PARECERES

ITAIPU BINACIONAL: SEU CARÁTER JURÍDICO E SEU ORDENAMENTO JURÍDICO

O ilustre colega Dr. JOÃO BONIFÁCIO CABRAL JÚNIOR, DD. Diretor Jurídico da ITAIPU Binacional, encaminhou-me a seguinte

“Consulta

A entidade binacional ITAIPU foi criada pelo Tratado Brasil-Paraguai, de 26 de abril de 1973, também conhecido como Tratado de Itaipu, tendo como finalidade realizar o 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 Iguaçu, segundo os arts. I e III do Tratado (vide ANEXO I).

A natureza jurídica da ITAIPU tem merecido diversos estudos e manifestações de juristas, órgãos e tribunais, sendo posição cogente no âmbito da Administração Pública Federal que seu arquétipo legal está situado na esfera do Direito Internacional Público, como se vê pelos pareceres oferecidos (vide ANEXO II).

Os artigos III do Tratado e 3º do Anexo ‘A’ do Tratado estabelecem que, ‘*verbis*’:

Tratado:

‘Artigo III

As Altas Partes Contratantes criam, em igualdade de direitos e obrigações, uma entidade binacional denominada ITAIPU, com a finalidade de realizar o aproveitamento hidrelétrico a que se refere o Artigo I.

§ 1º A ITAIPU será constituída pela ELEKTROBRÁS e pela ANDE, com igual participação no capital, e reger-se-á pelas normas estabelecidas no presente Tratado, no Esta-

tuto que constitui seu Anexo A e nos demais Anexos’.

Anexo A (Estatuto da ITAIPU):

‘Artigo 3º

A ITAIPU reger-se-á pelas normas estabelecidas no Tratado de 26 de abril de 1973, no presente Estatuto e nos demais Anexos’.

Nesse sentido, desde sua criação tem-se reconhecido à ITAIPU regência pelas disposições do Tratado (lei especial) ou demais atos bilaterais brasileiro-paraguaios dele derivados, aplicando-se a legislação interna de um ou outro País (reenvio) apenas nos casos previstos no Tratado. A esse respeito, aluda-se novamente as manifestações reunidas no ANEXO II.

O art. XX do mesmo diploma, em razão desse quadro *sui generis*, previu que fossem celebrados atos adicionais ao Tratado para reger diversos aspectos da Entidade e de seu funcionamento. Nesse sentido, as relações de trabalho da ITAIPU são regidas pela ‘*lei especial*’ representada pelo Protocolo sobre Relações de Trabalho e Previdência Social (vide ANEXO III).

Desde a criação da ITAIPU sempre se interpretou que o art. XIX do Tratado, que estabelece a aplicação (reenvio) de uma ou outra lei nacional, ‘*observadas as disposições do Tratado e seus Anexos*’, se referia às relações jurídicas de cunho privado mantidas por ITAIPU com seus fornecedores, até em razão do teor do parágrafo único do citado art. XIX.

Entretanto, em duas ocasiões conhecidas, o TRF-4ª Região e o STJ interpretaram o art. XIX do Tratado de forma a considerar apli-

cável à ITAIPU o antigo Decreto-lei nº 2.300/86. (ANEXO IV).

Esclareça-se que, em razão do art. 28 do Anexo 'A' do Tratado e do Regimento Interno da ITAIPU (ANEXO V), as licitações e contratações da ITAIPU, em sintonia com o Parecer nº GQ-16/94, da Advocacia-Geral da União, são regidas pela Norma Geral de Licitação (NGL), aprovada pelo Conselho de Administração da Entidade, composto por igual número de Conselheiros brasileiros e paraguaios, nomeados pelos respectivos Presidentes da República.

Mas, nessas duas decisões (TRF — 4ª Região e STJ) a equivocada aplicação do Decreto-lei nº 2.300/86, em lugar na NGL, não ensejou maiores preocupações, já que o efeito final prático teria sido o mesmo, isto é, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, na forma da cláusula '*rebus sic stantibus*' ou da teoria da imprevisão, porquanto é instituto admitido no Direito Privado brasileiro e paraguaio.

Recentemente, porém, a MM. Juíza Federal da 1ª Vara de Foz de Iguaçu concedeu antecipação de tutela em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, no sentido de, com base no art. XIX do Tratado, e invocando as duas decisões judiciais citadas acima, considerar aplicável à ITAIPU — no pertinente ao empreendimento Usina Hidrelétrica de Itaipu, implantado em condomínio indiviso e indivisível, nos territórios do Brasil e do Paraguai, para aproveitamento das águas internacionais do Rio Paraná, compartilhadas por ambos os Países — a legislação ambiental brasileira, inclusive para o efeito de realização de EIA/RIMA e da obrigatoriedade de obtenção de Licença de Operação.

Essa decisão inspira preocupações a Administração da ITAIPU — que tem o dever legal de '*cumprir e fazer cumprir o Tratado*' — ante os possíveis efeitos que tal linha de entendimento poderá acarretar à operação da Usina Hidrelétrica de Itaipu, responsável pelo suprimento, ao Brasil e ao Paraguai, de substancial parcela de energia elétrica de que necessitam esses países, aos quais cabe, nos termos do Tratado, metade da energia gerada pelo complexo hidrelétrico, considerando-se,

inclusive, a possibilidade de atos de reciprocidade por parte do País-irmão.

Em nova iniciativa, o Ministério Público Federal vem de ajuizar outra ação civil pública, também com o pedido de antecipação de tutela (ainda não deferida), visando, agora, à proibição de novas contratações de empregados pelo Diretor-Geral Brasileiro — que é a autoridade competente para fazê-lo, nos termos do art. 17 do Estatuto e do art. 58 do Regimento Interno da ITAIPU. Postula-se, ao mesmo tempo, a demissão, no prazo de até um ano (ou, excepcionalmente, de até dois, para o pessoal da área técnica de altíssima especialização), dos empregados que a ITAIPU admitiu a partir de 1985, desde quando data a primeira das contratações — vale dizer, de todo o seu quadro funcional. São mais de 1.400 empregados, o que dá bem a medida das preocupações da Diretoria Executiva.

Tendo em linha de consideração os fatos expostos, solicita-se a emissão de parecer sobre a configuração jurídica da Entidade Binacional ITAIPU, incluindo, além de outras análises que o notório descortino de V.Sa. entender cabíveis, explanação sobre o ordenamento legal a que está sujeita à referida empresa para o exercício das atividades necessárias ao cumprimento dos objetivos definidos no Tratado firmado entre o Brasil e o Paraguai em 26.04.73, e, bem assim, resposta às seguintes indagações:

1) Considerando que a criação da Entidade Binacional ITAIPU teve por objeto prover o suprimento de energia elétrica requerida por substancial parcela dos mercados brasileiro e paraguaio, o Tratado celebrado em 26.04.73 entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai (Tratado de Itaipu) pode ser entendido com ato de soberania praticado pelos mencionados países?

2) Considerando que o Tratado de Itaipu foi celebrado sob a égide da Constituição Federal de 1967, com as alterações inseridas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, é lícito afirmar-se que tal acordo internacional foi recepcionado pelo ordenamento constitucional instituído em 1988, inclusive no que tange ao contido no art. 4º da Constituição Federal de 1988?

3) Para efeito de aplicação do conjunto de princípios e normas insculpidas no art. 37 da Constituição Federal de 1988, integra a Entidade Binacional ITAIPU a administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União? Pede-se desenvolver, também, a resposta em face da Carta Política anterior.

4) Considerando o disposto no art. XIX do Tratado de Itaipu, especialmente na parte final de seu 'caput', e em seu parágrafo único, aplica-se à ITAIPU a legislação brasileira ('reenvio') relativa às relações jurídicas de Direito Público ou apenas a legislação brasileira relativa às relações jurídicas de Direito Privado mantidas por ITAIPU com seus fornecedores de obras e serviços?

5) Considerando o disposto no art. XIX do Tratado de Itaipu, especialmente na parte final de seu 'caput', e em seu parágrafo único, aplica-se à ITAIPU ('reenvio') a legislação brasileira ambiental, inclusive quanto à exigência de EIA/RIMA, Licença de Operação etc.? Ou as eventuais novas medidas de proteção ao meio ambiente na área de influência da Usina Hidrelétrica de Itaipu, e da área internacional da Bacia do Rio Paraná, além daquelas já concertadas através dos Tratados da Bacia do Prata (Brasília, 23.4.1969), Declaração sobre o Aproveitamento de Rios Internacionais (Assunção, 3.6.1971) e Acordo Tripartite (19.1.1979), também dependeriam de acordo formal entre os Países interessados?

6) Considerando que a parte final do artigo XIX do Tratado consigna que, nas questões com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à jurisdição brasileira ou paraguaia, '*cada Alta Parte Contratante aplicará sua própria legislação, tendo em conta as disposições do presente Tratado e de seus Anexos*', pergunta-se-lhe ainda:

a) haja vista que a legislação nacional de cada País será aplicada tendo em conta as disposições do Tratado e de seus Anexos, isso significa dizer que tal legislação incidirá subsidiariamente, com prevalência do Tratado e de seus Anexos, em caso de conflito com as disposições destes?

b) qual é a '*própria legislação*' de cada Alta Parte Contratante a que se refere o Tratado, a saber: i) toda a legislação; ii) ou somente a de direito privado, com especial exclusão de

aplicação das normas de direito público ou administrativo (como a relativa a licitações e contratos)?, porquanto a ITAIPU não é nem pode ser confundida com um dos entes de Direito Público interno sujeitos à regência, estabelecida para a Administração Pública direta e indireta brasileira ou paraguaia.

c) o princípio da 'responsabilidade objetiva' das pessoas jurídicas de direito público, insculpido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal brasileira aplica-se à ITAIPU?

7) Considerando a solução preconizada pelo art. 28 do Estatuto (Anexo A do Tratado de Itaipu) e pelo Capítulo XXIV (arts. 67 a 74) do Regimento Interno, a ITAIPU está sujeita, para a contratação de serviços e obras, aquisição e alienação de bens, à legislação do Brasil ou do Paraguai pertinentes à matéria?

8) Considerando, finalmente, o exposto nesta consulta e, em especial nos quesitos nos 4, 5 e 6 e respectivas respostas, seria lícito concluir-se que uma decisão judicial — tal como as anteriormente referidas — que entendesse estar a Entidade Binacional ITAIPU sujeita às normas aplicáveis aos entes que compõem a Administração Pública Brasileira, não obstante o contido no art. XIX do Tratado celebrado em 26.04.73 entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, estaria questionando a constitucionalidade desse dispositivo do Tratado?"

Parecer

[posição da questão]

01. O encaminhamento das soluções a serem conferidas aos quesitos propostos na consulta reclama o tratamento de distintas matérias — [i] o caráter jurídico da ITAIPU Binacional; [II] a caracterização do Rio Paraná como rio de águas internacionais (transfronteiriço); [iii] conflito entre normas de Direito Internacional e de Direito Interno; [iv] a questão do "reenvio"; [v] recepção do Tratado de Itaipu pela Constituição de 1988; [vi] ainda o caráter jurídico da ITAIPU BINACIONAL: responsabilidade objetiva e contratação de empregados, serviços e obras e aquisição e alienação de bens; [vii] o sistema de proteção ambiental no Direito Internacional e no Brasil

— os princípios postos na Declaração do Rio, de 1992, os princípios constitucionais brasileiros e o sistema legal infraconstitucional — das quais passo a cogitar de modo apartado.

[o caráter jurídico da ITAIPU Binacional]

02. — Em 1972, Miguel Reale — como ele próprio relata em conferência dois anos após pronunciada na Federação do Comércio de São Paulo¹. — foi instado pelo então Ministro das Relações Exteriores do Brasil a manifestar-se sobre anteprojeto de tratado que viria a ser celebrado entre o Brasil e o Paraguai, tendo então elaborado substitutivo na parte dele referente à estrutura jurídica da empresa ITAIPU Binacional.

Entre as afirmações por ele feitas durante essa conferência, uma é suficientemente expressiva do caráter jurídico assumido pela ITAIPU Binacional.

Diz ele²: “Haverá, pois, no ‘território de Itaipu’, tomado este termo em todo o peso do seu significado técnico-jurídico, uma *comunidade* regida por um Direito próprio, embora reflexo natural do Direito de cada um dos signatários do Tratado”, observando tratar-se, aí, de uma “territorialidade *sui generis*”³.

03. — Encontro a melhor explicação para essa afirmação em Carl Schmitt⁴, para quem o *nomos* da terra é o princípio normativo fundante que dá sentido e ordem ao sistema jurídico e político e que, desse modo, o legítima. Apoiado sobre ele — o *nomos da terra* — cada Estado afirma-se como soberano na comunidade internacional [plano do Direito In-

ternacional], na qual coexiste com outros Estados em situação de paridade.

O *território* e a *cidadania* são elementos essenciais da *soberania* — o Estado é o “*ente territorial soberano*” ou a “*organização jurídica e política de um povo*”.

A *terra*, para Carl Schmitt⁵, é definida, na linguagem mítica, como a *mãe do direito* e “o direito é unidade de ordenamento e determinação de território”. Daí ser, o Estado, soberania no espaço de um determinado território.

04. — O “território de Itaipu” — no qual “será livre o trânsito de pessoas que estejam prestando serviços à ITAIPU, assim como o dos bens destinados à mesma ou a pessoas físicas ou jurídicas por ela contratadas”⁶ — não atua como princípio normativo fundante de um Estado soberano, porém de uma ordem jurídica especial, no bojo da qual a ITAIPU Binacional comparece como pessoa jurídica pública de caráter internacional⁷.

Insisto neste ponto: a ITAIPU Binacional é empresa pública internacional, criada no bojo de um tratado celebrado entre o Brasil e o Paraguai, voltada à exploração de um bem público em relação ao qual, como veremos adiante, os dois Estados atuam como “condôminos”. Esse tratado, de resto, foi celebrado pelos dois Estados no pleno exercício de suas soberanias. Trata-se, portanto, a ITAIPU Binacional, de pessoa jurídica de direito internacional, razão pela qual somente se lhe aplicam as normas estabelecidas no Tratado e atos de sua constituição.

05. — No mesmo sentido está alinhado o entendimento de Luiz Rafael Mayer, então

1 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 4 de julho de 1974, Disponível em: <http://www.itaipu.gov.br>

2 Ob. cit.

3 Idem.

4 *Der Nomos der Erde*, Greven Verlag, Köln, 1950, p. 47 e ss.

5 Ob. cit., p. 11.

6 Cf. o § 3º do artigo XVII do Tratado de 26 de abril de 1973.

7 Neste sentido, Miguel Reale, ob. cit.

Consultor Geral da República, exposto no parecer L-208, aprovado em 17 de outubro de 1978 pelo Presidente da República. Dada a importância dessa manifestação, justifica-se a transcrição de pequeno trecho seu¹:

“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”.

A compreensão de que o rio Paraná é rio de águas internacionais transfronteiriço permitirá o pleno discernimento disso.

[a caracterização do Rio Paraná como rio de águas internacionais (transfronteiriço)]

06. — A Usina Hidrelétrica de Itaipu é um empreendimento instalado no Rio Paraná que, no trecho em questão, configura um curso d'água transfronteiriço. O vocábulo é aqui usado na acepção a ele conferida pela Convenção sobre a Proteção e Utilização de Cursos d'Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais, celebrada em 17 de março de 1992 em Helsinque, uma vez que divide os territórios de Brasil e Paraguai.

07. — Mais ainda: porque integrante da Bacia do Rio da Prata, compartilhada por Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai, o rio Paraná recebe proteção especial, de caráter internacional. Suas águas formam o Rio

da Prata, compartilhado por Brasil, Argentina e Uruguai. Assim, outros rios dessa bacia hidrográfica estão marcados pela mesma peculiaridade. Por essa razão, em 23 de abril de 1969 esses países celebraram o Tratado da Bacia do Prata, que foi ratificado pelo Brasil em 19 de agosto de 1970².

As partes signatárias nele se comprometeram à preservação do meio ambiente e ao uso racional das águas³. Embora a ela se referindo de forma genérica, o Tratado deu origem a instrumentos de efetiva proteção do meio ambiente dos rios pertencentes àquela bacia.

08. — Refiro-me aos entes criados para a consecução do quanto proposto no Tratado. Aqui, no quanto diretamente respeita ao objeto da presente exposição, importa considerarmos o Comitê Intergovernamental Coordenador da Bacia do Prata (CIC), com sede em Buenos Aires.

Cabe ao CIC promover a consecução, entre outros objetivos, dos previstos nas alíneas *a* e *b* do parágrafo único do artigo I do Tratado, que respeitam [i] à utilização racional do recurso água e [ii] à preservação e ao fomento da vida animal e vegetal.

Visando à consecução desses dois objetivos, o CIC estabeleceu as prioridades a serem adotadas e definiu, em 1987, o Programa de Ações Concretas (PAC).

O Programa de Ações Concretas compreende dez projetos, abrangendo cinco áreas, duas das quais referentes ao meio ambiente: [i] o controle de qualidade de águas da Bacia e [ii] a conservação de solos.

09. — Na esteira do Tratado da Bacia do Prata foi celebrado, em 26 de abril de 1973, o Tratado de Itaipu, entre o Brasil e o Paraguai. Ciosos de suas obrigações para com os demais signatários do Tratado da Bacia do Prata, Brasil e Paraguai destacaram no texto do Tratado de Itaipu que o Rio Paraná é “rio em condomínio entre os dois países”, uma

1 in RDP 49-50, p. 110.

2 Decreto n. 67.084/70.

3 Artigo 1, parágrafo único, alíneas *b* e *e* do Tratado.

vez que serve de fronteira a ambos e suas águas, internacionais, tocam aos dois, sem que pertençam, isoladamente, a um ou outro deles.

Essa definição, note-se bem, ilumina o debate travado em torno do caráter jurídico da ITAIPU Binacional: o Brasil, no pleno exercício de sua soberania, afirmou o entendimento — aliás inafastável — de que as águas do Rio Paraná, águas internacionais porque transfronteiriças, são *condominiais*, enquanto bem público brasileiro e paraguaio, no trecho no qual implantado o empreendimento de que cogitamos.

10. — Bem a propósito, GUIDO FERNANDO SILVA SOARES¹, tratando não apenas da caracterização das águas transfronteiriças, mas também destas, observa que “dentro da óptica do Direito Internacional do Meio Ambiente, modernamente, um rio, e toda fonte de água doce, como lagos, lençóis freáticos, águas de geleiras, cabem dentro de um conceito mais amplo, estreitamente correlacionado à definição de ‘recurso natural compartilhado’ (passível de ser incluído no conceito polêmico de *bacia integrada*), que compreende inclusive as águas subterrâneas, e não unicamente a realidade de um único rio, levando em consideração, com prioridade, a questão da poluição do meio aquático”.

A expressão *recurso natural compartilhado* está refletida, no Tratado de Itaipu, na alusão a *rio em condomínio*.

11. — Disso resulta uma conclusão única: o chamado “território de Itaipu” não é território exclusivamente nacional brasileiro².

Em que pese estabelecer, o artigo 20, III da Constituição do Brasil, serem bens da União, entre outros, “os lagos, os rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio,

ou que banhem mais de um Estado, *sirvam de limites com outros países*, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”³, o fato é que o texto constitucional se refere às relações internas no Estado brasileiro, sem prejuízo, contudo, da *co-propriedade*, das águas de que se cuida, detida pelos Estados fronteiriços.

[conflito entre normas de Direito Internacional e de Direito Interno]

12. — A construção doutrinária atinente ao conflito entre normas de Direito Internacional e normas de Direito Interno encontra-se em regra limitada a conjecturas sobre hipóteses nas quais a disposição de âmbito internacional estabelece normas de conduta para o Estado que a ela aderiu, ou dela é signatário; normas que, quando internalizadas, possam entrar em conflito com regras internas voltadas à regulação das relações sociais.

Ocorre que, no caso que ora tenho sob meu exame, não se discute potencial conflito entre regra de Direito Internacional e regra de Direito Interno: o “território de Itaipu” é área *sui generis*, *condominal*, caracterizada como internacional [ou transfronteiriça] pelo Direito Internacional. Trata-se, pois, de área *não* sujeita, de modo absoluto, às regras do Direito Interno.

Supor ou imaginar o contrário, isso significaria ferir de morte a soberania do Estado Paraguaio, que também detém — e assim tem de ser — os mesmos direitos de que se pode valer o Estado Brasileiro em relação às águas transfronteiriças do Rio Paraná⁴.

1 *Direito Internacional do Meio Ambiente — Emergência, Obrigações e Responsabilidades*, São Paulo, Atlas, 2001, pp. 110-11.

2 Insisto, contudo, na afirmação que fiz anteriormente: o “território de Itaipu” não atua como princípio normativo fundante de um Estado soberano, porém de uma ordem jurídica especial, no bojo da qual a ITAIPU Binacional comparece como pessoa jurídica pública de caráter internacional.

3 O destaque não consta do original.

4 Recorro, neste passo, à exposição de Guido Fernando Silva Soares, ob. cit., pp. 240-241: “A concepção

13. — Vê-se bem, destarte, que não estamos, no caso, diante de qualquer dos exemplos clássicos considerados pela doutrina e dos quais, em ocasiões anteriores, ocupou-se o Poder Judiciário brasileiro. Não se trata, aqui, de debater conflito, no âmbito do terri-

tório nacional e para efeito de aplicação interna, entre um princípio ou regra de caráter internacional e princípio ou regra de direito interno que discipline determinada matéria. Trata-se, ao revés, de situação de primazia de regra de Direito Internacional, em território

clássica de rio internacional como realidade coisificada residia, ademais, tal qual nas concepções tradicionais da propriedade dominantes nos direitos internos dos Estados, num conceito de *jus utendi, fruendi et abutendi* (direito de usar, gozar e abusar) do rio, portanto direitos soberanos dos Estados, oponíveis *erga omnes*, e que somente sofreriam restrições quando advindas das normas do Direito Internacional. Ora, tem-se insistido em que tal visão de um direito de meras permissividades conferidas aos Estados, tradicionalmente atribuído ao Direito Internacional, tem sido substituída por um direito composto igualmente de deveres de cooperação. E, no caso das águas doces internacionais, tal substituição foi não só um imperativo de equidade, mas também uma necessidade de prática, decorrente dos fatos. Se um Estado ribeirinho a montante tinha suas desvantagens quanto a um Estado a jusante e próximo da foz de um rio dito internacional, no que se referia à navegabilidade internacional, passou a ter vantagens, pois poderia utilizar o rio como bem entendesse, inclusive dele se servindo como um vetor para o mar de todos seus resíduos tóxicos, que não precisariam, assim, mais ser tratados *in loco*. No caso brasileiro, enquanto Estado ribeirinho a montante, quisquer obras em seu território ou em conjunto com outro Estado, e que viessem a impedir a livre navegação dos rios que formam a bacia do Prata, eram tidas como o exercício indiscriminado de um pretensão direito de propriedade: enquanto Estado ribeirinho a jusante, a situação de controle da foz e a remota possibilidade de receber poluição maciça de outros Estados impediam qualquer regulamentação de um ecossistema cuja proteção, por sua natureza, exigia regulamentação internacional. Contudo, do momento em que se instalou a consciência da unicidade de problemas e interesses com os Estados ribeirinhos, dentro da concepção atual do Direito Internacional, de um Direito de Cooperação, foi possível a subscrição dos dois tratados mais significativos da opção ambientalista do Brasil: o referido Tratado da Bacia do Prata, a 1969, e, muito particularmente, o Tratado de Cooperação Amazônica, adotado em Brasília, a 1978. Partindo-se da constatação do Prof. Colliard, em seu já citado Curso na Haia, pode-se constatar a tendência 'especificidade das normas relativas aos rios transfronteiriços e lagos internacionais, ou seja, de uma regulamentação tópica de alguns deles, e, ainda, determinada por uma finalidade imediata: seja a navegação, seja outras utilizações, contudo, podem ser consideradas como tendências passadas, pois, em face das referidas Convenções, há, modernamente, tanto no continente europeu, como na América do Sul, um deslocamento da questão da regulamentação no âmbito internacional, do conjunto das águas doces, seja transfronteiriças, seja compartilhadas, levada a cabo por instrumentos com normas gerais, como se verá no exame da Convenção sobre a Proteção e Utilização dos Cursos d'Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais, adotada em Helsinque, em 17.3.1992. No que se refere aos rios transfronteiriços e lagos internacionais, portanto, nos textos tradicionais, o tema da poluição é tratado, com pormenores, em alguns instrumentos bilaterais (como no caso EUA-Canadá, EUA-México). No que se refere a tratados e convenções internacionais, e retomando-se o que se disse anteriormente, no Capítulo 5, seção 5.4, não existia, até 1992, um tratado geral sobre o regime jurídico dos rios transfronteiriços e lagos internacionais, e muito menos sobre normas particulares destinadas a prevenir ou regular sua poluição, com a notável exceção do Rio Reno. Em 1992, seria dotada a referida Convenção de Helsinque, que, no entanto, por ser fechada e regional, conseguiu apenas parcialmente quebrar a tendência à especificidade do Direito Fluvial Internacional. Na verdade, as normas constantes nas convenções multilaterais para os rios da Amazônia e da Bacia do Prata, para o Mosela, para o Chade, o Senegal, o Níger e o Zambeze seguem um padrão mais ou menos comparável entre eles: o estabelecimento de uma entidade internacional com poderes de investigação, de sugestão de medidas aos Governos de administração e gestão de recursos comuns, e de busca de racionalização no uso dos elementos havidos em comum (devendo enfatizar-se que, no caso dos rios da Amazônia e da Bacia do Prata, há uma regulamentação mais extensa das relações entre os Estados ribeirinhos, incluindo aspectos que não se limitam a questões unicamente relacionadas ao uso das águas)".

“condomínial”, no qual se pretende fazer incidir regras de Direito Interno. Esse, o conflito a ser resolvido, tendo-se muito bem presente a circunstância de que não se pode legislar sobre as águas do Rio Paraná sem a participação do Estado Paraguai, o que só se resolve pela via de Tratado.

De resto, desejo destacar, neste passo, a parte final do Princípio 12 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, da qual adiante tratarei, que estabelece que “Medidas destinadas a tratar de problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, na medida do possível, basear-se em consenso internacional”.

Esse princípio, como se vê, reflete o quanto já fora estipulado nos Tratados da Bacia do Prata e de Itaipu: cabe aos Estados afetados pela intervenção antrópica nas águas transfronteiriças do Rio Paraná defender o tratamento a ser adotado para evitar, minimizar e/ou compensar os impactos ambientais decorrentes da implantação e operação do empreendimento hidrelétrico ora examinado.

[a questão do “reenvio”]

14. — Dispõe o artigo XIX, *caput* do Tratado de Itaipu:

“O foro da ITAIPU, relativamente às pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no Brasil ou no Paraguai, será, respectivamente, o de Brasília e o de Assunção. Para tanto, cada Alta Parte Contratante aplicará sua própria legislação, tendo em conta as disposições do presente Tratado e de seus Anexos.”

De outra banda, o artigo 3º do Anexo “A” ao Tratado indica expressamente aplicarem-se a Itaipu as regras de direito internacional:

“A ITAIPU reger-se-á pelas normas estabelecidas no Tratado de 26 de abril de 1973, no presente Estatuto e nos demais Anexos.”

O texto constitutivo da Itaipu Binacional é claro: sujeita-a a regime de Direito Internacional, as normas a ela aplicáveis sendo estipuladas no Tratado que a constituiu, no Estatuto nele encartado como seu Anexo A e nos seus demais anexos.

Eis assim perfeitamente definido o caráter internacional da ordem jurídica aplicável no “território de ITAIPU”¹.

15. — Duas conclusões são daí extraídas, uma atinente à recepção de textos normativos internos pelo ordenamento jurídico de Itaipu, outra concernente ao “reenvio” de matérias trabalhistas, previdenciárias e civis à legislação interna do Brasil e do Paraguai.

Quanto ao primeiro ponto, é inadmissível qualquer cogitação a respeito da aplicação subsidiária de leis internas a Itaipu, sejam elas brasileiras ou paraguaias. O Tratado Brasil-Paraguai excluiu a possibilidade de aplicação, no “território de ITAIPU”, de quaisquer normas que não as estipuladas no seu texto e de seus anexos, salvo quando e se o próprio texto, ou seus anexos, dispuserem em sentido contrário — o que se dá, nos termos do definido no Anexo “A”, em relação a direitos previdenciários.

Deveras, a ordem jurídica especial própria de Itaipu apenas recepciona, conferindo validade e eficácia a textos normativos internos, brasileiros ou paraguaios, quando o estabelecem, expressamente, as Altas Partes Contratantes. Essa, pois, a única hipótese de aplicação de norma interna, seja brasileira, seja paraguaia, à Itaipu Binacional.

16. — Por isso mesmo é que o Consultor Geral da República, no já referido parecer n. L-208², observou que não há aplicação subsidiária de lei nacional a Itaipu, mas sim, quando isso ocorra, recepção das legislações dos países contratantes:

“Assim, sem prejuízo das disposições do Tratado e mesmo em razão delas, como que a título de recepção da lei nacional e não de

1 Insisto, ainda, na afirmação que fiz anteriormente: o “território de Itaipu” não atua como princípio normativo fundante de um Estado soberano, porém de uma ordem jurídica especial, no bojo da qual a ITAIPU Binacional comparece com pessoa jurídica pública de caráter internacional.

2 in RDP 49-50/109.

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”.

17. — Itaipu é empresa e território em condomínio entre o Brasil e o Paraguai, conforme estabelece o Tratado. Por isso está submetida exclusivamente ao disposto no Tratado, sob a competência de mais de um Estado em situação de igualdade jurídica¹. A admitir-se, por hipótese, a aplicação, no “território de ITAIPU”², de normas internas adversas ao Tratado, sejam brasileiras ou paraguaias, isso importaria inadmissível ofensa à soberania de um ou outro Estado.

Assim, é lícito afirmar que Itaipu aplicam-se unicamente as normas recepcionadas pelo próprio Tratado constitutivo. Isso porque Itaipu submete-se a um regime internacional — cf. o artigo 3º do Anexo ‘A’ ao Tratado e na dicção do Consultor-Geral da República — diverso dos regimes jurídicos internos das partes contratantes. Insisto: o “território de ITAIPU” é regido por um ordenamento jurídico próprio.

18. — A segunda conclusão que se extrai da definição do caráter internacional do ordenamento jurídico aplicável a Itaipu está em que o Tratado de ITAIPU não faz distinção entre a aplicação de normas de direito privado e de direito público. Há, nele, o “reenvio” de

matérias trabalhistas, previdenciárias à legislação interna das Altas Partes contratantes unicamente no que tange a determinados aspectos, explicitados no artigo 2º do Protocolo sobre Relações de Trabalho e Previdência Social.

19. — Quanto a matérias de direito civil, o Tratado estabelece que, quando algum contrato vier a ser celebrado com empresa brasileira, sobre ele incidirá a norma brasileira se celebrado com empresa paraguaia, a legislação paraguaia ser-lhe-á aplicada. Essa, a regra para esses casos das relações de direito privado.

20. — No que toca à aplicação de normas de direito público interno, o Tratado é omissivo. Mas é certo que essas normas não se aplicam a ITAIPU, entidade binacional. Repito: essa aplicação, quando de normas do direito interno brasileiro se tratasse, importaria agressão à soberania paraguaia; e vice-versa³.

Permito-me ainda uma vez aludir ao parecer do Consultor-Geral da República⁴.

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

Itaipu não está sujeita, de consequente, às normas aplicáveis a agentes públicos e enti-

1 Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1º volume, 1971, p. 239.

2 Torno a insistir na afirmação que fiz anteriormente: o “território de Itaipu” não atua como princípio normativo fundante de um Estado soberano, porém de uma ordem jurídica especial, no bojo da qual a ITAIPU Binacional comparece como pessoa jurídica pública de caráter internacional.

3 A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello, citado no já mais de uma vez mencionado parecer do Consultor-Geral da República, afirma que a ITAIPU não se aplicam quaisquer controles administrativos previstos na legislação pátria, não se sujeitando ela, portanto, ao controle do Tribunal de Contas da União e ao recurso hierárquico de escala da Administração Pública: “A Itaipu é pessoa binacional, donde os controles a que estará submissa 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 quando ao objeto da avença internacional.. quer quanto à pessoa criada para dar satisfação ao desiderato comum”.

4 in RDP 49-50/113.

dades públicas nacionais, sob formas de inspeção administrativa ou supervisão hierárquica, e de controle interno ou externo, constantes do direito constitucional ou administrativo brasileiro, mesmo que os seus agentes possam, de modo algum, ser considerados funcionários internacionais”.

ITAIPU Binacional não está sujeita, como se vê, às normas de direito público brasileiro ou paraguaio.

[a recepção do Tratado de Itaipu pela Constituição de 1988]

21. — A legislação infraconstitucional com ela incompatível é, no advento da nova Constituição, repudiada. Desaparece; perde vigência. A circunstância de ser ela compatível com a ordem constitucional decaída não conduz a sua automática recepção pela nova ordem. Para que esta se dê, é imprescindível que a parcela de legislação infraconstitucional em questão guarde compatibilidade com a nova Constituição¹. Se, contudo, a contrariar, terá por ela sido revogada, como — na feliz síntese do Ministro PAULO BROSSARD² — aconteceria com qualquer lei que a sucedesse.

Não obstante, toda a porção da legislação infraconstitucional que a ela se mantenha adequada continua a ter existência, embora de modo [re]novado, visto que novo é o seu fundamento derradeiro de validade: a nova Constituição. Dá-se, então, o fenômeno da *recep-*

*ção*³, que consubstancia um procedimento abreviado de criação do direito⁴.

22. — Em breve artigo publicado logo após a promulgação da Constituição de 1988, Geraldo Ataliba compôs uma das mais belas páginas já desenvolvidas sobre o assunto⁵:

“No dia da promulgação da nova Constituição nasceu o estado brasileiro atual. Surgiu assim, por obra da nova Constituição, um novo Estado. O antigo — baseado na Carta de 67/69 — desapareceu. Juridicamente, tudo é novo: a ordem jurídica inteira instaura-se; as instituições inauguram-se, no momento da promulgação da Constituição. A ordem jurídica nova é rigorosamente virgem, intocada, inovadora e novidadeira. Toda a ordenação jurídica, que emana do Estado, surge nesse momento. O novo Estado, do ponto de vista jurídico, nasce do ato constituinte, com a promulgação da Constituição. É verdade que esta entidade jurídica apoia-se, superpõe-se a uma sociedade política já existente; comunidade complexa que, sob perspectiva sociológica, continua; tem a sua continuidade. Daí dizer-se que a Nação continua e o estado morre, para dar lugar a outro estado. Entretanto, juridicamente, tudo passa a ser inovador. As leis antigas ficam no passado. A legislação velha toda, a ordem jurídica antiga, integral, desaparece, sucumbe com a emergência da nova Constituição. Fica perempta. As normas jurídicas antigas ficam na história. Por isso, iguam-se, num só plano histórico, todas as leis, todas as normas, toda a ordenação passada;

1 A Constituição de 1891, em seu artigo 83, afirmou expressamente a recepção das “leis do antigo regime”, que continuariam em vigor, enquanto não revogadas, no que explicita ou implicitamente não fosse contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados. No mesmo sentido, o artigo 187 da Constituição de 1934. Isso, no entanto, não se fazia necessário, visto que, no quanto fosse compatível — repita-se — com a nova ordem constitucional, a legislação infraconstitucional teria sido por ela recebida.

2 *Constituição e leis a ela anteriores*, in RTDP 4/30.

3 Vide MARCELO CERQUEIRA, *A Constituição e o direito anterior — o fenômeno da recepção*, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995, pp. 63-83.

4 Cf. Kelsen, *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, trad. italiana, Ed. Comunità, Milano, 1952, p. 119.

5 *Efeitos da nova Constituição*, in Boletim AASP n. 1562, Suplemento, 23.11.88, p. 3.

seja a da semana passada, seja a dos séculos passados. Tudo fica igualmente histórico. Todas ficam no mesmo plano, como páginas viradas, igualmente, identicamente. Lado a lado, ficam as Ordenações Manuelinas, as Filipinas, a Constituição de 1824 e a Carta Constitucional de 1967/69.

O novo Estado, evidentemente, emerge com novos órgãos, novo Poder Legislativo, novo Poder Executivo, novo Poder Judiciário; todas as instituições que a Constituição de 1988 cria e plasma são novas. A ordem jurídica é igualmente nova.

Alguns afirmam que são revogadas as leis existentes, no que colidem com a letra ou o espírito da nova Constituição. Acreditamos que o fenômeno da revogação não é explicação cabal. O que se dá é mais, muito mais radical: o desaparecimento, a total, a absoluta e irremissível perempção da legislação ainda vigente no dia anterior, exatamente porque o seu fundamento jurídico estava numa Constituição que desapareceu [esta sim, revogada categoricamente]. Na verdade, o que se observa é que todas as normas infraconstitucionais que não sejam incompatíveis com a nova Constituição são — na medida do estabelecido pela própria Constituição — ‘recebidas’, para integrar a nova ordenação, e assim, nascem, por ela acolhidas. As incompatíveis desaparecem, caducam com a velha Constituição; e desaparecem porque seu fundamento, sua base é banida do universo jurídico.

A nova ordem jurídica recepção as normas infraconstitucionais não incompatíveis com a Constituição. Ninguém poderá dizer que esta nova lei tem por fundamento a Constituição anterior. Não, estas leis — que são novas por força de terem sido recebidas — têm o espírito e tomam por base a nova Cons-

tituição. Há aí novação. Imediatamente, automaticamente a ela submetem-se” [negrito no original].

23. — O fato é que o advento de uma Constituição nova não paralisa o movimento da ordem jurídica infraconstitucional, pois o direito, instância da realidade social, é movimento, e não linguagem congelada. A exposição do saudoso Ataliba é cristalina: todos os enunciados normativos que guardem compatibilidade com o novo texto de Constituição são por ela *recebidos*, nela se nutrendo de vigor. Aqui tudo se passa como se a porção da legislação infraconstitucional que mantenha adequação à nova Constituição fosse em um átimo [re]feita; é desnecessário o cumprimento de todos os passos do processo legislativo para que se dê a inovação, através dessa porção legislativa, da nova ordem jurídica.

O Tratado de Itaipu, inteiramente e de todo compatível com o texto da Constituição de 1988, resulta, destarte, por ela *plenamente recepcionado*.

[ainda o caráter jurídico da ITAIPU Binacional: responsabilidade objetiva e contratação de empregados, serviços e obras e aquisição e alienação de bens]

24. — Retornando à consideração do caráter jurídico da ITAIPU Binacional, agora para cuidar de algumas indagações específicas, devo desde logo lembrar a primazia do ordenamento jurídico próprio ao “território de ITAIPU”¹ sobre o direito interno brasileiro — insisto: o território pertence, em condomínio, ao Brasil e ao Paraguai, cujas soberanias são inatacáveis².

1 Insisto neste ponto: o “território de Itaipu” não atua como princípio normativo fundante de um Estado soberano, porém de uma ordem jurídica especial, no bojo da qual a ITAIPU Binacional comparece como pessoa jurídica pública de caráter internacional.

2 Lembro uma vez mais o parecer do Consultor-Geral da República [RDP 49-50/113]: “Itaipu não está sujeita, de conseguinte, às normas aplicáveis a agentes públicos e entidades públicas nacionais, sob formas de inspeção administrativa ou supervisão hierárquica, e de controle interno ou externo, constantes do

O caráter especial da entidade binacional importa não possa ela ser equiparada a qualquer das entidades da Administração Pública Direta ou Indireta brasileira. Não será demasiada a transcrição ainda do parecer de Luiz Rafael Mayer¹:

“... a entidade binacional, como empresa juridicamente internacional delimitada por sua natureza e âmbito de atuação, não é redutível, lógica ou juridicamente, a qualquer tipo de entidade, estatal ou paraestatal, de administração *direta ou indireta*, pertinente ao Direito interno”.

25. — O artigo 37, II da Constituição do Brasil estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei...”.

Succede eu os preceitos veiculados pelo *caput* e incisos desse artigo 37 vinculam a Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e, de modo diverso, a ITAIPU Binacional é uma pessoa jurídica pública de caráter internacional, empresa pública internacional, submetida a um regime internacional.

Logo, tratando-se de entidade binacional, não se compõe na Administração Indireta, no sentido atribuído a essa expressão no contexto desse artigo 37, razão pela qual o preceito inscrito no inciso II desse artigo a ela não se aplica.

Pela mesma razão não se lhe aplica o disposto no artigo 22, inciso XXVII da Constituição do Brasil, com a redação dada a esse preceito pela Emenda Constitucional n. 19/98. Note-se que, a partir da vigência dessa EC 19/98, restou reduzido o âmbito de abrangência dos preceitos veiculados pelo parágrafo

único do artigo 1º e pelo artigo 6º, inciso XI da Lei n. 8.666/93, que mencionam expressamente as “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” e as “entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. Reduzida essa abrangência, à ITAIPU Binacional não se aplicam suas disposições.

26. — A questão não pode ser encarada senão desde a ótica jurídica, ainda quando se a examine desde a perspectiva da *moralidade*.

É que a consagração do *princípio da moralidade* no plano constitucional [artigo 37 da Constituição do Brasil] e no plano infraconstitucional [artigo 3º da Lei n. 8.666/93, v.g.] não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais.

Em relação ao direito positivo [= direito posto pelo Estado], em outra oportunidade² fiz alusão aos traços que, na exposição de Habermas, caracterizam o direito moderno: *convencionalidade* [o direito moderno é direito legislado, positivo], *legalismo* [supõe obediência generalizada à norma, ignorando qualquer motivação ética nos sujeitos jurídicos], *formalismo* [define as esferas de arbítrio legítimo das pessoas, esferas eticamente neutras, vinculadas a consequências jurídicas] e *generalidade* [deve compor-se de *normas gerais* que, no essencial, não permitam qualquer exceção ou privilégio]. E afirmei³:

“Marcado por esses traços, que, de modo diverso, refiro exclusivamente com os da *universalidade* e da *publicidade*, o direito moderno é afetado pela *racionalidade* que lhe permite o desempenho da função de ordenar a circulação econômica regulada pelo mercado.

A *publicidade* do direito — repito — por um lado, é necessária e indispensável à ope-

direito constitucional ou administrativo brasileiro, mesmo que os seus agentes possam, de modo algum, ser considerados funcionários internacionais”.

1 in RDP 49-50/113.

2 O direito posto e o direito pressuposto, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, p. 102.

3 Idem, pp. 103-104.

racionalidade da circulação mercantil, porque confere substância à reserva de segurança e certeza das relações jurídicas e possibilita o cálculo e a previsibilidade reclamadas na dinâmica dessas mesmas relações. O direito organiza os processos que fluem segundo as regras de economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial etc.) (Norbert Reich, 1985/60-61). Essas normas e instituições devem ser conhecidas para que cumpram sua função. Por outro lado, a *publicidade* do direito permite a consagração de princípio — *ignorantia legis neminem excusat* — que funciona como chave de abóbada da lógica do sistema jurídico. Da *publicidade* do direito decorre a ficção de que todos o conhecem e são por ele vinculados.

Para tanto, de toda sorte — e aqui retorno ao aspecto anteriormente, neste texto, considerado — é fundamental a separação, por ele instalada, entre *moralidade e legalidade* — o que traz à tona o problema de a esfera da *legalidade*, em seu conjunto, necessitar de uma justificação prática.

A sua legitimação se dá pelo *procedimento*, formalmente, sem que, quando se trate do tema da sua *legitimidade*, qualquer consideração substantiva seja objeto de ponderação.

(...)

O *modelo de direito moderno*, estruturado sobre os requisitos da *universalidade* e da *publicidade*, inteiramente *separado da moral*, evidentemente recusa o *pluralismo jurídico*”.

27. — O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassuma a sociedade civil, conferindo concomitantemente a ela a forma que a constitui.

Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras

estranhas a sua eticidade própria, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas.

Ocorre, no entanto, que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassado, sob pena de dissolução do próprio sistema.

28. — Isto posto compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da *moralidade da Administração*, nos lindes do *desvio de poder* ou de *finalidade*. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da *legalidade* pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e outro princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Lembre-se, a propósito, a observação de Maurice Hauriou¹:

“Le détournement de pouvoir correspond à la notion de la bonne administration considéré en soi dans l’acte”.

O sentido pleno dessa afirmação, podemos discerni-lo lendo, no mesmo Hauriou², o seguinte trecho:

“On comprend ici que l’ouverture du détournement de pouvoir ne se confond pas avec celle de la violation de la loi. La loi ne peut jamais lier entièrement le pouvoir discrétionnaire, celui-ci ne peut être entièrement lié que par la moralité administrative. Sans doute, on objecte que si le détournement de pouvoir ne contient pas violation d’un texte déterminé de loi, il contient au moins violation de l’esprit général de la loi qui est que les administrateurs doivent agir pour le bien du service, mais c’est abuser de la notion de la violation de la loi; elle ne doit pas être entendue au delà

1 *Notes d’arrêts I*, tome premier, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2000, p. 566.

2 *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, neuvième édition, Recueil Sirey, Paris, 1919, p. 510.

de la violation d'un texte déterminé, pas plus ici que dans le recours en cassation."

Seja como for — e desejo insistir neste ponto — a *moralidade da Administração* somente pode ser concebida por referência à *legalidade*.

29. — Sendo assim — e assim é — o que cumpre verificarmos é se a hipótese de incidência dos preceitos considerados [artigo 37, II e artigo 22, XXVII da Constituição do Brasil] abrange a ITAIPU Binacional.

A norma jurídica [*proposição normativa*] é dotada de uma estrutura peculiar: representa determinada situação objetiva, hipotética [o *Tatbestand*, hipótese, pressuposto de fato, *facti species*] à qual estão ligadas certas consequências práticas, ou seja, os efeitos por ela prescritos [*Rechtsfolge*, estatuição, injunção]. Prescreve os efeitos enunciados na estatuição ou injunção em relação à situação de fato que prevê possa vir a se verificar, desde que ela se verifique. Por isso é dotada de caráter logicamente hipotético: enuncia hipótese que produz consequências jurídicas¹. O caráter formal das proposições jurídicas é expresso

na conexão entre uma *hipótese* e uma *estatuição* de consequência jurídica².

Força é distinguirmos, no entanto, a *norma* de seu *enunciado normativo*, *proposição* e *enunciado proposicional*³⁴. Daí observar Lourival Vilanova⁵ que o revestimento verbal das normas jurídicas positivas não obedece a nenhuma forma padrão; o que importa, a fim de que determinado enunciado, ainda que assuma a forma descritiva, possa restar caracterizado como normativo, é a possibilidade de sua reenunciação segundo a seguinte fórmula de linguagem lógica: "se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir conduta C ante outro sujeito S"⁶.

30. — Ora, não se equiparando, a ITAIPU Binacional, a qualquer órgão ou entidade da "Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" — isto é: o *Tatbestand* dos *preceitos* de que se trata não a abrangendo — é cristalinamente evidente a não incidência das estatuições estabelecidas pelos artigos 37, II e 22, XXVII da Constituição do Brasil sobre ela.

1 CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do Direito*, ed. policopiada, Coimbra, 1971-1972, p. 269.

2 KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Springer, Berlim, 1983, p. 33.

3 Vide ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, pp. 40 e ss. Passo à margem, aqui, da distinção que Kelsen (*Teoria pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 5ª ed., Armênio Amado, Coimbra, 1979, pp. 110 e ss.) faz entre norma jurídica e proposição jurídica: a propósito, note-se que LARENZ (ob. cit., p. 130) usa *Rechtssätzen* — "proposição jurídica" — como sinônimo de *Rechtsnorm* — norma jurídica —; a regra de direito (norma jurídica) tem a forma linguística de uma proposição, a "proposição jurídica". Não obstante, a proposição jurídica é também referida como a norma jurídica apta — e somente ela — a exercer a função de premissa maior em um silogismo judicial (DIETRICH JESCH, *Ley y Administración*, trad. de Manuel Heredero, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, pp. 31/32).

4 Observo, neste passo, tomar a *norma* como *produção* do intérprete; daí a distinção, necessária, entre *texto* (*enunciado normativo*, *enunciado proposicional*) e *norma* (*proposição*) (vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2002).

5 *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 50.

6 Assim, embora as proposições jurídicas sejam *prescritivas* (deônticas) e não meramente *descritivas* (apofânticas), podem ser enunciadas — e isso ocorre com frequência — sob revestimento verbal não prescritivo. Exemplifico com o que dispõe o artigo 22, I da Constituição de 1988: *compete privativamente à União legislar sobre direito civil*; o que está aí afirmado é que, se Estado-membro, o Distrito Federal ou Município legislar sobre direito civil, estas legislações serão inválidas (ao passo que, se o fizer a União, a legislação será válida).

É assim e isso é irrefutável. Talvez isso não seja do agrado de todos. Mas é assim, definitivamente, de sorte que, para que isso se altere, torna-se indispensável o estabeleçam, expressamente, as Altas Partes Contratantes.

31. — O mesmo se há de dizer em relação ao disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição do Brasil, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A ITAIPU Binacional não é uma delas, mas — repita-se — pessoa jurídica pública de caráter internacional, empresa pública internacional, submetida, primordialmente, a um regime internacional.

Não a abrange, pois, a estatuição estabelecida pelo § 6º do artigo 37 da Constituição do Brasil.

32. — Observe-se, por fim, em atenção ao solicitado no terceiro quesito proposto na consulta, que ainda ao tempo de vigência da Constituição anterior¹, e pelas mesmas razões acima indicadas, a ITAIPU Binacional não consubstanciava órgão ou entidade da Administração Direta ou Indireta brasileira, como tais entendidas as definidas no artigo 4º do decreto-lei n. 200/67².

[o sistema de proteção ambiental no Direito Internacional e no Brasil: os princípios postos na Declaração do Rio, de 1992 — os princípios constitucionais brasileiros e o sistema legal infraconstitucional]

33. — São os seguintes os textos dos Princípios 2 e 17 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992:

“Princípio 2

Os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional”;

“Princípio 17

A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente”.

34. — O primeiro deles consagra o respeito à soberania dos outros Estados, no que tange à questão ambiental, mercê do que um Estado não pode aplicar norma interna adversa ao direito, de Estado outro, ao acesso ao meio ambiente protegido e preservado, nem tampouco o direito, desse outro Estado, de desenvolver livremente o uso de seus recursos, em vista da implementação de sua política de desenvolvimento.

Ora, o Tratado de Itaipu encontra sua origem na vontade soberana do Brasil e do Paraguai, manifestada no sentido de exploração do recurso hídrico compartilhado, de acordo com também compartilhada política de desenvolvimento, do que resulta ser inteiramente adequada a esse princípio a decisão de criação da ITAIPU Binacional.

Do consenso em torno dos interesses de cada um dos dois Estados quanto à forma de exploração do recurso compartilhado decorre a necessária adoção de regras específicas, de

1 EC 1/69.

2 Quanto à exigência de concurso público para a admissão de empregados das empresas estatais, não a impunha a Constituição anterior à de 1988. Esta evidentemente não desconstitui fatos ocorridos no passado, salvo quando expressamente o declare. Neste sentido, entre outros, acórdãos do STF no RE 219434/DF e no AI 248696 Agr/PR. Logo, ainda que o disposto no artigo 37, II da Constituição de 1988 fosse aplicável à ITAIPU Binacional — o que de veras não ocorre — ainda assim não alcançaria, retroativamente, os seus empregados admitidos na vigência da Constituição anterior.

caráter internacional, voltadas à regulação das relações entre ambos.

35. — O segundo princípio respeita à avaliação de impacto ambiental. O texto da Declaração do Rio referenda, na esteira do princípio da preservação ambiental, a necessidade de que essa avaliação tenha caráter prévio.

Daí porque a avaliação de impactos ambientais deixa de ter qualquer sentido quando não se revelar prévia.

36. — A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 — Lei de Política Nacional de Meio Ambiente — criou distintos mecanismos de controle, que podem ser rápida e despretensiosamente assim descritos: (i) regulamentação e controle da ocupação do espaço pela via do zoneamento industrial de caráter protetivo do meio ambiente; (ii) regulamentação e controle das emissões poluentes pela via da fixação de parâmetros de qualidade ambiental e de emissões poluentes.

O primeiro desses mecanismos [a regulamentação e controle da ocupação do espaço pelo zoneamento industrial], consiste na instituição das licenças ambientais. O licenciamento ambiental compreende três fases distintas¹, na primeira das quais é examinada a viabilidade sócio-ambiental do projeto que se pretende executar, o que se há de fazer — quando cabível — mediante a elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental — EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental — RIMA. Este instrumento de avaliação de impactos ambientais visa primordialmente à verificação da alternativa locacional mais adequada ao projeto, considerado como aspecto principal o efeito do empreendimento, atividade ou iniciativa sobre o meio em que se o pretende aplicar.

Cumpria estabelecer-se, para tanto, padrões de qualidade, tanto do ar quanto da água, que são definidos em resoluções emanadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente — CONAMA.

37. — O sistema legal instituído pela Lei n. 6.938/81 e, após, pela Lei n. 7.347/85 foi

recebido pela Constituição de 1988, cujo artigo 225 elevou à condição de princípio constitucional a preservação, recomposição e reparação ambiental, cuidando de distribuir atribuições e estabelecer as esferas nas quais se cuidará da implementação de cada um desses itens.

38. — Importa aqui considerarmos a necessidade — ou não — da elaboração da EIA/RIMA para a regularização do licenciamento ambiental de ITAIPU.

Diz o artigo 225 da Constituição do Brasil:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

(...);

IV — exigir, na forma da lei, para *instalação* de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo *prévio* de impacto ambiental, a que se dará publicidade;” [destaque meu].

O texto constitucional é claro: o estudo mencionado neste inciso IV deve ser *prévio* à implantação do empreendimento. Nem poderia ser diferente, dada o caráter do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), como se verá mais além.

39. — A Lei n. 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) dispõe, em seu artigo 10, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 7.804/89:

“Art. 10 — A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados efetiva de potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de *prévio* licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema

1 Licenças prévia, de instalação e de funcionamento.

Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis” [destaque meu].

Bem se vê, pois, que também a lei consagra a natureza *prévia* do EIA/RIMA, mesmo porque consubstancia instrumento de licenciamento ambiental. Assim, se *prévio* deve ser o licenciamento, por consequência também o será o EIA/RIMA.

40. — O EIA/RIMA, define o artigo 5º da Resolução n. 1/86, do CONAMA, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

“I — Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II — Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III — Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV — Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade”.

Ora, o texto do inciso I do artigo 5º da resolução, acima transcrito, ao estabelecer as duas principais diretrizes aplicáveis à elaboração do EIA/RIMA — alternativas tecnológicas e de localização do projeto — revela, com clareza omeridiana, ser impossível cogitar-se de EIA/RIMA que não *prévio* à construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades. Apenas quantos tenham perdido o senso poderiam cogitar de

alternativas locais ou tecnológicas em relação a empreendimentos já implantados.

41. — Já por essa razão, pois, seria descabida qualquer menção, no caso de Itaipu, à elaboração de EIA/RIMA. O empreendimento precedeu o texto normativo, razão pela qual não se justifica — e isso nem mesmo seria razoável — a esta altura e neste momento despende-se esforço na análise de alternativas tecnológicas ou locais; nem, tampouco, contrapor-se o empreendimento à hipótese de sua não implantação. Perdeu-se a essência do EIA/RIMA, nada justificando impor-se a realização de estudo que abrangerá itens estéreis de resultado.

42. — Mas não é só.

Pois é certo que nem a Constituição do Brasil, nem qualquer texto de lei vigente entre nós, impõe, como exigência da obtenção de licença ambiental, a elaboração de EIA/RIMA.

Daí ser absurda a exigência de elaboração de EIA/RIMA pela ITAIPU Binacional.

Explico-me, a fim de que o alcance de minha afirmação, peremptória, seja bem compreendido, no contexto em que é feita.

43. — O que desejo enfatizar é a circunstância de em nenhuma hipótese — mesmo quando se viesse a aceitar o entendimento de que a legislação interna posterior revoga a norma internacional¹ — em nenhuma hipótese, repito, justificar-se-ia a exigibilidade do EIA/RIMA como pressuposto à regularização do licenciamento ambiental do empreendimento ITAIPU Binacional.

Este ponto desejo deixá-lo bem vincado porque a tese sustentada pela teoria monista moderada é a de que a *lei* posterior revogaria a norma internacional a ela contrária. No caso não nos encontramos, contudo, diante de conflito entre norma internacional e lei interna, mas sim diante de pretensão de conflito entre a norma internacional e *ato normativo* emanado do CONAMA, nos termos do disposto no artigo 8º, I e II da Lei nº 6.938/81².

1 Esse, o entendimento contemplado, no Direito Internacional, pela chamada teoria monista moderada.

2 Art. 8º Incluir-se-ão entre as competências do CONAMA: I — estabelecer, mediante proposta da

44. — Ora, não se pode pretender que ato normativo emanado de órgão do Poder Executivo, ainda que figure regulamento autorizado¹, formalmente não equiparado à lei, possa ser invocada para justificar revogação, derrogação ou outra forma qualquer de invalidação de Tratado internacional. Não há, entre a norma internacional e o regulamento autorizado, a igualdade de força normativa que compõe o pressuposto de validade e aplicação da teoria monista moderada, suficiente a sustentar, no caso de conflito, a ineficácia da norma internacional.

Lembro, a esta altura, a observação de KELSEN².

“Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando de harmonia com uma norma de escalão superior”³

Ainda que se possa afirmar, como KELSEN⁴, que os regulamentos, quando e na medida em que estejam a consubstanciar normas gerais, configuram lei em sentido material, é

inadmissível sustentar-se a revogação ou alteração de um tratado internacional em decorrência de ato normativo do Poder Executivo. Mesmo no quadro da chamada teoria monista moderada isso somente poderia ocorrer quando uma *lei em sentido formal* entrasse em testilhas com norma do tratado.

45. — Ademais, as obras civis de instalação da Usina de Itaipu foram iniciadas em 1978. A produção de energia teve início em 1984. São vinte as turbinas instaladas. O reservatório ocupa área total de 1.350 km² nos territórios de Brasil e Paraguai.

Quando da instalação da Usina, ainda não vigiam a Lei n. 6.938/81 e a Resolução n. 1/86, do Conselho Nacional do Meio Ambiente — CONAMA, que estabeleceram as hipóteses de elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental — EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental — RIMA, nem tampouco outras normas que, ao longo dos anos, vieram a estabelecer regras específicas de preservação ambiental.

Em operação desde 1984, a Usina de Itaipu começou a funcionar anteriormente à imposição da exigência, no plano nacional, do licenciamento ambiental para atividades potencialmente poluidoras.

SEMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pela SEMA: II — determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem como a entidades privadas, as informações indispensáveis ao exame da matéria.”.

1 Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 251 e ss.

2 *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 289.

3 Veja-se também TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (*Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 1996, pp. 236/237): “Não obstante, é preciso reconhecer que ao lado dos limites horizontais (que nos permitem dizer, por exemplo, que a lei federal não prevalece sobre a estadual, apenas disciplina âmbitos diversos), aparecem distinções verticais, pois, em alguns casos, nada obsta que a matéria própria para uma competência seja objeto de uma outra. Neste momento é que aparece a reflexão hierarquizante fundada no *a maiore ad minus*: um decreto pode fazer as vezes de uma portaria, mas a reciprocidade não é verdadeira, uma lei complementar pode fazer as vezes de uma lei ordinária, mas a recíproca não é verdadeira. Sempre que esta possibilidade exista (nem sempre isto ocorre: a distribuição horizontal das competências entre Estados, União, Municípios é regida e aí não cabe o lugar comum mencionado), os poderes hierarquizam, hierarquizando-se em consequência as fontes e as respectivas normas.”.

4 Ob. cit., p. 319.

46. — E mais: mesmo para os empreendimentos hidrelétricos posteriores à Lei n. 6.938/81 não se exigia, à época, a obtenção do licenciamento ambiental. E isso porque esses empreendimentos, mercê do interesse social, eram — como ainda são — tidos como essenciais ao desenvolvimento nacional. Dispensava-se, então, sua submissão às regras da Lei n. 6.938/81.

47. — Essa situação somente se alterou quando da edição da Resolução n. 1/86 do CONAMA, cujo artigo 2º incluiu também os empreendimentos hidrelétricos de capacidade igual ou superior a 10 MW entre os concebidos como potencialmente degradadores e, pois, em princípio sujeitos a licenciamento ambiental e à apresentação de EIA/RIMA.

Logo, apenas em relação aos empreendimentos do setor hidrelétrico instalados posteriormente a 23 de novembro de 1986 é que se passou a exigir a apresentação do EIA/RIMA, desde que preenchidas as condições dispostas na Resolução CONAMA n. 1/86 — efetivo potencial degradador e capacidade de geração igual ou superior a 10 MW.

Quanto aos empreendimentos instalados até 1º de fevereiro de 1986, foi dispensada a apresentação de EIA/RIMA, na forma da Resolução CONAMA n. 6/87, bastando, para a regularização do licenciamento ambiental desses empreendimentos, a elaboração de documento contendo [i] a descrição geral do empreendimento; [ii] a descrição do impacto ambiental provocado; e [iii] as medidas de proteção adotadas ou em vias de adoção.

Para dar cumprimento a essa Resolução, o IBAMA — a quem, na forma dos artigos 4º e 7º da Resolução CONAMA n. 237/97, cabe licenciar as Usinas Hidrelétricas Nacionais em única instância — em 15 de abril de 1999 expediu *termo de referência* para o licenciamento ambiental dos empreendimentos hidrelétricos anteriores a 1º de fevereiro de 1986.

48. — Assim é que, seja porque o EIA/RIMA deve necessariamente ser *prévio* à implantação dos empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, seja porque atos normativos aplicáveis ao setor hidrelétrico

dispensam a sua realização, é evidenciadamente descabida, no caso, a exigência de elaboração de EIA/RIMA.

49. — Quanto ao deplecionamento/replecionamento do reservatório da Usina de Itaipu, cumpre observar que todo e qualquer reservatório artificial de acumulação de águas para fins de produção de energia hidrelétrica tem determinadas, em sua fase de projeto, as cotas *mínima minimorum*, normal de operação e *máxima maximorum*. Essas cotas, indicam-no já as denominações adotadas, representam os volumes mínimo, médio e máximo a serem observados para e na operação do empreendimento gerador de energia elétrica.

As áreas desapropriadas para a implantação de empreendimentos hidrelétricos, por seu turno, estendem-se sempre, no mínimo, até o limite da cota *maxima maximorum* do reservatório. Daí porque essas áreas passam a integrar o patrimônio da empresa detentora do empreendimento.

Tais áreas, é óbvio, não de ser inundadas, ou não, segundo e conforme a necessidade de vazão das águas do reservatório tendo em vista o pleno atendimento das funções do empreendimento.

Por essa razão é que o “Acordo de Cooperação Técnico Operativa entre os Aproveitamentos de Itaipu e Corpus”, celebrado entre Brasil, Paraguai e Argentina, estabelece que, para garantia da eficaz operação da Usina de Itaipu, as partes definirão conjuntamente as vazões a serem observadas no reservatório, de forma que esta o poderá deplecionar ou replecionar, segundo esse critério da produtividade, sempre observados, naturalmente, os limites das cotas *mínima minimorum* e *maxima maximorum*. E isso porque abaixo da cota mínima será impossível a operação, por falta mesmo de água; e, acima da cota máxima, a situação será de enchente, com risco para os ribeirinhos.

[conclusão]

50. — Em face de todo o exposto, dou as seguintes respostas aos quesitos propostos na consulta:

1) **sim**; o Tratado celebrado em 26.04.73 entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai (Tratado de Itaipu) *deve* ser entendido com ato de soberania praticado pelos mencionados países;

2) **sim**; o Tratado de Itaipu foi recepcionado pelo ordenamento constitucional instituído em 1988, inclusive no que tange ao contido no art. 4º da Constituição Federal de 1988;

3) **não**; a Entidade Binacional ITAIPU não integra, para efeito de aplicação do conjunto de princípios e normas¹ insculpidas no art. 37 da Constituição de 1988, a Administração Direta ou Indireta de qualquer dos Poderes da União; o mesmo ocorria na vigência da Carta Política anterior;

4) **não**; não se aplica à ITAIPU a legislação brasileira ("reenvio") relativa às relações jurídicas de Direito Público; a ela se aplica apenas a legislação brasileira relativa às relações jurídicas de Direito Privado mantidas por ITAIPU com seus fornecedores de obras e serviços;

5) **não**; não se aplica à ITAIPU ("reenvio") a legislação brasileira ambiental, inclusive quanto à exigência de EIA/RIMA, Licença de Operação etc.; quanto a eventuais novas medidas de proteção ao meio ambiente na área de influência da Usina Hidrelétrica de Itaipu, e da área internacional da Bacia do Rio Paraná, além daquelas já concertadas através dos Tratados da Bacia do Prata (Brasília, 23.4.1969), Declaração sobre o Aproveitamento de Rios Internacionais (Assunção, 3.6.1971) e Acordo Tripartite (19.1.1979), dependem de acordo formal entre os Países interessados;

6) considerando o disposto na parte final do artigo XIX do Tratado.

a) a afirmação de que a legislação nacional de cada País será aplicada tendo em conta as disposições do Tratado e de seus Anexos não significa que essa mesma legislação incidirá subsidiariamente, com prevalência do Tratado e de seus Anexos, em caso de conflito com as disposições destes; aí não há aplicação subsidiária de leis nacionais, mas recepção delas,

apenas porém quando o estabeleçam, expressamente, as Altas Partes Contratantes;

b) a "*própria legislação*" de cada Alta Parte Contratante a que se refere o Tratado é somente a de direito privado, com especial exclusão da aplicação das normas de direito público ou administrativo (como a relativa a licitações e contratos); a ITAIPU não é nem pode ser confundida com um dos entes de Direito Público interno, sujeitos à regência estabelecida para a Administração Pública direta e indireta, brasileira ou paraguaia;

c) **não**; o princípio da "responsabilidade objetiva" das pessoas jurídicas de direito público, insculpido no § 6º do art. 37 da Constituição do Brasil, **não** se aplica à ITAIPU;

7) **não**; a ITAIPU *não* está sujeita, para a contratação de serviços e obras, aquisição e alienação de bens, à legislação do Brasil ou do Paraguai pertinentes à matéria de licitação;

8) **sim**; as decisões judiciais referidas na consulta e quaisquer outras que pretendam sujeitar a ITAIPU Binacional às normas aplicáveis aos entes que compõem a Administração Pública Brasileira nitidamente colocam sob questionamento a constitucionalidade do artigo XIX do Tratado celebrado em 26 de abril de 1973 entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai.

Permito-me ainda, para deixar bem enfatizados estes pontos, insistir no seguinte: é inadmissível a exigência de elaboração de EIA/RIMA atinente a empreendimentos já implantados, dada a natureza necessariamente *prévia* desse instrumento de licenciamento ambiental, inadmissível ainda, essas exigência, em face da existência de resolução outra, do CONAMA, que não a de número 1/86, especificamente voltada ao licenciamento de empreendimentos do setor elétrico anteriores a fevereiro de 1986, mediante a qual o próprio CONAMA dispensou a elaboração de EIA/RIMA [a Resolução CONAMA n. 6/87]; a liberdade de deplecionamento/replecionamento do reservatório de Itaipu não pode ficar sujeita a regras de Direito Interno que com-

1 Em rigor, regras (vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., pp.151 e ss.).

prometam o adequado desenvolvimento da atividade de geração de energia elétrica a que se prestar a Usina de Itaipu; e a indevida exigência de concurso público para a admissão de empregados brasileiros pela ITAIPU Binacional configura agressão à soberania do Paraguai.

É o que me parece

São Paulo, 23 de dezembro de 2002

Eros Roberto Grau

Professor Titular da Faculdade de Direito
da USP