

Análise das restrições impostas a estrangeiros nos artigos 156 e 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica

Analysis of the restrictions imposed on foreigners in Articles 156 and 181 of the Brazilian Aeronautics Code

Ailton José dos Santos GOULARTE¹

Anyuska Leal SCHMIDT²

Leonardo Machado CUSATO³

RESUMO: *O artigo tem por tema a discussão sobre as restrições imposta para a contratação de mão de obra estrangeira por companhias aéreas nacionais e para a aquisição de ações ordinárias, por estrangeiros, das mesmas companhias. O estudo não se resume a análise infraconstitucional, ou seja, do Código Brasileiro de Aeronáutica em si, mas em contraposição ou consonância com os tratados internacionais, com os fundamentos da República e, com os direitos fundamentais, em especial, com os preceitos de liberdade, sobretudo com um de seus desdobramentos, qual seja, a garantia posta a livre iniciativa e, sua consequência, vedação ao monopólio.*

PALAVRAS-CHAVE: *Livre iniciativa; direitos fundamentais; tratados internacionais; mão de obra estrangeira; ações ordinárias; aviação.*

ABSTRACT: *The article is subject to discussion on the restrictions imposed for hiring foreign labor for domestic airlines and the acquisition of ordinary stock by foreigners of the same companies. The study is not just the analysis of Brazilian Aeronautical Code itself, but in contrast or harmony with international treaties on the grounds of the Republic, and with fundamental rights, in particular with the precepts of freedom, greatly to one of its developments, namely the guarantee put free enterprise, and its consequence, sealing the monopoly.*

KEYWORDS: *Free enterprise; fundamental rights; international treaties; foreign workers; ordinary stock; aviation.*

1 Introdução

¹ Bacharel em Direito. Administrador.

² Pós- graduanda em Direito e Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogada.

³ Mestre em Direito Público pela Universidade Luterana do Brasil. Professor de Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Empresarial em graduação e pós-graduação na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Advogado. Agente autônomo.

A Constituição Federal, em seu artigo 178, faz referência expressa ao tema – *transporte aéreo* –, remetendo a estrutura normativa *infra* – o que talvez signifique, no caso, a *recepção*⁹ do *Código Brasileiro de Aeronáutica*.

Na estrutura do *código*, tem-se já em seu artigo 1º¹⁰, a expressa remissão aos diplomas internacionais, cuja filiação o Brasil o faz como signatário.¹¹ Tais diplomas internacionais dizem respeito a atuação de estrangeiros no Brasil e normas referentes ao *livre mercado*.

Existe claro dever brasileiro para com os preceitos de livre mercado, sendo ainda mais clara a proibição a tratamento diferenciado para estrangeiros, quanto ao assunto *livre iniciativa*. Em todos eles, mostra-se o Brasil como signatário.

Portanto, obrigatório se faz aqui analisar o que se considera *direito fundamental*, no tocante a sua origem e abrangência, para então se analisar preceitos como os de *livre iniciativa*, com seus desdobramentos, de forma imediata.

3 Os direitos humanos e fundamentais¹² os princípios da ordem econômica

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso IV, elenca o *princípio da soberania*¹³ e *princípio da livre iniciativa* como um dos elementos basilares do constituído Estado Democrático de Direito, nos termos do *caput* do referido artigo.¹⁴

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e o trabalho; (...)

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

⁹ Aqui o termo *recepção* está sendo empregado no sentido somente formal de *aceitação* de norma anterior a própria constituição vigente. Em item adiante, será analisada a questão material do que se considera *recepção*. (N.A.)

¹⁰ Art. 1º O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.

§ 1º Os Tratados, Convenções e Atos Internacionais, celebrados por delegação do Poder Executivo e aprovados pelo Congresso Nacional, vigoram a partir da data neles prevista para esse efeito, após o depósito ou troca das respectivas ratificações, podendo, mediante cláusula expressa, autorizar a aplicação provisória de suas disposições pelas autoridades aeronáuticas, nos limites de suas atribuições, a partir da assinatura (artigos 14, 204 a 214).

§ 2º Este Código se aplica a nacionais e estrangeiros, em todo o Território Nacional, assim como, no exterior, até onde for admitida a sua extraterritorialidade.

§ 3º A legislação complementar é formada pela regulamentação prevista neste Código, pelas leis especiais, decretos e normas sobre matéria aeronáutica (artigo 12).

¹¹ Tem-se como exemplo a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, o *Código de Butamante*, o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais* e o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. (N.A.)

¹² Existe uma relação entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Por *direitos humanos* tem-se todos aqueles direitos, inerentes ao ser humano, e que estão dispostos em convenções internacionais, independentemente de vinculação com qualquer ordem constitucional. Quanto à expressão “direitos fundamentais” significa que a esses direitos foram atribuídas garantias de eficácia. (N.A.)

¹³ Vale a transcrição da lição de Nelson Nery Júnior: “Soberania. É o poder político *supremo* (não há limitação a ele na ordem interna) e *independente* (não obedece a ordens de governo ou organismo estrangeiro) do Estado. Por meio da *cláusula de supranacionalidade*, os Estados podem ter sua soberania mitigada, na medida em que tratados internacionais dos quais o Estado seja signatário ingressa na ordem interna do país como norma superior

O princípio da *livre iniciativa*, ganha contornos de cláusula pétrea, como limite ao poder de reforma, e o *status* de fundamento da República e, posto que contida na *Declaração Universal de Direitos do Homem*, portanto, também *direito fundamental*.¹⁵

No tocante à *ordem econômica*, reforça a *valorização do trabalho humano*, bem como o resguardo do *princípio da livre iniciativa*¹⁶ (repete *soberania nacional e proteção a propriedade privada*), e *livre concorrência nos termos* do art. 170 da CF.¹⁷

Decorre do desenho constitucional, ao fazer referências reiteradas à *livre iniciativa*, não só a proteção e estímulo para sua manifestação no sistema produtivo, como também em toda e qualquer forma de *manifestação de pensamento*.

Então, segundo dispõe a Constituição Federal de 1988, a *livre iniciativa* tem o status assegurado como valor social e base da República, assim como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e o pluralismo político, a teor do que dispõe o art. 1º.

Ao enunciar as bases da ordem econômica – art. 170 da Carta -, a constituição formula dois princípios que considera essenciais ao Estado democrático de direito: o da valorização social do trabalho e o da livre iniciativa.¹⁸ Portanto, a ordem econômica rege-se pelo princípio mais elevado

à Constituição. (Nery Junior, 2006, p. 117). Será importante para o presente estudo a ideia aqui lançada de que existe *mitigação* de poderes conferidos ao Estado, em face dos tratados internacionais. (N.A.)

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁵ Sendo o direito de liberdade – posto na Carta Constitucional nos termos do art. 5º, II da CF, um direito fundamental, base da *livre iniciativa*, uma esfera de indisponibilidade e proteção individual, vale a lição de Hayek: “A liberdade ou a falta de liberdade dos indivíduos não depende da gama de escolhas, mas da possibilidade de determinar sua conduta de acordo com suas pretensões correntes, ou da existência de alguém cujo poder lhe permite manipular as condições de modo a impor àqueles a sua vontade. Assim, liberdade pressupõe que o indivíduo tenha assegurada uma esfera privada, que exista certo conjunto de circunstâncias no qual outros não possam interferir”. (Hayek, 1983, p. 07)

¹⁶ Sobre tal princípio, descreve Souto, reconhecendo que “cabe à livre iniciativa o papel propulsor da economia, e ao Estado o acompanhamento e estímulo do mercado, reprimindo as situações de anormalidade”. (Souto, 2003, p. 15).

¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada; (...)

IV - livre concorrência;

¹⁸ Da lição de José Afonso da Silva: A *livre iniciativa* é fundamento da ordem econômica (art. 170). Ela constitui um valor do Estado Liberal. Mas no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social não se pode ter como um puro valor o lucro pelo lucro. Seus valores (possibilidade de o proprietário usar e trocar seus bens, autonomia jurídica, possibilidade de os sujeitos regularem suas relações de modo que lhes seja mais conveniente, garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida), hoje ficam subordinados à função social da empresa e ao dever do empresário de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, exigidas pela valorização do trabalho (art. 170). (Silva, 2006, p. 38).

nesse domínio que é o da livre iniciativa (Faria, 1990, p. 133). Tem com consequência imediata a ideia de que há um estímulo para a competição, com restrição a constituição de monopólios.¹⁹

Na ordem econômica, cabe primordialmente aos cidadãos a livre iniciativa, quer isoladamente, quer agrupados em associação de classes, ficando para o Estado papel menor, justificando-se a intervenção na economia, apenas quando insuficiente, em dado setor, a iniciativa privada (Cretella Junior, 1995, p. 7).

Pode ser conceituado como a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas, (Leães, 1993, p. 7), ou seja, a possibilidade de agir sem influência externa. Constitui infração contra a ordem econômica qualquer prática que limite a liberdade de iniciativa protegida pela constituição.

Tem-se claro os atributos de *liberdade*, com desdobramento aqui específico para o caso da *livre iniciativa*, não se revestem de prerrogativa para nacionais, mas de caráter protetivo a todo e qualquer indivíduo.²⁰

E quanto ao desenvolver-se economicamente o país, a lição de Celso Bastos merece aqui transcrição: “*Em síntese, portanto, a finalidade da inserção da livre iniciativa no lugar em que se encontra, é deixar certo que é por intermédio dela que primordialmente se desenvolverá País (...)*” (Bastos, 2003, p. 122).²¹

Este ponto é relevante para o artigo, ao dispor que através do resguardo da *livre iniciativa* tem-se desenvolvimento do país, e isto assegurado constitucionalmente.

Ponto também importante, e em verdade, desdobramento da *livre iniciativa*²², nos termos do art. 170, IV da CF (o artigo 170 da carta de 1988 determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará entre outros princípios, a livre concorrência que protegido), o *princípio da livre concorrência*.

De forma breve, transcreva-se a lição de José Afonso da Silva, v.g.:

¹⁹Competition then, is not opposed to cooperation but is opposed to monopoly. There may be occasions when a monopoly is justified, as, for example, when the cost of production a commodity is very much less when the total output is produced by one firm and there are substitutes to which consumers may turn if the prices goes too high.

(...) but it should be emphasised that when there are substitutes for the monopolized commodity, and when it is open to new firms to come into the market, undesirable monopolies are not likely to persist. A competitive economy can put up with some monopolies and even publicly organize some to its own advantage. It is when competition has already been seriously undermined that calls for anti-monopoly legislation are heard, and then it may be too late for them to be of much effect” (Acton, 1993, p.97-98).

²⁰ O caráter de universalidade encontra abrigo no próprio *caput* do art. 5º da CF. (N.A.)

²¹ BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico. Celso Bastos Editora. São Paulo: 2003. p. 122.

²² Leciona Celso Bastos: “A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.” (Bastos, 2002, p. 459).

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV da CF, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (Silva, 1998, p. 761)

Assim, a concorrência é encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer ao nível do consumidor quer ao nível dos produtores, esclarecendo as perspectivas preferências. É por isso que sua defesa é objeto de ordem econômica (Chiaro, 1997, P. 25), sendo inclusive criminalizada a conduta que represente ofensa aos preceitos.²³

4 Do Código Brasileiro da Aeronáutica – CBA – lei 7.565/86 e a análise dos artigos 156 e 181

A análise dos artigos de lei importa em prévia – ainda que breve – apresentação dos artigos constitucionais alusivos ao tema.

Tem-se como ponto primeiro o art. 21 da CF²⁴ a *competência administrativa*, conferida à União, recaindo sobre a mesma a *competência legislativa* - competência privativa - sobre Direito Aeronáutico, nos termos do disposto no art. 22 da CF²⁵.

Dois outros artigos constitucionais referem-se à matéria: art. 172²⁶ que remete a lei a matéria alusiva ao investimento de capital estrangeiro, em geral, e o art. 178²⁷, com referência expressa ao tema – *transporte aéreo* -, remetendo a estrutura normativa *infra* – a lei disporá - o que, em um primeiro momento, signifique, no caso, a *recepção*²⁸ do Código Brasileiro de Aeronáutica.

²³ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

²⁴ Detém a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União: (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

²⁵ Detém a seguinte redação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e o trabalho;

(...)

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

²⁶ Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

²⁷ Art. 178 - A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

²⁸ Tem-se claro que *recepção* importa em um *acolhimento* do plano *infra* de um Estado Constitucional anterior, não sendo analisada a forma, mantendo o foco somente no aspecto material da norma. A atual constituição exige lei ordinária para o tema, sendo a matéria passível de confronto com os preceitos constitucionais vigentes. Em

Já na estrutura do *código*, tem-se já em seu artigo 1º²⁹, a expressa remissão aos diplomas internacionais, cuja filiação o Brasil o faz como signatário.

4.1 Do art. 156 do CBA e a restrição ao emprego de mão de obra estrangeira.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu art. 156, ao dispor sobre tripulação³⁰, apresenta em seu *parágrafo 1º* reserva aos nacionais para o exercício de funções. Ao dispor sobre *tripulantes*, sendo estes, em verdade, um conjunto, não apresenta a composição dos elementos, cuja definição fica a cargo da lei 7.183/84, em seu artigo 6º³¹.

Dispõe ainda, nos termos do parágrafo 3º, limitação para o emprego de *estrangeiros*, para determinadas circunstâncias específicas.

Vale a reprodução do artigo 156, v.g.:

Art. 156. São tripulantes as pessoas devidamente habilitadas que exercem função a bordo de aeronaves.

um primeiro momento, será admitida a recepção do CBA, sendo tal fato objeto de posterior questionamento de parte de seu conteúdo neste trabalho. (N.A.)

²⁹ Art. 1º O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.

§ 1º Os Tratados, Convenções e Atos Internacionais, celebrados por delegação do Poder Executivo e aprovados pelo Congresso Nacional, vigoram a partir da data neles prevista para esse efeito, após o depósito ou troca das respectivas ratificações, podendo, mediante cláusula expressa, autorizar a aplicação provisória de suas disposições pelas autoridades aeronáuticas, nos limites de suas atribuições, a partir da assinatura (artigos 14, 204 a 214).

§ 2º Este Código se aplica a nacionais e estrangeiros, em todo o Território Nacional, assim como, no exterior, até onde for admitida a sua extraterritorialidade.

§ 3º A legislação complementar é formada pela regulamentação prevista neste Código, pelas leis especiais, decretos e normas sobre matéria aeronáutica (artigo 12).

³⁰ A definição de *tripulação* encontra-se no art. 8º da lei 7.183, que detém a seguinte redação:

Art. 8º - Tripulação é o conjunto de tripulantes que exercem função a bordo de aeronave.

³¹ Art. 6º - São tripulantes:

- a) Comandante: piloto responsável pela operação e segurança da aeronave - exerce a autoridade que a legislação aeronáutica lhe atribui;
- b) Co-Piloto: piloto que auxilia o Comandante na operação da aeronave;
- c) Mecânico de Vôo: auxiliar do Comandante, encarregado da operação e controle de sistemas diversos conforme especificação dos manuais técnicos da aeronave;
- d) Navegador: auxiliar do Comandante, encarregado da navegação da aeronave quando a rota e o equipamento o exigirem, a critério do Órgão competente do Ministério da Aeronáutica;
- e) Radioperador de Vôo: auxiliar do Comandante, encarregado do serviço de radiocomunicações nos casos previstos pelo órgão competente do Ministério da Aeronáutica; e
- f) Comissário: é o auxiliar do Comandante, encarregado do cumprimento das normas relativas à segurança e atendimento dos passageiros a bordo e da guarda de bagagens, documentos, valores e malas postais que lhe tenham sido confiados pelo Comandante. (...)

§ 1º A função remunerada a bordo de aeronaves nacionais é privativa de titulares de licenças específicas, emitidas pelo Ministério da Aeronáutica e reservada a brasileiros natos ou naturalizados.

§ 2º A função não remunerada, a bordo de aeronave de serviço aéreo privado (artigo 177) pode ser exercida por tripulantes habilitados, independente de sua nacionalidade.

§ 3º No serviço aéreo internacional poderão ser empregados comissários estrangeiros, contanto que o número não exceda 1/3 (um terço) dos comissários a bordo da mesma aeronave.

Da leitura se extrai que existem várias situações que interagem: a) quanto aos tripulantes, exercerem ou não *função remunerada*; b) quanto as aeronaves nacionais, *existe* uma subdivisão, que se extrai da leitura:

b.1) ser nacional em serviço aéreo no país;

b.2) possibilidade de empregar comissários estrangeiros, limitado a 1/3 dos comissários, em serviço aéreo internacional;

b.3) se função não remunerada, não existe distinção entre nacionais e estrangeiros para a contratação.

Nota-se, portanto, que existe restrição para alguns casos apenas, para a contratação de estrangeiros.

Ainda quando a limitação para contratação de estrangeiros – restrita as funções remuneradas -, há que se ter claro que não se trata de uma restrição absoluta, a independer de outros fatores. E tal resta claro, posto estar expressa a *permissão*, nos termos do disposto no art. 158 do CBA, *in literis*:

Art. 158. A juízo da autoridade aeronáutica poderão ser admitidos como tripulantes, em caráter provisório, instrutores estrangeiros, na falta de tripulantes brasileiros.

Parágrafo único. O prazo do contrato de instrutores estrangeiros, de que trata este artigo, não poderá exceder de 6 (seis) meses.

Então, fica claro que a limitação não detém elemento intrínseco, a justificar, posto que se assim fosse, não caberia o estabelecimento da exceção.

Ainda mais claro fica quando a própria legislação confere permissão aos estrangeiros, conquanto que exista *reciprocidade*³² com o país de origem, conforme aponta o art. 157 do mesmo diploma, que detém a redação: “Art. 157. Desde que assegurada a admissão de tripulantes brasileiros

³² A possibilidade de ampliação do emprego de estrangeiros, na medida do quanto adotado no outro país, dá origem ao que se designa por “*céus abertos*”. (N.A.)

em serviços aéreos públicos de determinado país, deve-se promover acordo bilateral de reciprocidade”.

Ou seja, o caráter de nacional, para o preenchimento, como regra, das vagas, não perfaz situação justificável *à priori* na seara da *nacionalidade*, ou seja, não revela uma situação atinente aos domínios da *soberania*.

Tal é a posição de José da Silva Pacheco, ao lecionar sobre a rela intenção das restrições lançadas: *reserva de mercado*. Vale a transcrição:

Com vista a proteger o mercado aos nacionais, a emenda parentada e aprovada na Câmara, restringiu o exercício a bordo de aeronave brasileira, quando remunerado, a brasileiros.

O art. 156, §§ 1º e 2º, procura distinguir, para o efeito de restringir a brasileiro o exercício a bordo de aeronave, a função em remunerada ou não-remunerada. A finalidade é a reserva de mercado a profissional brasileiro. (Pacheco, 2006, p. 226)

Do ponto de vista econômico, a restrição para uma das formas de produção – no caso presente, a mão de obra -, revela, por si, ineficiência.³³

Entendida a real função da restrição imposta, fica a pergunta: *poderia o legislador infra constitucional*, ainda que objetivando a salvaguarda de postos de trabalho para nacionais, editar a lei com tal redação?

Tal ponto será respondido em item adiante. E tal se deve a apresentação de *outra* restrição, agora quanto ao emprego de *capital estrangeiro*, aproveitando então para, à guisa conclusiva, expor sobre as *restrições* em geral.

4.2 Do art. 181 do CBA e a restrição a aquisição de ações ordinárias por estrangeiros

Começa-se³⁴, de imediato, com a transcrição do art. 181 do CBA, onde existe restrição para o emprego de capital estrangeiro para a aquisição de ações³⁵ (com direito a voto), *in litteris*:

³³ “Contudo, se não é o ouro e a prata que determinam a prosperidade de uma nação, o que é então? Smith não tem dúvida: o trabalho. Por isso, qualquer mudança que aprimore as forças produtivas estará potencializando o enriquecimento de uma nação.” (Pilagallo, 2008, p.7).

³⁴ Na verdade, o art. 181 é consequência do artigo anterior – art. 180, que faz referencia a *concessão* por parte da União. Vale a reprodução aqui do artigo em comento, ainda que não seja objeto de estudo no presente trabalho: Art. 180. A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

³⁵ Ensina Fran Martins: “Ações são unidades do capital da sociedade, conferindo aos seus proprietários o direito de participar da mesma. (...) Assim só terá direito de participação na sociedade quem possui uma ação;

Art. 181. A concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver:

I - sede no Brasil;

II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;³⁶

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.

§ 1º As ações com direito a voto deverão ser nominativas se se tratar de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima, cujos estatutos deverão conter expressa proibição de conversão das ações preferenciais sem direito a voto em ações com direito a voto.

§ 2º Pode ser admitida a emissão de ações preferenciais até o limite de 2/3 (dois terços) do total das ações emitidas, não prevalecendo as restrições não previstas neste Código.

§ 3º A transferência a estrangeiro das ações com direito a voto, que estejam incluídas na margem de 1/5 (um quinto) do capital a que se refere o item II deste artigo, depende de aprovação da autoridade aeronáutica.

§ 4º Desde que a soma final de ações em poder de estrangeiros não ultrapasse o limite de 1/5 (um quinto) do capital, poderão as pessoas estrangeiras, naturais ou jurídicas, adquirir ações do aumento de capital.

igualmente, só existirá título representativo se houver ação com parte do capital, já que esse título sobretudo atesta tal participação, não gerando direitos por si mesmo.” (Martins, 2010, p. 66).

³⁶ Existe projeto de lei, iniciado no Senado Federal, atualmente na Câmara dos Deputados Federais, com vista à aumentar a participação de estrangeiros para até 49% das ações com direito a voto. Ganhou o número de PL 6.716/09, com redação:

Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), para ampliar a possibilidade de participação do capital externo nas empresas de transporte aéreo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 181 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 181.

II – pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do capital com direito a voto pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

.....

§ 3º A transferência a estrangeiro das ações com direito a voto, que estejam incluídas na margem de 49% (quarenta e nove por cento) do capital a que se refere o inciso II deste artigo, depende de aprovação da autoridade aeronáutica.

§ 4º Desde que a soma final de ações em poder de estrangeiros não ultrapasse o limite de 49% (quarenta e nove por cento) do capital, poderão as pessoas estrangeiras, naturais ou jurídicas, adquirir ações do aumento de capital.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em de dezembro de 2009.

Senadora Serys Slhessarenko

Segunda Vice-Presidente do Senado Federal, no exercício da Presidência

Decorre da imediata leitura a inexistência de restrições ao capital estrangeiro nas companhias aéreas nacionais. Existe sim restrição para a aquisição de determinada quantidade de *ações ordinárias* por estrangeiro. E tal restrição diz respeito não a formação ou aquisição de ações³⁷ em geral, mas especificamente a uma fração superior da totalidade das ações ordinárias³⁸ – *com direito a voto*, não havendo qualquer restrição para a aquisição de ações preferenciais.³⁹

A restrição fica assim posta: da totalidade das ações com direito à voto, no máximo 1/5 (um quinto) das ações ordinárias podem ser integralizadas por capital estrangeiro, o mesmo valendo para a hipótese de aumento de capital social. A lei vai além nas restrições impostas, ao tecer considerações inclusive para a alienação de ações para estrangeiros.

Dito de outra forma, o patamar estabelecido parece ser limitador para toda e qualquer forma de agir, no tocante a operações de ações, sendo estas para a formação ou aumento de capital social, ou mesmo simples operação de alienação entre *acionistas*.

Algumas observações da seara de direito empresarial, merecem sejam aqui lançadas: a) a restrição diz respeito somente ao exercício do voto, ou seja, à administração da *sociedade*, posto não importar em qualquer restrição legal as ações preferenciais; b) daí que, uma sociedade, nos termos do artigo em comento, pode muito bem deter maioria de capital estrangeiro, mas com maioria de votos nas mãos de nacionais; c) e tal se verifica pela expressa menção autorizadora de que 2/3 (dois terços) do capital social possa ser composto de *ações preferências*; d) existe expressa menção a que se recorra a lei que institui o CBA para a matéria alusiva a formação do capital social e transferência de ações, posto dispor nos termos do *parágrafo 2º: não prevalecendo as restrições não previstas nesse Código*.

Ao assim dispor, surgem alguns problemas de ordem interpretativa imediata, sem prejuízo de juízos da monta da *recepção* ou mesmo da *constitucionalidade* das normas, a saber:

³⁷ As espécies de ações em que o capital social de uma companhia pode ser dividido encontra previsão nos termos do art. 15 da lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas, com redação:

Art. 15. As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que conferem a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição.

§ 1º As ações ordinárias da companhia fechada e as ações preferenciais da companhia aberta e fechada poderão ser de uma ou mais classes.

§ 2º O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas.

³⁸ Art. 16. As ações ordinárias de companhia fechada poderão ser de classes diversas, em função de:

I - conversibilidade em ações preferenciais;

II - exigência de nacionalidade brasileira do acionista; ou III - direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

Parágrafo único. A alteração do estatuto na parte em que regula a diversidade de classes, se não for expressamente prevista, e regulada, requererá a concordância de todos os titulares das ações atingidas.

³⁹ “A ação preferencial atribui ao acionista uma vantagem, relativamente às ordinárias, isto é, um tratamento diferenciado. A diferença é definida pelo estatuto da sociedade anônima emissora do valor mobiliário. Neste documento, deve-se encontrar dispositivo que fixe a preferência relacionada a tal espécie de ação” (Coelho, 2011, p. 119).

a) É interessante analisar a lei 6.404/76 detinha justamente a proporção de *até* 2/3 de ações preferências para no mínimo de 1/3 de ações ordinárias, tendo sido alterada tal proporção para o máximo de 50% de ações preferências, nos termos da lei 10.303 de 2001. E tal se deve justamente para a maior *representatividade* das decisões em relação ao *capital social*.

b) Ao dispor sobre a aplicação deste código, mesmo nas matérias pertinentes ao capital social, em detrimento a qualquer outra, fica a dúvida quanto a aplicabilidade ou não das restrições advindas com a edição da lei 10.303/01, nos termos acima dito⁴⁰;

c) Fazer restrição somente as ações ordinárias, importa em que uma maioria do capital social possa estar *com estrangeiros*, ou seja: o lucro pode ser direcionado para o estrangeiro, em sua larga maioria, conquanto que as decisões possam ser, no plano teórico, deliberada com ampla maioria pelo capital social;

d) As restrições no plano das decisões parecem desconhecer que, votando os *estrangeiros* em bloco, e divididas as *opiniões* dos nacionais, uma maioria circunstancial possa ser formada com a ajuda de estrangeiros.

e) Existe restrição para a *negociabilidade* das ações.

Tais pontos ganham agora acréscimo, em uma análise conjunta das restrições para a *mão-de-obra* e *capital*, em item apartado.

Tais pontos serão analisados no próximo item.

5 Da segurança nacional – do interesse público – das razões de veto presidencial ao CBA

A edição da lei 7.565 remonta ao ano de 1986, ou seja, não só em período anterior a edição da Constituição de 1988, como em verdade, ainda sob a égide do período militar. Os embates ideológicos, posto ainda a divisão trazida com a *guerra fria*, assentavam o agir estatal nos termos do que se considerava relevante para a salvaguarda da *defesa nacional*. Nesse ambiente e época, foi editado o CBA, sendo reconhecido pelo próprio Estado, o que significa também o reconhecimento da inadequação para a atualidade (para não falar na não recepção, ainda.)

Com o advento da Constituição de 1988, e com a *queda do muro* e fim da *guerra fria*, no sentido de polarização entre sistemas econômicos, a tônica do sistema protetivo nacional repousa sobre o que se considera *interesse público*.

⁴⁰ A questão de aplicabilidade da lei é tormentosa para os assuntos em geral relativo as Sociedades Anônimas. A mudança da lei trouxe duas vertentes interpretativas: “i) apenas para as companhias abertas que já tenham alcançado tal proporção ou ii) para qualquer companhia aberta existente na data da entrada em vigor da Lei n. 10.303/2001, que tenha ações preferenciais, ainda que a proporção efetiva seja inferior à proporção de 2/3 de ações preferências, de tal forma que, nos aumentos da capital subsequentes, a proporção de ações preferenciais possa ser aumentada até se atingir o limite de 2/3.” (Lazzareschi Neto, 2010, p.29).

Em que pese não exista clareza nas definições do que seria a tal supremacia do *interesse público*, deve servir de fundamento para o *agir* do legislativo. E tal ponto é importante, nesse trabalho: *interesse público* reveste-se de aspectos legais. Melhor dito, *segue* os contornos posto pela Constituição Federal, fazendo o desdobramento do problema para a compreensão do *interesse público*.

Segundo a doutrina, seria o *interesse público* gênero, cujas espécies seriam o *primário* e o *secundário*, com consequentes formas definidoras, e por conseguinte, imposições de *fins* diversas.

No tocante ao tema, vale a transcrição da lição de Barroso, sobre o *interesse público primário* e o limite deste em face das liberdades individuais, nos termos:

Pois bem: em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. (...) Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.

(...) À vista das ideias até aqui expostas, já é possível enunciar uma constatação. O interesse público secundário – *i.e.*, o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. (Barroso, 2011, p. 73)

Dois pontos aqui, extraído da citação acima, despontam: *primus*, a ideia de que a *consumação*, ou seja, a *realização* do interesse público primário pode se circunscrever a *satisfação de determinados interesses privados*; *secundus*, se tais interesses forem abrigados pelo núcleo essencial de *direito fundamental*, então, pelo caráter de indisponibilidade, não podem ser afetados por conta de atuação estatal.

Livre iniciativa, propriedade privada são, em verdade, autênticos direitos fundamentais. Vale, portanto, a consequência, do caráter de indisponibilidade, que é a vedação de atuação, de forma restritiva, por parte do Estado, sobre tais direito e, uma imposição *positiva*, no tocante ao dever de promoção de políticas públicas. Ou seja, para o caso do *poder para legislar*, certos *conteúdos* de lei não estão à disposição das maiorias, ou seja, de qualquer que seja o *quorum* de aprovação de normas.

Isso significa que o uso da expressão *razões públicas* não significa a adoção de uma *política econômica* aleatória, ou ao sabor da corrente ideológica vencedora de determinado pleito, mas dentro dos limites dos direitos fundamentais postos. Significa sim, que o indivíduo deva ser *sempre* objeto de proteção, mesmo diante dos tais *interesses coletivos*.

Nesse diapasão, aqui se entende não serem admissíveis, do ponto de vista constitucional, as restrições quanto a mão de obra estrangeira, para o setor em estudo, bem como, e da mesma forma

inadmissível, a restrição ao livre trânsito de capital estrangeiro – leia-se para o caso específico, a possibilidade de aquisição de ações em geral.

A inadequação do CBA, no tocante aos pontos aqui estudados não se mostra estranho para o próprio Estado Brasileiro, que assim se manifesta ao analisar *ato de concentração* n.º 08012.007398/00-70.

Os elementos constitucionais aqui lançados para embasar a posição defendida não foram descuidados, para a análise de *outros* artigos do então projeto de *código brasileiro de aeronáutica*. Nas razões de veto, o Presidente da República, no uso de suas atribuições, vetou parte do *projeto*, evocando preceitos constitucionais da época.

Aqui se lamenta que, pelos mesmos argumentos acima transcritos – e que não destoam dos defendidos largamente no presente estudo, não tenham os artigos citados sido também objeto de *veto*, pelos mesmos argumentos.

A adoção dos *direitos fundamentais* e seu critério de *universalidade* falam por si.

6 Considerações finais

Por conta da apresentação dos direitos fundamentais e dos fundamentos da República, tem-se que a *livre iniciativa* se faz *cláusula pétrea*, não sendo *direito* assegurado somente as nacionais. Aliás, tudo que os *direitos fundamentais* fazem é tentar dar efetividade a determinados direitos pertencentes ao *gênero humano*, o que equivale a dizer que existe *expressa inclusão*, se assim se pode dizer, aos estrangeiros em geral. Daí decorreria a impossibilidade das restrições advindas com o CBA.

E as restrições havidas, em certa medida, foram objeto de *veto*, por parte da Presidência da República, no ano de 1986, por conta da impossibilidade de haver restrição ou diferenciação ao tratamento entre brasileiros e estrangeiros. Dito de outra forma, *livre iniciativa* não é garantia à nacionais.

Por conta disso, aqui lança-se a ideia de que as restrições impostas pelo CBA *sequer* teriam sido recepcionadas. Propugna-se, portanto, pela *não recepção* das restrições advindas dos arts. 156 e 181 do CBA.

A ressalva *presidencial* apontando para uma consequência danosa para os tratados internacionais, se mantidas as restrições, aqui são endossados. E, sob o argumento lançado acerca dos *direitos advindos dos tratados internacionais*, acresça-se que: a) O Brasil, na condição de signatário, não teria condição de manter, ou mesmo ter lançado as restrições havidas – ou seja, tendo por base os tratados lançados no item 1 do trabalho (que não se revela em toda a sua extensão de *tratados*); b) Que a própria lei remete a questão da reciprocidade, sendo vista a efetivação desta na prática da política designada por *céus abertos*.

Ocorre que, no tocante aos *tratados internacionais*, falar em *reciprocidade* significa falar na postura dos Estados signatários, e não entre *particulares*. Portanto, não só os tratados *obrigam* aos Estados a não fazerem *restrições* – como os apontados antes -, como não incidem sobre as práticas entre particulares. Daí que as restrições, sob este aspecto, também não se justificam.

Mas a não restrição, por conta das *práticas bilaterais*, denotam outro fator que não pode ser desconsiderado. Note-se que, se a idéia base da restrição é conferir *proteção* ao espaço aéreo nacional, então não há justificativa para afastar a restrição, por conta de *reciprocidade*.

Em verdade, propugna-se aqui que, se existe *restrição* ao tráfego no espaço aéreo, isso ocorre no ato da *concessão*, sendo vedado a qualquer espaçonave, independente da nacionalidade da mesma.

No tocante ao emprego de *capital*, afora as conclusões brevemente feitas nos tópicos específicos, junte-se a de que, sendo este também um dos fatores de produção, não existe sentido econômico em admitir investimento, sem garantir, mediante aprovação ampla em assembleia, a oposição ou aprovação das metas fixadas para a companhia. Dito de outra forma, a *lucratividade* advinda do capital não resulta de outra coisa senão eficiência gerencial, o que não é atributo exclusivo de nacionais, mas de eficientes gestores.

Conclusão geral, que sob os argumentos trazidos, tem-se por não recepcionadas as restrições ou, se admitida sua acolhida, sua inconstitucionalidade.

Referências bibliográficas

ACTON, Harry Burrows. *The morals of markets and related essays*. Liberty Fund: Indianapolis, 1993, p.97-98.

BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. O “dumping” como forma de abuso do poder econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXII, n. 91, jul/set. 1993, p. 7

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, 2ª. edição, 2ª. tiragem, p. 71.

BASTOS. Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. Celso Bastos Editora. São Paulo: 2003. p. 122.

CHIARO, J.. Del & SILVEIRA, J. M. & LEMES, S. M. F. *Fundamentos e Objetivos da Legislação Antidumping*. Brasília: Revista de Direito Econômico, jan/jul 1997, p. 25.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – vol. II*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, 15ª edição, p. 119.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 7.

FARIA, Werter R.. *Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 133

HAYEK, Friedrich August von. *Os Fundamentos da Liberdade*. Brasília: UNB, 1983. p. 07.
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465324>
http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7183.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep805-86.htm
http://www.seae.fazenda.gov.br/search?b_start:int=0&SearchableText=%C2%BA

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.29.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Editora Forense, 2010, 4ª edição, p. 66.

NERY JR; Nelson. NERY; Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. São Paulo:2006. Revista dos Tribunais. P. 117

PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. São Paulo: Editora Forense, 2006, 4ª edição, p. 226.

PILAGALLO, Oscar. *Direito e Economia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p.7.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 761.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2006, p. 38-265.

SOUTO; Marcos Juruena Villela. DIREITO ADMINISTRATIVO DA ECONOMIA. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro: 2003. p. 15.