

## Binacionais e seu regramento

*HOLTZ, Abel. "Binacionais e seu regramento". Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 2 de outubro de 2017.*

No âmbito da discussão sobre a privatização da Eletrobras e suas consequências sobre a entidade binacional de Itaipu temos tido manifestações de preocupações não só do lado Brasileiro, como do lado do Paraguai, desde o momento que a notícia foi veiculada na imprensa. As preocupações se multiplicaram com toda razão porque não existe um regramento para a operação de usinas binacionais no Modelo do Sistema Elétrico Brasileiro. E quando o Tratado foi estabelecido focou exclusivamente a usina de Itaipu e condições estabelecidas naquele momento, sem definir uma regra que seria aplicável a empreendimentos desta natureza inclusive a Itaipu quando do final da vigência do estabelecido à época.

Felizmente e a tempo, dado aos interesses maiores do governo federal, o tema para Itaipu irá obrigar que haja uma análise do tema de forma mais ampla e que seja estabelecido um definição de um regramento que se aplicará às hidrelétricas binacionais não só a Itaipu, como também à usina do Madeira sendo desenvolvida com a Bolívia e a de Garabi/Panambi com a Argentina.

Cabe o registro que seria aplicável ao tema, que as expressões "recursos hídricos internacionais", "recursos hídricos compartilhados", "recursos hídricos transfronteiriços" são utilizadas como sinônimas e referem-se às águas compartilhadas entre dois ou mais países. Os rios internacionais podem separar os países, sendo chamados de rios internacionais contíguos, ou eles podem atravessar o território de vários países, e nesse caso denominando-se rios internacionais sucessivos. A noção de rio internacional evoluiu em direção do reconhecimento, pela doutrina, da bacia hidrográfica internacional. Assim, ao que diz respeito aos textos internacionais que regulamentam a divisão dos usos dos rios internacionais, é possível afirmar que o objeto principal é o potencial hidrelétrico.

Apesar da existência de inúmeras possibilidades de projetos binacionais para aproveitamentos múltiplos e hidroelétricos, poucos acordos têm sido estruturados e formalizados para efeito de geração de energia elétrica. Cabe relatar que inúmeros acordos entre Países foram discutidos e firmados em todas as partes, estabelecendo procedimentos quanto à pesca, ao represamento de águas e seu uso, à não poluição, etc., sempre para evitar tensões entre os países vizinhos.

A partir do final do século XIX, numerosas foram as convenções e tratados sobre a utilização das águas a fins de geração de energia hidrelétrica. Os rios constituíam a fonte de energia e era necessário construir um regime jurídico permitindo compartilhar a força das águas fronteiriças. A maior parte dessas convenções, bilaterais, buscou uma solução para a planificação conjunta das águas do rio internacional pela "divisão" da força das águas.

De maneira geral, a norma jurídica deve ser válida, vigente e eficaz para que se seus efeitos sejam possíveis em um sistema jurídico. Tal disposição não é diferente no âmbito dos tratados internacionais. Assim, para a validade de um tratado são

necessárias: capacidade das partes contratantes, habilitação dos agentes signatários, consentimento mútuo e objeto lícito e possível. Deve-se, ainda, serem respeitados os princípios gerais de direito, reconhecidos e respeitados pela sociedade internacional.

Uma vez celebrados, os Tratados estabelecem uma relação jurídica entre seus signatários, tendo aplicabilidade e eficácia em todo o território nacional, desde que devidamente incorporado ao ordenamento jurídico interno dos Estados que firmaram o pacto. Este procedimento de incorporação, chamada de validade interna, é o que confere vigência nacional, ou seja, a força normativa ao tratado no sistema jurídico do Estado signatário.

A forma como o Tratado se integra ao ordenamento jurídico interno dos Estados e passa a ser fonte de direito é regulada por trâmites e procedimentos especiais definidos nas respectivas Constituições. Isto implica em identificar se o Tratado Internacional, uma vez ratificado, tem força normativa infraconstitucional e supra legal. Neste caso, as normas infraconstitucionais que conflitam com o tratado não devem ser aplicadas, tendo supremacia o texto internacional.

Pouco mais de uma dezena de projetos foram executados em todo o mundo a partir de 1950. Em muitos casos, os acordos foram estabelecidos de tal sorte que cada país pôde executar projetos em rios fronteiriços em determinadas áreas ao longo do rio, sem se constituírem em projetos binacionais. Ressalta-se que os dois únicos exemplos de criação de uma entidade binacional sejam os casos de Itaipu e Yaciretá, no Rio Paraná, entre o Brasil e Paraguai e Argentina e Paraguai.

Os Tratados definiram que a constituição de uma autoridade binacional, teria objetivo de promover a coordenação política, técnica e econômica e uma entidade operacional ou de gestão e execução do projeto e será responsável pela construção e exploração do aproveitamento hidroelétrico onde a sociedade estabelecida será detida por ambos os países incluindo-se aí o capital imobilizado.

A participação acionária nela será compartilhada pelos Estados, seja diretamente por meio dos Governos, ou indiretamente por meio das empresas elétricas nacionais. Como referência, no caso de Itaipu, a empresa binacional criada tem como acionistas empresas nacionais de eletricidade de cada País, e no caso de Yaciretá, os Estados são diretamente os acionistas.

A atuação da entidade operacional pode ser titulada por atribuição direta de responsabilidade pelo Tratado, ou, como melhor opção ao nosso juízo, por contrato de concessão – mas assumindo em qualquer caso que o capital será exclusivamente público (doravante “empresa pública binacional”). A autoridade binacional atuará como representante do poder concedente exercida pelos países, como entidade reguladora e autoridade ambiental do projeto, e sua atuação estará governada pelos estatutos de sua constituição, anexos ao Tratado.

A obrigação de cumprimento do Tratado tem assento na Convenção de Viena, que preceitua em seu art. 26 que “Todo Tratado em vigor obriga às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. (pacta sunt servanda)”. E no seu art. 27 estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”.

Contrário senso, um modelo que poderia ser considerado no Tratado entre dois Países constituiria uma estrutura de coordenação política, técnica e econômica, e preveria a atribuição da concessão a uma outra entidade, para o financiamento, construção e operação do empreendimento a uma empresa com participação majoritariamente privada.

Baseado igualmente num Tratado Internacional, esse modelo se caracteriza pela separação entre a esfera política e a esfera de gestão e execução do projeto. Numa

estrutura de concessão a uma concessionária com capital majoritariamente privado, que será responsável pela gestão do projeto, assumindo a entidade concedente essencialmente uma função de supervisão e fiscalização do cumprimento dos termos do Tratado e do contrato de concessão. A partir da atribuição da concessão, as responsabilidades e os riscos atribuídos à atividade operacional estariam alocadas ao concessionário.

A concessionária deteria competências de gestão de projeto e contar com acionistas com experiência na construção e gestão de empreendimentos semelhantes. Considerando ainda que o Contrato de Concessão deveria conter os compromissos de ambos os Estados quanto à construção de acessos, linha de transmissão e outras infraestruturas associadas. A atribuição da concessão deveria estar vinculada a celebração de Contratos de Compra de Energia Elétrica com as empresas elétricas, com tarifa definida e fórmula de revisão, como modo de viabilizar a viabilidade e o financiamento do projeto.

Esse modelo, onde a entidade binacional pertence aos países e a exploração da geração se daria por um contrato de concessão poderia ser aperfeiçoado e usado daqui para frente em hidrelétricas binacionais que o Brasil tenha ou a venha a construir com vizinhos e para tanto seria necessário no momento de discussão do aperfeiçoamento do Modelo do setor que se incluísse o regramento para esta usinas binacionais e no caso imediato de Itaipu considerar que a sociedade brasileira tem orgulho de Itaipu, e se beneficia do usufruto de sua energia. É essencial que essas questões estejam definidas, em respeito à grande conquista que Itaipu representa para as gerações passadas, presentes e futuras do nosso Brasil.