

# NATUREZA JURÍDICA DA ITAIPU



# NATUREZA JURÍDICA DA ITAIPU



**ITAIPU**  
BINACIONAL

1340.147

ISBN

Biblioteca General

- ASU

1905



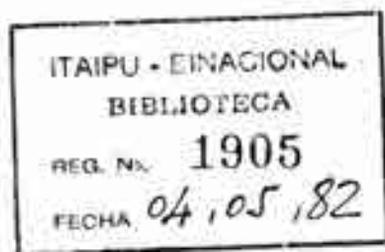
Itaipu Binacional

Natureza jurídica da Itaipu

## 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.

Reúnem-se, nesta publicação, o mencionado Parecer L-208, assim como o dos juristas MIGUEL REALE, PAULO SALVADOR FRONTINI, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO E WALTER TOLENTINO ÁLVARES, que também estudaram o assunto.



## Sumário

1. Parecer: L-208, de 22.09.78 – Consultoria Geral da República . . . . .	7
2. Parecer do Prof. Miguel Reale – 1974 . . . . .	23
3. Parecer do Prof. Paulo Salvador Frontini – 1974 . . . . .	35
4. Parecer do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello – 1975 . . . . .	43
5. Parecer do Prof. Walter Tolentino Álvares – 1975 . . . . .	49

Consultoria Geral da República

**Parecer:  
L-208, de 22.09.78**

PROCESSO: 033/C/77 – PR. 3 635/77

ASSUNTO: Natureza jurídica de Itaipu.

EMENTA: 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 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 n.º 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 n.º 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 elucrados 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 consequências 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, dotado de inequívoca natureza empresarial" (ffs.).

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 submetida não 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 a 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 convinentes com a autonomia das partes e desumíveis do acordo que podem regular as situações não previstas explicitamente" (ffs.).

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. XXIII).

## 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 à 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. I, 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 Argélia, 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 Argélia (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 hidro-elétrica 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 confundida, 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" (6<sup>ème</sup> 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 coïncidence 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. pags. 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 più ampia e in un certo 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 più 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 aceção; 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'acception 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 typo-

logie 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..." (loc. 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, orientada, 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 n.º 23, de 23 de maio de 1973, e promulgado pelo Decreto n.º 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 completção 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, § 1.º, 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, §§ 1.º e 2.º, 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 convencional, 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 n.º 40, de 1974, e promulgado pelo Decreto n.º 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 de 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, 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.

Dai, na terminologia de Colliard, largamente empregada, a entidade, em causa, corresponderia a um "organismo internacional de gestão", ou, com os mesmo 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 da 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

dade 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 supra-nacionais. 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, pertencente ao direito interno.

Itaipu não está sujeita, de conseqüente, 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 arripio 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

Miguel Reale

## **A Estrutura Jurídica de Itaipu**

---

Conferência proferida perante o "Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política", da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, realizada no dia 04.07.74.

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".

Dai 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 do 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 asseritaram, 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 29-9-969).

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 Guaíra até a Foz do Rio Iguazu, 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 translação 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". Distingue-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 Brasileiras" (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 ELETROBRÁS 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 Hidroparaná (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 — intensa 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 intervenientes 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 concernente 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

---

(\*) Posteriormente a esta exposição, foi publicado o Decreto n.º 74.431, de 19 de agosto, que promulga o *Protocolo sobre Relações de Trabalho e Previdência Social Brasil-Paraguai*, com base no Decreto-Legislativo n.º 40, de 14 de maio de 1974.

Vale a pena transcrever 4 dos artigos do mencionado Protocolo, a saber:

Art. 5.º — Será observado o princípio do salário igual para trabalho de igual natureza, eficácia e duração, sem distinção de nacionalidade, sexo, raça, religião nem estado civil. A aplicação deste princípio não afetará a diferenciação salarial proveniente da existência de um quadro de carreira na Itaipu.

Art. 6.º — Excetuadas as disposições dos Artigos 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do presente Protocolo, o contrato individual de trabalho reger-se-á pelas normas que, consideradas em conjunto para cada matéria, sejam mais favoráveis ao trabalhador, incluídas as convenções internacionais do trabalho ratificadas por ambas Altas Partes Contratantes.

Art. 8.º — O "Regulamento do Pessoal" criará comissões paritárias de conciliação, com representantes de Itaipu e dos trabalhadores, que apreciarão por iniciativa de qualquer das partes e a título conciliatório, conflitos de trabalho. A conciliação celebrada perante as referidas comissões terá plena eficácia jurídica, devendo os acordos ser registrados nos órgãos competentes das Altas Partes Contratantes encarregados de assuntos de natureza trabalhista.

Art. 10 — A Itaipu, por sua natureza binacional, não integrará nenhuma categoria patronal sindicalizável."

*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 *atos* 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 equitativa, 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 equitativo 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 *sul 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 contraír 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, assegurada 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.

Paulo Salvador Frontini

## **Itaipu Binacional: Novo Tipo de Empresa?**

1. Um dos mais belos traços do Direito consiste em que, na sua perene instrumentação da vida em sociedade, mostra-se sempre inovador e dinâmico. Assim, ante novas solicitações, que surgem, oferece a ciência jurídica adequada resposta; juristas, legisladores, pretórios, arquitetando criativamente novos conceitos e fórmulas, adaptam, reformam ou inventam novos instrumentos; rompem-se categorias por vezes sedimentadas, para configuração de modelos jurídicos que atendam aos reclamos de novas estruturas.

"Itaipu Binacional", a entidade que há pouco surgiu no mundo jurídico, instrumento legal que viabiliza a construção da gigantesca usina hidrelétrica sita na divisa do Brasil com o Paraguai, representa mais um exemplo da evolução construtiva do Direito, demonstração eloqüente da ajuda do jurista para solução dos problemas coletivos.

2. O exame da original concepção jurídica que inspira a constituição e o funcionamento dessa entidade há de merecer a atenção de quantos acompanham os problemas do feitiço legal das modernas organizações.

Não fugirá ao observador, por certo, a consideração de que, a partir da revolução industrial, a técnica de organização da atividade econômica sob o molde de "empresa" se consagrou como uma das características mais expressivas do mundo moderno.

Quer no sistema do capitalismo ocidental (capitalismo "privado", em que os meios de produção são de propriedade de particulares que os exploram com fito de angariação pessoal do lucro elevado qualquer), quer no sistema socialista (capitalismo estatal, em que os meios de produção pertencem ao Estado), em ambos a empresa se consagrou como a técnica organizacional compatível com os anseios de eficiência ditados pela tecnologia.

Sob a luz desses padrões, era possível divisar, até agora, uns tantos tipos já tradicionais de empresas:

a) a empresa privada, de que titular um empresário particular, individual (empresa individual);

- b) a empresa privada, de que titular um empresário particular coletivo (sociedade comercial ou mesmo, em certos casos, civil);
- c) a empresa pública, de que titular o Estado, exercendo atividade comercial ou administrativa;
- d) a empresa "mista", de que titular um empresário coletivo (sociedade de economia mista).

"Itaipu Binacional" inaugura, pelo menos no direito brasileiro — (e provavelmente também no paraguaio) — um novo tipo de figura jurídica, a binacional, cujos contornos e definição ainda não parecem precisos. Constituiria ela um novo tipo de empresa?

É o que convém examinar.

Antes, porém, como subsídio para estas reflexões, cabe lembrar que coube ao Prof. Miguel Reale elaborar, por designação do governo brasileiro, o arcabouço jurídico de Itaipu, afinal adotado em definitivo pelos dois países. O ilustre jurista publicou, a propósito, um comentário intitulado "A Estrutura Jurídica de Itaipu", no qual historia os problemas, e justifica as soluções encontradas (cf. *Problemas Brasileiros*, agosto de 1974, n. 132, págs. 3 e segs.).

3. A existência legal de "Itaipu Binacional", para o direito brasileiro, teve início aos 30 de maio de 1973. Nessa data o Congresso Nacional, através do Decreto legislativo n. 23, aprovando o Tratado entre Brasil e Paraguai para aproveitamento dos recursos hídricos do Rio Paraná, incorporou à legislação pátria a novel entidade.

Coroando vitoriosamente a batalha diplomática travada pelo Brasil em torno à polêmica tese da exploração de recursos naturais compartilhados por mais de um país, a iniciativa parece consagrar uma nova trilha no rumo da integração econômica entre o Brasil e os demais países sul-americanos. Assim, numa época em que as nações se agrupam para fortalecer-se economicamente (v.g., Mercado Comum Europeu, OPEP etc.), quem sabe a fórmula da entidade binacional possa servir à integração da América Latina, dando algum alento a embrionária ALALC. Nesse sentido se manifestara, aliás, o então Ministro da Indústria e Comércio, Pratini de Moraes, lembrando as alternativas de mercado, de informações, de intercâmbio tecnológico e de relacionamento empresarial abertas por essa opção, identificada como a mais adequada para ajustar interesses comuns ao Brasil e a outros países, como nos casos da energia elétrica com Paraguai e Argentina, via interoceânica com o Equador, carvão com a Colômbia, etc. (cf. editorial da Revista *Visão*, vol. 43, n.º 10, pág. 91, outubro de 1973).

4. Pode-se sintetizar os traços peculiares da entidade através dos seguintes tópicos:

- a) criada pelos dois países, através de um Tratado, tem como partes (sócios?) as "Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobrás" e a "Administración Nacional de Electricidad — ANDE", autarquia paraguaia;

- b) tem plena capacidade jurídica, financeira e administrativa;
- c) tem duas sedes, em Brasília e Assunção;
- d) administra-se: por um *Conselho de Administração*, paritário (seis membros de cada país, com direito a voto, alternando-se na presidência; um *quorum* mínimo e paritário é indispensável para as deliberações);
  - e por uma *Diretoria Executiva* (seis titulares e seis adjuntos; intercalando-se a nacionalidade entre titular e adjunto; deliberando-se por maioria de votos; cabendo ao Diretor Geral: voto de desempate, a representação da entidade em juízo e fora dele e a principal responsabilidade pela sua direção);
  - o capital social foi fixado num valor constante, referido à equivalência de cem milhões de dólares (para contornar problemas de depreciação da moeda de um dos países em face da outra), dividindo-se em partes iguais e intransferíveis;
  - o controle dos resultados operacionais (técnico e financeiro) cabe conjuntamente à Eletrobrás e à ANDE;
  - caberá aos dois governos resolverem os problemas que os próprios órgãos da entidade não lograrem solucionar;
  - a responsabilidade civil e penal de conselheiros, diretores e empregados, será apurada e julgada conforme as leis brasileira ou paraguaia, em consonância à nacionalidade do interessado.

5. "Itaipu Binacional" produzirá energia hidrelétrica. Para tanto, utilizará águas brasileiras e paraguaias, pelo que pagará *royalties* aos dois países, em partes iguais. A energia será vendida aos dois países, podendo um deles adquirir o excedente do outro, apenas para seu próprio consumo, nunca para revenda.

Ademais, a entidade goza de total imunidade tributária, tanto para os serviços de eletricidade, como para os trabalhos de construção; seus lucros e movimentos de fundos também são imunes à tributação.

Os atos administrativos e judiciais necessários às desapropriações tocarão aos dois países, mas caberá à binacional efetuar os respectivos pagamentos.

Finalmente, o foro da entidade será em Brasília ou Assunção, conforme a outra parte seja domiciliada no Brasil ou no Paraguai.

6. Descritas, ainda que sumariamente, as principais características da entidade, parece interessante indagar sobre sua natureza.

Miguel Reale, no já referido estudo, sustentou tratar-se de "pessoa jurídica pública de caráter internacional" (ob. cit., pág. 8). Mas, ao mesmo tempo, enfatizou que, com "Itaipu Binacional", "surge, digamos assim, uma entidade internacional de natureza empresária" (ob. cit., pág. 5).

Parece cabível admitir seja realmente essa entidade uma empresa, vale dizer, uma unidade econômica coordenada pelo empresário, sob iniciativa e risco deste, desenvolvendo atividade de produção de bens, a ser oferecida aos consumidores. Titular dessa atividade organizada é a pessoa jurídica "Itaipu Binacional", em quem se há de identificar as vestes e o papel de um empresário.

Cabe, desse modo, do serviço e das peculiaridades da empresa para se saber o esforço para definir-lhe a substância jurídica.

A respeito, urge ponderar que "Itaipu Binacional" combina, em sua estrutura, traços próprios da sociedade comercial: a) tem sócios ("Eletrobrás" e "Ande"); b) tem capital; c) exerce atividade econômica, de produção de bens; d) sujeita-se a controle de seus resultados pelos seus sócios. Ademais, não ostenta aquele "poder de império, que notabiliza a posição de supremacia das entidades de direito público nas relações que travam; Itaipu não desapropria, não impõe tributos ou contribuições compulsoriamente, não exerce prerrogativas de fiscalização ou de autoridade pública. Os poderes da entidade sobre a área territorial em que vai operar decorrem de mera delegação dos dois países vizinhos, e estes estabelecerão, em protocolos diplomáticos adicionais, as normas referentes a aspectos complementares do empreendimento, tais como as que dizem respeito a questões de aduana, polícia e segurança, previdência social, etc."

A entidade acha-se, assim, numa situação de dependência legislativa perante os dois países que a criaram, aos quais é possível modificar-lhe o regime jurídico, tarefa de que não podem ocupar-se a "Eletrobrás" e a "Ande", a despeito de serem as únicas "partes", ou "sócios" ou "condôminos" de "Itaipu".

Outrossim, sujeita-se ao controle das duas nações que a criaram, porque sua administração é por elas escolhida, e tanto os Conselheiros como os Diretores, poderão ser a qualquer tempo substituídos (Estatutos de Itaipu, Anexo A do Tratado, arts. 11, § 1.º e 12, § 4.º), no controle técnico e financeiro. O que não compete às "partes" ("Eletrobrás" e "Ande"), o que reforça o sentido de tutela sobre a entidade, exercido conjuntamente pelos dois países.

Por outro lado, entretanto, observa-se que a entidade goza de plena imunidade tributária e exerce, ao menos em face da organização política do Brasil, serviço público de competência da União (Constituição, art. 8.º, n.º XV, b: exploração de serviços e instalações de energia elétrica); seu figurino jurídico não se conforma ao de nenhum tipo de pessoa jurídica que a legislação brasileira de direito interno conhece (não é empresa pública na forma do Decreto-lei n.º 200; não é sociedade de economia mista; não é sociedade civil ou comercial organizada de acordo com as normas de direito privado; não é fundação; não é autarquia). Sob este último aspecto, a circunstância de gozar de ampla imunidade tributária e o fato de desempenhar função típica do Poder Público poderia sugerir a presença de ente autárquico, ou quiçá, de um condomínio autárquico, surgido de um Tratado. Mas a idéia deve ser afastada, porque "Itaipu Binacional" conta com dois sócios (ou partes), tem capital social (US\$ 100.000.000) e capacidade jurídica internacional, vale dizer, pode obrigar-se perante pessoas jurídicas ou físicas, sediadas ou domiciliadas fora do Brasil ou do Paraguai, independentemente de consulta, autorização ou interposição dos governos destes países. Extrapolam-se, desse modo, os contornos do regime autárquico, máxime ante a inaplicabilidade de qualquer vinculação ministerial, ademais incompatível com a participação de um sócio (parte) estrangeiro na entidade.

Todas estas características também permitem afastar qualquer idéia de assemealhamento de "Itaipu Binacional" a uma figura política (algo como um "território binacional"). A tese seria perigosíssima para os interesses soberanos de Brasil e Paraguai, porque poderia sugerir, no futuro a idéia de "internacionalização" ou

"pan-americanização" da enorme usina. E é claro que, pela fórmula adotada, foram mantidas as linhas divisórias entre os dois países; de modo que o Brasil exerce toda sua soberania sobre a área correspondente a seu território, ocupada pela entidade (p. ex., em caso de crime comum lá praticado, como um furto, será competente o juiz de direito da comarca local).

7. Afastada qualquer identificação com as várias espécies de pessoa jurídica de direito público interno, ou de direito privado, existente no ordenamento positivo brasileiro, resta situar a entidade no plano do Direito Internacional.

É sabido que a exata definição jurídica das cada vez mais numerosas instituições internacionais (Bancos, Fundos, Conselhos, Agências) enseja sérias dificuldades (cf. Paul Reuter, *Institutions Internationales*, pág. 223).

No vasto rol dessas instituições, uma primeira distinção deve ser feita tomando como traço distintivo a circunstância de haver o organismo sido criado por Estados Soberanos, ou não. Isso porque há instituições internacionais surgidas pela iniciativa de particulares (pessoas de Direito Privado). A Cruz Vermelha Internacional assim se classifica. É internacional porque age em todos os países; mas não é um organismo internacional, no sentido de haver sido criado por Estados Soberanos. O mesmo diga-se, por exemplo, do Conselho Mundial das Igrejas (CMI). Estas entidades, portanto, surgiram em conformidade às leis de apenas um Estado, aquele em que estão sediadas, conformando-se ao direito positivo deste. E operam nos outros países através de órgãos (agências, filiais, etc), porém sempre na condição de entidades privadas, autorizadas pela legislação do país em que atuam.

Outras instituições internacionais, todavia, surgem de um acordo de vontade entre Estados Soberanos. Neste caso, como que numa projeção da personalidade destes, podem ser consideradas como organismos internacionais "públicos". A ONU é, sem dúvida, o mais expressivo exemplo desta classe, bastando lembrar que perante ela são acreditados agentes diplomáticos. Mas, algumas instituições internacionais funcionam como simples convênios (contratos internacionais), tal qual as alianças militares (OTAN, OTASE, Pacto de Varsóvia, etc.). São alianças, que não alcançam foros de personalização, não são, por si, sujeitos de direito na comunidade internacional.

Há que fazer-se, também, uma distinção relativamente a certas instituições que, conquanto largamente autônomas e especializadas, não passam de órgãos de um organismo internacional. O Conselho Econômico e Social, ou a Corte Internacional de Justiça assim devem ser considerados. São ramificações da ONU, sendo esta a pessoa jurídica de direito internacional, e aqueles classificam-se como órgãos seus.

Chega-se, finalmente, às organizações internacionais, criadas por Estados Soberanos, que possuem plena capacidade jurídica, ou seja, direção própria, patrimônio exclusivo, fins próprios e distinção em relação às pessoas (Estados) que as criaram. Tais são sujeitos de direito na comunidade internacional, pessoas jurídicas de Direito Internacional, correntemente chamados organismos internacionais.

Neste sentido, a ONU é realmente o mais expressivo organismo internacio-

nal, mas mesmo dentre suas agências especializadas há outras com tal envergadura. O BIRD (Banco Mundial); a FAO (Food and Agriculture Organization); a OIT (Organização Internacional do Trabalho) são organismos internacionais na mais ampla acepção do termo, porque têm plena capacidade jurídica e deles fazem parte integrante inúmeros países (respectivamente: 123, 126 e 121). Dado o grande número de Estados Soberanos de que se originam, seria razoável classificá-los como organismos internacionais de origem multilateral.

Mas, há organismos surgidos apenas da vontade de dois Estados, e que, a despeito disto, envergam todos os demais atributos dos organismos internacionais. Nasceram de um tratado entre Estados Soberanos; têm plena capacidade jurídica; têm vontade própria (direção própria); têm patrimônio próprio, e não se confundem com as pessoas dos sócios, ou membros, que lhes deram nascimento. Ademais, perseguem fim específico.

"Itaipu Binacional" enquadra-se nesta última categoria.

Surgida de um tratado internacional entre dois Estados Soberanos, constituiu-se com plena capacidade jurídica e patrimonial, visando objetivo específico; conta com administração própria e não se confunde com a pessoa de nenhum de seus membros. Desponta, assim, como verdadeira pessoa jurídica da comunidade internacional, com plena capacidade de Direito internacional.

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 internacionais de origem multilateral, pois todas se nivelam num mesmo plano de igualdade, quanto à capacidade jurídica de Direito Internacional.

Deve, assim, ficar bem entendido que o qualificativo "Binacional", constante da denominação desse ente, não significa que sua capacidade jurídica se projete apenas nos dois países que o constituíram; "Itaipu" é binacional quanto à sua origem, mas internacional em sua capacidade de direito.

Como organismo internacional, trata-se de sujeito de direito da comunidade internacional, embora sua atividade-fim (produção de energia e sua distribuição) seja meramente regional (como regional é a atuação da OEA, da CEEA etc.).

Assim definida a natureza jurídica de "Itaipu Binacional", resta observar que, sendo titular de empreendimento econômico, organizado para a produção de bens, mediante coordenação dos fatores da produção, desenvolve esse organismo internacional atividade organizada para tal fim, com o que é perfeitamente lógico concluir admitindo a natureza empresarial de suas funções.

À luz dessas ponderações, conclui-se que "Itaipu Binacional" é pessoa jurídica de Direito Internacional, da espécie dos organismos internacionais, dotado de inequívoca natureza empresarial.

Celso Antonio Bandeira de Mello

## **Parecer**

1975

A ITAIPU BINACIONAL, por sua Diretoria Jurídica, formula-nos a seguinte consulta:

Tendo como base a legislação específica vigente no país, sobre controle e fiscalização financeira, atribuídos ao Tribunal de Contas da União, poderia eventualmente esta Corte exigir prestação das contas de ITAIPU? Aplicar-se-ia à entidade binacional a Resolução n.º 165 de 12 de agosto de 1975 do Tribunal de Contas? São algumas dúvidas que solicitamos sejam esclarecidas para nossa orientação.

## PARECER

1. O artigo 45 do Texto Constitucional Brasileiro estatui:

"A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta".

2. O Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, que disciplinou a reforma administrativa federal, em seus artigos 1.º e 2.º dispõe que o Poder Executivo, exercido pelo Presidente com a colaboração dos Ministros, desempenha-se com o auxílio dos órgãos da administração federal.

3. Esta, consoante o art. 4.º, compreende a administração direta e a administração indireta. Nos termos do mesmo artigo, a primeira é formada pelo conjunto

de serviços integrados nos Ministérios ou diretamente subordinados à Presidência da República. Abrange, pois, as unidades não personalizadas. A administração indireta consoante o dispositivo "supra" mencionado compreende as autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas.

4. Dentre as três entidades referidas, definidas no artigo 5.º, a primeira é pessoa jurídica de direito público e as outras duas, pessoas de direito privado. Distinguem-se estas últimas, entre si, pelo fato das sociedades de economia mista serem formadas por capitais particulares e governamentais, com prevalência acionária votante da União ou de pessoas de sua administração indireta, ao passo que as empresas públicas têm, como substrato, capital exclusivamente governamental pertencente em sua totalidade, ou apenas majoritariamente, à União, caso este em que o remanescente acionário poderá ser de qualquer pessoa de direito público interno ou de entidade da administração indireta (art. 5.º, n.ºs II e III do Decreto-lei n.º 200, conjugado com o art. 5.º do Decreto-lei n.º 900).

5. A ITAIPU BINACIONAL, nos termos do art. III, § 1.º, do Tratado entre o Brasil e o Paraguai e Notas Anexas (aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 23 de 30/5/73 e atos que os complementaram, é formada com participação de capitais brasileiros e paraguaios em situação absolutamente igualitária e equivalente.

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

É óbvio que não se quadraria dentro da administração direta, que, de resto, se compõe de unidades não personalizadas. Outrossim, é insubmissa a qualquer esforço de alojamento entre as pessoas definidas como de administração indireta.

Sua proximidade maior seria com as sociedades de economia mista, contudo, delas se aparta por inexistir a necessária prevalência acionária votante da União.

7. Demais disso, a Lei n.º 6.223 de 14 de julho de 1975, que dispôs sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional (a qual é exercida com o auxílio do Tribunal de Contas), refere-se expressamente (art. 7.º) às pessoas "públicas" de direito privado em que haja exclusividade ou prevalência de capital da União ou pessoa de sua administração indireta, hipótese que não abrange o caso da ITAIPU BINACIONAL.

8. Vale notar, que afora o caso de controle da administração direta das autarquias e restantes pessoas da administração indireta, a lei em causa, quando pretendeu estender a fiscalização a outras pessoas governamentais o fez expressamente em seu artigo 8.º, dispondo que às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público aplicar-se-iam, no que coubesse, o constante dos preceitos desta lei.

9. Isto tudo posto e considerado, à consulta respondemos:

A ITAIPU BINACIONAL não está sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União, donde não lhe ser aplicável o regime decorrente da Resolução n.º 165 de 12 de agosto de 75 expedida pelo aludido órgão.

São Paulo, 08 de setembro de 1975

Celso Antônio Bandeira de Mello

Walter T. Álvares

# **Natureza Jurídica ConSORCIAL de Itaipu**

I. **Introdução temática** – 1. Adequação fenomênica jurídico-econômica – 2. Translação do fenômeno jurídico – 3. Ultrapassagem do convencional – 4. Linha genética – 5. Fórmulas para novos efeitos – 6. Afinidade conceitual – 7. Embasamento funcional. II – **Retrospectiva histórica** – 8. Agrupar para alcançar – 9. Traços romanos. 10. Resquícios helênicos – 11. Contribuição medieval e renascentista. III – **Natureza jurídica do consórcio**. 12. Motivação criadora – 13. Grupamento e coordenação – 14. Coordenadas jurídicas do dimensionamento consorcial – 15. Fenômeno associativo (consórcio de 1.º grau) – 16. Consórcio como negócio jurídico – 17. Relações internas e externas do negócio jurídico (consórcio de 2.º grau) – 18. Contrato de consórcio – 19. Inserção societária (consórcio de 3.º grau) – 20. O direito positivo brasileiro (n.º 36) – 21. Personalidade e coisismo – 22. Piramidação e consórcio – 23. Sociedades coligadas e consórcio – 24. Grupo econômico e consórcio – 25. A contribuição americana pela joint-venture – 26. Coordenadas do funcionamento – 27. Trade associations inglesas – 28. Um quadro panorâmico – 29. O instrumento ou pacto consorcial – 30. Relação entre consorciados e terceiros – 31. O Instituto falimentar – 32. Juízo competente e delibação – 33. Estabelecimentos públicos – 34. Posição dos consorciados – 35. Participação do Direito Internacional. IV. **Consórcio no Direito Brasileiro** – 36. Penetração da figura (n.º 20) – 37. Consórcio administrativo – 38. Comunidade de direito público – 39. Distritos municipais – 40. Consórcio no Código de Águas – 41. Embasamento doutrinário – 42. Consórcio de mineração. V. **Consórcio no**

**Direito Económico e no Direito Comunitário, 43. Nova Estruturação – 44. Sociedade de consórcio – 45. Formas de atividades económicas – 46. Cooperação e consórcio – 47. Posição norte-americana – 48. Concentracionismo – 49. Sociedades e ordenamento jurídico – 50. Sociedade e nacionalidade – 51. Empresa pública – 52. Modelo positivo brasileiro – 53. Sociedade comercial pública – 54. Novos rumos – 55. Consórcio ou cooperação internacional – 56. A sociedade europeia – 57. Empresas comuns – 58. Contrato de participação – 59. Direito Comunitário – VI. **Constituição de consórcio** – 60. Consórcio nacional – 61. Consórcio internacional – 62. Modelo de constituição de consórcio de 3.º grau. VII. **Itaipu e a cooperação internacional**, 63. Variações sobre tratados – 64. Tratados-leis e tratados-contratos – 65. Posicionamento de Itaipu – 66. Território e moeda comuns – 67. Ordenamento jurídico positivo – 68. Controle bipartido – 69. Afinidades comparativas – 70. Intensidade de extra-territorialidade – 71. Jurisdição e imunidade – 72. Imanência consorcial.**

O objeto deste estudo é o de realizar-se uma tomada de contacto com a natureza jurídica de Itaipu, e, verificado o veículo jurídico de sua condução fenomênica, necessário tornou-se um exame panorâmico do mesmo, a fim de que, conhecido em linhas gerais o instrumento ou instituto jurídico de embasamento, mais evidente ficasse demonstrado, ou mais claramente irrompesse, da própria figura de apoio, toda a sistemática jurídica da nova organização.

Assim, passaremos a desenvolver o tema dentro de uma metodologia de procura dos embasamentos fenomenológicos dos institutos examinados, antes de descer-se à adequação aos modelos, como uma conduta lógica recomendável para atingir-se conclusões alicerçadas. Por isto, por vezes a conclusão emerge singela, e, como conviria ao espírito grego, aticamente concentrada, mas resultante do desdobramento temático de suas raízes, e com um sabor axiomático na fundamentação.

## I.

### INTRODUÇÃO TEMÁTICA

#### ADEQUAÇÃO FENOMÊNICA JURÍDICO-ECONÓMICA

1. Não obstante as posições extremadas e os exageros a respeito de relações entre direito e fenómenos económicos, dúvida não pode restar que o trabalho sincronizado dos dois setores é indispensável e de que o económico jamais sobre-

existiria ou dispensaria a fórmula jurídica, que é condição mesmo de sua circulação.

Assim, quando Crome insiste que o direito é economia pura, ou Beholzheimer, de que a economia sem direito é informe, mas que o direito sem economia é vazio, ou o radicalismo de Marx, de que o direito é a verbalização das relações econômicas, na realidade dão ao econômico uma dimensão que não parece adequada, como se encarregou de ponderar Neurath na sua história da economia sobre os limites da importância do setor econômico. (Crome, *Le droit comme économie pure*, passim; Beholzheimer, *System der Recht und Wirtschaftsphilosophie*, I, 7; Marx, *La miseria della filosofia*, 74; Neurath, *Historia de la Economia*, I, 351).

Surpreendido com a massa de efeitos econômicos a serem juridicizados, a fim de circularem no meio social, é que Ripert já havia se manifestado com a afirmação de que o jurista é um servidor da economia. (Ripert, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, 61).

A nosso ver, todas essas posições extremadas decorrem de uma visão tópica do fenômeno jurídico, ou sua detecção numa fase setorial do período de movimento de translação, além de não faltar quem fale a respeito da resistência do direito à contaminação da economia, como sendo diversa nos diferentes sistemas jurídicos.

## TRANSLAÇÃO DO FENÔMENO JURÍDICO

2. Com efeito, o fenômeno jurídico, como elemento de coesão social, e instrumento da constante associativa, também conduz regras econômicas e no seu movimento de translação, como já mostramos em outro local ("Direito da Energia", vol. I, n.º 93, 98-99), efetivamente transporta efeitos do que chamamos força de provisionamento grupal, a fim mesmo de que a economia possa subsistir no meio social, que é predominantemente jurídico, como até os romanos já denunciavam, quando diziam *ubi societas, ubi jus*.

Uma posição equilibrada de compreensão do fenômeno jurídico, nem por isto pode desconhecer que, no seu movimento translatório, no meio social, necessariamente refletirá a maior densidade de efeitos e exigências sociais, como é óbvio. Assim, numa sociedade altamente sacralizada, como em todo o mundo antigo, como tão bem descreveu Peter Wust e Fustel de Coulanges, a massa de matéria religiosa que se inseria no direito era considerável, assim como a matéria e mercantil dominava grandes setores da vida medieval, especialmente depois do apogeu do feudalismo, que também teve sua solução jurídica. (Cfr. n.º "Direito Comercial", vol. I, n.ºs 53 a 58).

## ULTRAPASSAGEM DO CONVENCIONAL

3. No presente, em pleno desenvolvimento de uma civilização industrial, de consumo, mecanizada, via automação, num transe tecnológico e sob hipnose ciber-

nética, toda esta fenomenologia, amalgamada, teria que passar ao direito, sob uma juridicização dessas tendências.

Neste ponto, exatamente sob as pressões dessas tendências, é que as fórmulas já singelas do Direito Comercial clássico e convencional, têm que dar lugar a formulações mais compostas de Direito Econômico, que, ao adquirir sua autonomia e maioridade científicas, com esta conquista, também faz irromper uma série de novas configurações de efeitos econômicos, carentes de fórmulas jurídicas para circulação no meio social.

## LINHA GENÉTICA

4. Para bem se conceber o nascimento do consórcio, nada melhor do que uma singela tomada de contacto com a história da sociedade mercantil, que reflete a atividade econômica em suas formas de sucessiva e crescente complexidade, sempre ancorado ao princípio da responsabilidade, que, por sua vez, de pessoal passou a patrimonial, no curso e acompanhando a maior complexidade da atividade comercial.

Assim, de um comerciante singular, passou a sociedade em nome coletivo, mas de responsabilidade pessoal ilimitada. O próximo estágio já foi a sociedade que combinou a responsabilidade pessoal ilimitada com a responsabilidade limitada de determinados sócios, e irrompe a fórmula jurídica de sociedade em comandita.

Outras variações intermediárias, como inclusive, e até posterior, a sociedade por cota de responsabilidade limitada, e já atinge à sociedade tipicamente de capital, de responsabilidade patrimonial, e com a tendência à despersonalização completa dos sócios, no que tange à manifestação típica preliminar dos tipos societários, isto é, alcança-se a sociedade por ações.

## FÓRMULAS PARA NOVOS EFEITOS

5. Mas, para chegar-se a este ponto, os efeitos econômicos, que encontram fórmulas jurídicas, foram se desprendendo de posições singelas para tipificações cada vez mais complexas, o que comprova, mesmo no campo econômico-jurídico a veracidade da complexificação mencionada por Chardin, na sua visão cosmogônica, e, por sua vez, já se insere na doutrina recente de Haas sobre os energones, como sendo forma de conquista da energia mesmo com efeitos sociais, econômicos e jurídicos, e não necessariamente embasados no substrato físico, como um simplismo fisicista ainda pode estar obnublado. (Chardin, O fenômeno humano, *passim*; Haas, La evolución y la energía, 12 a 15).

Nesta linha de desenvolvimento da sociedade, Escarra mostrou, com felicidade, como tendo ela percorrido extensa linha, o momento atual é de uma instituição que alcança uma situação jurídica fortemente influenciada da noção de serviço público. (Escarra, Les sociétés commerciales, I, 6). Ora, nesta seqüência, esta instituição que é a sociedade por ações já não subsiste sozinha, no universo

econômico atual, e a lei de aprovisionamento grupal, já comanda que as sociedades se agrupem, e vemos, da esplêndida análise de Vanhaecke, como as constelações e galáxias societárias já impõem um fenômeno jurídico maior de envolvimento desses colossos, e sua pertinente disciplina, sugerindo direito societário novo. (Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, 5, 19).

### AFINIDADE CONCEITUAL

6. Ora, o consórcio de terceiro grau ajusta-se e encontra-se exatamente nesta fase dos grupos de sociedade, e que tem recebido tratamento setorial jurídico no exame da natureza jurídica dos consórcios e cartéis. Ora, como tal, e estritamente neste enquadramento, o fenômeno jurídico-econômico do consórcio é recente, como uma consequência mesmo do tipo de atividade que procura traduzir. Na antigüidade, na Idade Média, qualquer atividade consorciada, no conceito atual, era incomum. Na antigüidade, por ser a atividade comercial um misto de comércio e pirataria (Picard, *La vie dans la Grèce classique*, 16; Fernau, *Geschichte der Griechen*, 76), e, na Idade Média, em virtude, basicamente, de prevalecer o princípio corporativo do *Bedarfsdeckungsprinzip*, isto é, só se produzia para a necessidade (Sombart, *Der moderne Kapitalismus*, I, 34), por via de consequência, não se conhecia a sintomatologia de mercado nos moldes presentes.

Certamente que ocorreram arranjos eventuais entre uma ou outra organização, porém representavam fatos isolados, para que se pudesse, institucionalmente, falar-se em consórcios na Idade Média ou na antigüidade, e, com efeito, sempre que isso ocorreu, constituiu-se consórcio de 1.º grau, um mero entendimento passageiro, para uma conjuntura breve. (n.º 8, *infra*).

Tome-se, como exemplo, de associacionismo, na antigüidade e na Idade Média, a figura jurídica do câmbio marítimo, ou dinheiro a risco, quando o prestador de capital se associava ao armador na viagem aventureira pelos mares, o que ousamos extrapolar como embrião da futura figura do seguro marítimo, como raiz de todos os tipos securitários. (Cfr. nosso "Direito Comercial", vol. II, n.º 620).

Porém nada disto era e configurava a operação consorcial da economia moderna.

No contexto, talvez merecesse uma referência a figura do *mutirão*, existente no Brasil-colonial, quando os vizinhos se ajudavam na obra de interesse de um deles. Do ponto de vista comunitário há aí um embrião de associacionismo, o que era de admirar, numa cultura tão individualista como a colonial brasileira. (Cfr. Oliveira Viana, *Instituições políticas brasileiras*, I, 129, sobre este individualismo).

### EMBASAMENTO FUNCIONAL

7. Pode-se falar de um direito natural decorrente da natureza das sociedades e seus grupamentos. Esses direitos naturais, que *Manoiesco* também designa de técnicos, ou ainda funcionais (*Manoiesco*, *Le siècle du corporatisme*, 87), por serem a verdadeira fonte de direito, já por aí se vê o suporte das criações jurídicas

para atender técnicas de desenvolvimento de órgãos, entidades, institutos e instituições de variadas formações e aos quais se comunica um envolvimento de estrutura e dinâmica jurídicas para circulação e atividade no meio social.

Toda esta colocação insere-se no quadro do direito como atributo da função social, daí falar-se em direito funcional (Manoilescu), a "functional attitude" referida por Pound ou sobre a aplicação funcional da lei, ao que adere Cardozo e Josserand coloca com precisão a doutrina de que o ato abusivo é o ato anti-funcional, isto é, contrário ao espírito de determinado direito. O direito não é somente uma função social, conquanto exista para realizá-la, de vez que não é, ele próprio, função, mas se exerce realizando-a. (Ripert, *Forces creatives du droit*, 232; Pound, *Introd. to Philosophy of Law*, 91; Cardozo, *Natureza do processo*, 51; Josserand, *De l'esprit des droits*, 8).

Por tudo isto, a Axiologia, referida por Reale, como teoria dos valores em função dos graus de evolução cultural (Teoria do Direito, n.º 4) vem em apoio e serve de embasamento à metodologia deste trabalho no particular do estudo e exame do consórcio sob o ângulo e abordagem *como função econômica do grau de evolução cultural societário*.

Mas a metodologia supra não dispensa, no embasamento funcional que se procura para determinar figuras jurídicas ou instituições jurídicas, uma referência à forma, de vez que o direito não pode dispensar a forma para sua existência fenomênica, tão certo, ainda, como pondera Ihering, que a forma constitui o cunho da vontade jurídica. (Esp. do Direito Romano, III, 130). A forma, como avisava o gênio grego, é algo originário e que, com a matéria, daria a substância (Aristóteles, *Metaphysics*, VII, 1029 a), e, no caso do direito, esta forma casaria com o conteúdo conjuntural. No presente, Heisenberg admite que no princípio era a simetria, logo, a forma, e Weizsäcker, no coroamento da sua exposição, chega a indicar Deus como fundamento da forma (Heisenberg, *Der Teil und das Ganze*, 310; Weizsäcker, *Die Einheit der Natur*, 366).

Ora, no caso do consórcio, o seu posicionamento como forma é essencial, pois no direito comum convencional, se exaure pelos acordos ou contratos, como forma de circulação jurídica, e no direito novo, esta forma já se acopla a conteúdo, numa unidade indissociável, criando forma jurídica nova, como o consórcio matizado com as nuances econômicas de seu nascimento na conjuntura atual.

Nos lugares devidos, esses embasamentos funcionais deverão aflorar neste trabalho.

## II. RETROSPECTIVA HISTÓRICA AGRUPAR PARA ALCANÇAR

8. O consórcio, como uma decorrência da necessidade de apoio entre os interessados para obtenção de um fim comum, é uma figura de todos os tempos, com

as limitações referidas no n.º 6, supra. Em qualquer ocasião a lei de provisionamento grupal (Cfr. nosso "Direito da Energia", vol. I, n.º 121) sempre restringiu a atividade a uma manifestação singela e egoísta, mas, igualmente, em todas as oportunidades fez os interessados se agruparem para alcançar um objetivo que eventualmente os associassem. Por isto, o consórcio, sob esta abordagem, sobre sua gênese teórico-econômica, é de todos os tempos e lugares. É certo que poderia variar a forma jurídica de manifestação ou de envolvimento, mas o substrato, o conteúdo seria sempre o mesmo: agrupamento eventual para vencer uma dificuldade, ou obter um resultado de interesse comum, guardando sempre cada participante a sua individualidade e autonomia, tudo isto, é certo, sem as sofisticações modernas para atender uma conjuntura econômica específica.

### TRAÇOS ROMANOS

9. Há uma acentuada tendência dos autores de procurar em Roma exemplos de efeitos modernos que buscam formas jurídicas. Ora, dentro da exposição acima, então, não seria de escapar que também Roma oferecesse alguma notícia sobre a figura do consórcio, o que, a nosso ver, não necessariamente o conteúdo conjuntural econômico do consórcio moderno, como já acentuamos.

Em Roma, pré-clássica, informa Schultz (Direito Romano, n.º 946), o *consortium* era uma sociedade de co-herdeiros, sob a designação de *fratres-societas*, por intermédio da qual, desejando eles dilatar a partilha da herança, então, constituíam uma sociedade, levando para a mesma as suas partes na herança. Deste modelo, então, outras pessoas podiam constituir um *consortium*, que, em todo caso requeria um *acordo* ou convênio (*consensus*). Neste consórcio de herdeiros, e em formas deles oriundas, pela *actio pro socio*, qualquer participante podia se retirar, e assim encerrar a vida do consórcio (Buckland e Mc'Nair, Roman Law and Common Law, 309), e *actio pro socio*, conquanto decorrente de contrato, residia no associado. (Ihering, Esp. Dir. Romano, IV, 30).

Mas, o que o exemplo romano traz de particularmente proveitoso ao conceito moderno de consórcio, é que este não dispensa o acordo e que pode existir sem sociedade, e que jamais existiria só por efeito de comunhão de bens. Ora, os juristas romanos também entendiam, expõe Schultz, que uma *societas re contracta*, isto é, uma sociedade que se constituísse automaticamente por força do *communio bonorum*, não era possível.

### RESOLUÇÕES HELÊNICAS

10. É relevante anotar que, a forma subsistiu íntegra no tempo, isto é, não há *consortium* sem *consensus*, e a simples *communio bonorum* automaticamente não constitui consórcio, exatamente como se manifestam, no presente, na conjuntura

econômica, as contribuições jurídicas de regência. Na Grécia, o *emporium* era o lugar de comércio, sendo mais caracterizadamente *emporion* para comércio a longa distância, e *kapellon* para o comércio local. (Roth, 3000 Jahre Soll und Haben, 21). Neurath e Sieveking detectaram ainda na Grécia agrupamentos de banqueiros para a realização comum de empresas determinadas do mesmo modo, continuam, que anteriormente haviam feito os comerciantes. Esses grupamentos, criados para determinados fins, existiram ao lado de outros de mais longa duração, ainda que, prossigam os famosos historiadores da economia, tendo adquirido plena importância já em tempos do Império romano, através de manifestações corporativas, que também se refletiram na Idade Média. (Neurath e Sieveking, Historia de la Economía, I, 82, 149).

### CONTRIBUIÇÃO MEDIEVAL E RENASCENTISTA

11. E a corporação, na Idade Média, se estava ligada a uma concepção monopolística, por outro lado a comunidade profissional estava assentada sobre o princípio da necessidade, pelo que a atividade econômica aí tinha o seu limite como indicamos no n.º 6, supra. (Tawnay, Religion und Frühkapitalismus, 42).

A Idade Média não desconheceu incipientes formações jurídico-econômicas consorciais, e Pirenne mostrou como se constituiu em Flandres no século XII um consórcio de guildas para o comércio com a Inglaterra. (Pirenne, Sozial und Wirtschaftsgeschichte Europas im Mittelalter, 96). No século XIV alguma coisa semelhante à noção germânica moderna de sociedades ocasionais (*Gelegenheitsgesellschaft*) surgiu, denotando um então caráter associativo pouco comum, (Roth, 3000 Jahre Soll und Haben, 167, 168). Os séculos XVI e XVII conheceram manifestações de concentração econômica que não são somente típicas da economia atual, como ainda observa Roth, apontando a existência, neste sentido, de guildas mercantis e as próprias companhias de comércio. Com efeito, no caso particular do Brasil, uma companhia se constituiu para a aventura comercial holandesa, na Bahia e em Pernambuco, no princípio do século XVII, com capital inicial de sete milhões de florins, do qual participou o poder público com duzentos mil, sendo a administração confiada a dezenove diretores e direito exclusivo de comércio por vinte e quatro anos. (Varnhagen, História Geral do Brasil, I, 339, ed. 1854).

Essas companhias de comércio, como observa Roth, eram quase sempre para o comércio ultramarino, e associavam, sob forma de sociedades ocasionais, armadores e mercadores que com uma frota se aventuravam em uma grande viagem.

As *Gelegenheitsgesellschaften* em geral são sociedades de curta duração, expõe Gierke (*Handelsrecht*, 170) e Westermann designadamente indica o consórcio como uma sociedade ocasional, conjuntural, de curta duração, pois visa um negócio determinado, ou alguns grupamentos de negócios, e, sendo o consórcio passageiro e com finalidade determinada, por isto pode ser inserido no contexto da *Gelegenheitsgesellschaft*. (Westermann, *Personengesellschaften*, I, 28).

### III NATUREZA JURÍDICA DO CONSÓRCIO

#### MOTIVAÇÃO CRIADORA

12. O estudo da natureza jurídica do consórcio, por razões metodológicas, não se pode iniciar, por paradoxal que seja, no campo do direito. Antes de se procurar a forma jurídica de circulação do consórcio no meio social, e, a esta forma, examinar sua natureza no campo do direito, inicialmente deve-se atentar para o fenômeno pertinente de embasamento.

Com efeito, o consórcio, sob uma abordagem somente econômica, visa uma dilatação de meios para obtenção de resultados maiores. Assim, ora se objetiva uma disciplina do fator produção para mais proveitosos efeitos ou se norma o fator de distribuição, para obtenção de mais ricas conseqüências. Também podem ser visados fins setoriais, de efeitos tópicos, como a somatória de meios para mais segurança de obtenção do que se programava, economicamente.

Consideremos, por exemplo, a execução de determinada obra, onde se constatasse a conveniência de somar-se, por associação, embasamentos financeiros, técnicos e de construção. Assim, suponhamos que, para o proveitoso encaminhamento da obra fossem requeridos o apoio de uma organização financeira, a tecnologia de uma entidade especializada, e a execução de construtora habilitada. É óbvio, do ponto de vista econômico, que este grupamento, para caso determinado, dependerá de variáveis que, no conjunto, ofereçam vantagens aos participantes da iniciativa, embasados num critério de colaboração, decisivo no negócio consorcial. (Cfr. Carnelutti, *Natura giuridica del consorzi*, 13-14).

#### GRUPAMENTO E COORDENAÇÃO

13. Por conseguinte, economicamente, o grupamento visa reunir meios, para melhores resultados, como distribuição de encargos para a final se colherem mais efeitos vantajosos globais, na execução de negócio determinado, como expõe Gierke: "Unter Konsortium versteht man in Wirtschaftsleben Zusammenschlüsse zur Vollführung gewichteter Einzelgeschäfte". (Gierke, *Handelsrecht*, 445).

Desta visão singular, onde se estruturam parâmetros de manifestação econômica, é que se passará à adequação da figura jurídica através da qual a pretensão econômica se efetivará no meio social, pois, nunca é bastante afirmar, que os fatos econômicos são inertes, desde que desprovidos de formas jurídicas de circulação. Com efeito, pode existir a oferta de produtos (fenômeno econômico) e pode haver a procura de bens (fenômeno econômico), todavia, sem as figuras de troca, de compra e venda etc., que são jurídicas, aqueles resultados econômicos ficariam sem efetivação. O exemplo é singelo, mas conspícuo, da importância jurídica, no particular do esquema de fenomenologia econômica.

## COORDENADAS JURÍDICAS

14. Por esta referida introdução, o grupamento acima mencionado passará, agora, à análise sumária de coordenadas jurídicas de efetivação.

A primeira delas é de que se trata de disciplinar uma atividade para a qual concorrem pessoas jurídicas ou pessoas físicas, mas, em princípio, sujeitos de direito. Este aspecto é essencial, pois para a efetivação do grupamento deverá haver uma integração ou manifestação homogênea de vontades, e, no meio jurídico, cabe ao sujeito de direito efetivar a circulação de vontades.

Essa manifestação de vontade, através de sujeitos de direito, por sua vez pode conduzir a uma gama muito extensa de variáveis, cada qual exigindo coordenadas grupais de efetivação jurídica.

Assim, somente para efeitos expositivos, didáticos e de disciplina da matéria, caberia a colocação dos seguintes parâmetros conceituais:

- 1) Do ponto de vista de manifestação associativa
  - a) negócio jurídico.
  - b) órgão de efetivação não personalizado
  - c) sociedade como instrumento da finalidade consorcial
  
- 2) Do ponto de vista de graduação de tensão
  - a) consórcio de 1.º grau (letra a, supra)
  - b) consórcio de 2.º grau (letra b, supra)
  - c) consórcio de 3.º grau (letra c, supra)
  
- 3) Do ponto de vista doutrinário
  - a) um negócio jurídico
  - b) uma instituição jurídica
  - c) uma sociedade ou grupamento de Direito Econômico
  
- 4) Do ponto de vista de Direito Positivo
  - a) um negócio jurídico
  - b) uma sociedade

É o que iremos desenvolver.

### FENÔMENO ASSOCIATIVO

(consórcio de 1.º grau)

15. A mais elementar análise de consórcio econômico, do ponto de vista da forma jurídica, indica que se trata inequivocamente de fenômeno associativo, onde vontades se vinculam para obtenção de fim determinado.

Ora, esta integração de vontades pode perfeitamente traduzir-se em um simples acordo de vontades, em um negócio jurídico, onde um contrato em gênero

ligaria as partes interessadas para a obtenção de fim programado. Este acordo, como é óbvio, se faria por intermédio de negócio jurídico formalizado por contrato de ordinário multilateral ou plurilateral, e ainda com a conotação possível de contratos abertos, de sorte a comportar outras adesões, como nos cartéis, o que, no campo econômico, reflete prática rotineira de convenções internacionais, no campo do Direito Internacional Público.

Com efeito, este acordo de vontades, para a fixação do consórcio, não abandona em momento algum a figura de envolvimento do fenômeno econômico que se pretenda viabilizar juridicamente, e, justamente por isto, dificulta a fixação de outras figuras por ventura concorrentes. É bem verdade que, em qualquer outra figura, a vontade, via acordo entre as partes, estará presente em qualquer tipificação jurídica. A dificuldade está em que, nas outras figuras, as vontades convergem para uma forma, enquanto que no acordo simples, ele próprio já é a forma de convergência das mesmas vontades. Por isto, indica-se como economicamente o consórcio de 1.º grau, aquele em que somente o acordo entre as partes vincula as mesmas, não só como conteúdo, mas também como forma de agrupamento para os fins consorciais.

É uma forma muito prática para o consórcio de 1.º grau, porque efetivamente só existe em relação aos associados, e não se constitui como uma entidade em face a terceiros, que, assim, terão a desvantagem temática de não se dirigir a uma fonte unificada de decisão, ainda que esta decisão unificada exista, porém sem fonte unificada responsável perante a terceiros, que deverão procurar o integrante do consórcio, para solução de casos emergentes, com o mesmo relacionado. De algum modo, por ser acordo interno, sem atividade externa através de órgãos, terceiros podem até desconhecer que exista um consórcio.

### CONSÓRCIO COMO NEGÓCIO JURÍDICO (consórcio de 2.º grau)

16. A manifestação de vontade, no particular do negócio jurídico que formará o consórcio de 1.º grau, esta vontade se revela em colocação distinta de sua tradução no caso de simples contrato. Com efeito, lembra Franceschelli, a vontade, no contrato, é contrastante, entre partes, enquanto que no acordo é paralela, e, além disto, o conteúdo é diverso, no contrato, enquanto que no acordo é idêntico. (Franceschelli, I Consorzi Industriali, 350).

Então, temos que, como pondera Franceschelli, que o *acordo* é o melhor perfil estrutural do consórcio, repelindo-se a orientação de colocar-se as disposições de contrato em gênero para aplicação a consórcio.

Em último caso, seria um negócio jurídico inominado, ou negócio jurídico indireto, segundo Ascarelli (Studi in tema di società, 71, 80, 394), ou ainda negócio associativo comercial (Ascarelli, Introducción al Derecho Comercial, 98), ou negócio jurídico de caráter associativo (Franceschelli, ob. cit. 354), podendo eventualmente caracterizar tipicamente um contrato de consórcio, como designou Ascarelli (Studi, 126) ou Auleta, contrato de consórcio este que se avizinha do

contrato de associação, numa concessão à maioria doutrinária que vê uma estrutura contratual no consórcio.

Então, o consórcio teria efetivamente uma estrutura contratual, externa, mas o conteúdo escolheria a figura típica do *acordo* para caracterizar essa formação contratual consorcial.

Ora, como o negócio jurídico, e em especial o de caráter associativo, também é embasado contratualmente, então teríamos que a estrutura contratual estaria no negócio jurídico que regular a vida da associação não possuidora de personalidade jurídica, como conclui Franceschelli, e, assim, já passaríamos, imperceptivelmente, mediante o acordo, de consórcio de 1.º grau para o consórcio de 2.º grau, e sem se afastar da temática do negócio jurídico, que não conflitua com a conceitualização contratualista, ainda que não se paralelize exatamente aos contratos em gênero.

Neste consórcio de 2.º grau, já pode prever o instrumento do consórcio um escritório, um órgão de coordenação dos interesses dos consorciados, mas este órgão não tem personalidade jurídica. Daí resulta, que, como no consórcio de 1.º grau, a relação é entre consorciados e terceiros, ainda que por intermediação do órgão consorcial não personalizado, todavia, de regra, este consórcio de 2.º grau já é de atividade externa.

## RELAÇÕES INTERNAS DO NEGÓCIO JURÍDICO

17. Em nenhum momento se pode esquecer que o consórcio não existe sem a formação preliminar de um negócio jurídico, seja inonimado, seja associativo, mas, negócio jurídico, que, efetivamente, não pode dispensar estruturações contratuais. Esta participação pode afastar-se dos contratos em gênero, e das tipificações legais, mas subsiste traço contratual, que permeia o negócio jurídico, como um universo de vinculações jurídicas.

Ora, este negócio jurídico por comportar várias partes interessadas, necessariamente é um negócio jurídico, associativo, que, por sua vez, pode subsistir como forma (1.º grau), ou ainda, o próprio negócio jurídico escolher e fixar um modelo organizacional de manifestação (2.º grau). E, por sua vez, a depender de conveniências e imperativos, o modelo de manifestação consorcial se fazer pelo instrumento de uma sociedade (3.º grau).

Mas, em qualquer hipótese, parece ter razão Franceschelli quando faz sobressair a idéia do consórcio como uma associação *sui-generis* entre a associação ideal, com caráter altruísta, e a sociedade, que visa alcançar um lucro para dividir, enquanto o consórcio, mesmo usando a forma de sociedade, visa um melhor resultado para o patrimônio de cada consorciado em particular, que permanecem independentes, não obstante o interesse comum que os associou.

Mas, este negócio jurídico pode também oferecer a forma de negócio indireto, e, na sua formação nuclearem-se os problemas de licitude e de simulação. (Ascarelli, Studí, citado 71-72, 78). No caso de simulação abstrata, ou absoluta, pelo seu aspecto de fraude, já está a ver que desnaturada de efeito jurídico está a

pretensão, mas, há a hipótese de simulação relativa, que impõe a análise de licitude do consórcio, tendo em vista o que efetivamente se propõe e o aspecto externo de manifestação de negócio jurídico. Com efeito, há eventual eficácia em simulação relativa. (Cfr. Ferrara, A simulação dos negócios jurídicos, 233), no negócio dissimulado, velado, mascarado, *coloratus*, segundo os autores medievais.

Entre nós, legislação específica dispõe sobre grupamentos de sociedade e intervenção no mercado, sob a jurisdição da CADE no campo específico do abuso do poder econômico, que, como sugere análise recente, já constitui perigo as limitações de soluções nacionais, tal a necessidade de coordenação entre poderes de regulamentação de mercados internacionais e os organismos públicos. (Kronstein, The law of international cartels, Cornell University 1973). A lei básica n.º 4.137, de 1962, derogada pela lei n.º 4.156, também de 1962, e com a reforma da lei n.º 4.676, de 1965, disciplina a matéria.

### CONTRATO DE CONSÓRCIO

18. As conclusões de Franceschelli de que não seria adequado falar-se em contrato de consórcio, antes preferindo a figura de acordo, não merecem uma adesão plena, pois, na sua observação, um contrato estabelece entre as partes posições distintas, diferentes e contrapostas, enquanto um acordo é antes de identificação de interesse, sem distinção ou contraposição. Ora, se se tomar por exemplo a definição do contrato de sociedade, pelo BGB, lá está com todas as letras, no artigo 705, que pelo *contrato de sociedade* se obrigam os sócios reciprocamente a procurar a consecução de um fim comum.

Justamente por esta colocação do direito alemão, é que os autores germânicos entendem que ao consórcio convém a figura da sociedade civil, do mesmo mencionado artigo 705.

Neste caso, por coerência com o direito positivo, existiria o consórcio sob a figura típica de uma sociedade civil, mas, se se abandonar os rigores do direito positivo, mas sem se afastar de suas coordenadas, então, teríamos um *contrato de consórcio*, exatamente com as mesmas finalidades gerais previstas para o contrato de sociedade.

Só como esclarecimento, não se confundir a expressão contrato de consórcio com a figura de *Konsortialvertrag*, dos alemães, pois esta nada tem a ver com consórcio, mas é uma convenção de voto entre acionistas, visando controle entre sociedades, podendo a convenção estabelecer como votar, ou deixar a critério do titular do *Konsortialvertrag*. (Cfr. Cottino, La convenzioni di voto nelle società commerciale, 25).

Ora, a lei brasileira não se afasta basicamente da lei alemã, no particular da delimitação da figura da sociedade civil, e o próprio projeto do Código Civil mantém a mesma orientação. Neste caso, à luz do direito positivo brasileiro, estaríamos em face a uma sociedade civil, quando se constituísse um consórcio, e, desta posição, afirmar-se como válido um contrato de consórcio, nem tanta audácia seria requerida.

Mas, ocorre que o tema merece também considerações específicas e com possibilidade de criações novas, em face de novas necessidades, à luz de estrutura e dinâmica do Direito Econômico, como se verá em outro local, além da sempre possibilidade da criação de sociedades atípicas (Cfr. Melagarriga, Tratado elemental de Derecho Comercial, I, 192], conquanto, na generalidade, os autores entendam que o consórcio não é uma sociedade, ainda que possa constituir-se como sociedade, mesmo comercial, para realizar a função consorcial. (Ascarelli, Studi, citado, 394).

### A INSERÇÃO SOCIETÁRIA

(consórcio de 3.º grau)

19. Para fixação temática deve-se insistir que o consórcio, pelo direito comum, sendo um negócio jurídico, ainda que de caráter associativo, por isto mesmo não é uma sociedade, e, quando assim se apresenta, esta representa somente o instrumento do acordo consorcial, donde, o aspecto de acordo e de associação.

Aliás, a legislação alemã e a respectiva doutrina são pródigas em distinguir entre sociedade (*Gesellschaft*) e associação (*Verein*), e sob esta abordagem, expõe Gierke que, à luz do BGB, uma sociedade por ações é antes uma associação (*Verein*) e não uma *Gesellschaft*, pois a *Verein* tem personalidade jurídica, enquanto a sociedade pode não ter personalidade jurídica. (Gierke, ob. cit., 168, 167). É, por exemplo, o caso dos *partnership*, nos USA, que não têm personalidade jurídica (Sereni, La società per azioni negli Stati Uniti, 12). Doutrinando a respeito, expõe Westermann que a sociedade sem personalidade jurídica é quando os direitos e deveres estão diretamente e imediatamente ligados aos sócios, enquanto que, na sociedade com personalidade jurídica a sociedade é que é portadora desses direitos e obrigações. (Westermann, ob. cit. I, 3).

Neste enquadramento, um consórcio em que os consorciados assumissem direitos e deveres, seria eventualmente uma sociedade sem personalidade jurídica, e Lordi não se excusa em sugerir o consórcio como associação de participação (*Obbligazioni Commerciali*, I, 24), ou sociedades ocasionais, conjunturais, segundo Westermann, Gierke, e Westermann ainda sugere comunhão de fins como figura afim do consórcio, ainda que seja torrencial a posição alemã do consórcio como sociedade civil. (Wieland, *Handelsrecht*, 454; Erzbach, *Deutsches Handelsrecht*, 410). Resume Westermann: "in aller Regel ist das Konsortium eine BGB – Gesellschaft. (ob. cit., I, 38). É certo que no consórcio de 3.º grau, de vez que existe uma estrutura societária de suporte, e, se com personalidade jurídica, então, a relação para com terceiros é por intermédio da sociedade, e, dos consorciados entre si, por via do pacto consorcial, podendo essa sociedade também ter a forma de sociedade comercial.

### O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

20. O assunto merece uma abordagem pelo Código Civil Brasileiro, o qual distingue que as sociedades não se revestindo das formas estabelecidas nas leis comer-

ciais, então, são civis (art. 1365). Por sua vez, considera *societate civil particular* a constituída para executar em comum certa empresa (art. 1371).

O projeto de Código Civil, com menos nitidez e clareza, distingue entre sociedades empresariais (que seguiriam os moldes comerciais) e as civis, que seguiriam o modelo da chamada sociedade simples.

Assim, um contrato de sociedade onde se obrigam os sócios a contribuir com bens e serviços, não sendo a forma de sociedade empresária, seria uma sociedade civil, na figura de sociedade simples (art. 1042-1044).

O projeto brasileiro aproxima-se do Código Suíço das Obrigações, inclusive a designação de sociedade simples, como está no art. 530 da lei suíça — Die einfache Gesellschaft, e, que pelo exame do BGB esta sociedade não teria personalidade jurídica, e o projeto reconhece a existência de sociedades despersonalizadas.

Ora, não faltam críticas veementes à posição de que a sociedade simples não teria personalidade jurídica, pois, alega-se, ou são pessoas jurídicas todas as sociedades de pessoas, ou nenhuma teria aquela personalidade, pois o que se considera absurdo é ter personalidade jurídica a sociedade em nome coletivo e não ter a sociedade simples. (Vitale, *Società personali e contitolari di diritti*, 99-100), mas, em que pese esta crítica, a mesma se esvazia em alguns sistemas jurídicos, que não dão personalidade jurídica às sociedades em nome coletivo.

Enfim, de modo tácito, há acolhida pelo direito civil brasileiro, e de modo expresso, o direito brasileiro abriga o consórcio como se expôs no n.º 36 a 42, infra, além de não haver impedimento que o consórcio de 3.º grau lance mão de estrutura de sociedades comerciais.

Todavia, o projeto-de-lei de sociedade por ações contempla expressamente a figura do consórcio e limita sua formação, bloqueando o consórcio de 3.º grau, pois, pelo projeto, o consórcio resulta de contrato, do qual não promana personalidade jurídica, e até sem presunção de solidariedade (art. 287), mas o projeto de Código Civil, como já vimos, também contempla sociedades despersonalizadas.

## PERSONALIDADE E COISISMO

21. No direito paraguaio, o depoimento de Taboada é de que enquanto a sociedade é pessoa jurídica, por outro lado na comunidade subsiste indissolúvel e separadamente a personalidade de todos os associados, e se a sociedade constitui um novo suporte de direito, a comunidade implica em simples relação jurídica. (Questões de Direito Comercial, 168, 169). Por sua vez, esta comunidade comporta um duplo posicionamento: a da comunidade por quotas, como está no art. 741, do BGB, de tipo romano, e a comunidade de mão comum tipo germânico. (Cfr. Infante, Código Civil Alemão, comentário ao art. 741).

Mas a personalidade jurídica não é uma coisa em si (Ferrara), porém um modo de ser das coisas, sendo um fim-meio (Demogue), pois não tem finalidade intrínseca e interesse próprio, porém existe para os homens e não para si. (Barcia, *Personas jurídicas*, 208).

Ora, a desumanização da empresa, como observa Sombart, corresponde a

um *Versachlichung*, isto é, um coisismo, uma equiparação a coisa, o que importa em comunicar à empresa um fim em si, um interesse próprio, assim trazendo à personalidade jurídica uma caracterização de coisa em si, deixando de ser fim-meio, para ser finalidade última, aniquilando o homem, pela empresa. (Cfr. Evaristo Moraes Filho, Teoria da empresa, I, 299).

É por isto mesmo que já se atinge o paroxismo doutrinário de evolução da energia, com o recente conceito de energones, já mencionado, como implicando que o processo evolutivo já passou por nós há tempo, e agora se exerce e segue seu curso pelas estruturas profissionais, comerciais, sendo o energon, como sistema empenhado na obtenção de energia, uma estrutura organizada para o trabalho, e os corpos comerciais seriam estruturas operacionais. (Haas, La evolución y la energía, 13). Ora, então porque não aí colocar e conceituar o consórcio?

Todavia, esta seqüência parece ser eminentemente coisista, ou auto-suficiente, ou auto-destinatória, e não engajada num serviço, quando, e esta é a verdade para toda racional organização social, o homem é o destinatário do direito — *hominum causa omne jus constitum est* —, de vez que, o contrário tornaria inexplicável a sociedade humana, porquanto, então, o destinatário seria a estrutura, a organização, e não o homem, e já se vê o absurdo da proposição. É certo que ser destinatário, não quer dizer titular único e exclusivo, pondera Barcia.

## PIRAMIDAÇÃO E CONSÓRCIO

22. Não se deve confundir o consórcio, que é basicamente horizontal, com a piramidação de sociedades.

Assim, nada há de comum entre o consórcio e uma sociedade holding, de controle e comando, nem tão pouco entre o consórcio e o grupo econômico, de sociedades coligadas, mas havendo um comando unificado, ou via sociedade, ou por controle de pessoas físicas em várias sociedades de coligação.

Neste particular, o novo projeto brasileiro de Código Civil, no art. 1.288, já contempla a figura de *sociedades ligadas*, com as variações:

- a) sociedades controladas, quando o seu capital social seja formado por outras entidades para maioria de votos nas assembléias
- b) filiada, a sociedade cujo capital é formado por outra em fração superior a 10%, mas sem poder de controle
- c) simples participação, quando o capital social da sociedade é formado por outra em fração inferior a 10%

## SOCIEDADES COLIGADAS E CONSÓRCIO

23. Na hipótese de sociedades coligadas, como a relação é horizontal, fugindo da relação vertical do holding, então, já o consórcio aí pode tangenciar, e com efeito, na exposição de Vito (apud Darcy Bessone, Sociedades coligadas, Rev. For. 196/26) a coligação pode ter os seguintes grupos básicos:

- a) de participação financeira
- b) de unidade de gestão
- c) convenção entre sociedades

Ora, a hipótese de convenção entre sociedades, para atingir-se um fim comum, seria exatamente o campo de atividade dos consórcios. Assim, tematicamente, o consórcio estaria entre as manifestações de sociedades coligadas, sendo que sua estrutura ficaria a depender do grau de consórcio a que correspondesse, de primeiro a terceiro grau, como já se expôs.

Dessas sociedades coligadas ou controladas, a atual lei de sociedade por ações impõe aos diretores, no seu relatório anual, prestar informações precisas sobre as mesmas (art. 135, § 2.º), e, por sua vez, o RIR, decreto 58.400, impõe que a declaração do imposto de renda das sociedades coligadas será feita separadamente.

### GRUPO ECONÔMICO E CONSÓRCIO

24. Por outro lado, o grupo econômico, contemplado no Brasil, pela C.L.T., (aliás, o projeto-de-lei de sociedade por ações distingue nitidamente entre consórcio (art. 287) e grupo econômico art. 274), nem sempre constitui consórcio, numa abordagem jurídica estrita e adequada dessa figura, não obstante, por vezes os autores se referirem a "empregado que contrata com um consórcio, mesmo que vá trabalhar em uma de suas empresas, desde que haja a formação de um "grupo" (parágrafo 2.º), os direitos desse empregado se criam, não apenas em relação à empresa em que está servindo, mas em relação ao conjunto econômico-social chamado "grupo", submetido à mesma orientação diretiva". (Russomano, Comentários à C.L.T., I, pág. 38). É verdade que Ribeiro de Vilhena distingue entre tipos de consórcio (jurídico, econômico, técnico), o que designa por consórcio trabalhista, toda vez que uma empresa, parcial ou totalmente, influencia na atividade de outra. (Cfr. Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena, Relação de emprego, 125, 127, ed. 1975).

Todavia, este grupo econômico, pela C.L.T., só firma o direito laboral do empregado, quando há controle das sociedades interligadas, e, assim, mesmo num consórcio de terceiro grau, não há este controle, de sua parte, de vez que ele, sim, é controlado pelos consorciados.

Vejamos a orientação do TST:

— "Inaplicabilidade do parágrafo 2.º, artigo 2.º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Para a configuração do grupo industrial, é imprescindível que haja uma empresa principal, possuindo a maioria ou quase totalidade das ações ou das cotas partes de outra sociedade, que seja pela primeira controlada e administrada. Não basta para essa caracterização que um ou mais sócios sejam comuns a ambas as empresas". (Ac. do TST, in D.J. de 4-4-52; in Rev. Trab. 1952, janeiro/fevereiro, pág. 2).

— “Os requisitos a que o artigo 2.º, parágrafo 2.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, subordina a solidariedade são: — que as empresas constituam grupo industrial e uma dessas tenha a direção, controle ou administração das outras. Não basta identidade das pessoas dos sócios, nem parentesco entre algum deles. Não importa que os interesses das empresas se completem reciprocamente. Sem a verificação precisa e ineludível dos requisitos da coligação entre a empresa principal e a subordinada, não há solidariedade. — O argumento de que a lavoura canavieira e a industrialização do álcool e açúcar se completam não tem relevância. A prevalecer como pressuposto da solidariedade, não haveria empresa produtora de matéria-prima que não fosse solidária com a indústria respectiva e vice-versa”. (Ac. TST, in “Rev. Trab.”, 1951, junho/julho, pág. 339).

No mesmo sentido, recentemente TST-E-RR-2. 121/72-Ac. TP 2.395/73, de 17-12-73.

É preciso que fique bem nítida a seguinte conotação para apreender-se o tema: — nos consórcios, os consorciados conservam sua autonomia, e ainda que criem uma sociedade como instrumento do consórcio, esta sociedade-instrumento não controla as sociedades que a formaram, o que não impediria, em tese, o alcance trabalhista sobre as sociedades controladoras, havendo pressupostos laborais.

Também as fusões e incorporações, previstas na lei de sociedade por ações, e os benefícios de fusões, com incentivos fiscais, de isenções previstas no Decreto-lei n.º 1.346, de 1974, regulamentado pelo Decreto n.º 75.247, de 1975, bem como a resolução executiva n.º 6, de 1975, da COFIE, nada têm a ver com o problema de consórcios.

É verdade que não faltam autores, como Flüge e Masshart (Revue de Droit Administratif et Fiscal, Aout, 1963) que ao examinar formas de concentração dão destaque à fusão « aí distinguem:

- a) fusão propriamente dita, quando uma sociedade absorve outra
- b) fusão impropriamente dita ou concentração indireta, isto é, o controle de uma sociedade por outra
- c) vinculação contratual, onde os citados autores põem em destaque os contratos de consórcio (sociedade simples).

Nesta hipótese, os consórcios, pelo direito suíço seriam sociedades simples (einfache Gesellschaft) numa variante tenue de fusão.

Nesta seqüência, talvez fosse conveniente trazer à consideração uma figura jurídica alemã muito curiosa, que tangencia as hipóteses do controle e não faltam autores que a configurem afim aos consórcios, ou também forma eventual deles. Trata-se da *Doppelgesellschaft*, sociedade dobrada, quando:

- a) duas sociedades com a função dividida, mas mantida a unidade empresarial
- b) ou uma sociedade civil, no sentido do BGB, como órgão diretor de uma sociedade por cota de responsabilidade limitada. (Cfr. Westermann, Personengesellschaften, II, 19, III, 307).

## CONTRIBUIÇÃO AMERICANA DA JOINT-VENTURE

25. Enquanto o direito continental europeu trabalha ativamente com a noção de consórcio sob uma abordagem tríplice, e, no consórcio de 3.º grau, variando em série de tipos societários, desde a sociedade civil, às formas complexas de consórcio pelo Direito Econômico e pelos tipos indicados de consórcios internacionais pelo Direito Comunitário (vide n.º 55-59, infra), o direito anglo-saxão oferece também colocações peculiares, sendo comum nos Estados Unidos as *joint-ventures*, e, na Inglaterra, as *trade associations*.

Uma *joint-venture*, expõem os autores americanos, ou *joint-adventure*, ou *syndicate* é uma associação de duas ou mais pessoas, sob contrato, para executar uma simples operação ou conjunto delas. (Bergh, *Business Law*, 297; Martin, *Business Law*, 301).

Assim, uma sociedade pode precisar de recursos financeiros e se associa a outra, para uma tarefa determinada; ou possui tecnologia e se associa com a que tem contratos de execução; ou, ainda, quer se integrar verticalmente ou falta organização ou atividades específicas.

Conquanto, pelo direito americano, sociedades não se associem em *partnership* (equivalente à nossa sociedade em coletivo), todavia tem sido admitido que formem *joint-ventures*, meio pelo qual as sociedades alcançam objetivos econômicos que sozinhas não obteriam. O Uniform Partnership Act, no § 6.º (1) diz mesmo que a *joint-venture* é "an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit".

Mas, o importante é que a *joint-venture* somente representa uma extensão dos direitos e deveres dos sócios, com relação ao negócio determinado, conquanto virtualmente seja o que corresponde entre nós a uma sociedade em nome coletivo.

As *joint-ventures* tem sido um veículo predileto dos americanos para investimentos no exterior (*joint international business ventures*) e no país cerca de mil indústrias constituíram em torno de 345 *joint-ventures*. (Martin and Berman, *Expansion via joint*; Brodan e Scalan, *The legal status of joint venture corporations*). Um exemplo típico americano é a *joint-venture Panagra*, formada pela Pan American e Grace Airways.

## COORDENADAS DE FUNCIONAMENTO

26. No modelo americano, as associadas asseguram igual representação na diretoria, mas guardam um poder de veto, nas decisões da diretoria da *joint*, mas, como são comuns as *joint* de 50-50, então é sempre conveniente um esquema no caso de empate de decisões, como um *outsider director* para desempate, ou poderes especiais ao presidente, ou ainda recorrer-se ao arbitramento. Nesta seqüência, passa-se ao problema de lealdade dos diretores à *joint*, ou às sociedades associadas, e ainda à limitação de transferência de ações da *joint* durante um certo período, como, por exemplo, cinco anos, em geral, comum numa *close corporation*. (The *close corporation* In *Law and contemporary problems*, Duke University, 1965).

E, por fim, como a joint segue o esquema da partnership (sociedade em nome coletivo) deve dispor sobre as hipóteses de sua dissolução. (Cfr. toda a extensa exposição pág. 137 e seguintes, *Corporations*, edição Harvard Law Review, 1966).

Assim, através da joint-venture os americanos basicamente põem em movimento a idéia de consórcio, sem nenhuma ligação com atividade cartelizável, mas, somente, associando meios para obtenção de melhores resultados, para congregação de esforços. Que esta é, basicamente, a idéia nuclear, central, do consórcio, quer nas manifestações funcionais, de sociedade civil, ou comercial, ou de direito econômico, no terceiro grau, ou nas variantes do segundo e primeiro graus, onde a forma contratual deixa implícito e mais comumente expressa a associação dos interessados para chegar-se a um fim comum.

### TRADE ASSOCIATIONS INGLESAS

27. Na Inglaterra, que difere do sistema continental europeu, também existem restrições a atividades econômicas que possam influir sobre a livre concorrência, que a lei protege e pune os desvios. Todavia, é a lei que prevê *trade associations*, quer sejam sociedades com personalidade jurídica, ou não, logo, em resumo, tipos de consórcios, pelo direito continental europeu. (Heathcote-Williams, Emrys Roberts, Ronald Berstein, *The law of restrictive trade practices and monopolies*, 10 e seguintes).

### UM QUADRO PANORÂMICO

28. No nosso "Direito Comercial", no 2.º volume, n.º 443, havíamos apresentado o seguinte quadro geral e panorâmico dos consórcios, quando dizíamos que "também na figura do consórcio, as sociedades se vinculam para a realização de atividade econômica mediante uma organização comum, mas, guardando sua autonomia técnica e financeira. O consórcio pode até mesmo ser encarado como um estágio seguinte ao cartel, pois neste as sociedades visam influenciar o mercado, enquanto que no consórcio elas constituem uma organização comum, que dispõem de órgãos, que visam a coordenação do interesse das consorciadas, em vista do fim comum que as associou. (Cfr. Scheggi, *Diritto Commerciale*, 188; Salandra, *Diritto Commerciale*, I, 124; Ferri, *Diritto Commerciale*, 91).

Os consórcios podem apresentar as seguintes conotações:

- a) voluntário, quando livremente constituído pelos interessados;
- b) coativo ou compulsório, criado por ato do poder público e sujeito a regime publicístico;
- c) de atividade interna, quando a atividade disciplinadora de interesse comum aplica-se entre os consorciados;
- d) de atividade externa, quando se visa realizar atividade de interesse comum dos consorciados em relação a terceiros.

## O INSTRUMENTO OU PACTO CONSORCIAL

29. Os consórcios voluntários são os que se integram de modo particular no campo comercial, Completam-se mediante um contrato, que seria de natureza plurilateral, devendo abranger:

- 1) objeto
- 2) duração
- 3) sede
- 4) obrigação dos consorciados
- 5) atribuições e poder do órgão consorcial
- 6) admissão e exclusão de consorciados
- 7) sanções por inadimplência
- 8) o fundo consorcial

## RELAÇÕES ENTRE CONSORCIADOS E TERCEIROS

30. Todos esses elementos devem constar do pacto ou instrumento consorcial, que já indicará se se trata de associação dos interessados para atividade interna ou externa. Se interna, ficam explicitados os direitos e obrigações entre si, e, por não existir ente personalizado do consórcio, cada consorciado responde perante terceiros, por sua atividade.

Se se tratar de atividade externa, já aí o pacto deve prever o que cabe ser realizado por cada consorciado, e, bem assim, as linhas gerais de relações com terceiros. Essas relações poderão ser individual, pelos consorciados, no consórcio de 1.º grau, quando este não for só de atividade interna entre consorciados; poderão ser intermediadas por órgãos não personalizados, no consórcio do 2.º grau, e, por fim, as relações serão diretas entre terceiros e sociedades constituída para as atividades externas do consórcio, no caso de consórcio de 3.º grau. No caso de consórcios obrigatórios é possível a constituição de órgão do consórcio com personalidade jurídica. (Franceschelli, ob. cit, 76).

Em resumo, e para fixação temática, o consórcio, que pode ser de atividade externa e interna, voluntário ou obrigatório, não dispensa um ato escrito, o contrato de consórcio, pondera Ruggiero (Istituzioni, II, § 161), sob pena de nulidade, dele constando referência a objeto e duração, sede, compromissos assumidos, contribuições dos consorciados, atribuições e poderes dos prepostos, condições de admissão de novos consorciados (no caso de contrato aberto), casos de recesso, exclusão e sanções por inadimplência entre consorciados, como já se referiu no número anterior.

O consórcio com atividade externa, continua Ruggiero, não dispensa escritório registrado no registro de sociedades, e este escritório do consórcio não representa pessoa jurídica, nem se constitui um patrimônio autônomo. Mas, já tantas vezes salientado, como último degrau, pode o consórcio ainda assumir a forma de sociedade, constituindo o consórcio "forma associativa tipiche della moderna economia".

## O INSTITUTO FALIMENTAR

31. Esses consórcios, pela lei italiana, estão basicamente compreendidos nos artigos 2602 e seguintes do Código Civil, e estão excluídos da legitimidade de requerer concordata preventiva, expõe Provincialli (Manuale, n.º 205), porém Lordi admite uma demanda única, no procedimento falimentar, no particular de "consorzio de piu aziende, societe collegate" (Falimento, 281, apud Provincialli, § 252), e Pipia vai além e concebe o procedimento falimentar até para consórcio de cooperativas. (Pipia, Del fallimento, n.º 266), e, de modo geral o consórcio é sujeito ao procedimento falimentar (Provincialli, Lezioni, n.º 21), de vez que, pondera, mesmo associações não reconhecidas, estando sujeitas à disciplina comercial, ficam sob a disciplina falimentar, conquanto Franceschelli e Salandra entendam que a falência só alcançaria o consórcio de terceiro grau, isto é, sociedade-consórcio (Salandra, Le unioni di imprese, 187; Pavone La Rosa, Registro della imprese, 512).

Há, aqui, todavia, uma ponderação a fazer, que é a seguinte: desde que a atividade seja tipicamente comercial, é certo que cabe a aplicação do instituto da falência, no caso de consórcio externo, também, sem dificuldades no caso de consórcio de terceiro grau, que se constitui em sociedades, mas, já abrindo em leque, no consórcio sem personalidade jurídica, quando, então, a falência alcançaria os consorciados, como, por exemplo, numa sociedade em conta de participação, em que não fale a sociedade, e sim o sócio ostensivo.

Por outro lado, ainda que tendo a forma de sociedade civil, porém praticando atividade comercial, a falência deve alcançar o consórcio, na espécie, a sociedade é civil somente para atender uma caracterização de natureza jurídica do consórcio de terceiro grau, pelo direito positivo, mas a atividade é comercial, e, como tal, sujeita ao império da lei falimentar. Neste sentido o Tribunal de Roma: "se la costituzione de una associazione civile sia destinata a colpire attività de natura commerciale, l'eventuale insolvenza dell'impresa va sanzionata con l'assoggettamento alla procedura fallimentare". (Scafide, Giurisprudenza sul fallimento, 7).

Assim, como exposto, em princípio o instituto falimentar pode atingir a atividade consorcial.

## JUÍZOS COMPETENTES E DELIBAÇÃO

32. No que se refere à falência de consórcios nacionais, desde que seja um consórcio de 3.º grau, a sociedade da estrutura consorcial poderá ser declarada falida, na forma da legislação de regência do país.

Todavia, se se tratar de consórcio operando em mais de um país, ou através de estrutura multinacional, já aí temos que verificar a possibilidade de conflito de leis em face de três posições típicas de falência de estrangeiro, ou no grupamento do juízo universal (teoria da unidade), como é o caso brasileiro, ou do juízo da teoria da prioridade, ligado ao conhecimento do primeiro caso, ou ainda a teoria da pluralidade, com tantos juízos falimentares, quantos forem os locais onde possa

ser requerida a falência. (Cfr. nosso "Direito Falimentar", I, n.º 158). Simultânea ao tema é a matéria do juízo de delibação (no nosso caso o Supremo Tribunal Federal) pelo qual a sentença estrangeira é homologada para aplicação no país. (Cfr. Giuliano, *Il fallimento nel Diritto Processuale Civile Internazionale*, n.º 33; Morelli, *Diritto Processuale Civile Internazionale*, 291; Monaco, *Il giudizio de delibazione*, 32).

## ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS

33. Mas o tema perde conteúdo se se trata de estabelecimentos públicos ou órgãos criados por convenções dos Estados, e que não se submetem ao Império do procedimento falimentar. Assim, em princípio, o consórcio estruturado em sociedade mercantil, como na forma de sociedade por ações, pode ir à falência, o mesmo não ocorrendo com estabelecimentos públicos, ou comissões executivas, criados por tratados entre países. (Sobre esta classificação vide Anzilotti, no n.º 51 infra).

## POSIÇÃO DOS CONSORCIADOS

34. No particular dos consorciados, em 1.º e 2.º graus, é evidente que desde que não sejam Estados, ou agências governamentais, e desde que pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, e como o consórcio é atividade econômica, essas pessoas estão sujeitas à falência, uma vez que o consórcio de 1.º e 2.º grau tenha atividade externa, em relação a terceiros. Neste caso, o terceiro promoverá o processo não contra todos os consorciados, mas contra aquele com o qual tem relações e atividades econômicas, ou, contra todos, se por acaso se tratar de consórcio do 2.º grau, registrado, tendo um escritório ou órgão de estrutura, mas sem personalidade jurídica.

## PARTICIPAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

35. Em resumo, há a falência do consórcio de 3.º grau, consórcio nacional, tendo uma sociedade como estrutura, mas, no caso de consórcios internacionais, em princípio não existe regras de Direito Internacional Geral, pondera Giuliano (ob. cit. 331-332), ficando tudo a depender de convenções entre os Estados, no campo do Direito Internacional particular (ou convencional) para aplicações de regras falimentares. Referência cabe ao Código Bustamante, entre nós latino-americanos, aprovado na conferência de Havana de 1928, que estabelece regras tais como: na falência requerida pelo devedor, competente é o juízo de seu domicílio (art. 328), e se requerida pelo credor, o juízo do lugar onde o crédito é exigido, mas dando-se preferência ao domicílio do devedor, se requerida pelo devedor ou maioria dos credores (art. 329), mantido o princípio básico do

juízo universal da falência, mas, faz-se exceção no caso de ter a sociedade estabelecimentos comerciais em vários Estados, porém separados do ponto de vista econômico, então, poder-se-ia intentar falência em cada local desses estabelecimentos (art. 415).

#### IV CONSÓRCIO NO DIREITO BRASILEIRO

##### PENETRAÇÃO DA FIGURA

36. A penetração da figura do consórcio, além das considerações do n.º 20, supra, de modo expresso, no direito positivo brasileiro, parece ter surgido na área do Direito Constitucional, como se pode exemplificar através da Constituição paulista de 1891. Com efeito, no art. 60, dessa constituição, ficava estabelecido que as municipalidades podiam se associar para a realização de melhoramentos que julgassem de interesse comum, depois de aprovação prévia do congresso (Mendes de Almeida, *Consórcio Municipal*, RDA 52/529), seguido pela constituição paulista de 1935 (art. 63) e da lei paulista 2.484, de 1935.

Posteriormente, em 1.937, a Constituição Federal de igual data, em seu art. 29, dizia o seguinte: "os municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento assim constituído será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins".

A Constituição mineira de 1967 também se reporta a que os municípios poderão associar-se para serviços comuns (art. 203) mediante convênio, com superintendência regional, como órgão executivo. E a Constituição mineira de 1970, no art. 146, manteve o princípio de que "os municípios poderão associar-se, mediante convênios, para explorar, sob planejamento, os serviços de interesse comum, de forma permanente ou transitória, na forma da lei complementar da organização municipal".

O que resta evidente, portanto, é que os consórcios são figuras não só possíveis, como permitidas pelo direito positivo brasileiro, que, se expressamente iniciou o reconhecimento da figura pelo Direito Constitucional, passou à manifestação administrativa do Código de Águas, e adquiriu particularidades especiais na legislação dos Estados-membros.

##### CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS

37. Vamos, por conseguinte, estabelecer coordenadas básicas do consórcio administrativo, onde certamente se classificam os reconhecidos pelo Direito Constitucional, antes de passarmos a outras manifestações de consórcio, já em outra escala, no caso do Direito Internacional Público.

Também os consórcios podem representar um meio para o exercício do controle estatal sobre alguns ramos da atividade econômica. (Zanobini, *Diritto Amministrativo*, V, 236).

Conquanto os consórcios sejam indicados como formas associativas predominantemente privadas, não obstante, a existência do consórcio pode ensejar um controle público pelo Estado, com reflexos sobre as empresas associadas, enquanto o controle influir sobre a conduta do consórcio, expõe ainda Zanobini. Mas, este controle sobrevém quando a atividade do consórcio seja tal que possa influir sobre o mercado geral de bens aos quais se referir. Neste posicionamento do poder público, a lei italiana prevê a vigilância estatal e poderes são previstos para a substituição de órgão do consórcio e até extinção do mesmo. (Código Civil, art. 2618 – 2619).

Estes consórcios administrativos, ainda que oriundos de ato de vontade, não dispensam um ato administrativo específico, para fazê-los vivificar. Com efeito, expõe Zanobini, o negócio jurídico vem e é considerado como ato constitutivo do novo ente, mas, juridicamente, ele só toma vida mediante um provimento da parte do Estado, como um decreto, reconhecendo-lhe a capacidade jurídica. (ob. cit. I, 101).

Assim, quando vários municípios decidem criar um consórcio e regular a matéria de comum interesse, praticam um ato complexo, e por se tratar de vontade de vários municípios, diz-se que esta complexidade é externa ou acordo. (Zanobini, ob. cit. I, 195). Por isto, o ato complexo não tem nuances de contraposição ou de distinção entre componentes, exatamente o oposto do contrato, onde as partes, em geral, tomam posição distinta e contraposta. Por conseguinte, um consórcio administrativo jamais seria um contrato. Esses consórcios municipais, todavia, têm como característica: são entes sem caráter territorial. Nas palavras de Zanobini: trata-se de ente complexo, resultante da reunião de várias pessoas jurídicas públicas, mas, conquanto composto de entes territoriais, o consórcio municipal não tem caráter territorial. (ob. cit. III, 214).

Ora, esses entes sem território têm por característica não ter fim geral e nem tempo indeterminado, que são próprios de entes com caráter territorial e, assim, com efeito, o consórcio municipal tem objetivo determinado e limitado, e prazo definido. (ob. cit. III, 271).

## COMUNIDADE DE DIREITO PÚBLICO

38. Também Mayer discorre sobre comunidade de interesses de administrações públicas distintas, que, eventualmente podem estar ligadas por *comunidades de direito*, inclusive mediante acordo entre as entidades interessadas. Aí, já discute se a vinculação seria por intermédio de contrato, mas, afasta a idéia de ser um contrato de direito civil, por um de direito público, todavia, ressalta que não se distingue propriamente traços contratuais, pois ocorrem declarações e reconhecimentos recíprocos, como os exemplos que indica de vários municípios reunidos

para construção de uma estrada, a ponto de haver autores que se referem a "sociedade" de municípios.

O administrativista germânico prefere a noção de *Vereinbarung* (acordo) em vez de contrato, a Kuntze adota a terminologia de ato coletivo (*Gesamtakt*) "quando certo número de municípios se reúnem em uma aliança coletiva".

Mas, nesta iniciativa de entidades públicas, como municípios, para obter um fim comum, também observa Mayer que se poderão reunir para criar uma *empresa pública* ou *estabelecimento público* que será comum a todas elas, e a forma jurídica, no caso, leva à tentação de ser designada como um contrato de sociedade, o que, todavia, não adota Mayer, que vê somente um acordo formando o estabelecimento por ventura criado pelas municipalidades. (*Derecho Administrativo*, IV, 323-327).

### DISTRITOS MUNICIPAIS

39. Nos Estados Unidos são muito conhecidos os chamados *Public Power Districts*, que, praticamente, são consórcios entre municipalidades para exploração comum de assuntos de energia elétrica. Estes distritos assumem a forma de sociedade (*corporations*) e são entidades híbridas de sociedades e municipalidades. (Lois Forer, *Divestment of utility properties to public and non-profit bodies*, C.L.R., 257-258 (1942). Também Hall discorre sobre *municipal districts*, como consórcios municipais, para um fim comum (Hall, *Government and business*, 557), o que já havíamos exposto no nosso *Direito da Energia*, vol. II, pág. 513, ao cotejar com o regime do Decreto-lei n.º 852, de 1938, antes já mencionado, onde também se fez referência a distritos regionais fixados pela Federal Power Commission, para interconexões voluntárias ou eventualmente compulsórias temporárias.

### CONSÓRCIO NO CÓDIGO DE ÁGUAS

40. A penetração da figura do consórcio também se fez muito conspícua pelo Decreto n.º 24,643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), que no art. 201 refere-se expressamente a consórcio, dispondo da seguinte maneira: "A fim de prover ao exercício, conservação e defesa dos seus direitos, podem-se reunir em consórcio todos os que têm interesse comum na derivação e uso da água".

O § 1.º indicava que a "formação e funcionamento do consórcio obedecem às normas gerais consignadas pelo Ministério da Agricultura sobre a matéria".

Nunca foi regulada a matéria, nem pelo Ministério da Agricultura, nem posteriormente pelo Ministério das Minas e Energia.

Mas, além de consórcios voluntários, o § 2.º do mesmo artigo ainda ia além: "Podem os consórcios ser formados coativamente, pela administração pública, nos casos e termos que forem previstos na lei especial".

Posteriormente, o Decreto-lei n.º 852, de 1938, referia-se a consórcios de Estados ou de Municípios para aproveitamento de queda d'água.

Nunca se tratou especificamente do caso, todavia, há alguma coisa que tangencia ao espírito consorcial, nas regras do art. 149 e seguintes do decreto n.º 41.019, de 1957, relativas à centralização de produção de energia elétrica, bem como o mesmo espírito não está ausente das regras também de condução de geração e transporte previstos para os GCOI, pela Lei n.º 5.899, de 1973, regulamentados os artigos 12 e 13 pelo Decreto n.º 73.102, de 1973.

Estes consórcios previstos pelo Código de Águas têm, todavia, uma particularidade, que é a seguinte: *funcionalmente* são consórcios administrativos, pois emergem, quer voluntariamente, quer coativamente, na área da prestação de serviço público de energia elétrica, salvo hipóteses e exceções particularizadas no desvio de água para irrigação, já agora sob as normas do Decreto n.º 75.510, de 19 de março de 1975, mas *estruturalmente* podem perfeitamente provir de entidades privadas, ainda que engastadas no quadro de delegações de serviço público via concessão, ou, novamente, a ressalva de pessoas jurídicas de direito privado, ou pessoas físicas, empenhadas em irrigação, sem nuances de serviço público.

Em todo caso, conquanto irrompendo em área mais estritamente determinada como de consórcios administrativos, esses tipos supra indicados melhor seriam de uma tipificação mista, pois funcionalmente numa esfera e estruturalmente em outra, ainda que, a prevalecer, como deve e é justificável, o critério funcional, então, seriam, nomeadamente, consórcios administrativos, ou na exposição de Giorgi, consórcios administrativos impróprios (Doutrina delle persone juridiche V. 277, apud Pacelli, "Acque pubbliche", 481).

## EMBASAMENTOS DOUTRINÁRIOS

41. Ao expor o seu ponto de vista a respeito da figura do consórcio, no Código de Águas, escrevia Alfredo Valadão, em 1931 (Direito das Águas, 160, 124):

"Um instituto cuja adoção se impõe, quer no regime das águas públicas, quer no regime das águas particulares, é o do consórcio, das associações sindicais. Estas associações podem ser livres ou obrigatórias. Na primeira hipótese, elas não encontram obstáculo na legislação pátria, que consagra o princípio associativo em moldes bem amplos. Relativamente às associações obrigatórias não hesitei em aceitá-las no Código. A razão inteira deste instituto se encontra, como salientou o eminente Pisanelli, no segundo conceito; a indiferença de poucos, não pode sacrificar a utilidade certa de muitos. As associações sindicais podem, ainda, ser de direito civil ou de direito administrativo, e o critério diferencial entre elas não deve ser a personalidade jurídica como quer Giorgi, atribuindo a estas tal personalidade e negando-a àquelas. Mesmo as associações de direito civil adquirem, pelo nosso direito, a personalidade jurídica, preenchidas as formalidades legais. O que as torna de direito administrativo é a intervenção da autoridade administrativa na sua constituição. E a forma de organização civil obrigatória não repugna, mesmo, aos princípios do direito comum. O consórcio, assim, constituído, é uma modalidade contratual. Certo, o assenti-

mento das partes, o acordo das vontades, é o elemento essencial de todo o contrato”.

E em outra passagem completa:

“É o regime do consórcio aplicado ao caso da energia hidroelétrica; e foi lembrado por Hauriou, professor na Faculdade de Toulouse. E as associações se podem organizar tanto para a exploração das usinas elétricas, como para a venda ou arrendamento de quedas de água, antes mesmo que estas tenham sido exploradas”.

Como se vê, pelas palavras do próprio autor do projeto do Código de Águas, essas eram suas idéias sobre o consórcio, que assim penetrou no direito positivo brasileiro, em 1934.

Também M. I. Carvalho de Mendonça discorreu sobre consórcio em Direito das Águas, indo igualmente buscar o exemplo de Hauriou sobre consórcios e associações sindicais, particular este que fez o ilustre tratadista concordar com Valladão, com quem, aliás, sempre estivera em campos opostos. (M. I. Carvalho de Mendonça, Rios e Águas correntes, n.º 139). Sobre consórcios em Direito de Águas, Carvalho de Mendonça oferece o seguinte quadro:

- a) quanto ao fim
  - 1) de defesa
  - 2) de derivação ou irrigação
  - 3) de bonificação ou enxugo
  
- b) quanto à forma jurídica
  - 1) pessoais ou reais
  - 2) facultativos ou obrigatórios
  - 3) administrativos e civis

O direito italiano é de riqueza incomparável, em matéria de consórcio em Direito das Águas, compreendendo as espécies de consórcio de irrigação, de derivação, de defesa, de bonificação ou enxugo, de execução, de contribuição e de manutenção. A exposição de Pacelli é exaustiva sobre o tema, à luz do direito positivo italiano, inclusive Teste Único sobre águas e energia elétrica, (Pacelli, Le acque pubbliche, 474 e seguintes), onde se discute a natureza jurídica desses consórcios ou como pessoa jurídica (ente moral), ou pessoa de direito público, ou ente coletivo, ou simples associação, bem como se existem relações de direito real ou somente pessoal.

## CONSÓRCIO DE MINERAÇÃO

42. Além dos consórcios previstos pelo Direito das Águas, como já se expôs, inclusive com referência ao direito positivo brasileiro, através de legislação indi-

cadá, merece também destaque a figura do consórcio no Direito das Minas, em particular no caso do Brasil, onde o Código de Mineração, de 1967, é expresso a respeito. Realmente, a lei prevê a formação do *consórcio de mineração*, quando titulares de concessões próximas poderão obter permissão para constituir consórcio, "objetivando incrementar a produtividade da extração ou sua capacidade" (art. 87). A lei se reporta a nova entidade, com estatutos, fazendo presumir um consórcio de 3.º grau, via sociedade.

O direito alemão, para a espécie, prefere a figura designada por *consolidação*, mas, aí a figura deixa de ser um consórcio, para antes representar uma unificação de patrimônio (Cfr. Willecke, Grundriss des Bergrecht, 43; Miesbach, Bergrecht, 130; Weller, Allgemeines Berggesetz, 103), o que corresponderia ao nosso *grupamento mineiro*.

A legislação brasileira também disciplina as normas de constituição de *empresas de mineração*, mas com algumas particularidades que poderiam tangenciar a designação de sociedade atípica, como sugere Westermann para as empresas de mineração pelo Direito Minerário Alemão (Westermann, Personengesellschaften, I, 11).

## V. CONSÓRCIO NO DIREITO ECONÔMICO E NO DIREITO COMUNITÁRIO

### NOVA ESTRUTURAÇÃO

43. Diante de uma floração de elementos novos, dentro de uma estrutura e dinâmicas da vida econômica atual, é que Mossa sugere que os consórcios pertencem ao ramo do Direito Econômico, e não ao Direito Comercial, pois encontra neles razão particular de vida, regras próprias, em confronto com as formas comerciais legais. (Mossa, *Diritto Commerciale*, I, 254). Ao comentar essa passagem do pensamento de Mossa, adverte Franceschelli que é admissível, em confronto com as formas comerciais legais, que se reconheça essa colocação sob o Direito Econômico, mas contesta que necessariamente a causa dos consórcios esteja em sua participação do Direito Econômico. (Franceschelli, *I conorzi industriali*, 39, 41).

Não obstante, reconhece prosperar na Alemanha a doutrina que faz dos consórcios um núcleo central de um novo Direito Econômico, como se depreende, em vários sentidos de Hedemann, Grundzüge des Wirtschaftsrecht, Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht e Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, em particular pelo dado incontroverso de longa penetração de elementos publicísticos no campo dos consórcios, e, com efeito Mossa põe em destaque as relações de direito público, nos consórcios, quer obrigatórios ou voluntários, ao lado de relações privatísticas entre empresas participantes do consórcio, direção do consórcio, terceiros etc. (*ob. cit.*).

## SOCIEDADE DE CONSÓRCIO

44. Por isto, nega firmemente que o consórcio seja sociedade civil ou comercial, e antes compreende que possa existir *societate de consórcio* (Mossa, ob. cit. I, 255), e que eliminada a forma típica de sociedade comercial, o consórcio que adota a forma livre não organizada, deve ordenar-se com regras adaptáveis às suas funções e aos interesses públicos e privados em jogo. Então, expõe Mossa, as regras são iguais para o consórcio de forma livre ou de forma típica, neste caso a forma de anônima, porque, seja qual for a forma, esta é inteiramente dominada pela estrutura funcional e pelos interesses privados e públicos do consórcio.

Mas o consórcio é também a mais abrangente manifestação de cooperação, para atingir-se resultado determinado. Conquanto o consórcio tenha adquirido, no presente, a qualificação que os autores lhe agregam, inclusive setorializando-o no Direito Econômico, o consórcio reflete aquela busca de cooperação.

## FORMAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA

45. Todavia, no particular de cooperação, cabe e deve-se distinguir nitidamente de outras formas que se apresentam no curso das atividades econômicas, como dados concretos, efeitos não discutíveis e que comportam exame objetivo. Com efeito, como fatos do desenvolvimento econômico, indica Karl Peter os seguintes:

- a) cooperação
- b) concentração
- c) descentralização
- d) delegação de atividade empresária

Nesta quadro, põe-se em destaque que a concentração não é um conceito jurídico, porém uma forma de força econômica (kein Rechtsbegriff, sondern eine Form von Wirtschaftsmacht) (Peter, ob. cit. 510), e especial receptividade se dá à noção de cooperação, como meio de trabalho em comum dos empresários (Zusammenarbeit der Unternehmer), e Stech vai além, indicando-o como a comum percepção da função empresarial, com penetrante conotação jurídica (Recht und Kooperation, in Veröffentlichung 27/28 do Institut für Energierecht, 63, ed. 1971). Decken reporta-se que na cooperação o traço distintivo é a manutenção de autonomia econômica e jurídica dos associados (Volks und betriebswirtschaftliche Erwägungen bei Kooperation und Konzentration, in publicação do Institut für Energierecht, citado, 15), enquanto a concentração significa o crescimento do poder econômico de um empresário, quer do ponto de vista de dimensão, participação no mercado, número de concorrentes, mesmo nas espécies relativas e absolutas. (Cfr. Börner, Recht und Konzentration, in publicação do Institut für Energierecht, 33).

## COOPERAÇÃO E CONSÓRCIO

46. O objeto da cooperação é variado, e rico, pois além de associar atividades econômicas estritas, pode também abranger a cooperação da indústria e mão-de-obra, mas, infelizmente, não se pode negar também algumas desvantagens de excesso de organização, de perda de mobilidade, dificuldade de rápidas decisões, como expõe Peter. Não obstante, a cooperação chega ao ponto que desejamos alcançar, pois é pelo espírito de cooperação que se alcança o nível da atividade consorcial.

O consórcio é tipicamente um esforço de cooperação entre interessados, para uma determinada atividade. Mas, a cooperação, pelo menos no direito alemão, encontra também uma abordagem precisa no que se refere ao cartel (Kartellrecht), de vez que há o risco da cooperação poder ir contra a regra da livre competição, então, à luz das leis sobre cartéis, erigem-se oito grupos de atividades que são cartelizáveis e, por isto, adotam o princípio da cooperação. (Peter, ob. cit., 528).

Como é óbvio, cooperação, consórcio, não são sinônimos de atividade justificável, e bem podem existir cooperação para o mal e consórcio para domínio de certas atividades, o que é universalmente rejeitado.

Assim, a cooperação não deve ir contra a concorrência, em princípio, ainda que se admitam certas restrições cartelizáveis, mas, de qualquer forma, evitando-se o monopólio ou oligopólio não obstante, como ponderam Huber e Eucken, toda concorrência traz imanente tendência ao monopólio (Cfr. Eiser, *Energiewirtschaftsrecht*, II, 3), esclarecendo Eiser que no caso da economia da energia, as leis sobre cartéis são leis especiais, mas, no que se refere a fornecimento de energia, a lei especial é a específica sobre energia.

Ora, aquela imanência ao monopólio é que levou os europeus, dentro de limites adequados, à *Kartellfreundlichkeit*, para restringir a concorrência mortal que se faziam, razão porque Sombart justificava: *Kartelle sind Kinder der Not* — cartéis são filhos da necessidade. (Cfr. Rosset, *Les holding companies et leur imposition en droit comparé*, 4; Hausmann, *Der Wandel des internationalen Kartellbegriffs*, 29; Braunn, *Die heutige Lage des deutschen Kartellrecht*, 13).

## POSIÇÃO NORTE-AMERICANA

47. Enquanto o cartel e o consórcio são, na doutrina e legislação européia continental, estudados e admitidos como espécies afins, dentro do mesmo quadro de atividade econômica, nos Estados Unidos as concentrações, ou cooperações cartelizáveis não são encorajadas, e uma estrita legislação anti-trust procura fulminar todo tipo de combinações que ofendam o princípio do livre comércio, tal como disciplinado basicamente pelas leis Sherman, de 1890, Clayton, de 1914, posteriormente a lei Patman, de 1936, Tyding, de 1937 e McGuine, de 1952. O tema nos Estados Unidos tem também seus defensores e acusadores, como dão reflexo a polêmica em revistas jurídicas (*Columbia Law Review*, 1965), entre os professores Bork e Bowman, de um lado, e Blake e Jones, do outro. De um modo

geral as "combinations and monopolies", e "practices unfair to competitors" são objeto de estrita observância contra sua prática, cabendo basicamente à Federal Trade Commission este controle (Bergh, *Business Law*, 948; Wyatt, *Business Law*, 763; Martin, *Business Law*, 354; *The antitrust laws, in Law and contemporary problems*, Duke University, 1965), havendo críticas cerradas sobre essas agências administrativas americanas de controle econômico, como a do juiz Henry Friendly, que aponta sua fossilização (*Federal Administrative Agencies, in Columbia Law Review* 1960 (44)), mas, também nos Estados Unidos, igualmente há quem conclua, abertamente, no sentido de que os ministros da US Supreme Court fizeram um trabalho insatisfatório, como juízes, no campo antitrust, com uma jurisprudência mecânica e deficiente, ainda que o autor confesse difícil apresentar sugestões para melhoramentos (Richard Posner, *Anti-trust policy and the Supreme Court, Columbia Law Review*, march, 1975, 325-326).

### CONCENTRACIONISMO

48. Pusemos em destaque os n.ºs 70 e 71, do vol. I, do "*Direito da Energia*", o problema da concentração tecnológica e do coletivismo de empresa, além de tratar, no n.º 265, do II volume, do mesmo livro, a respeito de concentracionismo da função elétrica, onde indicamos a interpretação de Claude Champaud, de que o fenômeno concentracionista no campo jurídico e econômico, especialmente no que se relaciona com as sociedades por ações, então, em virtude daquele por menor, quase não há solução de continuidade entre o direito comercial e o direito público. (*Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, 1962).

Também expõe o quadro impressionante da concentração das grandes sociedades, inclusive mostrando a fissão da propriedade, com o controle passando dos proprietários aos managers, de tal forma a grande sociedade industrial se tornou não uma empresa privada, porém, em realidade, mais próxima de uma instituição social, (Berle, *The American Economic Republic*, 151; *Power Without property*, 59; *The modern corporation*, 46), outra não sendo a conclusão de Escarra, sobre instituição, como se indicou no n.º 5, supra.

### SOCIEDADES E ORDENAMENTO JURÍDICO

49. Neste quadro impressionante das atividades econômicas modernas é também de extrema importância a abordagem realizada por Vanhaecke a respeito de grupos societários, constituindo constelações e galáxias, como a Unilever, com 516 sociedades, fazendo emergir a noção de grupo de sociedade, ainda que embasadas em sociedades por ações, que se apresenta como uma instituição jurídica, e desbordando do princípio já admitido de sociedades, criando um direito societário novo, para a realidade econômica que é revestida pela noção jurídica nova de grupo de sociedades. (Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, 5-21).

Esses enormes conglomerados operam num campo que cabe fazer distinção,

como a que didaticamente nos parece melhor, a oferecida por Eduardo White, entre:

- a) sociedades nacionais, que se referem ao ordenamento jurídico de um país;
- b) sociedades internacionais, quando a ordem jurídica internacional é que lhe outorga personalidade jurídica, condições e regras de funcionamento, organização etc.;
- c) sociedades multinacionais, quando um duplo ou múltiplo estatuto jurídico é incidente, com a aplicação simultânea de duas ou mais leis nacionais a uma mesma sociedade;
- d) sociedades transnacionais, quando, em virtude de suas dimensões de operações internacionais, estão submetidas por acordo internacional, ou por normas comuns sancionadas por diferentes países, a regras únicas e unificadas para controlar suas atividades.

(Natureza jurídica das empresas multinacionais, Revista da Pontificia Universidad del Peru, Derecho, 1973, 199 e seguintes).

Há também os que fazem a seguinte distinção: a transnacional é controlada e operada em várias nações, enquanto a multinacional abrange companhias operando em dois ou mais países, mas basicamente fixada em um deles. (John Lowe, in Finance and Development, publicação do IBRD e do Fundo Monetário Internacional, março, 1975, 11, citando Vaitos, Transnational enterprise, London, 1974). No Brasil, referência especial é devida à contribuição de José Carlos de Magalhães, sobre multinacionais, para as quais conclui não existir ainda uma disciplina jurídica que as trate ou regule como tais. ("Empresa Multinacional", in Revista de Legislação do Trabalho, maio, 1975, 498 e seguintes).

## SOCIEDADE E NACIONALIDADE

50. Ora, nesta abordagem, verifica-se que o ponto central da distinção do ordenamento jurídico tem como nucleação a nacionalidade da sociedade, nacionalidade esta que se firma, apesar de todas as dificuldades conceituais. Assim, didaticamente, pode-se apontar três grandes sistemas de indicação de nacionalidade da sociedade, a saber:

- a) o local da sede
- b) o local do centro da administração
- c) o local da constituição da sociedade

O direito inglês inclina-se pelo local onde foi a sociedade constituída, ao contrário da maioria da legislação continental européia, que prefere vincular a nacionalidade ao local onde está o centro da administração da sociedade (Cheshire, International Private Law, 202). Nos Estados Unidos, o *State-of-incor-*

*poration test* é utilizado para indicar se uma sociedade é de um ou outro Estado, mas não tem caráter absoluto, e, para proteger acionistas minoritários, há casos de utilização da lei do Estado onde a empresa atua, em vez de ser a daquele onde se constituiu. (Lotty, *Pseudo-foreign corporation*, 65).

A sétima reunião da Conferência de Haia, sobre Direito Internacional Privado, em 1954, preferiu inclinar-se pelo lugar onde a sociedade tem sua administração central (Offerhaus, *La septième session de la Conférence de la Haye de Droit International Privé*, 1954).

A luz da legislação brasileira, Barbosa Lima Sobrinho chega a indicar onze diferentes critérios para determinação da nacionalidade de pessoa jurídica, a começar pela lei de Introdução do Código Civil, que se inclina pelo lugar na constituição da sociedade (art. 11), até à lei de sociedade por ações, que elege o local onde está a administração central (Decreto-lei n.º 2.627, de 1940, art. 60). (Barbosa Lima Sobrinho, *A nacionalidade da pessoa jurídica*, 212).

Por tudo isto é que Niboyet dedicaria ao tema um estudo com o sugestivo título: — “Existe — t — il vraiment une nationalité des sociétés? ”, negando uma nacionalidade comparável à das pessoas físicas (Niboyet e também Pillet, *Tr. de Droit Int. Privé*, II, n.º 733).

Na exposição de Miranda Valverde, o direito positivo brasileiro sempre atribuiu nacionalidade às pessoas jurídicas de direito privado, e a lei de sociedade por ações seguiu, continua ele, a doutrina predominante, isto é, a nacionalidade da sociedade comercial se afere pelo local da sede social onde funciona a sua administração (Miranda Valverde, *Sociedade por ações*, I, n.ºs 302 a 309). O projeto-de-lei de sociedade por ações considera como nacional a sociedade constituída segundo as leis brasileiras e tendo no país a sede de sua administração (art. 109).

Ora, os consórcios sofrem esta aferição, quando se trata dos consórcios nacionais, de terceiro grau.

No desdobramento que se vem fazendo, tem sido considerado o consórcio nacional, isto é, sob a ordenação jurídica de um país, quer através de abordagem do direito comum, ou, já setorializando pelo Direito Econômico, em cujo campo, tangenciando com o Direito Administrativo, especial destaque merece a empresa pública, na área jurídica que Huber associa sob a designação de *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, isto é, Direito Administrativo Econômico, onde Fischerhof integra o *Energiewirtschaftsrecht*. (Cfr. Fischerhof, *Rechtsfragen der Energiewirtschaft*, I, 42). Assim, antes de entrarmos em considerações sobre o consórcio internacional, isto é, o esforço entre Estados, ou suas agências, para obter-se somatória de resultados por uma colaboração em comum, vejamos as linhas gerais da empresa pública.

## EMPRESA PÚBLICA

51. Uma empresa pública, define Mayer, representa um “conjunto de meios, materiais ou pessoais, que, em mãos de um sujeito da administração pública, estão

destinados a servir, de maneira permanente, a um interesse público determinado", (Derecho Administrativo Aleman, IV, 179).

O administrativista germânico, dentro do critério de sua definição, pondera que a empresa pública tem seu lugar natural na esfera do direito público. Sob a empresa pública Mayer compreende tanto a atividade que visa certa situação, como igualmente, a empresa permanente, como estabelecimento público, pela qual a administração opera, e disto há exemplos até no Império Romano, com sua economia de estrutura administrativa, ressalta Neurath (Ob. cit. I, 148).

Uma empresa pública determinada, diz Mayer, de caráter permanente, pode estar acompanhada de uma personalidade moral (jurídica) criada para esse fim. Se a empresa não tivesse personalidade jurídica própria, então, seria um estabelecimento direto do Estado.

Ora, essas empresas públicas para serem criadas precisam da vontade expressa do poder público. Não adquirem personalidade jurídica como as sociedades via direito privado (Direito Civil), mas não dispensam a vontade expressa do Estado, e, como pessoa jurídica de direito público pode ser criada ou mediante lei ou mediante um ato administrativo.

A nosso ver, a empresa é somente a *atividade econômica organizada* (Lordi, *Instituzioni de Diritto Commerciale*, 12; Chavrier, *Evolution de l'idée de commercialité*, apud Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, vol. 2º, n.º 451), diferindo, assim, da noção de estabelecimento e da de sociedade, mas, devemos reconhecer que o legislador brasileiro não guardou uniformidade, e usa indiferentemente o conceito de empresa, inclusive até na Constituição. (Cfr. nosso "Direito Comercial", vol. I, n.º 181, 163, 168).

Mas, a verdade é que a noção jurídica de empresa, que se confunde com *exploração* (Ripert, *Droit Commercial*, n.º 340) na realidade também não tem um conceito uniforme entre os juristas, que vão desde os que a compreendem como *objeto* de direito, como Brecher, ou os que consideram que a *função* é sua característica, como Kohler, até aos que adotam, como Cordt, Stein, o conceito de *sujeito* de direito. (Cfr. Niederleithinger, *Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 23, 24, 27).

Voltando a Mayer, observa ele que no contexto de sua exposição sobre empresa pública está o "öffentliche Anstalt", que corresponderia ao "établissement public" do direito administrativo francês, onde o conceito, como pondera Waline, não tem definição legal nem uma teoria jurisprudencial firme, mas apresenta as seguintes coordenadas: é sujeito de direito e não objeto; é pessoa e não bem; é pessoa de direito administrativo que se opõe às coletividades territoriais; gere um serviço público ou grupo de serviços conexos; possui certa autonomia. (Waline, *Droit Administratif*, 245-246).

Não obstante, Forsthoff critica o conceito de estabelecimento público, de Mayer, e, por sua vez, dá particular tratamento à noção de empresa pública, como forma de organização da administração, com atividade administrativa em sentido funcional, mas tendo em vista a participação da administração na vida econômica, usando a forma societária que for a mais adequada. (*Verwaltungsrecht*, I, 452, 456).

Também Wolff critica a definição de Mayer, nela vendo uma unidade técnica de prestação e não uma unidade juridicamente subjetivada (pessoalizada), e utiliza uma série de tipificações, até atingir, quanto à economicidade, a empresa econômica comum, na área administrativa, podendo inclusive ter forma de sociedade comercial e dedicada a fornecimento de água, energia elétrica etc. (Wolff, *Verwaltungsrecht*, II, 320, 330).

Na linha desta especificação, Buttgenbach ainda distingue o estabelecimento público paraestatal, com personalidade jurídica distinta do Estado e criado para gerir determinados serviços públicos. (*Le statut des entreprises publiques*, 54, 106).

Neste contexto, as dificuldades de serem fixados os limites entre a atividade empresarial e a atividade administrativa, em tese, na efetivação e exercício dessas atividades através de órgão ou agências determinadas. (Cfr. Forsthoff, Köhler, Badura, etc., apud Niederleithinger, *ob. cit.* 28-42).

Saindo do campo estrito do Direito Administrativo, em outro setor vemos os autores colocarem a empresa pública com destinação empresarial dentro da atuação do Estado, e, prossegue Guarino, como não existe um problema abstrato da função da empresa pública, então, o melhor método é o de estabelecer-se um sistema de planificação, e aí determinar o papel que a empresa pública pode realizar neste sistema particular, desde que é típica nela a *pluralidade de espécie e diferenciação de função*, onde sobressai sua função geradora (*funzione generatrice*). (Guarino, *Diritto Pubblico dell'Economia*, 294-303).

São, em resumo, *entes econômicos públicos*, que possuem a coexistência de função pública, em sua atividade, aliada à economicidade, na finalidade que procuram efetivar, como expõe Cassi, que, todavia, entende ser o ente uma pessoa jurídica pública. (Cassi, *L'inquadramento sindacale degli enti pubblici*, 44, 45).

Ao lado deste contexto, de direito interno, ainda vem a contribuição do direito externo, quando o Direito Internacional concebe os "estabelecimentos públicos internacionais", como gestor de interesse público internacional, por órgãos e associações de Estados, diz L'Huillier (*Droit International Public*, 142), como o Banco Mundial, completa ele, e Anzilotti compreende os órgãos executivos coletivos, como possuindo a categoria de órgãos colegiados ou comissões, que correspondem ao estabelecimento público internacional referido por L'Huillier (Anzilotti, *Cours de Droit International*, 310).

Assim, as empresas públicas são compatíveis com o Direito Internacional, e, de modo particular, as empresas comuns, no Direito Comunitário, como já se examinará, em número infra (n.º 57), mas, como é óbvio, o seu estatuto jurídico dependendo, em todos os casos, de convenções entre os Estados que as constituíram.

A empresa pública comporta uma dupla abordagem, isto é, no contexto do direito interno de cada país, ou, também como órgão de efetivação internacional. Por sua vez, no campo internacional, pode se colocar na faixa de organização internacional, quer geral, ou por via setorial do direito comunitário, ou ainda pode se dimensionar como empresa pública sob variados ordenamentos jurídicos.

Com apoio nos traços gerais em direito interno, pode-se extrapolar ao direito supranacional, como se fará do n.º 54 e seguintes.

## MODELO POSITIVO BRASILEIRO

52. A Constituição Federal, no art. 170, oferece o sistema brasileiro sobre empresas públicas, isto é: sua posição é suplementar da iniciativa privada, quando o Estado, na exploração de atividade econômica, criará empresas públicas ou de economia mista, que, todavia, reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, e somente as empresas públicas que explorarem atividade monopolizada é que terão regime tributário especial.

Por sua vez, a lei ordinária (Decretos-leis n.ºs 200/67 e 900/69) oferece os seguintes destaques sobre a empresa pública:

- a) entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado;
- b) patrimônio próprio;
- c) capital exclusivo da União;
- d) criada por lei para desempenhar atividade de natureza econômica;
- e) qualquer forma admitida em direito, por conseguinte, podendo ser sociedade por ações ou outro tipo de sociedade;
- f) integra a administração indireta federal.

## SOCIEDADE COMERCIAL PÚBLICA

53. Mas, no contexto, não se pode esquecer a sociedade comercial pública, espécie de entidade pública para fins comerciais, meio direto ou indireto de intervenção do Estado no domínio econômico. (Arena, *Le società commerciale pubbliche*, n.º 1, 15 etc.). São indicadas as seguintes características para a sociedade comercial pública, que, por isto mesmo, não passa de variante da empresa pública:

- a) resulta de lei;
- b) entidade de direito público;
- c) quotas pertencentes ao poder público;
- d) controle ministerial;
- e) estatuto sujeito à provação estatal.

A sociedade comercial pública seria, assim, uma entidade coativa, compulsória, dentro do seguinte quadro (Arena, *ob. cit.*, n.º 4, 58, 59).

- a) entidade coativa, compulsória:
  - 1) sentido restrito: a lei cria e dá-lhe forma;
  - 2) sentido lato: a lei somente impõe determinada forma.
- b) entidade não coativa: a lei se limita a estimular a constituição.

Como o escopo de lucro pode ser tanto da entidade privada como da pública (Ferri, *Teoria degli enti commerciali*, 94), segue-se que a sociedade pública pode

ser comercial, mas, e isto é importante: — quando uma entidade pública assume uma função de interposição na troca de bens, esta atividade não se desvincula da atividade administrativa (Corrado Puchetti, *L'attività commerciale e le prestazioni di servizi pubblici da parte della pubblica amministrazioni*, 18). E ainda: — se houver conflito entre a estrutura privada e a finalidade pública, deve prevalecer a estrutura privada, pois finalidade publicista também se obtém como meios de Direito Privado (Arena, *ob. cit.*, 28, 44), mas, sempre presente a regra de que o Direito Privado será exercitado pela entidade pública, se compatível com as normas de Direito Público que disciplinam a constituição e funcionamento dessas entidades (Corrado Puchetti, *ob. cit.*, 28, 44).

Vista em suas generalidades a empresa pública, e variantes, onde tangenciam Direito Administrativo e Direito Econômico, passemos agora a outro setor, onde já tangenciam Direito Econômico e Direito Internacional, pela via atual do Direito Comunitário.

## NOVOS RUMOS

54. Desta forma, além de toda a exposição supra, e como novos rumos, sem abandono da contribuição anterior, porém antes tudo somando, assim conforme a lei de permanência dos efeitos conquistados (cfr. nosso "Direito da Energia", vol. 1, n.º 107), não se pode deixar de trazer ao tema a contribuição do Direito Comunitário ao campo das atividades econômicas, quer por via de sociedades internacionais, ou consórcios internacionais, ou empresas comuns.

Procedimentos de Direito Internacional Público, envolvendo dois ou mais Estados, através de convenções, penetram e recebem repercussão de procedimentos de Direito Econômico, numa somatória que sugere um Direito Internacional Econômico, ou Direito Econômico Internacional, de acordo com a dominância preferida, mais, de qualquer forma o meio precípua e adequado para solucionar interesses como os indicados, de maneira satisfatória e frutificadora, também tecnicamente sob a roupagem do novo Direito Comunitário.

## CONSÓRCIO OU COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

55. Os casos não são raros. Gourrier estuda as hipóteses doutrinárias, onde se aventou a espécie de "estabelecimento público internacional" ou "sociedades juridicamente internacionais", para essas empresas comuns, como indicando uma ordem jurídica nova, e refere-se a "consórcio entre Dinamarca, Suécia e Noruega" para a constituição da SAS (Scandinavian Airlines System), além do aeródromo Bale-Mulhouse, de consórcio franco-suíço. Neste tipo de atividade distingue formalmente: iniciativa pluri-governamental, constituição de sociedade decidida por convenção internacional, governos participando do capital social, tendo por forma ou um estabelecimento público internacional, ou sociedade internacional, ou so-

cidade sui generis, ou mera sociedade nacional com derrogações de legislação local de referência, certa tutela dos governos interessados. (Veröffentlichung 16/17 do Institut für Energierecht, 1967). O tema mereceu estudos especiais de Druck, *Gemeisame Unternehmen in Staatverbindungen*, e Glaesner já desceu ao exame particular de investimentos em empresas comuns. (*Investitionen und Gemeisame Unternehmen*, bem como Jean Hébert, "Investissements").

## SOCIEDADE EUROPÉIA

56. Mas, de passagem, não se pode deixar de fazer referência a que também cabe destaque aos estudos do sistema das sociedades internacionais no campo do Direito Internacional Privado, que não é especificamente o tema atual, porém devendo ficar consignado que a sociedade internacional merece um tratamento que tangencia e engloba tanto o Direito Internacional Público como Privado, pois, pelo ordenamento jurídico em curso na Comunidade Económica Européia, além de regras de Direito Internacional Privado, também existem normas que são adotadas e aplicadas pelos Estados Integrantes, em campo pacífico de Direito Internacional Público, como regras do Parlamento Europeu, de 1966, de 1968, sobre coordenação de direito societário para os países membros, dado mesmo, que este direito societário está dominado de um novo espírito, a ponto de poder incluir até pessoas jurídicas de Direito Público. (Cfr. Grasmann, *System des Internationalen Gesellschaftsrechts*, 66, 576 — 583), e chega-se a sugerir um conceito de "Europäische Handelsgesellschaft", sociedade comercial européia, como concepção ou de um tipo europeu de sociedade ou de um Direito Societário Europeu (Cfr. Karl Peter, *Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen*, 640, ed. 1971), dessa sociedade européia de direito nacional passando-se à sociedade de Direito comunitário. (Cfr. Guarino, *Diritto Pubblico dell'Economia*, 670 e seguintes, 1970; também Stein, *Harmonization of European company laws*, especialmente sobre fusões transnacionais (364-393), 1971).

## EMPRESA COMUM

57. No contexto, particular destaque merecem as empresas comuns, sobre as quais já havíamos no nosso "*Direito da Energia*", vol. 3.º, n.º 585, indicado o seguinte quadro geral e esquemático, ao nos reportarmos à instituição prevista no artigo 45 do Tratado de Roma, que, criou a Euratom, e, que impõe a essas empresas comuns os seguintes traços típicos, como se vê especificamente no referido Tratado:

- a) a empresa comum terá personalidade jurídica
- b) cada empresa comum, em cada Estado-membro, gozará da mais extensa capacidade jurídica conferida pelo direito interno;

- ci) exercer direito real;
- d) exercício de legislação favorável;
- ei) prevalência das regras do Tratado sobre o direito interno dos Estados-membros que poderão ser referidas nos estatutos das empresas.

Com efeito, como também interpreta Vayleux, as empresas comuns não estão submetidas às regras aplicáveis em cada Estado-membro às empresas industriais ou comerciais e não ser subsidiariamente, ou, por outras palavras, no limite fixado pelo Conselho da Euratom (Vayleux, *Le regime juridique des mouvements européens d'énergie électrique*, 135).

Só esses rápidos traços mostram como se esboça conceito novo de sujeito de direito fora das regras do convencional direito privado, ainda que devendo operar industrial ou comercialmente, portanto, no campo que se considerava mais específico do chamado direito privado. Não obstante, a tentativa da Euratom não é nova no campo jurídico internacional, pondera Sereni, e inclui a criação de tantas sociedades comuns, tais a *Eurochmic*, constituída pela OECE, *Eurofima*, para material ferroviário, o aeroporto Bale-Mulhouse, entre a Suíça e França (Sereni, *Le Imprese comuni*, 298, in *Centro Internazionale* citado), e as explorações a respeito do Reno (Sobre o regime do Reno, apesar de suas críticas e pessimismo, Dale Collinson, "The Rhine", C.L.R. 485 (1971). A primeira empresa da Euratom foi a SEMA (Société d'Énergie Nucleaire France-Belge de Ardenas. (Vayleux, ob. cit., 138).

Na contribuição muito valiosa de Sereni, que, todavia, acentua a escassa bibliografia sobre empresas públicas da Euratom, podem ser tomadas as seguintes coordenadas de apoio e orientação conceitual das empresas comuns quanto:

- a) ao fim de colaboração, compreendendo
  - 1) os participantes, abrangendo Estado, empresas públicas privadas
  - 2) o objeto, com designação específica de atividade nuclear
- b) à modalidade de funcionamento
  - 1) exercício de atividade típica de empresa comercial ou industrial
  - 2) especial controle da Euratom pelos seus órgãos adequados.

## CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO

58. Mas, não basta, pois ainda se pode firmar acordos internacionais quer de importação e exportação, ou de *participação*. Esses contratos de participação são aqueles pelos quais se toma parte no empreendimento em outro país, a fim de receber parte da produção, de instalações elétricas a construir.

Vejamos, portanto, que a associação pode manifestar-se, por exemplos atuais, quer através de *contratos de participação*, ou de tratados internacionais visando a criação de *empresa comum*.

## DIREITO COMUNITÁRIO

59. A idéia básica e a condição de prosperar a empresa comum, a sociedade supranacional, ou um órgão afim, está em que se criem estruturas para a dinâmica do chamado Direito Comunitário, pelo qual, na faixa do Direito Internacional, ergue-se uma categoria específica, com um valor jurídico dos chamados direitos supranacionais, ou supernacionais, que, de modo particular se acentuam em variados problemas no campo da energia. (Cfr. Borner, *Das Zusammentreffen der nationalen und supranationalen Rechte im Energiebereich*, no seu livro "Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht", 285).

Mostramos como o Direito Comunitário está ainda em fase regional (Direito da Energia, III, n.º 587) mas, no contexto, admitindo um ordenamento jurídico comunitário alcançando Estados e pessoas físicas. (Cfr. Dehouse, *Primauté du Droit Communautaire sur le Droit des Etat-membres*; Ippolito, *Problem énergétique communautaire*, 573; Ubertazzi, *Soggetti privati*, in *Diritto dell'Energia Nucleare*, 329), não obstante os claro-escuros denunciados por Colliard, (Dalloz, 1964, 263 (268)), e as ponderações de Pierre Lardy, de que, apesar da tendência para um verdadeiro direito comunitário, ainda há persistência do dogma da soberania, e que, os tribunais nacionais mostram-se reticentes em aplicar as regras do direito comunitário, só o fazendo abertamente se não há oposição do direito interno. (Lardy, *La force obligatoire du droit international en droit interne* 247; também depoimento de Buxbaum, *Antitrust regulation within the European Economic Community*, in *Columbia Law Review*, 61/3, 418, 427). De qualquer forma já se progrediu muito, desde quando Cícero procurava indicar que há comunidade de lei e também um direito comum, e aqueles entre os quais existe esta comunidade devem ser considerados como pertencendo à mesma cidade: — *communio legis, inter eos communio juris est.* (De Legibus, livro I).

## VI. CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIO

### O CONSÓRCIO NACIONAL

60. Para constituição de um consórcio duas colocações básicas são necessárias:

- a) se é um consórcio nacional
- b) se é um consórcio internacional

Se é um consórcio nacional, é óbvio, regerá a lei do país, e, no caso, terá que ser aplicada uma das três hipóteses:

- a) consórcio do 1.º tipo, ou um simples contrato (atividade interna consorcial);
- b) consórcio do 2.º tipo, ou um contrato, em um órgão ou escritório de execução (atividade externa consorcial);
- c) consórcio do 3.º tipo – o que se efetiva através de sociedade.

Mas, no caso de consórcio do 3.º tipo, podem ser admitidas uma das seguintes vias:

- a) ou sociedade civil;
- b) ou sociedade mercantil, sendo muito usada a estrutura de sociedade por ações.

### O CONSÓRCIO INTERNACIONAL

61. Se se tratar de consórcio internacional, então, aí tudo ficará a depender do ordenamento jurídico de regência. Assim, este consórcio pode ser:

- a) internacional estrito, e resultar de convenção entre Estados, pelo que tem um sistema jurídico próprio, fixado no tratado;
- b) através de sociedades de caráter multinacional, quando incidem os ordenamentos jurídicos previstos;
- c) através de empresas comuns, via direito comunitário, onde, também, a regra é incidir o regime de convenção internacional.

Nos consórcios internacionais podem ser utilizadas as formas de sociedade comercial, como estrutura, ainda que formalmente operando de acordo com a convenção internacional, ou ainda a forma de estabelecimentos públicos.

No consórcio internacional há concorrência de regras de Direito Público e de Direito Privado, no sentido convencional dessas designações, que não adotamos, de vez que entendemos que as mesmas significam somente intensidade de aplicação. (Vide Direito da Energia, vol. I, n.º 127).

Mas, a participação de Direito Público, no sentido convencional, vem através dos tratados de criação desses órgãos, logo, via Direito Internacional Público, ou, setorializando, via Direito Comunitário.

Mas, isto não impede a concorrência de regime de Direito Privado, toda vez que um regime jurídico de natureza privada tenha tido pactuado a sua aplicação.

No consórcio internacional estrito, dificilmente ocorrem conflitos de leis, pois decorrem de convenção entre os Estados, que, concorrendo com sua adesão, fazem cessar o direito interno, de vez que o tratado, ratificado, é lei de elevada hierarquia, na ordem interna de cada país signatário da convenção. O conflito de leis só poderia ocorrer quanto a outras ordens jurídicas estranhas à convenção, e aí incidiriam as regras do Direito Internacional Privado pertinentes.

Todavia, também podem ocorrer conflitos de leis no particular de consórcios internacionais que utilizam a estrutura societária num ordenamento típico de multinacional. Af, sim, as regras do Direito Internacional Privado serão chamadas a incidir, segundo o sistema que lhe for peculiar, dentro do quadro da legislação de cada país.

Nesta altura, cabe distinguir entre os consórcios internacionais, resultantes de convenções entre Estados, e os consórcios entre pessoas jurídicas de direito privado, de diferentes países. Neste caso, a referência a consórcio internacional não seria a mais correta, de vez que esses consorciados devem eleger o local da sede da sociedade que representa a estrutura externa consorcial, e, assim, trata-se de consórcio de constituição nacional, ainda que possam operar de modo multinacional ou transnacional. Por outro lado, fora a hipótese de tratado entre países, o pacto consorcial não pode estabelecer duas legislações para o consórcio, de vez que, sendo o consórcio instituído por entidades de direito privado, reger-se-á pela legislação do país onde o consórcio for constituído, segundo a lei brasileira, ou, segundo outras legislações, onde o mesmo tem o seu controle efetivo. De qualquer forma, distinguir este consórcio entre pessoas jurídicas de direito privado e, conseqüente, sob a legislação do país onde se efetuar o consórcio, da espécie de consórcio internacional, resultante de convenção entre Estados, e, portanto, com regime jurídico estabelecido na convenção internacional.

O exemplo de consórcio de 3.<sup>o</sup> grau, referido no n.<sup>o</sup> 62, seguinte, exemplifica a exposição supra, pois indica claramente uma entidade com sede em Turim, consorciando-se com entidade com domicílio em Belo Horizonte, constituindo uma sociedade de acordo com a lei brasileira, logo, típico consórcio de constituição nacional, apesar da nacionalidade diferente dos consorciados.

### MODELO DE CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIO DO 3.<sup>o</sup> GRAU

62. No particular de constituição de consórcio nacional de 3.<sup>o</sup> grau oferecemos um exemplo que é público, pois foi publicado em órgão oficial, para conhecimento geral. Por este exemplo, verifica-se no órgão oficial do Estado de Minas Gerais, de 10 de abril de 1973, como as partes efetivaram um consórcio para instalar a indústria de automóveis em Minas Gerais. Deram ao instrumento o nome de acordo de comunhão de interesses, mas, na realidade, é um simples pacto consorcial, isto é, o documento básico, na constituição de todo consórcio, pois aí estão especificados os deveres e direitos dos consorciados, e inclusive em suas relações com terceiros. Este documento básico é essencial nos três tipos de consórcio, isto é, de 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>o</sup> e 3.<sup>o</sup> grau.

No caso indicado, o consórcio é de 3.<sup>o</sup> grau, e, por isto, o pacto consorcial prevê uma sociedade por ações, cujo estatuto é dimensionado no contexto do pacto consorcial, sendo o texto integral do estatuto anexado ao pacto.

Pelo estatuto, como é comum em pactos consorciais semelhantes, é limitada a transferência de ações, a fim de não alterar o posicionamento inicial dos ele-

mentos consorciados, além de se dispor sobre a constituição da diretoria. No particular das ações com limitação de circulação (Cfr. Ascarelli, *Sui limiti statutari alle circolazione*, 321), e com assembleias especiais para abolir tais limites. (Cfr. Mignoli, *Le assemblee speciali*, 69).

Indicamos no n.º 29 os elementos básicos que devem constar do instrumento de pacto consorcial, e, como se vê do modelo supra referido, no art. 2.º, está o objeto do consórcio; no 3.º as bases do acordo; no 4.º, o investimento previsto, inclusive a forma de realização do capital da sociedade a ser criada (consórcio de 3.º grau); no 5.º, a manutenção da proporcionalidade e controle das ações; também no 5.º, a constituição da diretoria; no 6.º, obrigações recíprocas entre consorciados; no 8.º, o prazo de duração e a arbitragem para solução de controvérsias.

Com efeito, jurisprudência é rara em matéria de consórcio, especialmente por eleger a via de arbitragem. (Cfr. Franceschelli, *ob. cit.*, 209), mas há muita jurisprudência a respeito de consórcio sobre águas (Pacelli, *ob. cit.*, 485), na Itália, onde se justifica, pois existe mesmo um Tribunal de Águas.

A mesma raridade no caso de apuração de abuso do poder econômico, pois há a iniciativa e em geral encerramento na área administrativa, desta forma com absorção do tema nesta fase, salvo a hipótese legal brasileira de transferência à esfera judicial, quando houver necessidade de intervenção.

Vencida esta primeira etapa, entre os consorciados, e, se se tratar de consórcio de 3.º grau, então, o registro da sociedade se faz pela lei de regência do tipo societário estabelecido, isto é, ou a sociedade civil, ou a sociedade mercantil, e, entre estas, a de preferência é a estrutura da sociedade por ações, tudo segundo a legislação de regência do país onde ocorrer a constituição.

Costuma-se, no caso de consórcio de 1.º e 2.º graus, também registrar o pacto consorcial, só quando tem relações com terceiros, e, no caso de consórcio com atividade externa, pois seria dispensável no caso de atividade interna. Mas, neste ponto, podem ainda incidir regras de controle administrativo, e, então, se se tratar de consórcio que diga respeito a regime de produção, interferência no mercado, devem ser ouvidos, órgãos como as agências governamentais, no caso dos Estados Unidos, e, entre nós, limitadamente, as necessárias cautelas para prevenir iniciativa da CADE. Os tratadistas italianos entendem que são registráveis os consórcios de 2.º grau, com atividade externa e obviamente os de 3.º grau, ou consórcio-sociedade. (Cfr. Pavone La Rosa, *Le registro delle imprese*, 459; Ascarelli, *Lezioni di Diritto Commerciale*, 137).

No caso de constituição de consórcio internacional está evidente que será regido pela convenção internacional, que, se escolher a forma de estatuto societário, ou fixa regras específicas, ou remete à legislação nacional do lugar de constituição da pessoa jurídica consorcial, inclusive atendendo mais de uma legislação, no caso de entidade multinacional.

O projeto-de-lei de sociedade por ações, repetindo dispositivo do Decreto n.º 57.651, de 1966, prevê o arquivamento do contrato de consórcio e suas alterações no registro de comércio. (art. 288).

## VII. ITAIPU E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

### VARIAÇÕES SOBRE TRATADOS

63. Há quem defina o tratado como o instrumento escrito pelo qual dois ou mais Estados estabelecem ou declaram regras de direito internacional (Jones, *Full powers and ratification*, XI). Um autor já antigo sugere que seria tratado o acordo de dois ou mais Estados no sentido de constituir, regular e desfazer entre eles um vínculo jurídico. (Grasso, *Diritto Internazionale Pubblico*, 89).

As distinções e variantes de tratados são inúmeras, ao sabor dos autores. Assim, Grotius distinguiu entre tratados reguladores e tratados constitutivos, estes últimos com convenções obrigacionais fundadas no direito natural. De Martens prefere classificar os tratados como políticos e sociais, sendo esses últimos quando o Estado os concluem no interesse da sociedade, como interesses comerciais.

Como pondera Rousseau, as numerosas classificações de tratado, segundo o objeto, modo de execução, época de conclusão, âmbito de aplicação etc., todas carecem do valor científico (*Derecho Internacional Publico*, 25), o que, com outras palavras, já o antigo Grasso punha em destaque, quando assinalava que todas as distinções entre tratados só tinham importância como classificação.

### TRATADOS-LEIS E TRATADOS-CONTRATOS

64. Não obstante, uma coisa é certa e tem um valor de diferenciação muito nítido, que é entre os *tratados-leis* e os *tratados-contratos*. Fenwich chegaria mesmo a dizer que quando se formalizam tratados entre dois Estados, de certo constituem lei entre as partes, mas que não impõem obrigações a outros Estados, donde referir-se a Direito Internacional Particular, no caso de tratados que não são mais que contratos entre duas partes que contemplam seus interesses, como no caso de contratos privados celebrados entre duas partes (*Derecho Internacional*, 88), donde sua estreita analogia com os contratos privados dos indivíduos, prossegue, indicando que em si mesmos não constituem fonte de direito internacional, trazendo inclusive o magistério de Lauterpacht.

Enquanto isto, os tratados-leis, ou tratados normativos estabelecem regras de direito entre as partes (Rousseau, *ob. cit.*, 26), que em geral são tratados abertos, isto é, com a formal adesão de outros Estados (Monaco, *Diritto Internazionale Pubblico*, 66), como no caso da *União*, que se realiza mediante instrumento comum a vários Estados, através de acordo internacional, com adesões sucessivas.

Na disciplina do tema, Anzilotti prefere a terminologia de órgãos executivos coletivos, vendo neles duas categorias, isto é, órgãos colegiados ou comissões e órgãos burocráticos ou escritórios. No primeiro caso estão os estabelecimentos públicos, na terminologia, por exemplo de L'Huillier, como a Comissão do Reno, do Danúbio, e, no segundo caso, os órgãos burocráticos como a União Internacional

Postal, o escritório de proteção da propriedade industrial etc. (Anzilotti, Cours de Droit International, 310; L'Huillier, Droit International Public, 142).

Por outro lado, os tratados-contratos em geral são fechados, obrigando só as partes interessadas no ponto concreto definido. Mas, como pondera Verdross, na verdade, como os tratados e os negócios jurídicos entre Estados, mediante tratados-contratos, adotam a mesma forma, pode perfeitamente ocorrer que um mesmo tratado contenha disposições concretas de um negócio-jurídico (tratado-contrato) e disposições gerais, abstratas, de um tratado-lei. (Verdross, Derecho Internacional Publico, 92).

## POSICIONAMENTO DE ITAIPU

65. Ora, o tratado de Itaipu parece tangenciar uma posição mista sugerida por Verdross, pois ao mesmo tempo que contempla um fato concreto, como é o aproveitamento hidroelétrico designado, também fixa algumas regras abstratas, que poderiam ser catalogadas como tratado-normativo ou tratado-lei, ainda que, estritamente considerado, dentro de uma regra de interpretação restritiva, deva ser entendido como um tratado-contrato.

Ora, justamente porque é um tratado-contrato, fixando dados concretos de interesse de dois Estados, quando unem seus esforços para atingir um resultado comum, sob este aspecto o tratado-contrato poderia descortinar o campo de um consórcio internacional de Estados, no campo de um Direito Econômico Internacional, de vez que as partes firmam princípios que regerão suas atividades e, poderão torná-los efetivos por intermédio de uma entidade com personalidade jurídica, como empresa pública.

No caso de Itaipu, então, vemos como dois Estados prometem juntar seus esforços para um fim determinado e, como instrumento desta efetivação, criam uma pessoa jurídica sob forma de sociedade por ações, numa típica manifestação de consórcio de terceiro grau.

Dentro deste quadro, Itaipu poderia tangenciar com uma empresa comum, oriunda de um tratado-contrato, onde dois Estados se associaram para obtenção de um resultado determinado, e, de um ponto de vista lato e sob abordagem de forma, não passa de um consórcio internacional público, de terceiro grau, através de uma sociedade destinada a efetivar o objetivo dos associados.

Sob esta abordagem, portanto, a sociedade designada por Itaipu Binacional, parcial e muito limitadamente tangenciaria com o modelo de uma empresa comum, de dois Estados, associados por tratado-contrato, pelo que visam alcançar resultados de interesse mútuo, em particular de um aproveitamento hidroelétrico determinado, utilizando para este objetivo um instrumento definido sob forma societária.

Mas, em interpretação estrita, o tratado entre o Brasil e o Paraguay, que constitui um tratado-contrato, fez surgir uma sociedade binacional, sob a forma de uma empresa pública, estruturada como sociedade por ações. É, ao mesmo tempo, multinacional (bi) e internacional. (Vide n.º 49, supra).

## TERRITÓRIO E MOEDA COMUNS

66. O prof. Miguel Reale, que participou ativamente, com sua experiência jurídica, nos entendimentos sobre Itaipu, depõe que Itaipu é uma empresa pública, para realização de uma obra em condomínio, com preservação das soberanias dos condôminos, com trasladação de um modelo jurídico do Direito Administrativo Interno, sobre empresa pública, para o âmbito do Direito Internacional, tanto assim que, durante a construção da usina constituir-se-á um território comum.

Avança ainda Reale no sentido de que Itaipu surge como "entidade internacional de natureza empresária", pois, apesar de constituída pela Eletrobrás e Ande, na realidade nenhuma alteração podem fazer na nova entidade sem autorização prévia dos governos do Brasil e Paraguay. Por fim, pondera Reale a existência de um aspecto comunitário na estrutura jurídica delineada para Itaipu. (Cfr. Reale, A estrutura jurídica de Itaipu, in Problemas Brasileiros, agosto 74, 6 e seguintes).

Em resumo, na interpretação de Reale, trata-se de empresa pública, operando num território de Itaipu, com relações comunitárias, de acordo com estatuto, sob amparo de tratado, e constituída uma moeda de referência entre as partes contratantes para realização de obra em condomínio.

## ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO

67. O tratado foi assinado em Brasília, em 26 de abril de 1973 e aprovado, no Brasil, pelo decreto legislativo 23, de 30 de maio de 1973, havendo troca de instrumentos de ratificação a 13 de agosto de 1973, pelo que, pelo decreto federal n.º 72.707, de 28 de agosto de 1973, foi publicada a íntegra do tratado e os estatutos de Itaipu, para que fossem executados e cumpridos inteiramente no território nacional. Vários atos posteriores já se seguiram, como o instrumento sobre efetivação do regime trabalhista e de previdência social, o regime tributário previsto pelo artigo XII, do Tratado, e repetido por portaria do Ministério da Fazenda, para os fins legais, bem como decreto que autoriza a Eletrobrás a promover desapropriação para as obras de Itaipu.

Ora, pelo exame do Tratado e seus anexos efetivamente verifica-se que é possível considerar Itaipu como uma sociedade internacional, pois criada por tratado, mas, só limitadamente de direito comunitário, pois o tratado é expresso em que se aplicarão as legislações de cada país, com relação às pessoas jurídicas ou físicas, brasileiras e paraguaias, com toda a extensão e alcance dos artigos 19 e 21 do Tratado. Assim, não há um ordenamento jurídico internacional, criado pelo Tratado, mas, por esta via regulou-se o princípio estatutário do direito nacional, em cada jurisdição específica, a seus nacionais.

Com esta mecânica, de algum modo aflora a teoria dos estatutos, dos inícios do Direito Internacional, e só muito limitadamente se pode falar em direito comunitário, que se tem entendido como uma suavização das soberanias, dentro de um

direito novo, enquanto que em Itaipu, o direito nacional soberano permanece resistente e intocável.

É certo que Itaipu pode ser considerada como empresa pública, num conceito lato, de vez que constituída por entidades jurisdicionadas aos governos contratantes, ainda que, possa oferecer forma de sociedade comercial, como é o caso da Eletrobrás. Não se afina, em toda extensão, com o modelo federal brasileiro dos decretos-leis n.ºs 200 e 900, mas Itaipu seria, por consequência do Tratado que a constituiu, exatamente aquela empresa que irrompe de lei, e nenhuma melhor lei que um tratado ratificado.

### CONTROLE BIPARTIDO

68. Quanto a sede duplicada, trata-se de criação jurídica pouco comum, pois, do ponto de vista lógico e pela razão natural não poderiam existir duas sedes, todavia o tratado, que é lei, criou uma figura de desempenho muito peculiar, e não sem afinidades na experiência jurídica estrangeira.

Com efeito, a fim de delimitar questões tributárias a House of Lords teve oportunidade de, em diferentes casos, examinar o problema de residência e domicílio. Diz-se que é residência da sociedade, em direito inglês, onde está o controle, e domicílio, onde foi constituída. Ora, com essas premissas, no caso *Swedish Central v. Thompson*, lord Atkinson dizia que era "quite impossible according to the ordinary use of language, that the central control and management of a company can abide in two or more different and separates places". Enquanto isto, lord Cave votou no sentido de que "the central control and management of a company may be divided", e a House of Lords assim decidiu no caso *supra*, mas negou essa dualidade no caso *Egyptian Delta v. Todd* (Cfr. *Cheshire, International Privat Law*, 198), e não falta voz doutrinária e não concordante em que a corporação comercial tenha mais de um domicílio, ainda que, do ponto de vista da competência, entenda que a sucursal em outro país possa af responder por suas relações com terceiros. (Cfr. *Pasquale Fiore, Derecho Internacional Privado*, II n.º 418).

### AFINIDADES COMPARATIVAS

69. Por outro lado, como observa Grassmann, há decisão de tribunal alemão que admitiu como válida assembléia geral de sociedade alemã realizada em Viena, (Grassmann, *System des International en Gesellschaftsrecht*, 178). E conquanto o lugar da assembléia seja o da sede, se o estatuto estabelecer outro local, não é vetado pela lei alemã. (Cfr. Grassmann, *ob. cit.*, 178; Möhring, *Aktiengesellschaft*, I, 20, 356). Mas, ainda vai além, a prática alemã, pois não só admite assembléias gerais de sociedades alemãs no exterior, como também permite o de sociedades estrangeiras na Alemanha. (Grassmann, *ob. cit.*, 182), e semelhantemente expõe Demogene (Sirey, 1908, 2.178).

Nos Estados Unidos essas assembleias também são possíveis, fora da sede, se a lei do lugar da constituição não vedar. (Restatement, Conflict, 7, § 163, American Law Institute). Romano Pavoni compreende como regular a assembleia em lugar diferente da sede, porém, presentes todos os titulares de direito. (Le deliberazione delle assemblee, 165).

Ora, no momento em que a sociedade se reúne em assembleia geral, aí está seu controle provisório, logo, o seu comando em outro lugar além da sede de constituição.

Nesta ordem de experiência e exemplos, então, a circunstância de Itaipu ter dois locais de controle, como sede, já não é uma iniciativa sem paragonáveis afinidades.

### INTENSIDADE DE EXTRA-TERRITORIALIDADE

70. O sistema da lei pessoal, que veio com a queda do Império Romano, desenvolveu-se desde o século VI ao X, e conheceu do século XII até mesmo ao XVIII, muitos juristas estatutistas, com suas pesquisas para distinguir entre estatuto pessoal e real. O sistema era tão comum que o arcebispo Agobardo (um dos líderes do grupo que levantou o princípio jurídico de que recebendo o papa a autoridade do príncipe dos apóstolos, não poderia ser julgado por ninguém, cfr. Schwaiger, *Geschichte der Papste*, 99) dizia, em Lyon nos princípios do século IX, ser usual em uma mesa estarem sentadas várias pessoas de uma mesma região e cada uma com uma lei diferente. (Savigny, *The conflict of Law*, I, c.3). Nesta generalidade, todavia, pondera Cheshire, que eram universais as leis canônicas e criminais, em sua aplicação. (Cheshire, *Private International Law*, 22). A verdade é que a teoria dos estatutos foi abandonada (Almachio Diniz, *Direito Internacional Privado*, 30), por falta de base científica, adverte Cheshire, mas, note-se bem, observa Rodrigo Otávio, que o sistema medieval da personalidade é fundamentalmente diverso do da personalidade do Direito Internacional Privado moderno. (Rodrigo Otávio, *Direito Internacional Privado*, 50-51).

Assim, enquanto no sistema medieval, leis diversas eram aplicadas aos habitantes do mesmo Estado, desde que esses habitantes tivessem origem diversa, ao contrário, pelo Direito Internacional Privado atual, a personalidade decorre de uma extra-territorialidade da lei nacional, que, em certa medida, acompanha os seus nacionais.

Ora, no caso de Itaipu a regra básica é de extra-territorialidade da lei, o que, do ponto de vista de técnica jurídica, é adequado e correto, mas, a generalidade do artigo XXI, do Tratado, por exemplo, reflete tão elevada intensidade de extra-territorialidade da lei, aderida em plenitude aos seus nacionais, que faz relembrar o princípio estatutário, e não facilita uma floração de direito comunitário.

Com efeito, pela lei de introdução ao Código Civil, admite-se a lei da nacionalidade, por exemplo, nos casos de começo e fim da personalidade, nome, capacidade, direitos de família, mas, no particular de obrigações, a lei é a do lugar onde se constituírem, em tese, enquanto que, nas relações oriundas do tratado em

consideração, dilata-se aquela incidência a todos os nacionais dos dois países contratantes, porém, em seguida territorializa-se a lei com referência a pessoas de outra nacionalidade.

Todavia, no contexto do sistema e pelos imperativos da conjuntura, é evidente que, na angustura da negociação de um tratado, não se poderia ter alcançado outro resultado, cujo componente básico é constituído do misterioso elemento denominado tempo, e suas projeções.

## JURISDIÇÃO E IMUNIDADE

71. Outro tema expresso no tratado é o referente a jurisdição, a qual, no particular do direito internacional não se confunde com jurisdição e competência no direito civil ou interno, diz Fiore, pois no direito internacional visa estabelecer competência das diversas soberanias sobre questões civis e comerciais, enquanto que no direito interno é somente matéria de atribuição a tribunais de julgamento desta ou daquela matéria determinada. (Cfr. *Derecho Internacional Publico*, I, n.º 417). Deve-se anotar que o tema de imunidade de jurisdição, mesmo no direito internacional, a regra não é absoluta, pois vemos, por exemplo, a Conferência de Viena, de 1963, sobre responsabilidade civil por danos nucleares, não excluir entidades governamentais que operem equipamentos atômicos sob fundamento de imunidade de jurisdição. (Cfr. *Atomic Energy Law Journal*, Winter 1975, 335).

No caso objetivo de aplicação entre nós, de regra sobre jurisdição, vale a pena indicar decisão recente do Supremo Tribunal Federal, que, em tribunal pleno, em 4 de abril de 1974, reconhecia que no caso de imunidade de jurisdição, ou isenção de jurisdição, pessoas físicas ou jurídicas escapam tanto à jurisdição civil como penal do Estado onde se encontram, ao acolher, em ação rescisória, a imunidade de jurisdição do Comitê Intergovernamental para Migrações Europeias (CIME), com sede em Genebra. (A.R. 909, *Rev. Trim. Jurisp.* — 70/10 — 35).

Por outro lado, também o TFR oferece uma contribuição processual no particular de imunidade de jurisdição, que é a hipótese da entidade sob essa colocação participar de feito, como um ajuizamento de ação de consignação, então, o tribunal entendeu que houve renúncia da imunidade pelo ajuizamento da ação. (Apel. Cível 33.117, julgamento unânime de 13 de maio de 1974, in *Revista do TFR*, n.º 45, março de 1975, pág. 153).

A interpretação de uma renúncia tácita, pelo ajuizamento, é bastante audaz, pois, então, o erro de procurador, no encaminhamento processual, teria força de reverter e suspender regra de Direito Internacional Público, quer geral, ou particular, decorrente de convenções.

Sobre imunidade de jurisdição, a cobertura da doutrina brasileira, in Hildebrando Acioly, *Direito Internacional Público*, 45; Luiz Faro Júnior, *Direito Público Internacional*, 95).

Diante do pressuposto, as regras do Tratado nem sequer constituem tema novo no direito local, logo, defensáveis os pontos nele estabelecidos, ainda mais depois de percorrida toda a tramitação de sua validade, para sua aplicação.

## IMANÊNCIA CONSORCIAL

72. Ora, que se pode concluir de toda a exposição supra, combinando-se o exame geral procedido e a abordagem especial sobre Itaipu? A única conclusão que nos parece adequada é a da natureza jurídica consorcial de Itaipu. Será fácil a montagem dos parâmetros de apoio, pois vemos nitidamente que Itaipu resulta de um tratado-contrato, do qual consta um apêndice um estatuto de sociedade por ações. Ora, na hipótese de consórcio, igualmente não se dispensa o pacto consorcial (*patto consortili*, dizem os Italianos) que é contemporâneo dos estatutos da sociedade, se se escolher um consórcio de 3.º grau.

No caso de Itaipu, o estatuto e o tratado estabelecem regras a princípios que devem ser observados pelas partes associadas, e a própria estrutura societária escolhida foge do esquema ortodoxo da mesma. Ora, não é outro o procedimento no caso de consórcio de 3.º grau, até com indicação de diretores, limitação de circulação de ações etc., posicionamento porventura igualitário de controle por parte dos sócios, como de idêntica maneira o estatuto de Itaipu, como *joint-venture* internacional de tipo 50/50, ou o caso do consórcio dos países escandinavos com sua companhia aérea para linhas internacionais.

No consórcio, os consorciados não perdem sua autonomia, e no caso de Itaipu o tema foi particularmente acentuado pela manutenção da legislação de cada associado intocável, até acompanhando aos seus nacionais, e exacerbado no regime de duas sedes.

Não se pode fugir à conclusão da imanente natureza jurídica consorcial de Itaipu, como consórcio internacional, resultante da cooperação e associação entre Estados, com alicerce operativo de uma sociedade por ações, que bem se ajusta como uma empresa pública, apresentando estrutura peculiar e sincronizada com o pacto consorcial representado pelo tratado-contrato de Itaipu.

