no princípio de aplicabilidade da lei, que passa a ser a do jus personale, e não a do jus soli.

Em suma, o brasileiro ou o paraguaio que forem residir em Itaipu carregarão consigo o Direito pessoal que lhes é próprio, o mesmo acontecendo no concorrente à responsabilidade civil e ou penal dos Conselheiros, Diretores, Adjuntos e demais empregados, por atos lesivos aos interesses da Itaipu, devendo ser apurada e julgada de conformidade com o disposto nas leis nacionais respectivas. Para os empregados de terceira nacionalidade, proceder-se-á de conformidade com a legislação nacional brasileira ou paraguaia, segundo tenham a sede de suas funções no Brasil ou no Paraguai (“Tratado”, Art. XXI e seu parágrafo único).

Entrelaçam-se, destarte, numa composição harmônica, preceitos de caráter comunitário - os que atendem à identidade de funções no seio da empresa -, e de caráter pessoal, os que dizem respeito ao status jurídico de cada pessoa física ou jurídica, preservando-se o seu quadro natural de direitos e deveres. Unidade de fim e pluralidade de formas presidiram à elaboração do Tratado, a demonstrar uma constante adequação da norma à especificidade dos fatos em função do valor a realizar ou a preservar.

Outro exemplo de regras de caráter comunitário encontramos no Art. IX do Tratado, pelo qual se firma o compromisso de utilização, de forma eqüitativa, na medida do possível e em condições comparáveis, da mão-de-obra, especializada ou não, bem como de equipamentos e materiais disponíveis nos dois países. Para tornar realidade esse eqüitativo emprego da “força de trabalho”, ficou estipulado, no § 1.º do citado Art. XI, acorde com sugestão de minha autoria, que as Altas Partes contratantes adotarão todas as medidas necessárias para que os seus nacionais possam empregar-se, indistintamente, em trabalhos efetuados no território de uma ou de outra, relacionados com o objetivo do Tratado. O disposto nesse Artigo só não se aplicará às condições acordadas com organismos financiadores, no que se refira à contratação de pessoal especializado, ou à aquisição de equipamentos ou materiais, ou quando necessidades tecnológicas assim exigirem.

Pois bem, o exposto até agora é bastante para demonstrar que um alto princípio de paridade e de respeito mútuo, abstração feita das dimensões geopolíticas ou econômicas das duas Partes Contratantes, presidiu à elaboração do Tratado de Itaipu.

Esse propósito, que poderia servir de modelo nas relações internacionais, vemo-lo atuante também nos Anexos, a começar pela peça básica que é o Estatuto. A opção pelo esquema da “empresa pública binacional” permitiu superar o impasse que surge em toda sociedade anônima onde dois grupos detenham número igual de ações. Dada a natureza do empreendimento, não pode haver, na Itaipu, predomínio de uma parte sobre a outra, transferindo-se as divergências, que porventura não possam ser resolvidas no seio da própria empresa, para o plano diplomático, isto é, para entendimento e acerto entre os dois governos, inclusive no tocante à interpretação das cláusulas do “Tratado” e seus Anexos (Cfr. “Tratado”, Art. XXII).

O ESTATUTO

Antes, porém, de apreciar esse ponto, não é demais dizer algo sobre a organização da Itaipu, tal como resulta das disposições estatutárias. É ela dirigida por dois órgãos, o

Conselho de Administração e a Diretoria Executiva. O primeiro é formado por doze conselheiros, seis de cada país, sendo um indicado pelo Ministério das Relações Exteriores e dois pela ELETROBRÁS ou a ANDE (Estatuto, Art. VIII).

Ao Conselho de Administração, cujas reuniões serão presididas, alternadamente, por um conselheiro de nacionalidade brasileira e paraguaia, compete, entre outras atribuições, estabelecer as diretrizes da empresa e o plano de organização de seus serviços básicos, bem como decidir sobre a proposta de orçamento apresentada pela Diretoria Executiva.

A Diretoria Executiva, constituída de igual número de nacionais de ambos os países, compõe-se do Diretor Geral e dos Diretores Técnico, Jurídico, Administrativo, Financeiro e de Coordenação. Como são dez os Diretores, e cinco os cargos, a cada Diretor corresponde um “Diretor Adjunto” de nacionalidade brasileira ou paraguaia, diferente da do titular (Estatuto, Art. XII e seu § 1.º).

Como caberá ao Brasil a maior responsabilidade na execução da obra, cujo término de construção está previsto para oito anos, serão brasileiros os Diretores Geral, Técnico e Financeiro durante os dois primeiros mandatos, de cinco anos cada um. A partir do terceiro período, os Diretores e Diretores Adjuntos serão nomeados de acordo com o que convierem os dois Governos.

Para que, na atuação dos órgãos dirigentes, haja obediência ao princípio de paridade, contém o Estatuto disposições a que se não poderá recusar engenho e arte. Veja-se, por exemplo, o disposto no Art. X, pelo qual o Conselho de Administração só poderá decidir validamente com a presença da maioria dos conselheiros de cada país e com paridade de votos igual à menor representação nacional presente. Por outras palavras, se a uma reunião comparecerem 6 brasileiros e 4 paraguaios, é esta representação que servirá de base para balisar o voto daquela. O que quer dizer que, ou os conselheiros acordam numa solução, obedecido o princípio da paridade (e, nada impede que, atendido este, se decida por maioria, somando-se votos brasileiros e paraguaios), ou a questão é transferida para os meios diplomáticos usuais. Dir-se-á que há certo risco nesse sistema, podendo surgir divergências e procrastinações incompatíveis com a natureza técnica e econômica da produção de energia elétrica, mas se trata, evidentemente, de um risco limitado, em virtude mesmo dos objetivos visados, não consultando a nenhuma das duas Nações o adiamento de soluções indispensáveis ao melhor êxito da empresa. Todo Direito assenta sobre a base ética da boa-fé, e esta não pode deixar de ser um dos pressupostos dos acordos internacionais. É a razão pela qual o problema não fica jungido a atitudes pessoais deste ou daquele Conselheiro ou Diretor, pois, a qualquer momento, os Governos poderão substituí-los.

A idéia, por outro lado, de fazer corresponder um Diretor Adjunto a cada Diretor Titular, sendo aquele necessariamente informado dos negócios sociais relativos à respectiva área, parece-me válida, atendendo ao objetivo de manter as Altas Partes contratantes, das quais a Itaipu é a longa manus plenamente a par das atividades da empresa (Cfr. Estatuto, Art. XXIII e seus parágrafos).

Cabe-me ainda apreciar alguns pontos complementares, apesar de parecer-me que, a esta altura, já se possa ter uma imagem adequada do modelo jurídico original que o Brasil e o Paraguai oferecem ao mundo.

A MOEDA EM ITAIPU

Não posso, com efeito, deixar de fazer breve referência à questão da moeda adotada pela Itaipu, que não é nem o Cruzeiro, nem o Guarani, mas o Dólar, tomado como moeda de referência, não de maneira absoluta, mas segundo o seu valor na data da ratificação do Tratado.

A escolha do Dólar para moeda de referência, como resulta do § 4.º do Art. XV, está vinculada, com efeito, a um valor determinado, mantido constante, pois, para fim de cálculo dos rendimentos do capital, remunerações etc., se atenderá a que toda quantidade de dólares acompanhe as flutuações da moeda dos Estados Unidos da América referida ao seu padrão de peso e título, vigente na data da troca dos instrumentos de Ratificação do Tratado. Por outras palavras, as obrigações estipuladas não ficarão ao sabor das flutuações do dólar, pois o valor deste será sempre corrigido, para manter-se a proporção vigente em determinado dia, segundo seu padrão de peso e título. É com base nesse critério que se acham fixadas, no “Anexo C”, as normas de execução de pagamentos de royalties, ressarcimentos, rendimentos, etc. (Cfr. também, “Estatuto”, Art. XXIV, § 2.º)

Outro ponto que merece referência é o relativo à atribuição de poderes outorgados pelos dois Governos à entidade por eles criada, com o fim de explorar os recursos hídricos que ambos declaram possuir “em condomínio”, assegurando-lhe ampla isenção fiscal, quer para os materiais e equipamentos que adquirir em qualquer dos dois países, ou importar de terceiros, para utilizá-los na construção da central elétrica, quer sobre os lucros da empresa ou os pagamentos por ela efetuados. Comprometem-se, ainda, os dois Governos a não pôr qualquer entrave ou gravame fiscal no movimento de fundos da Itaipu que resultar do Tratado, bem como lhe garantem livre trânsito aos materiais adquiridos ou importados (“Tratado”, Art. XII) e a conversão cambial necessária ao pagamento das obrigações assumidas.

Muito haveria que dizer sobre essa nova “autarquia fiscal” que acaba de ser constituída, com amplitude invulgar, mas compreensível por ser projeção imediata de dois Estados soberanos que, apesar de fundarem uma empresa pública dotada de “territorialidade sui generis”, porque estabelecida intuitu societatis, não abrem mão de sua jurisdição sobre o “território” que lhe é destinado. Na realidade, porém, essa superposição de poderes é apenas aparente, pois na empresa binacional confluem e se harmonizam as duas fontes originárias ou eminentes de competência.

Embora o Tratado e o Estatuto não confirmem explicitamente personalidade jurídica autônoma à Itaipu, tal configuração está obviamente implícita no Art. IV do Estatuto, segundo o qual a Empresa “terá capacidade jurídica, financeira e administrativa, e também responsabilidade técnica, para estudar, projetar, dirigir e executar as obras que tem como objeto, pô-las em funcionamento e explorá-las, podendo, para tais efeitos, adquirir direitos e contrair obrigações”.

Como essa personalidade jurídica, dotada de amplo espectro de poderes, se destina à exploração de um bem público, outorgado conjuntamente pelos dois Estados “condôminos”, resulta mais do que caracterizada a existência de uma pessoa jurídica pública de caráter internacional.

Ponto curioso e que por certo merecerá a atenção dos estudiosos de Direito é o relativo ao tipo de royalty previsto no Art. XV do “Tratado”, o qual é devido pela Itaipu aos dois países “em razão da utilização do potencial hidráulico”, devendo aquele ser pago em dólares, sempre levada em conta a paridade oficial desta moeda em relação ao ouro.

Finalmente, e à guisa de conclusão, saliente-se que a energia produzida será dividida em partes iguais, sendo reconhecido a cada um dos dois países o direito de adquirir a que não for utilizada pelo outro para seu próprio consumo, assegurando-se sempre a aquisição do total da potência instalada. (“Tratado”, Art. XIII).

Eis aí, em breves traços, como se estrutura juridicamente a Itaipu e a que altos fins se destina, podendo ser considerada um modelo admirável de cooperação internacional, do qual por muitos títulos podemos nos envaidecer.

DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE O CONTROLE DOS ATOS DE GESTÃO DA ITAIPU BINACIONAL

Tribunal de Contas da União

8 - Decisão Nº 279/1995 do Tribunal de Contas da União sobre o controle dos atos de Gestão da ITAIPU Binacional

(HOMERO SANTOS - 21.06.1995)

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC-003.064/93-0

Apenso: TC-021.479/94-1

TC-013.207/91-1

Natureza: Representação/9a SECEX

Entidade: Itaipu Binacional

Ementa: Fiscalização da ITAIPU BINACIONAL. Constituída pelo Tratado celebrado entre Brasil e Paraguai, ITAIPU está submetida ao regime de direito internacional, não se lhe aplicando as normas de direito interno dos países contratantes. Impossibilidade de serem fiscalizadas as contas nacionais, em processos autônomos, dado o critério igualitário que norteia a administração da BINACIONAL. Ciência da situação ao Senhor Presidente da República visando a possível alteração dos atos normativos da Empresa, bem assim ao Senhor Presidente do Congresso Nacional para as medidas cabíveis. Encaminhamento da Decisão ao Controlador Geral do Paraguai.

Realização de auditoria da ELETROBRÁS para avaliação dos controles. Sobrestar os estudos decorrentes do art. 38 da IN/TCU nº 06/94, no tocante à ITAIPU.

Este Tribunal, na Sessão de 21.03.90 (Ata nº 10/90, Anexo VII - TC-014.423/88-0), determinou à CACE “a realização de estudos, de modo que o Tribunal possa oportunamente regulamentar, por ato normativo próprio, a competência conferida pelo art. 71, inciso V, da Constituição Federal, ou submeter a matéria à consideração do Congresso Nacional.”

Pela Ordem de Serviço nº 009/93, o então Presidente, Exmo. Sr. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, determinou à 9a SECEX “a adoção das providências necessárias à apresentação das contas da Itaipu Binacional, em processos autônomos de prestação de contas e não mais em conjunto com as contas da ELETROBRÁS”, assim como a oportuna apresentação de normas complementares ao disciplinamento da matéria para a conseqüente formalização das contas da mencionada empresa e das demais entidades supranacionais.

Constituída a Comissão, em 03.03.93, no âmbito da 9a SECEX, para realização dos estudos pertinentes à matéria, concluiu-se, após exame dos atos e normas relativas à mencionada Instituição, que, dada a complexidade do assunto e diante da ausência dos subsídios necessários ao completo deslinde da questão, fazia-se imperioso, em caráter preliminar, promover auditoria na ELETROBRÁS, extensiva à Itaipu, para se colher todos os elementos com vistas à definição das normas de fiscalização a cargo do Tribunal, bem como para se verificar a forma de controle exercida pela ELETROBRÁS.

Com relação às contas da Itaipu, sugeriu a Comissão que, provisoriamente, fosse apresentada na forma autorizada na Sessão de 21.03.90, “só que agora em processo autônomo e com algumas adaptações às peculiaridades da ITAIPU”, arrolando, ao propósito, os elementos pertinentes.

O Titular da 9a SECEX, Dr. Elsie Jeová dos Santos, endossou as conclusões oferecidas, inclusive quanto à realização da auditoria proposta.

Encontra-se apenso a este processo o TC-021.479/94-1 que se refere aos resultados dos trabalhos realizados, em novembro de 1994, neste Tribunal, pelos servidores designados para desenvolver os estudos de que trata o art. 38 da Instrução Normativa TCU nº 06/94 e pelos representantes da Controladoria Geral da República do Paraguai, oportunidade em que foram debatidos os aspectos constitucionais, legais e regulamentares que afetam a fiscalização da Itaipu Binacional, relativos a ambos os países.

Segundo consta da Representação formulada pela Comissão do Tribunal, acostada àqueles autos, com base na Ata da Reunião assinada em conjunto com os representantes paraguaios, foram as seguintes, as constatações e conclusões resultantes do encontro:

“I - CONSTATAÇÕES:

1 - tanto a Constituição brasileira como a Constituição paraguaia conferem às respectivas Entidades de Controle, a prerrogativa e responsabilidade de fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais, nos termos dos respectivos tratados constitutivos;

2 - pelo artigo IV, parágrafo único, do tratado constitutivo de Itaipu, a Administração da Binacional é realizada de forma paritária entre o Brasil e o Paraguai, o que impossibilita a existência de contas nacionais separadas e distintas;

3 - o Tratado, Estatuto e demais normas de Itaipu Binacional não prevêm os mecanismos de fiscalização direta por parte das EFS de ambos os países;

4 - os procedimentos de controles praticados pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores são diferentes, tendo em vista que a Controladoria do Paraguai exerce o controle através de auditorias e exames especiais e o Tribunal de Contas do Brasil, além dessas atribuições, tem, também, a faculdade Constitucional e legal de julgar as contas dos entes públicos; e

5 - que a Declaração nº 14/94 da Câmara de Senadores do Paraguai (cópia às fls. 02) instou a Controladoria Geral visando o cumprimento de suas responsabilidades Constitucionais e legais, no sentido de realizar o controle das Entidades Binacionais daquele país, a Itaipu (Brasil x Paraguai) e Yacyretá (Argentina x Paraguai);

II - CONCLUSÕES:

1 - que existe vontade e intenção das duas Entidades Superiores de Controle de realizar estudos, na brevidade possível, para viabilizar a fiscalização da Itaipu Binacional e outra entidade supranacional ou multinacional que seja criada no futuro, conforme o disposto nas Constituições já citadas; e

2 - que, para viabilizar essa fiscalização, é necessário buscar as soluções políticas, diplomáticas e administrativas para modificar os estatutos e regulamentos da Itaipu Binacional, o que, para tanto, foi sugerido.”

As sugestões apresentadas pelos dois Grupos e transcritas na citada Representação foram, entre outras:

3 - a formalização de uma carta de intenção entre o Tribunal de Contas da União e a Controladoria Geral do Paraguai, no sentido de que ambas as Entidades realizem as gestões necessárias entre os governos dos respectivos países, para a troca de cartas reversais, conforme prevê o Tratado Institutivo da Itaipu, com vistas a modificação do Estatuto e Regimento Interno da mesma;

4 - depois de concretizadas as modificações sugeridas, ser analisada a possibilidade de ser firmado um acordo entre as duas EFS no sentido de dar cumprimento aos preceitos constitucionais do Brasil e Paraguai;”.

Finalizando, a Comissão de servidores do TCU entende que, para esta Casa realizar a fiscalização da Itaipu Binacional, “faz-se necessário a adoção de medidas que visem a modificação do Estatuto Social da mesma, na forma sugerida na Ata”.

O então Secretário-Geral de Controle Externo, ao submeter os autos à consideração da I. Presidência, propôs, além do encaminhamento do processo a meu Gabinete para juntada a este TC-003.064/93-0, que fosse autorizada a elaboração de anteprojeto de instrução

normativa, dispondo sobre a forma de fiscalização a ser exercida, no tocante às contas nacionais das empresas supranacionais.

A Presidente à época, Exma. Ministra Élvia Lordello Castelo Branco, entendendo que a normatização alvitada só poderia ser efetivada após o Tribunal fixar as diretrizes pertinentes, objeto do processo em exame, encaminhou aqueles ao meu Gabinete, como subsídio à análise do assunto.

É o Relatório.

VOTO

Defronta-se mais uma vez este Colegiado com matéria de extrema complexidade no campo do ordenamento jurídico, decorrente da competência atribuída ao Controle Externo, nos termos do art. 71, inciso V, da Constituição Federal, que assim estabelece:

“Art. 71 O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

.....

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;”

Cumpre relembrar, preliminarmente, que a ITAIPU Binacional foi criada pelo artigo III do Tratado celebrado em 26 de abril de 1973, entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, objetivando a realização, em comum, do “aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencente em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaira até a Foz do Rio Iguazu” (artigo I do mencionado Tratado).

Conforme ainda pactuado, a referida Instituição foi constituída pela ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S/A e pela ANDE - Administración Nacional de Electricidad, do Paraguai, com igual participação, tendo como princípio norteador do empreendimento a igualdade de direitos e obrigações.

A respeito da natureza jurídica da entidade binacional ITAIPU, bem como quanto ao cabimento dos controles, previstos na legislação brasileira, sobre suas atividades, o então Consultor-Geral da República, posteriormente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Doutor Luiz Rafael Mayer, exarou brilhante Parecer (L-208), aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República e publicado no Diário Oficial de 19.10.78, em que, especialmente sobre a primeira questão, assim preleciona:

“Ainda que silentes as cláusulas, Itaipu se evidencia como uma pessoa jurídica, pois a tanto induzem, necessariamente, a sua capacidade jurídica, apta a torná-la centro de imputação de direitos e obrigações, bem como a correlata capacidade administrativa e financeira, inerindo-lhe, de conseguinte, atos, vontade e patrimônio próprio, identificáveis, como tais, e perfeitamente distintos dos pertinentes aos Estados que a criaram ou das entidades administrativas, Eletrobrás e Ande, que, como instrumentos, daqueles, participam formalmente da sua organização e capital social.

A sua existência e forma têm fonte no âmbito internacional, enquanto resultado da vontade expressa e concorde de sujeitos de direito público internacional, 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 qualificativo 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 da ratificação do Tratado, autorizada a, nele, atuar, nos limites da sua aptidão e finalidades, independentemente de submissão às normas da lei nacional, conferidoras de existência e personalidade jurídica.

Não é preciso insistir em que a entidade, em causa, se submete, primordialmente, a um regime internacional. O seu grau de internacionalização se revela em coordenadas de um máximo de intensidade quanto à natureza dos seus atos formativos, e de um mínimo de extensão quanto ao número de sujeitos de direito participantes de sua instituição. Se a sua criação se deveu a um ato internacional entre Estados que, em comum, e no exercício das respectivas soberanias, lhe conferiram a personalidade jurídica, toda a sua dinâmica decorre, igualmente, da mesma fonte normativa, isto é, o seu objetivo, capacidade e responsabilidade, recursos, procedimentos e estrutura são aqueles disciplinados e delimitados no Tratado.”

Observa-se, portanto, que, constituindo-se em uma empresa juridicamente internacional, posto que criada pelo Tratado entre Brasil e Paraguai, ITAIPU está submetida ao regime de direito internacional, e, dessa forma, está sujeita, tão-somente, às disposições pertinentes dos atos que a regem, não se lhe sendo aplicáveis as normas de direito interno dos países contratantes.

Ainda no tocante a essa mesma questão, pronunciou-se também o eminente jurista Miguel Reale, que inclusive participou da elaboração do anteprojeto dos atos constitutivos de ITAIPU, e, portanto, pôde tratar do assunto com absoluta autoridade e conhecimento, em especial sobre a estrutura jurídica da mencionada Empresa, assim destacando:

“Como essa personalidade jurídica, dotada de amplo espectro de poderes, se destina à exploração de um bem público, outorgado conjuntamente pelos dois Estados ‘condôminos’, resulta, mais do que caracterizada, a existência de uma pessoa jurídica de caráter internacional.

.....

Daí a proposta que fiz no sentido de constituir-se uma ‘empresa pública binacional’, o que era possível fazer-se mediante Tratado, pois, este, uma vez aprovado por decreto legislativo do Congresso Nacional, adquire força de lei, prevalecendo as suas normas especiais sobre quaisquer outras anteriores pertinentes à matéria.”

Nesse sentido, cumpre assinalar o entendimento manifestado pela Advocacia-Geral da União, constante do Parecer nº AGU/LS-02/94 (Anexo ao Parecer GQ-16, publicado no D.O.U. de 09.05.94), no sentido de que ITAIPU “não se submete às regras ínsitas na Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, e sim às normas gerais de licitações, aprovadas pelo seu Conselho de Administração”.

De forma análoga, no Parecer da antiga Consultoria Geral da República de nº FC-27, de 08.03.90 (D.O.U. de 13.03.90), foi dirimida a divergência suscitada entre a Secretaria da Receita Federal e a própria ITAIPU a respeito da cobrança das contribuições do PIS/PASEP, ficando assente que, por força do Tratado, não cabe cobrar tributos sobre o faturamento da aludida Empresa.

Seguindo essa linha de raciocínio, depreende-se da leitura que se faça das normas estatutárias e regimentais da mencionada Empresa, que foram definidos mecanismos de controle interno e externo com vistas a garantir a fiscalização dos dois Governos, a saber: controle interno, exercido pelo Conselho de Administração, responsável pelo parecer sobre os demonstrativos contábeis elaborados pela Diretoria Executiva (art. 9º, § 1º, do Estatuto e art. 19, alínea “j”, do Regimento Interno), bem como pela Auditoria Interna, subordinada àquele Conselho (art. 23, § 5º, do Estatuto e art. 64 do Regimento Interno); e o controle externo, a cargo da ELETROBRÁS e da ANDE (art. 26 do Estatuto e art. 95 do Regimento Interno), como também da auditoria independente, contratada para verificação periódica do Balanço Geral e da Demonstração da Conta de Resultados (art. 98, § 3º, do Regimento Interno).

Como se vê, inexistente dispositivo, quer seja no Tratado ou nas demais normas que regem a referida Binacional, prevendo a submissão daquela Empresa ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal, omissa essa que impede, à luz do ordenamento jurídico internacional, a ação jurisdicional desta Corte.

Como bem acentuou o então Consultor-Geral, Dr. Luiz Rafael Mayer, no Parecer a que me referi anteriormente:

“Itaipu não está sujeita, de conseguinte, às normas aplicáveis a agentes públicos e entidades públicas nacionais, sob formas de inspeção administrativa ou supervisão hierárquicas, e de controle interno ou externo, constantes do direito constitucional ou administrativo brasileiro, mesmo que os seus agentes não possam, de modo algum, ser considerados funcionários internacionais.

Aliás, as previsões do texto constitucional e das leis administrativas, com relação a entes, responsabilidades e processos sujeitos aos mecanismos de controle, não se compadecem com realidades e conceitos do ordenamento jurídico binacional, que, por distintos e peculiares, àquelas não se subsomem. O controle exercido pela jurisdição nacional somente se estenderá até o momento administrativo e financeiro e a entidade responsável, compreendidos no seu espaço jurídico, cessando necessariamente desde quando transpostos os seus lindes”.

Também acerca da matéria e já à luz da nova ordem constitucional, o citado jurista Miguel Reale emitiu o seguinte pronunciamento, constante do Parecer datado de 15.01.90, sob o título “Natureza Internacional da ITAIPU BINACIONAL - Impossibilidade de Controle Unilateral de seus Atos por Entidades ou Órgãos Internos do Brasil ou do Paraguai”.

“Dir-se-á que o Parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente Ernesto Geisel, é anterior à atual Constituição de 5 de outubro de 1988, mas, a meu ver, o novo Estatuto Político Brasileiro veio, in casu, excluir expressamente o controle externo, pelo Brasil, das entidades binacionais, não podendo tal diretriz deixar de ser

aplicada ao Paraguai, em razão das normas que presidem as relações internacionais, máxime em se tratando da ITAIPU BINACIONAL, cujo espírito é da mais absoluta paridade entre os dois Países participantes.”

Diferentemente, a Advocacia-Geral da União, no Parecer sobre a aplicação da Lei nº 8.666/93 às licitações realizadas pela Entidade, anteriormente mencionado, expressa o entendimento de que a mencionada Empresa só encontra “como fronteira à sua liberdade as limitações constitucionais, como são aquelas previstas no inciso V do art. 71, isto é, submissão à fiscalização do E. Tribunal de Contas da União, as contas nacionais das empresas supramencionais, de cujo capital a União participe, nos termos do Tratado Constitutivo”.

Em que pese o mencionado Parecer da AGU não ter se detido, com profundidade, nessa questão particular, há que se considerar esse posicionamento e, sobretudo, a vontade política e a intenção dos Governos brasileiro e paraguaio em exercer, fundamentados em disposições constitucionais de cada país, a fiscalização sobre ITAIPU, a qual seria assumida diretamente por este Tribunal e pela Controladoria Geral da República, pelo lado paraguaio.

Entretanto, para tornar possível essa ação de controle, necessário se fará que seja incluído no Estatuto, que é parte integrante do Tratado, e no Regimento da Empresa, dispositivo prevendo a fiscalização a cargo das respectivas Entidades Fiscalizadoras Superiores, inclusive para que haja uma perfeita compatibilização com as normas constitucionais de cada um dos países. Referida pretensão estaria ao abrigo do disposto no art. 31 das normas estatutárias que assim reza:

“ARTIGO 31º

Os casos não previstos neste Estatuto, que não puderem ser resolvidos pelo Conselho de Administração, serão solucionados pelos dois Governos, com prévio parecer da ELETROBRÁS e da ANDE.”

Assim sendo, entendo que, para viabilizar esse intento, e considerando ainda que os atos em questão só podem ser modificados de comum acordo pelos Governos, deva a matéria ser levada ao conhecimento do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para adoção das providências que Sua Excelência entender cabíveis à espécie.

Outra questão que emerge dos autos e decorre do exercício do controle externo refere-se à forma de fiscalização a ser exercida na Entidade, face à atribuição constitucionalmente conferida a esta Corte no citado art. 71, inciso V, de “fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais”.

Como já ressaltado, a administração da ITAIPU é conduzida de forma paritária entre Brasil e Paraguai, por meio do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva, “integrados por igual número de nacionais de ambos países” (art. IV, § 1º, do Tratado).

Dessa igualdade de direitos e obrigações estabelecida também no art. III do Tratado, que se traduz numa unidade gerencial, resulta a impossibilidade, apregoada por ilustres juristas, de se decompor os atos do corpo diretivo da ITAIPU em brasileiros e

paraguaios. A propósito, sou obrigado a me socorrer novamente do entendimento contido no sempre citado Parecer do Dr. Luiz Rafael Mayer, já referido neste voto:

“Desde que se trata de empreendimentos e recursos postos em comum, de tal modo a resultar uma unidade orgânica e personificada, é juridicamente impossível admitir dissociá-los, ou supor uma partilha abstrata, para fazer incidir procedimentos unilaterais. E por ser, de fato, impossível, toda e qualquer medida unilateral, de direito interno, tendente ao controle da atuação de Itaipu, confrontaria, ao arrepio das normas de direito internacional instituídas no Tratado, os interesses consubstanciados de uma soberania distinta.”

Destarte, em decorrência ainda do aspecto igualitário que norteia a administração da aludida Empresa, exsurge a questão da inexistência de contas nacionais, uma vez que não seria possível a demonstração das operações financeiras e patrimoniais realizadas tão-somente por administradores brasileiros.

Em tal contingência, cumpre também dar ciência ao Congresso Nacional da situação ora exposta, encaminhando, para maior compreensão do assunto, cópia deste Voto e da Decisão respectiva.

Por outro lado, cabe ainda destacar que, diferentemente das atribuições conferidas a este Tribunal, a Controladoria Geral da República, no Paraguai, não detém a competência de julgar as contas das entidades públicas, exercendo a sua ação jurisdicional somente por meio de auditorias e exames especiais, conforme informações contidas no TC-021.479/94-1, em apenso.

Logo, considero pertinente que, após a concretização da modificação dos atos constitutivos da ITAIPU Binacional, na forma alvitada, sejam promovidas gestões junto à Controladoria Geral do Paraguai, no sentido de estabelecer, conjuntamente, a fiscalização a ser exercida sobre ITAIPU, ante a administração paritária presente na aludida Empresa, e em respeito à soberania dos dois países, levando em conta ainda que, em razão desses aspectos, ITAIPU não pode se sujeitar a controles unilaterais.

Com referência à elaboração de anteprojeto de instrução normativa, dispondo sobre a forma de fiscalização a ser exercida, relativamente às contas das empresas supranacionais, consoante o art. 38 da Instrução Normativa TCU nº 06/94, entendo que, no tocante à ITAIPU, e ante as especificidades a ela inerentes, os estudos naquele sentido devem aguardar a efetividade das medidas ora previstas (alteração dos atos constitutivos), bem como os resultados das reuniões a serem oportunamente realizadas com a Controladoria do Paraguai, conforme já mencionado.

De outra parte, e considerando as circunstâncias evidenciadas neste Voto, verifico que quaisquer iniciativas, no âmbito do Tribunal, com vistas a se requisitar as contas da ITAIPU ou realizar auditoria na mencionada Entidade, encontram-se destituídas de amparo legal, uma vez, que tais procedimentos, não foram definidos nos atos que regem a Binacional, nos termos referenciados.

À vista de todas essas considerações, observo que, quanto à Ata da reunião dos servidores do Tribunal e da Controladoria Geral do Paraguai, mencionada no Relatório que antecede este Voto, as sugestões ali apresentadas serviram de subsídio ao exame do

assunto, não se constituindo, em nenhum momento, numa manifestação oficial do Tribunal sobre a matéria.

Por derradeiro, cumpre consignar, para conhecimento dos eminentes Pares, que o Tratado que instituiu ITAIPU estabeleceu, em seu art. XXI, a forma de apuração da responsabilidade civil e penal do corpo diretivo e de seus empregados, sejam brasileiros ou paraguaios, por atos lesivos aos seus interesses, a qual se processará de conformidade com o disposto nas leis nacionais respectivas.

Face a essa previsão e à vista da prerrogativa conferida à ELETROBRÁS de decidir acerca dos demonstrativos contábeis da Binacional, entendo, de todo, pertinente a realização de auditoria na ELETROBRÁS, objetivando verificar os controles exercidos sobre ITAIPU.

Diante do exposto, e acolhendo, em parte, os pareceres, VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Colegiado.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 1995

HOMERO SANTOS

Ministro-Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Considerando que o inciso V do art. 71 da Constituição incumbe o TCU de “fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital a União participe, de forma direta, ou indireta, nos termos do tratado constitutivo”;

considerando que a União participa, na proporção de 50%, do capital da empresa ITAIPU Binacional;

considerando que o respectivo tratado constitutivo não impede nem exclui a fiscalização, pelo TCU, das contas nacionais referentes à participação da União naquela empresa e às responsabilidades dos diretores, nomeados pelo Governo Brasileiro para a empresa;

considerando que o Estatuto da ITAIPU Binacional é omissivo a respeito dessa fiscalização;

considerando que o art. 31 do mesmo Estatuto delega ao Conselho de Administração da Empresa a competência para resolver os casos omissos;

considerando que, pela expressão “fiscalizar as contas nacionais” o que se tem em vista é o julgamento de responsabilidade dos dirigentes de empresa supranacional, nomeados pelo Governo Brasileiro, e que, por isso, respondem perante o TCU por seus atos de gestão;

considerando que a matéria é, portanto, passível de definição e disciplinamento mediante a adoção de regulamentação e de procedimentos administrativos e contábeis adequados ao caso;

considerando que a adoção dos procedimentos referidos, para permitir essa fiscalização de atos dos diretores brasileiros, em nada prejudica os interesses de outra Alta Parte Contratante do tratado respectivo, nem altera os compromissos perante ela assumidos pelo Brasil, pois respeita integralmente a soberania paraguaia;

considerando que o Governo Brasileiro, pela mesma razão, igualmente não poderá objetar, caso o Governo Paraguaiense tencione estabelecer sua própria regulamentação para exercer a mesma fiscalização sobre os atos dos diretores paraguaios por ele nomeados;

considerando que tal regulamentação, no caso do Brasil, pode assim ser instituída pelos Membros brasileiros integrantes do Conselho de Administração da empresa supranacional, os quais, por serem nomeados e demissíveis pelo Poder Executivo, devem acatar a orientação dos Ministérios supervisores competentes;

considerando, finalmente, que pelas razões acima expostas o exercício da fiscalização prevista no art. 71, inciso V, da Constituição, depende exclusivamente da adoção das iniciativas requeridas para instituição daquela regulamentação, por parte dos órgãos competentes do Poder Executivo;

divergindo do Ministro Relator, com as vênias de praxe, VOTO por que o Tribunal adote a seguinte redação para os itens 8.1 e 8.2, na Decisão submetida à aprovação do Plenário:

“8.1. - fixar prazo de 120 dias para que o Ministro das Relações Exteriores e o Ministro das Minas e Energia adotem as medidas necessárias para que os mandatários da União no Conselho de Administração da ITAIPU Binacional implementem, nos termos do art. 31 do Estatuto daquela empresa binacional, todas as providências requeridas para possibilitar o exercício da fiscalização, pelo TCU, das contas nacionais referentes à participação brasileira na mesma entidade, conforme previsto no art. 71, inciso V, da Constituição;

8.2. - dar ciência da determinação anterior ao Senhor Presidente do Congresso Nacional”.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 1995

CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA

Ministro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Sr. Presidente, com vênias ao Ministro Carlos Átila, penso de forma diferente, porque a norma existente é uma norma constitucional. Diz, aqui, expressamente: “fiscalizar as

contas nacionais das empresas supranacionais, de cujo capital social a União participe”, qualquer que seja o capital, não precisa ser majoritária” - de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.” (art. 71, inciso V)

Portanto, do tratado constitutivo é que demandam, que surgem, todas as formas de fiscalização e todos os procedimentos a serem adotados.

Há, ainda, um ponto relevante destacado no Relatório do Relator, esclarecendo que pelo artigo 4º, parágrafo único do tratado constitutivo de Itaipu, a administração binacional é realizada de forma paritária entre o Brasil e o Paraguai, o que impossibilita a existência de contas nacionais separadas e distintas.

Isto significa que as contas são representadas num único documento, não havendo como, fisicamente, se examinarem os recursos, lucros ou prejuízos, e fiscalizar com a participação do Brasil na exploração dessa usina hidrelétrica. Fico com o princípio constitucional. O Governo Brasileiro juntamente com o Governo do Paraguai, como também sugere o Relator através, por exemplo, de notas reversais trocadas entre os dois países, podem estabelecer a forma de fiscalização, ou através dos respectivos órgãos fiscalizadores, ou através de outro órgão. Mas a verdade é que a expressão constitucional “nos termos do tratado constitutivo” tem relevo interno e externo porque é dispositivo de Direito Internacional, que o Ministro Carlos Átila, como antigo diplomata, conhece muito melhor do que eu, fazendo com que o assunto seja examinado e regido pelo direito internacional e não pelo direito interno.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 1995

PAULO AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA

Ministro

Decisão Nº 279/95 - TCU – Plenário

1. Processo nº TC -003.064/93-0
2. Classe de Assuntos: VII - Representação formulada pela 9a SECEX sobre a fiscalização da ITAIPU Binacional
3. Interessado: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
4. Entidade: ITAIPU BINACIONAL
5. Relator: MINISTRO HOMERO SANTOS
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 9a Secretaria de Controle Externo
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. levar ao conhecimento do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para adoção das providências que Sua Excelência entender cabíveis à espécie, que o Tribunal de Contas da União encontra-se impossibilitado de exercer a ação jurisdicional sobre a empresa ITAIPU BINACIONAL, em cumprimento ao disposto no art. 71, inciso V, da Constituição Federal, ante a ausência de previsão, nesse sentido, nos atos que a regem, considerando a submissão da mencionada Empresa ao regime de direito internacional, fazendo-se imperiosa, nessas circunstâncias, a modificação das normas estatutárias e regimentais da ITAIPU, em comum acordo com o Governo do Paraguai, com vistas a incluir esse procedimento de fiscalização, o qual também está previsto na Constituição daquele País;

8.2. dar ciência ao Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional, para as providências cabíveis à espécie, que a competência atribuída ao Tribunal, nos termos do art. 71, inciso V, da Constituição Federal, relativamente à fiscalização das contas nacionais da empresa ITAIPU BINACIONAL, encontra-se prejudicada, uma vez que a administração dessa Entidade é conduzida de forma paritária entre Brasil e Paraguai, encaminhando-se-lhe, para maior compreensão da matéria, cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto respectivos;

8.3. autorizar a realização de auditoria na ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S/A, com o objetivo de verificar a avaliação dos controles exercidos sobre a administração da ITAIPU BINACIONAL;

8.4. deixar assente que os estudos alusivos à forma de fiscalização a ser desenvolvida na empresa ITAIPU, ante o disposto no art. 38 da Instrução Normativa TCU nº 06/94, devem aguardar a modificação dos atos normativos daquela Entidade, conforme o item 8.1., supra, como também os resultados das reuniões a serem oportunamente realizadas com a Controladoria Geral do Paraguai, tendo em vista o aspecto igualitário que norteia a administração da mencionada Entidade e as conseqüentes especificidades inerentes à matéria;

8.5. deixar consignado ainda que as considerações e propostas constantes da Ata de Reunião dos servidores deste Tribunal e da Controladoria Geral do Paraguai não se constituem em manifestação oficial desta Corte de Contas sobre o assunto;

8.6. remeter cópia da presente Decisão, bem assim do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Titular da Controladoria Geral do Paraguai, responsável pela fiscalização da ITAIPU, e ao Exmo. Sr. Ministro das Relações Exteriores, para ciência e adoção das medidas pertinentes, notadamente em razão do contido no item precedente.

9. Ata nº 26/95 – Plenário

10. Data da Sessão 21/06/1995 - Ordinária

11. Especificação do quorum:

11.1 Ministros presentes: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Presidente), Fernando Gonçalves, Carlos Átila Álvares da Silva, Homero dos Santos (Relator), Paulo Affonso Martins de Oliveira, Olavo Drummond, Iram de Almeida Saraiva e o Ministro-Substituto Bento José Bugarin.

11.2 Ministros com voto vencido: Fernando Gonçalves e Carlos Átila Álvares da Silva.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Presidente

(Publicado no D.O.U. de 10.7.1995, P. 10.197-200.)