

*Não se aplica à ITAIPU BINACIONAL o regime de licitação e contrato administrativo previsto na Lei n. 8.666/93*

*Vigoram na matéria as Normas Gerais aprovadas pelo Conselho de Administração.*

*A responsabilidade civil e/ou penal de Conselheiros, Diretores e demais empregados brasileiros aplicam-se às normas previstas na Lei n. 8.666/93, em face do art. XXI do Tratado Brasil-Paraguai de 28 de agosto de 1973.*

## ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Parecer n. GQ-16

PROCESSO Nº 48000.007279/93-51. *Origem:* Ministério de Minas e Energia. *Assunto:* Audiência da Advocacia-Geral da União a respeito da aplicação da Lei nº 8.666, de 21.6.93, aos procedimentos licitatórios da ITAIPU BINACIONAL, criada pelo Tratado entre Brasil e Paraguai, de 26 de abril de 1973.

Parecer nº GQ-16

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-02/94, lavra do eminente Consultor da União, Doutor *L. A. Paranhos Sampaio*.

Brasília, 29 de abril de 1994. *Geraldo Magela da Cruz Quintão*. Advogado-Geral da União.

Parecer nº AGU/LS-02/94 (Anexo ao Parecer GQ-16). Processo nº 48000.007279/93-51. Assunto: Audiência da Advocacia-Geral da União a respeito da aplicação da Lei nº 8.666, de 21.6.93, aos procedimentos licitatórios da ITAIPU BINACIONAL, criada pelo Tratado entre Brasil e Paraguai, de 26 de abril de 1973.

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

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

Senhor Advogado-Geral da União

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

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

a) o regime para obtenção de proposta, ad-

judicação, contratação de serviços e obras, aquisição, alienação de bens, deve atender à disciplina da Lei nº 8.666, de 21 de janeiro de 1993, ou às regras da Norma Geral de Licitação, aprovada pelo Conselho de Administração da ITAIPU?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II — Submetida, primordialmente, ao regime 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." (conforme *ementa*).

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

.....  
"O ordenamento jurídico resultante de norma internacional transcende, necessariamente

te, 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 recor-rência, direta ou subsidiária, à legislação interna senão nos pontos e no alcance expres-samente 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 Trata-do 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 '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 paraes-tatal, de administração direta ou indireta, per-tinente ao direito interno.

ITAIPU não está sujeita, de conseguinte, às normas aplicáveis a agentes públicos e entidades públicas nacionais, sob formas de inspeção administrativa ou supervisão hierárquicas, e de controle interno ou externo, constan-tes 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 antes, responsabilidades e processos sujeitos aos mecanismos de controle, não se compadecem com realidades e conceitos do ordenamento jurídico binacional, que, por distintos e pecu-liares, àquelas não se subsomem. O controle exercido pela jurisdição nacional somente se estenderá até o momento administrativo e fi-nanceiro e a entidade responsável, compreen-

didos no seu espaço jurídico, cessando neces-sariamente 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 personifica-da, é juridicamente impossível admitir disso-ciá-los, ou supor uma partilha abastrata, 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 arpejo das normas de direito internacional instituídas no Tratado, os interesses consubs-tanciados de uma soberania distinta.

Portanto, os meios de controle e atuação sobre a empresa binacional são somente aque-les dispostos nos atos internacionais, a cuja observância estão sujeitos órgãos e entidades da Administração, posto que as cláusulas res-pectivas constituem normas jurídicas incorpo-radas ao ordenamento interno, com a catego-ria, a eficácia e as conseqüências de lei nacional."

9. Assim, fica, plena e claramente estabele-cida, mediante poderosas razões, cujas raízes o próprio autor do estudo se embebeu em manifestações anteriormente oferecidas por renomados juristas, dentre os quais se sobresaem Miguel Reale, Paulo Salvador Frontini e Celso Antônio Bandeira de Mello, a nature-za jurídica do organismo internacional, este originário de um tratado binacional, cuja per-sonalidade jurídica se destina, exclusivamen-te, à exploração de um serviço público, em que os partícipes, na qualidade de "condômi-nos", integram uma pessoa jurídica pública de direito internacional.

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

"Não é preciso insistir em que a entidade em causa se submete, primordialmente, a um regime internacional. O seu grau de interna-cionalização se revela em coordenadas de um máximo de intensidade quanto à natureza dos seus atos normativos, 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, de mesma fonte normativa, isto é, o seu objetivo, capacidade e responsabilidade, recursos, procedimentos e estrutura são aqueles disciplinados e delimitados no Tratado.

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

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

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

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

15. Neste juízo de conveniência, isto é em relação à edição do *manual de licitação*, a entidade não deverá obediência senão ao seu

critério, só encontrando como fronteira à sua liberdade as limitações constitucionais, como são aquelas previstas no inciso V do art. 71, isto é, submissão à fiscalização do E. Tribunal de Contas da União, as contas nacionais das empresas supranacionais, de cujo capital social a União participe, nos termos do tratado constitutivo.

16. Por isto mesmo, e por mais enfáticos que possam parecer os argumentos jurídicos dos que pretendem incluir, no que se refere a licitações, a Itaipu sob o império a lei brasileira (a 8.666./93) não me parece possível fazê-lo, porquanto a mencionada entidade — como já se disse — é pessoa jurídica de caráter internacional.

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

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

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

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

“A responsabilidade civil e/ou penal dos Conselheiros, Diretores, Diretores Adjuntos e

demais empregados brasileiros ou paraguaios da Itaipu, por atos lesivos aos interesses desta, será apurada e julgada de conformidade com o disposto nas leis nacionais respectivas.”

E o parágrafo único reza:

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

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

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

23. A regra precisa ser entendida em toda a

sua amplitude e de acordo com a sua finalidade ou a sua razão de ser.

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

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

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

É o parecer, sub censura.

Brasília, 19 de abril de 1994. *L. A. Paranhos Sampaio*. Consultor da União.