

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA MM. ^a VARA
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL.**

Síntese: Marco regulatório do transporte aéreo público. Nova ordem constitucional. Revogação do art. 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica em virtude da Emenda Constitucional nº 6/05. Aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica às concessionárias de serviços aéreos públicos. Precedentes. Aplicação do princípio da igualdade. Limites do Poder Concedente. *Periculum in mora* iminente a justificar o efeito suspensivo. Danos de difícil reparação. Caos no mercado de ações e na navegação aérea civil brasileira. Novo paradigma ao desenvolvimento da infra-estrutura aeronáutica brasileira. Aceleração do crescimento do País.

VARIG LOGÍSTICA S.A. (“VarigLog”), empresa brasileira com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil, na Rua Gomes de Carvalho, nº 1.609, Vila Olímpia, por meio de seus advogados, conforme instrumento de mandato anexo (doc. nº 1), vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, e na Lei nº 1.533/51, com alterações introduzidas pelas Leis nºs 6.014/73 e 6.071/74, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido liminar,

contra a r. Decisão nº 261, de 25.6.2008 (doc. nº 2), proferida pela Diretoria da Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”), publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, página 9, em 26.6.2008, nos autos do **Processo Administrativo nº 07-01/96184/00**, pelos motivos a seguir aduzidos.

- I -

www.teixeiramartins.com.br

SÍNTESE DO PROCESSADO

Em 12.5.2008, a VarigLog comprovou, por meio do anexo requerimento endereçado à ANAC (doc. nº 3):

(i) a **revogação do art. 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica (“CBA”), dispositivo esse criado pelo legislador derivado em 1986 à luz de uma antiga ordem constitucional** e sob patente e direta influência de uma situação de excepcionalidade no País, na qual o véu de uma remota interpretação da soberania nacional fundamentava e encobria imperceptivelmente, por raros teóricos e **em prol de poucos empresários**, a fonte produtiva de companhias insuficientes, em detrimento da fonte produtiva da Nação, seus cidadãos-consumidores; e

(ii) a título subsidiário, o sentido e o alcance do art. 181 do CBA, **comprovando-se sua aplicabilidade tão somente às empresas de transporte aéreo que detenham concessão pública**, nos termos dos arts. 180 *et seq.* do CBA, **e não às controladoras dessas companhias.**

Esse requerimento teve por objetivo o reconhecimento de que a estrutura societária indireta da VarigLog, após proferida a r. decisão de 1.4.2008 pelo MM. Juízo da 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo (doc. nº 4), já confirmada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (doc. nº 5), nos autos do Processo nº 583.00.2007.263473-4 -- que excluiu do quadro de acionistas de sua controladora, a Volo do Brasil S.A. (“Volo do Brasil”), os Srs. Marco Antônio Audi, Marcos Michel Haftel e Luiz Eduardo Gallo --, prescinde de qualquer recomposição ou ajuste para atender às exigências regulatórias aplicáveis à espécie.

Em outras palavras: a estrutura societária da VarigLog e de sua controladora, a Volo do Brasil, já atendiam às exigências regulatórias do setor aeronáutico, nos termos dessa r. decisão, de 1.4.2008.

O pleito administrativo ora enfocado foi instruído com **Parecer** elaborado pelo renomado especialista em Direito Público e Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor ADILSON ABREU DALLARI (doc. nº 6).

Entretanto, por meio do Ofício nº 103/2008/DIR/MPG, de 30.5.2008 (doc. nº 7), a ANAC delineou, por meio de seu Ilustríssimo Diretor Marcelo Pacheco dos Guaranys, que, em seu respeitável entendimento:

“1. Em atenção ao Requerimento de 12 de maio de 2008, encaminhado a esta ANAC acerca da situação da Varig Logistics - VarigLog, em que, por força da decisão de 1º14/2008, proferida pela Exmº Juiz da 17ª Vara Civil do Foro Central da Capital do Estado de São Paulo, são expostas as razões pelas quais Vossas Senhorias entendem inexistir impedimento legal a que seja "reconhecida e mantida in totum a atual estrutura societária da referida concessionária de transporte aéreo regular de carga”, tem-se a informar o que segue:

2. O Requerimento foi submetido à Procuradoria para análise das razões jurídicas ali arguidas, quo concluiu não haver possibilidade jurídica do manter-se o atual controle societário da VarigLog, uma vez que, conforme salientado por Vossas Senhorias, a referida empresa é subsidiária integral da Volo do Brasil S.A., na atualidade, pertencente integralmente à Volo Logistics LLC - Volo LLC, empresa estadunidense detida pelo Fundo de investimento Matlin Patterson.

3. Isso porque, diversamente do entendimento esposado por Vossas Senhorias, a Emenda Constitucional nº 06/95, que retirou o conceito de Empresa Brasileira e de Empresa Brasileira de capital nacional da Constituição Federal de 1988, não derogou o art 181 do CBAer, mas, tão somente, passou a considerar nacional toda pessoa jurídica que se constitua sob as leis brasileiras e tenha sua sede e administração no Brasil.

4. Nesse sentido, uma empresa de aviação legitimamente constituída no Brasil, há de observar as disposições previstas na Seção II – art. 184 e sgts. do CBAer, consubstanciados, na forma expressa no art. 178 da Constituição Federal de 1988, como a lei específica que dispõe sobre o ordenamento do transporte aéreo

5. Assim, nos termos da remissão que o art. 184 faz ao art. 181 ambos do CBAer, uma empresa aérea para ser constituída sob as leis brasileiras deve, necessariamente, ser controlada por brasileiros. Enfatiza-se ainda, por força desta mesma remissão, que o disposto no art. 181 do CBAer não disciplina, apenas, a outorga da concessão do serviço público, mas também se constitui como um dos requisitos necessários à aprovação dos atos constitutivos da empresa de transporte aéreo e de suas posteriores alterações.

6. Adicionalmente, cumpre salientar que a análise sistêmica do disposto no art. 181 c/c o art. 184 e seguintes do CBAer, deixa claro que as diretrizes legais estatuídas têm por escopo regular os limites do capital estrangeiro em território nacional, por meio de investimento no setor de transporte aéreo. Logo, a análise dos atos constitutivos não se limita a empresa que pretende habilitar-se a obter a concessão de transporte aéreo, mas também a sua controladora. Do contrário, poderia ser aplicado no mercado

interno do setor aéreo, por vias transversas, capital estrangeiro além dos limites fixados na lei.

7. Desse modo, em que pese os termos da r. decisão proferida pelo Exmº Juiz da 17ª Vara Cível do Foro Central da Capital do Estado de São Paulo, que estabeleceu como forma de solucionar a questão do artigo 181 do CBAer, a composição junto a ANAC, por meio da "superação do referido artigo ou com a recomposição societária" da Volo do Brasil S.A., esta Agência não identifica espaço legal capaz de abrigar o requerimento formulado por Vossas Senhorias, pelo que lhe impõe a adoção de urgentes providências voltadas para a recomposição societária da Volo do Brasil S.A." (sem ênfase no original)

Ato contínuo, a ANAC notificou a VarigLog para a adoção de providências *“voltadas para a recomposição societária da Volo do Brasil S.A.”*, controladora da VarigLog, no prazo de 30 dias, conforme Ofício nº 90/2008/SSA/ANAC, recebido em 6.6.2008 (doc. nº 8).

A VarigLog interpôs, então, recurso administrativo endereçado à Diretoria da ANAC (doc. nº 9), que, por meio da r. Decisão nº 261, ora recorrida judicialmente, negou-lhe provimento *“para manter a decisão proferida por meio do Ofício nº 103/2008/DIR/MPG, de 30.5.2008, que, acolhendo o Parecer nº 138/2008-PROC/ANAC, de 29.5.2008, determinou que fossem adotadas as providências necessárias com vistas à recomposição societária da Volo do Brasil S.A., controladora da Varig Logística S.A.”*

Irresignada, a VarigLog interpôs o anexo recurso administrativo hierárquico (doc. nº 10), visando, de imediato, à suspensão da r. Decisão nº 261 da ANAC e, por fim, sua reforma *in totum*. Esse recurso foi dirigido à autoridade que proferiu a r. decisão guerreada, é dizer, à ANAC, *ex vi* do que preconiza o art. 56, §1º, da Lei nº 9.784/99, para encaminhamento à autoridade superior, o Excelentíssimo Ministro de Estado da Defesa¹.

Entretanto, entendeu a ANAC, sem razão, com o devido respeito, que *“não cabe recurso hierárquico dirigido ao Senhor Ministro de Estado da*

¹ No caso vertente, a autoridade prolatora da r. decisão recorrida é a Diretoria colegiada da ANAC --- seu órgão máximo e, portanto, r. decisão final e de último grau interno --, que, nos termos da Lei nº 11.182/05, é “entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Defesa, com prazo de duração indeterminado” (art. 1º).

Defesa das decisões proferidas pela Diretoria, no exercício de suas competências regulatórias da aviação civil”, consoante r. Decisão nº 267, de 3.7.2008 (doc. nº 11).

Com o devido acatamento, não competia à ANAC expressar qualquer juízo de valor ou de direito quanto ao recurso administrativo hierárquico dirigido ao Excelentíssimo Ministro de Estado da Defesa, mas tão somente encaminhá-lo à instância administrativa superior.

Contra essa r. Decisão nº 267, a VarigLog impetrou o mandado de segurança nº 2008.34.00.021067, com pedido liminar, distribuído à MM. 5ª Vara Federal dessa Seção Judiciária (doc. nº 12). A VarigLog não discutiu nesse *writ*, portanto, o mérito do recurso administrativo hierárquico (ou seja, o art. 181 do CBA), mas tão somente o direito líquido e certo de esse recurso ser enviado à instância administrativa superior, ou seja, uma questão de direito processual administrativo.

O pleito liminar foi indeferido (doc. nº 13), pois “*ausente o fumus boni iuris*”, pendente de apreciação o efeito ativo requerido no respectivo agravo de instrumento interposto pela VarigLog (AI nº 2008.01.00.034250-5, doc. nº 14), distribuído à E. 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sob relatoria do Eminentíssimo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

Ao negar o encaminhamento do recurso administrativo hierárquico ao Excelentíssimo Ministro de Estado da Defesa, *data maxima venia*, a ANAC não somente violou direito líquido e certo da VarigLog, com todo o acatamento devido, como **agravou o perigo de dano irreversível a justificar ainda mais a impetração deste mandado de segurança**, desta feita contra o mérito da r. Decisão nº 261, ou seja, uma questão de direito material², conforme será demonstrado a seguir.

Impende salientar, por fim, que, a despeito de a VarigLog ter posteriormente efetivado a recomposição societária indireta determinada pela ANAC, o direito líquido e certo da VarigLog foi e continua a ser flagrantemente violado, até

² Portanto, o mandado de segurança anteriormente interposto (2008.34.00.021067) versa tão somente quanto a questão processual, www.teixeiramartins.com.br

mesmo porque essa recomposição pende de aprovação da ANAC e, ainda, porque a VarigLog tinha -- como ainda tem -- o direito líquido e certo de ser financiada por capital estrangeiro, como se verá.

- II -

SÍNTESE DA ESTRUTURA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA VARIGLOG

Antes da exposição do mérito deste *writ*, a VarigLog entende cabível a demonstração do objeto mediato desta ação, é dizer, a sobrevivência de uma cadeia produtiva exemplar de bens e tributos, fonte de geração de renda e milhares de postos de trabalhos, diretos e indiretos.

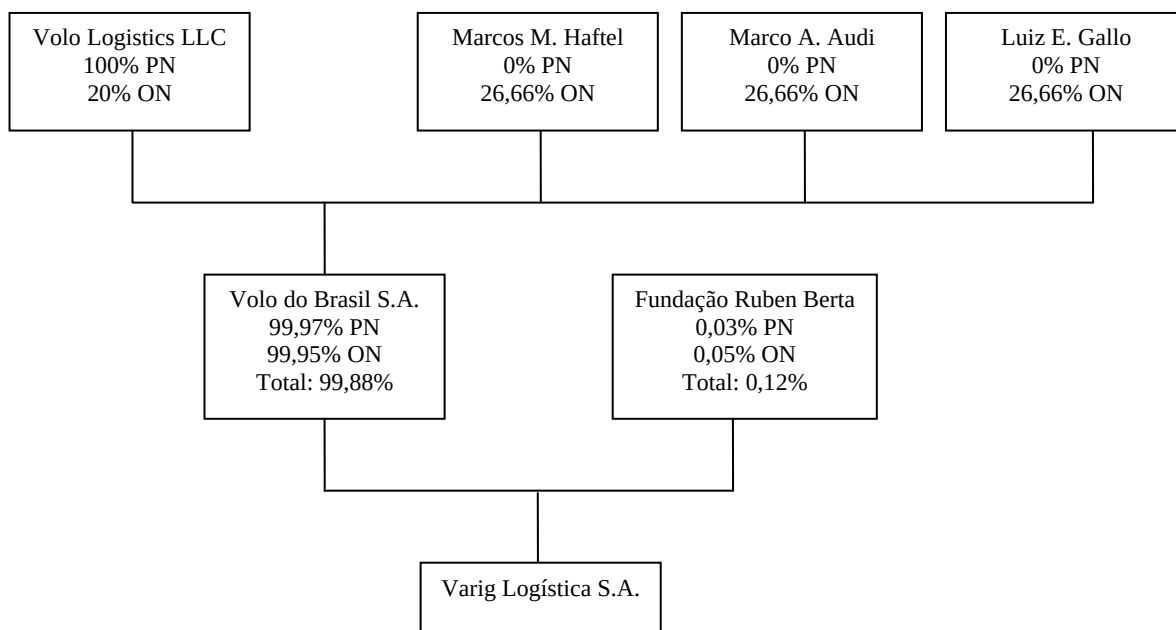
Está em curso perante o MM. Juízo da 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo ação de dissolução parcial da sociedade Volo do Brasil, **uma empresa brasileira** consoante art. 1.126 do Código Civil, que tem como seu único ativo a VarigLog, companhia detentora de reconhecível participação no mercado de transporte aéreo de carga no País.

Deu um lado, figuram como autores/reconvindos dessa ação os Srs. Marco Antônio Audi, Marcos Michel Haftel e Luiz Eduardo Gallo. De outro lado, figura como ré/reconvinte a Volo Logistics LLC (“Volo LLC”), empresa estadunidense detida pela Fundo MatlinPatterson, que gere investimentos de pensionistas em escala global, entre outros.

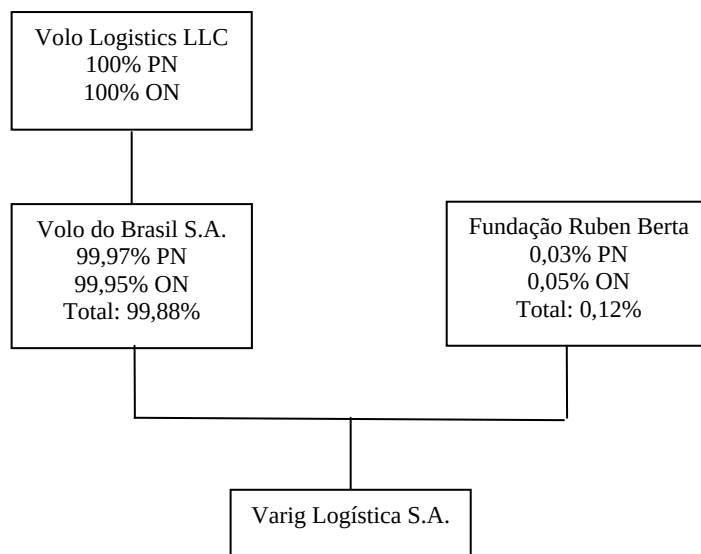
No curso daquela ação, mais precisamente em 1.4.2008, aquele MM. Juízo proferiu r. decisão (doc. nº 4), já confirmada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo (doc. nº 5), para (i) excluir os Srs. Audi, Haftel e Gallo do quadro de acionistas da Volo do Brasil (**não se confunda, portanto e desde já, o quadro de acionistas da Volo do Brasil com o quadro de acionistas da VarigLog**); e, adicionalmente, (ii) outorgar à Volo LLC a administração e a gestão das sociedades empresárias envolvidas, com fiscalização por parte do Judiciário.

Por conseguinte, a Volo LLC, que até então detinha 100% (cem por cento) das ações preferenciais e 20% (vinte por cento) das ações ordinárias da Volo do Brasil, que por sua vez, detém 99,88% da VarigLog, passou a deter 100% do capital social da Volo do Brasil. Os seguintes organogramas sintetizam a estrutura societária da VarigLog antes e após a r. decisão acima qualificada:

ORGANOGRAMA PRÉ-1.4.2008



ORGANOGRAMA PÓS-1.4.2008



Não houve, destarte, qualquer alteração na estrutura societária direta da VarigLog, mas unicamente exclusão de sócios da Volo do Brasil, sua controladora.

A ANAC foi devidamente oficiada por aquele MM. Juízo quanto aos termos da r. decisão acima descrita, até mesmo porque foi conferido à Volo LLC o prazo de 60 (sessenta) dias para, caso fosse necessário -- e não o é, como se verá -- *“demonstrar ter procedido à recomposição societária ou ajuste junto à ANAC”*.

Desde então, a VarigLog não poupou esforços para se reerguer e preservar o seu patrimônio, em especial: (i) recomposição imediata à sua frota de quatro aeronaves Boeing 757-200, com números de série do fabricante 24235, 22611, 22210 e 22211, e prefixos PR-LGF, PR-LGI, PR-LGJ e PR-LGH, respectivamente; (ii) negociação com arrendadores de aeronaves para a devolução amigável de modelos DC-10 e MD-11, que não mais serão operados pela empresa em razão dos custos elevados e desproporcionais, com pagamento de dívidas pendentes; (iii) contratação da Martel Assessoria e Consultoria Aeronáutica Ltda. (e todo o seu time de executivos e colaboradores) para assessorar seu soerguimento; (iv) negociação com distribuidoras de combustível aeronáutico; (v) negociação com a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeronáutica visando à permanência de áreas aeroportuárias arrendadas, que até então estavam sob ameaça de reintegração; (vi) tratativas e reuniões com inúmeros Sindicatos e diversos trabalhadores individuais, bem pagamento de verbas de rescisão; (vii) negociação com credores e fornecedores em geral; e (viii) indicação de pessoas brasileiras com experiência de mercado e *expertise* nas mais diversas aéreas que compõem uma empresa aérea de cargas para compor sua Diretoria.

A atual administração da VarigLog foi capaz, inclusive, de reestruturar dívida que ensejou anterior pedido de falência à luz do descaso dos Srs. Audi, Haftel e Gallo, pedido esse já levantado, por consequência.

Esse esforço não passa despercebido. De fato, não são poucos os recentes títulos da VarigLog: exemplificativamente, a VarigLog foi eleita, por sete

vezes consecutivas, pelas revistas Global e Guia Marítimo, a melhor transportadora de carga aérea do Brasil e, no mesmo sentido, a Editora Abril e a Gazeta Mercantil nomearam a VarigLog a melhor transportadora aérea do País.

Outrossim, a VarigLog possui diversos outros prêmios de reconhecimento, inclusive o Prêmio Excelência Empresarial - FGV (2005), o Prêmio Abril de Publicidade (2003 e 2004) e o Prêmio Destaque - Melhor Empresa na Categoria Logística, segundo Jornal do Comércio (2006).

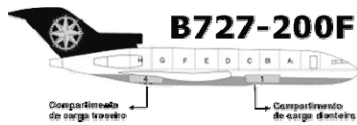
Hoje, após cerca de 6 meses de gestão pela nova administração (iniciada em 1.4.2008), o fluxo de caixa operacional da VarigLog dobrou e a prioridade na qualidade dos serviços prestados voltou a imperar. Há doravante o cristalino controle de custos e o foco no rápido crescimento sustentado.

A título de exemplo, a VarigLog já voltou a atender hoje todos os Estados brasileiros, atingindo 4.137 cidades direta ou indiretamente, com mais de 230 franqueados e franquias espalhadas por 196 municípios. São 17 bases nacionais e duas internacionais em operação. São milhares de postos de trabalho diretos e indiretos, portanto, vinculados aos serviços aéreos e rodoviários “porta à porta”, nas modalidades postal, carga e expressa.

Em paralelo, o custo mensal de Tecnologia da Informação já foi reduzido em cerca de 50% desde 1.4.2008. Houve o redesenho de toda a rede de infraestrutura de comunicação visando à simplicidade e eficiência das atividades.

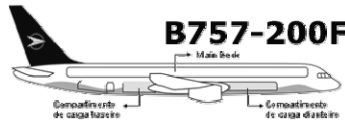
Para se ter idéia da magnitude da reestruturação em pleno vigor, quatro dos nove andares da sede central da empresa, que permaneciam praticamente desativados mas às disposição da antiga administração -- sabe-se lá o porquê --, foram devolvidos ao respectivo locador.

Atualmente, a VarigLog opera com aeronaves modelo Boeing 727-200F e Boeing 757-200F, como segue:



B727-200F

Capacidade de Carga: 23.000 kg / Main Deck: 112m³ / 12 pallets

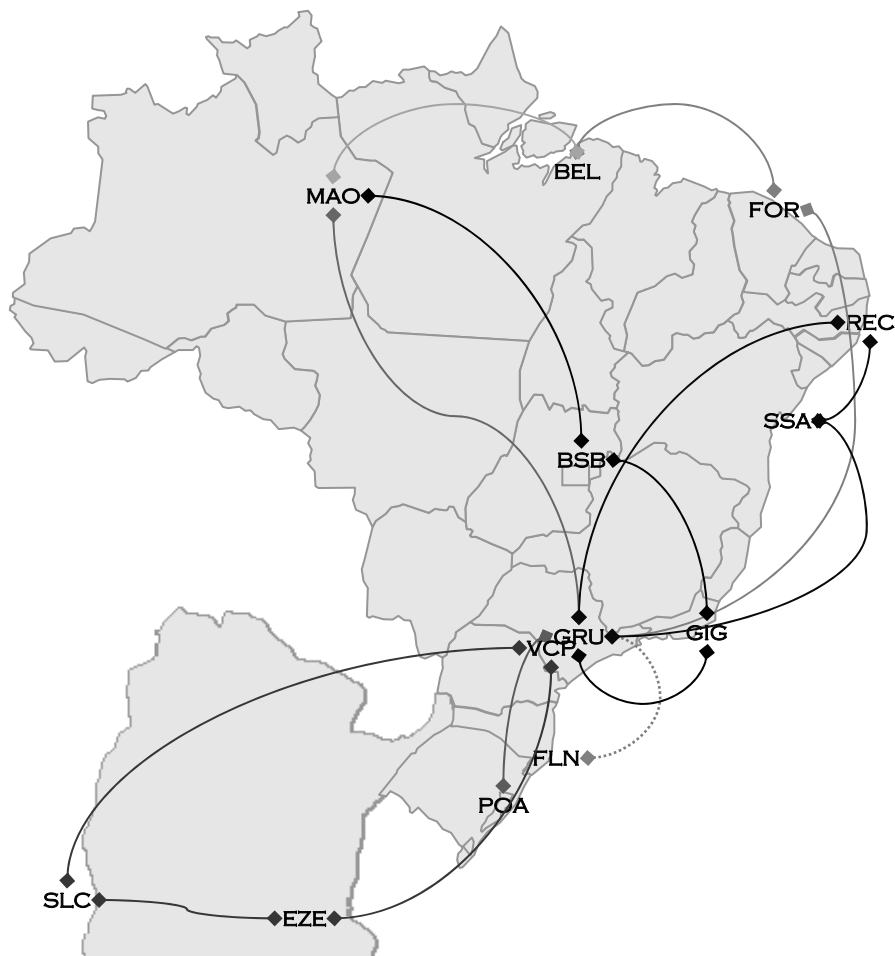


B757-200F

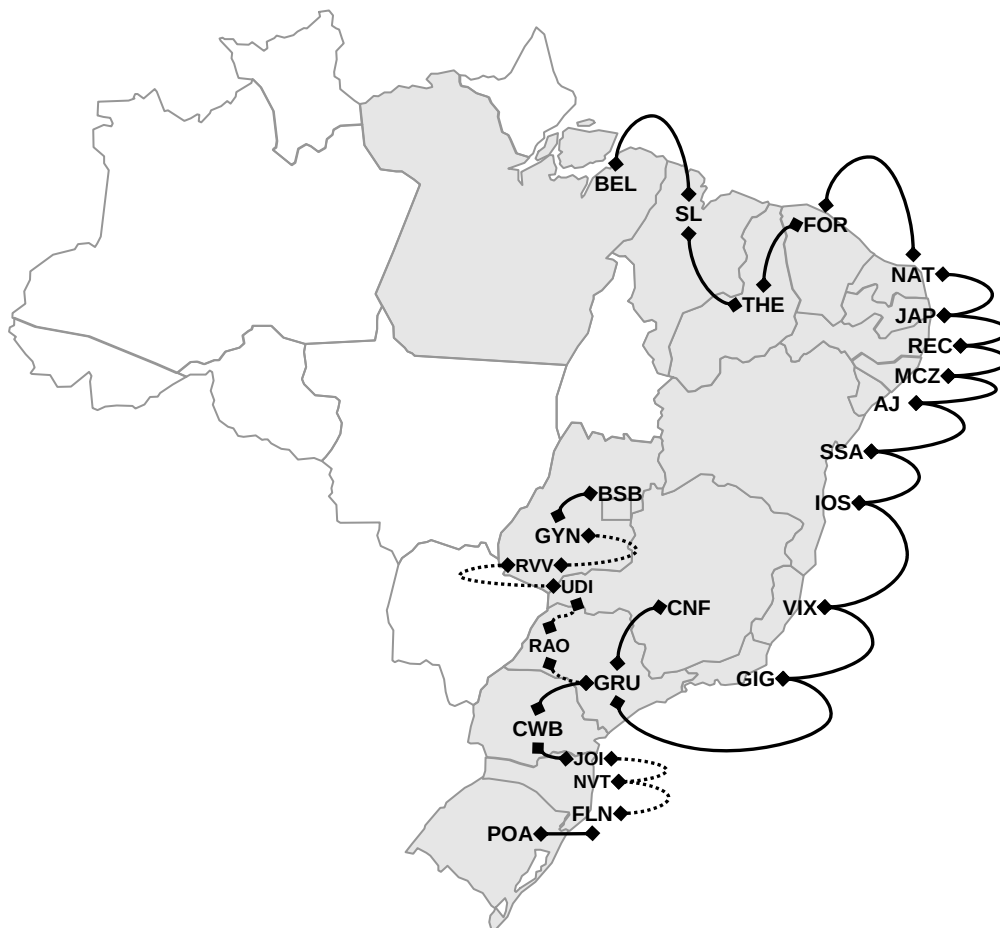
Capacidade de Carga: 29.500 kg / Main Deck: 239m³ / 15 pallets

Outrossim, as seguintes rotas aéreas e rodoviárias (afora as rotas rodoviárias secundárias) são hoje operadas pela VarigLog, sem prejuízo de seu plano de desenvolvimento sustentado e expansão de *market share*, sempre sob fiscalização da ANAC:

MALHA AÉREA ATUAL



MALHA RODOVIÁRIA ATUAL



É dizer, há uma inquestionável fonte produtiva na VarigLog responsável pelo emprego direto e indireto de trabalhadores e, portanto, pela vida de milhares de pessoas. Um grande número de negócios são celebrados por meio das atividades prestadas pela empresa, toneladas em carga são despachadas diariamente; milhões de cartas, muitas empresariais, mas a grande maioria de caráter pessoal, são entregues na porta dos destinatários, seja nas Capitais ou nas mais remotas Cidades do País.

A economia de um País depende de sua capacidade de movimentar os seus bens, de sua infra-estrutura aeronáutica. A nova administração da VarigLog e a própria VarigLog, como cidadãos e empresa brasileira que são, promovem a integração e o desenvolvimento econômico e social do País, preservando, com excelência, o

interesse público à luz da livre iniciativa e, por derradeiro, do salutar mercado competitivo.

Postos os fatos (em homenagem a Vossa Excelência, porquanto o mérito deste *writ* é um puro direito líquido e certo) e esclarecidas na síntese a estrutura societária e a função social da VarigLog, passa a VarigLog a expor a abordagem pela qual entende, com fundamento em renomados juristas pátrios, ícones do Direito e demarcadores da exegese da ordem jurídica brasileira, que a exclusão dos Srs. Audi, Haftel e Gallo da Volo do Brasil prescinde de qualquer recomposição ou ajuste perante a ANAC.

- III -

POR UM NOVO PARADIGMA NA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

(i) O art. 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

A art. 180 do CBA estabelece, com base no art. 21, XII, alínea c, da Constituição Federal, que “*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*”.

Por sua vez, o art. 181 do CBA determina que a concessão somente será outorgada a pessoa jurídica brasileira que tiver (i) **sede no Brasil**; (ii) **direção confiada exclusivamente a brasileiros**; e, por fim, (iii) **pelo menos 4/5 do capital com direito a voto pertencentes a brasileiros**, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos de capital. A mesma regra se aplica às sociedades anônimas que explorem o transporte aéreo não-regular ou de serviços especializados, nos termos do art. 182 do CBA.

Como o art. 181 do CBA é anterior à Constituição Federal de 1988, poder-se-ia entender que ele foi recebido, em parte, pelo art. 171³ desta, que, de forma

³ Art. 171. São consideradas:

supostamente protecionista, permitia a atribuição de tratamento jurídico diferenciado para a empresa brasileira de capital nacional em comparação à de capital transnacional, em que pesem os sólidos argumentos contrários com fundamento nos princípios da isonomia, da liberdade de iniciativa e, *a fortiori*, da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

O primeiro ponto que se nota é que o art. 171 da Lei Maior eliminou a dicotomia *empresa nacional x empresa não-nacional*, em discussão infraconstitucional à época, para instituir um novo debate, desta feita acerca da abrangência das definições *empresa brasileira x empresa brasileira de capital nacional*.

Fato inegável é que, ao serem criados novos conceitos em 1988, **a matéria foi constitucionalizada, de maneira que se eliminou qualquer possibilidade de a lei ordinária ir além do quanto estabelecido pela Constituição, é dizer, não mais do que o texto constitucional poderia o legislador ordinário.**

Assim, poder-se-ia concluir que art. 181 do CBA foi recepcionado somente em parte pelo inciso II do art. 171 da Constituição, porquanto o comando deste exigia unicamente o *controle efetivo* (poder decisório) do capital votante, de fato e de direito, e não os 4/5 previstos no CBA. Face à incompatibilidade com a nova Constituição, seria plausível entender que os incisos II e III do artigo 181 do CBA foram recebidos parcialmente, na exata extensão necessária para que fosse observado o *controle efetivo* previsto na Constituição.

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria do seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do 'caput' se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

De fato, se por um lado o art. 171 inovou ao criar o conceito de empresa brasileira de capital nacional, consagrando uma discriminação inviável no caso específico para a coletividade, no respeitoso entendimento da VarigLog, até porque afugenta o capital estrangeiro não-especulativo, gerando privilégios para alguns poucos a custo da comunidade, por outro lado essa criação, que versou integralmente sobre o assunto, afastou da lei ordinária quaisquer limitações mais gravosas ao investidor estrangeiro.

Essa discussão, conquanto empolgante, perdeu seu objeto; simplesmente quedou-se ultrapassada. O *discrimen* outorgado à empresa brasileira de capital nacional parece ter-se mostrado, em pouquíssimo tempo, contrário ao fenômeno jurídico pátrio, de modo que foi expressamente revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15.8.1995.

Realmente, em bom tempo o poder soberano (povo), por meio do Congresso Nacional, conscientizou-se de que a discriminação do capital estrangeiro não somente deixava de proteger o mercado brasileiro, como o enfraquecia perante o desenvolvimento global e a inter-relação inerente ao sistema econômico mundial.

MIGUEL REALE, ao tratar da atualização histórica dos valores do Direito, propõe a reconstrução contínua de determinado conceito ao conceber que “*A História do Direito revela-nos um ideal constante de adequação entre a ordem normativa e as múltiplas e cambiantes circunstâncias espaço-temporais, uma experiência dominada ao mesmo tempo pela dinamicidade do justo e pela estabilidade reclamada pela certeza e pela segurança*” (in *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 19ª ed., p. 572).

Passou-se, desde então, ao favorecimento da eficiência e da continuidade dos serviços prestados, assim como da função social da empresa, ao invés da origem do capital investido; estimulou-se a produção, o trabalho e a geração de renda. Essas diretrizes locais, que transcendem as fronteiras do País, têm sido estampadas de forma notória na crescente internacionalização da produção e da

comercialização de bens e serviços. De forma muito clara é essa a interpretação teleológica da citada Emenda, incentivando as livres iniciativa e concorrência e combatendo manobras à eliminação das competições. Iniciou-se uma nova filosofia.

FÁBIO KONDER COMPARATO e CALIZTO SALOMÃO FILHO tecem brilhante exposição sobre as origens do controle estatal sobre sociedades anônimas, revelando que sua orientação outrora fundamentada em conflitos bélicos diversos e, até mesmo e principalmente, na Guerra Fria então latente, não mais prospera, e concluem (*in* O Poder de Controle na Sociedade Anônima, Ed. Forense, 4ª ed., p. 519):

“Em suma, é perfeitamente lícita, em nosso parecer, a criação de um grupo de sociedades, nos termos dos arts. 265 e ss. da nova lei acionária, em que sociedade de comando, embora brasileira, é submetida ao controle -- direto ou indireto -- de pessoas estrangeiras.”

Veja-se, por relevante, o seguintes trechos da Exposição de Motivos nº 37/95, que encaminhou a proposta da Emenda Constitucional nº 6/95:

“2. A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firma-se conceito de empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

3. A discriminação ao capital estrangeiro perdeu o sentido no contexto de eliminação das reservas de mercado, maior interrelação entre as economias e necessidade de atrair capitais estrangeiros para complementar a poupança interna. (...)”

CELSO RIBEIRO BASTOS, ao comentar a revogação do art. 171, da Constituição Federal, leciona com propriedade o seguinte:

“A importância da presente emenda não reside apenas nas transformações jurídicas que ela opera no nosso direito objetivo. Ela tem uma significação simbólica que transcende os seus aspectos meramente jurídicos, colocando um ponto final a uma distinção introduzida pela Constituição de 1988 entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional.

A esta última conferiam-se vantagens não acessíveis às empresas meramente brasileiras que, na verdade, eram controladas pelo capital externo. Não há nada que agrida mais o capital internacional do que a submissão a um regime jurídico diferenciado do previsto para as empresas nacionais.

O Texto maior anterior consagrava uma odiosa discriminação consistente em diferenciar uma empresa brasileira de uma empresa de capital nacional. E, a seguir, os §§ 1º e 2º traçavam diversos privilégios em favor da empresa brasileira de capital nacional.

Isso inviabiliza a livre concorrência, regime a qual essas empresas estão habituadas a se submeter, como há pouco de viu. Seria praticamente impossível o País levar a cabo qualquer política de globalização da economia com a odiosa discriminação que a redação do art. 171 comportava.

Essa emenda elimina o art. 171, que, portanto, deixa de existir no nosso direito constitucional. As demais transformações que ela introduz decorrem desse princípio fundamental, qual seja, da não-distinção entre capital nacional e estrangeiro. Essa passa a gozar de igual estatuto ao do nacional. São proibidos, portanto, ônus ou privilégios que se lhes queria impor, a não ser o estabelecimento de condições regulamentadas para a entrada de capital externo no País” (Emendas à Constituição de 1988, Ed. Saraiva, p. 79-80).

Nessa toada, o Parecer CONJUR/MCT-ACF nº 231, de 13.11.1995, **do Governo Federal**, traz, em sua conclusão, o alerta público quanto à revogação de toda legislação infraconstitucional incompatível com a Emenda nº 6/05:

“Por isso que se pode afirmar, sem margem de erro, que a situação posterior à Constituição de 1988 é absoluta e inequivocadamente diversa daquela existente na vigência da Carta de 1969, reclamando, portanto, interpretação adequada ao novo contexto jurídico.

E isto porque, em sistemas constitucionais como o nosso – em que houve adoção do mecanismo de rigidez – há que se distinguir entre duas categorias de leis: as constitucionais e as ordinárias; como decorrência, impera o princípio da supremacia das primeiras sobre as últimas (...)

Conclusões

1º) a Emenda Constitucional nº 6/95, revogando in totum o art 171 da Constituição -- e consequentemente extinguindo os conceitos de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, bem assim a faculdade inserta no seu §2º -- instituiu um novo regime em que se inadmita a distinção entre empresas em função da origem do seu capital; restaurou, portanto, nesse particular, o regime igualitário entre as empresas e extirpou todos os privilégios que em decorrência dessa distinção podia legislação ordinária conferir;

2º) de conseguinte, toda a legislação infraconstitucional, no que conceituava qualquer destas categorias de empresa, ou previa para elas, qualquer privilégio, restou derogada, posto que incompatível com a nova ordem, não tendo sido, portanto, recepcionada.”

O Governo Federal, **numa segunda oportunidade**, declarou o mesmo entendimento no Parecer nº AGY/LA-01/96, de 5.6.1996, opinando pela derrogação da Resolução nº 14, de 3.7.1986, que restringia a participação, direta ou

indireta, do capital estrangeiro nas sociedades seguradoras, entre outras, frente ao revogado art. 171 da Constituição, inclusive:

“19. Instaurada uma nova ordem constitucional, coloca-se o problema de, em atenção princípio da continuidade do ordenamento jurídico, saber o que acontece com a legislação infraconstitucional anterior à promulgação da Constituição. Para dar solução a esse problema, foi concebida a teoria da recepção. Segundo ela, a legislação infraconstitucional preexistente é recepcionada pela nova Constituição, passando a ter nela seu fundamento de validade, desde que não conflite materialmente com a nova Constituição. A legislação preexistente que conflitar materialmente com a Constituição não é recepcionada por ela, considerando-se revogada. (...)”

V. Conclusão

(...)

(b) a Resolução nº 14/86, do Conselho Nacional de Seguros Privados, padece de vício de ilegalidade, desde sua edição, por haver extrapolado o poder regulamentar que lhe deu suporte; mesmo que assim não se entendesse, não seria ela recepcionada pela Constituição de 1988, por conflitar materialmente com o art. 171 da mesma Constituição, sendo, em consequência, considerada revogada, não mais integrando a ordem jurídica;”

Note-se que, no caso das seguradoras, havia até mesmo previsão constitucional condicionadora de capital estrangeiro, consoante redação originária do art. 192, III (que era norma de eficácia contida, porquanto seria regulada por lei complementar), posteriormente reformado à luz do tratamento isonômico de capital e, principalmente, da nova ordem constitucional.

Ora, se um ato infraconstitucional limitador do capital estrangeiro foi entendido por revogado quando havia permissão constitucional nesse sentido, pendente somente sua regulação, com muito mais razão há de se entender que o art. 181 do CBA, que não tem guarida qualquer na Carta Magna, está revogado.

De conseguinte, desde então não é possível ao legislador ordinário estabelecer diferenças de tratamento entre empresas aéreas brasileiras no que tange à origem de seu capital, salvo por autorização constitucional, o que não é o caso.

Pois, considerando que a limitação constitucional foi revogada (art. 171) e com ela toda e qualquer norma infraconstitucional que previsse respectivos privilégios e preferências e, ainda, que não há qualquer restrição constitucional específica relacionada ao serviço de transporte aéreo público, uma empresa brasileira,

com capital votante estrangeiro, independentemente de seu grau, pode deter hoje concessão ou autorização para a exploração de transporte aéreo em tempos de paz.

Em parecer específico sobre o assunto, manifestou-se de igual forma **o Ilustre Professor ADILSON ABREU DALLARI, no sentido de que, em virtude da revogação do art. 171 da Constituição Federal, a legislação ordinária não pode estabelecer qualquer discriminação entre empresas brasileiras de capital nacional e empresas brasileiras de capital estrangeiro**, o que tem repercussão direta no caso concreto:

“(...) afastado expressamente o discrimen constitucional previsto na versão originária do citado art. 171 da Constituição Federal, e não havendo qualquer outra limitação constitucional respeitadamente à outorga e manutenção da concessão para a prestação de transporte aéreo para pessoas jurídicas nacionais, não poderia a legislação infra-constitucional contrariar esse cenário”. (fls. 3 do Parecer).

“(...) determinada pessoa jurídica nacional, ainda que o seu capital social e a sua direção tivessem origem estrangeira, poderia, por exemplo, ser controladora de empresa brasileira detentora de concessão para a exploração de transporte aéreo” (fls. 4 do Parecer).

“A distinção entre empresa brasileira de capital estrangeiro e empresa brasileira de capital nacional (conferindo privilégios a esta), foi expressamente retirada do texto constitucional pela EC nº 6/95, não se figurando mais, portanto, como um interesse constitucionalmente amparado” (fls. 26 do Parecer)

“(...) a lei ordinária - o Código Brasileiro de Aeronáutica - não pode criar empecilhos a uma empresa brasileira em razão da origem de seu capital. Não é possível, portanto, a criação de restrições administrativas à pessoa jurídica brasileira detentora de concessão para a exploração de serviços de transporte aéreo.” (fls. 47 do Parecer)

O mesmo entendimento é defendido pelos consagrados juristas NELSON NERY JÚNIOR e JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO *in casu*, advogados da Volo LLC nos autos do processo de dissolução da sociedade Volo do Brasil, citando a doutrina de MODESTO CARVALHOSA:

“(...) com a expressa revogação do art. 171, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº. 06/95, não mais se pode cogitar de qualquer espécie de vedação, ainda que legal, de empresa nacional de capital nacional e empresa nacional de capital estrangeiro.

A melhor doutrina não deixa dúvida. Veja-se, a respeito, a lição de MODESTO CARVALHOSA:

“Com a supressão do art. 171 da Constituição de 1988 (EC n. 6/95), o critério do domicílio da pessoa jurídica é o que prevalece, e não o da nacionalidade do capital.

Nenhuma outra restrição haverá, a não ser nas atividades reservadas ao capital nacional, estabelecidas na Constituição de 1988 (Título VIII)” (Modesto Carvalhosa, Comentários ao Código Civil, volume 13, Editora Saraiva, p. 558).

(...) A verdade é que a revogação expressa do art. 171, do Texto Constitucional, impede qualquer discriminação entre empresa nacional de capital nacional e empresa nacional de capital estrangeiro — sendo certo, por isso mesmo, que qualquer delas pode ser controladora de empresa concessionária de transporte aéreo, sem qualquer afronta ao art. 181, do Código Brasileiro de Aeronáutica. Essa é a única interpretação possível deste último dispositivo de lei federal após a Emenda Constitucional nº 06/95.”

Acrescente-se, nessa seara, que o art. 172⁴ da Constituição não tem o condão de recepcionar o art. 181 do CBA, uma vez que ele tão somente determina à lei ordinária, com base no interesse nacional, disciplinar os investimentos de capital estrangeiro no País, mas não tutelar sua participação nas instituições locais, como o faz, por exemplo, o art. 192 da Carta, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 40/2003⁵, com relação às instituições que compõem o sistema financeiro nacional. Nessa hipótese, aliás, fórum qualificado será exigido, porquanto qualquer limitação haverá de ser promulgada por meio lei complementar.

Não fosse essa a apropriada hermenêutica da norma constitucional à luz de seus princípios, teria o criador constituinte utilizado a mesma cautela empregada, *exempli gratia*, no art. 190⁶, quanto à possibilidade de limitar a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira.

Não fosse essa a intenção do Congresso Nacional, não teria o art. 199, §3º, da Constituição, limitado a *“participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei”*.

⁴ Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

⁵ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

⁶ Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

E, ainda, não fosse esse um objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, não teria o art. 222, da Constituição Federal, privado, em seu *caput*, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos e, ainda, em seu §1º, delimitado a participação de capital estrangeiro nessas companhias, direta ou indiretamente, a 30%.

De tal modo, **a ausência de qualquer limitação constitucional acerca do grau de participação acionária estrangeira nas concessionárias aéreas não foi mero acaso; não se trata de defeito de expressão nem da incapacidade verbal ou lógica do criador do Direito.**

Trata-se, a bem da verdade, da inevitável convergência da *voluntas legis* e da *voluntas legislatoris*, aliada à congruência dos fins e objetivos do Poder Originário. CARLOS MAXIMILIANO, ao tratar de disposições legais contraditórias, leciona que “*supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiriam o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; todas as expressões se combinem e harmonizem*” (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, 19ª ed., p. 110).

A pressuposição de racionalidade do discurso jurídico sob o ponto de vista da teoria comunicativa entre legislador e legislado, corolário da cautela, segurança e coerência acima citados, é muito bem escrutinada pelo Professor MARCELO DASCAL, para o qual “*na medida em que o discurso jurídico em geral, e a interpretação legal em particular, é um processo comunicativo, ele também está sujeito às pressuposições de racionalidade. Na medida em que é um processo comunicativo mais sistematizado que a comunicação comum, deve-se esperar que tais pressuposições tenham um papel mais importante e confiável na interpretação do discurso jurídico que na interpretação de outros tipos de discurso*” (in *Interpretação e Compreensão*, Ed. Unisinos, p. 361).

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária para julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 1089-1/DF, de 4.8.1994, **em que se discutia a exigência do ICMS nos serviços de navegação aérea**, por meio do voto do Eminentíssimo Ministro MAURÍCIO CORRÊA, ao acompanhar voto do Eminentíssimo Relator, Ministro FRANCISCO REZEK, assim deliberou:

“Se o constituinte tivesse a intenção explícita de colocar no art. 155, inciso II, da CF, que essas operações incluíam navegação aérea, teria sido explícito, porque o que se menciona, ali, são “operações intermunicipais” e “interestaduais”.

Ora, quem está no Congresso Nacional sabe perfeitamente que se quisesse o constituinte impor essa tributação às empresas de navegação aérea, o dispositivo teria sido redigido com clareza, certeza e segurança, principalmente sabendo-se que os parlamentares são usuários permanentes do transporte aéreo e conhecem muito bem as deficiências da aviação comercial, seus problemas e as dificuldades por que passa. A ausência dessa especificação expressa não foi ocasional, mas sim proposital, na visão da problemática que cerca a aviação comercial.” (sem ênfase no original)

Em outras palavras, quando o Poder Originário quis restringir a propriedade de bens por estrangeiros e, ainda, a participação de capital estrangeiro em empresas no País, ele o fez de maneira expressa, por meio de pronunciamentos coerentes e harmônicos, num discurso racional.

Os dispositivos constitucionais acima descritos evidenciam que a Constituição consagra qualificações onde as entende pertinentes, e o faz de maneira taxativa. Não é o caso do transporte aéreo público, no entanto. **Como bem dito pelo E. Supremo Tribunal Federal em caso similar relacionado à navegação aérea, “A ausência dessa especificação expressa não foi ocasional, mas sim proposital, na visão da problemática que cerca a aviação comercial”.**

É nesse sentido que o ilustre Professor ADILSON ABREU DALLARI, em seu anexo Parecer, observa que dispositivos da Constituição como os acima transcritos **“evidenciam que a Constituição expressamente consagra diferenças apenas onde determina que isso seja feito pelo legislador ordinário, mas, como regra**

geral, afirma o princípio da livre concorrência, que é um conceito antiético ao de protecionismo”.

É nesse sentido também o Parecer nº AGY/LA-01/96, de 5.6.1996:

“De fato, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros valores, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV). Ao tratar da ordem econômica, afirma que ela se funda na valorização do trabalho e na livre iniciativa (art. 170, caput) e no parágrafo único do mesmo artigo estatui: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Vê-se, assim, que a liberdade de iniciativa é a regra geral na Constituição. As ressalvas que se façam a essa liberdade, ainda que expressas na própria Constituição, constituem, sem dúvida alguma, exceções à regra geral (...).”

Ora, caso o serviço de transporte aéreo público seja tido por estratégico para a independência, interesse e soberania nacionais, esse serviço deve ser sim restringido e fiscalizado, mas não em seu critério subjetivo (relacionado à natureza do capital da pessoa que o exerce, em conflito ao princípio da isonomia), e sim em seu critério objetivo (prestação do serviço público).

E, na simples ameaça de estar esse serviço -- incansavelmente fiscalizado pela ANAC -- aquém de qualquer dever imposto perante a respectiva prestadora, inclusive obrigações técnico-operacionais e econômico-financeiras, caberá ao poder concedente intervir no serviço, *ex vi* do que preconiza o art. 188 do CBA. **Essa intervenção de que trata o art. 188 é o instituto a garantir a soberania e o interesse nacionais, pouco importando a origem do capital investido na empresa aérea, de sorte que a restrição do capital estrangeiro outrora vigente, num determinado ambiente econômico e social, não sobrevive frente à dinâmica geração de empregos, serviços, tributos e, conseqüentemente, patrimônio nacional.**

E para colocar uma pá de cal na questão, o anexo relatório emitido em junho de 2008 pela Consultoria Legislativa do Senado Federal - Coordenação de Estudos, intitulado “O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica” (doc. nº 15), trata especificamente dos efeitos da

revogação do art. 171 da Constituição Federal, inclusive sob a égide do direito de propriedade, para concluir expressamente que **“concluí-se, portanto, que a discriminação de capitais segundo a sua nacionalidade é inconstitucional, não podendo a lei dispor em contrário”**:

“Capital Estrangeiro

A limitação à participação de investidores estrangeiros no capital das empresas aéreas é comum em diversos países, mas não se justifica nos tempos atuais.

Sua remoção eliminaria uma importante barreira à entrada de novas empresas no setor, o que contribuiria para aumentar a contestabilidade do mercado, aumentando a concorrência. Além disso, facilitaria a integração entre vôos domésticos e internacionais, uma vez que a mesma empresa poderia realizar ambos os serviços, eliminando a necessidade das atuais alianças entre empresas.

Esclareça-se, ainda, que a nacionalidade do capital em nada altera o regime jurídico de prestação do serviço ou as prerrogativas decorrentes de eventual mobilização nacional, com o que ficam preservados os interesses estratégicos do País.

(...) Trata-se de saber se a revogação do art. 171 resultou na vedação às hipóteses de proteção da “empresa brasileira de capital nacional” ou na mera deconstitucionalização da matéria. Um dos fatores a ser levado em consideração é o contexto da aprovação da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que era o de modernização da Constituição, mediante a supressão de dispositivos de caráter nacionalista e estatizante. Corroborar esse entendimento a aprovação, no mesmo ano, da Emenda Constitucional nº 7, que eliminou restrições à atuação de pessoas e embarcações estrangeiras no transporte aquaviário. (...)

Além disso, a Constituição garante aos estrangeiros residentes no País, sem distinção de qualquer natureza, o direito de propriedade (art. 5º, XXII). Proibir estrangeiros residentes no País de adquirir ações de uma empresa aérea importaria em estabelecer uma distinção com relação aos brasileiros, em matéria de direito de propriedade, o que não é admitido. Da mesma forma, a vedação a que estrangeiros exerçam funções de direção nas empresas aéreas (art. 181, III, do CBA) também é inconstitucional, uma vez que o inciso XIII do art. 5º também assegura aos estrangeiros residentes no País o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Concluí-se, portanto, que a discriminação de capitais segundo a sua nacionalidade é inconstitucional, não podendo a lei dispor em contrário.” (sem ênfase no original)

O CBA foi promulgado numa época de mercados regulados, monopólios estatais e economia fechada. O protecionismo exacerbado, de caráter nacionalista, visando garantir o desenvolvimento pátrio, em que pese seu fundo ideológico e conquanto louvável determinação, provou-se inviável no caso específico; já foi debatido, deliberado e, por fim, revogado. A cristalização do CBA não pode perdurar *ad infinitum* à luz da nova ordem constitucional qualificada pela irresistível velocidade dos processos sociais, livres, justos e solidários.

Em que consiste hoje pois o art. 181 do CBA? Ele inexistente. Não pode gerar e não gera quaisquer efeitos.

(ii) Da aceleração sócio-econômica. Fim do gargalo da infra-estrutura aeronáutica.

Consabido, a ordem jurídica pátria não se restringe na pós-modernidade -- ou pós-colonialismo, como defendem alguns -- ao normativismo legal que fundamentou, corolário do positivismo jurídico, até mesmo uma Teoria Pura do Direito, em que fontes principais como a Justiça eram tidas como problema ao invés de premissa, meio e fim.

O fenômeno jurídico, na visão de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (*in* Introdução ao Estudo do Direito, 3ª ed., Ed. Atlas, p. 21), é “*um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreende-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de idéias, por que em nome de idéia conversamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito (...)*”.

Assim, cumpre à VarigLog não somente provar a insubsistência do art. 181 do CBA sob o ponto de vista técnico-legal, mas igualmente demonstrar a relação desse dever-ser com o ser, da análise da norma em relação aos seus efeitos no vivente, é dizer, no dia a dia no cidadão brasileiro. E, nesse sentido, os subsistemas econômicos e sociais estão a corroborar o entendimento da VarigLog.

Quanto aos aspectos econômicos da derrogação do CBA (revogação do art. 181), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), do Ministério da Fazenda (Documento de Trabalho nº 4, *O Transporte Aéreo Doméstico e a Lógica da Desregulamentação*), já explicitava, em 1999, o caráter negativo do art. 181 do CBA, urgindo por um esclarecimento judicial sobre a matéria:

“Outra barreira econômica fundamental é o limite, imposto pelo artigo 181 do CBA, para a participação de capital estrangeiro nas concessões e autorizações. O CBA permite que as empresas estrangeiras detenham no máximo 20% das ações com direito a voto, entre outras restrições. A validade deste artigo tem, no entanto, sido questionada, em virtude da Emenda Constitucional nº 6/95, que alterou o conceito de empresa nacional e revogou o artigo 171 da Constituição Federal. Ademais, o artigo 181 do CBA adentra em matéria de concessão de serviços públicos, o que é objeto de

lei específica. De acordo com o princípio de hermenêutica jurídica de que lei específica suplanta lei geral, o Art. 181 do CBA não teria sido recepcionado pela Constituição Federal. No entanto, na prática, continua em vigor o limite imposto pela CBA. O aporte de capital estrangeiro em maior grau proporcionaria às empresas acesso a importantes recursos financeiros. Para incentivar o investimento estrangeiro no setor, seria importante esclarecer os termos do CBA no que diz respeito à possibilidade de empresas aéreas domésticas poderem contar com diretores de nacionalidade estrangeira, embora não com sua participação na presidência das empresas.” (sem ênfase no original)

A mesma SEAE, já neste ano de 2008, ao tratar da “aquisição pela GTI S/A da totalidade das ações da VRG Linhas Aéreas S.A. de propriedade da Varig Logística S.A. e Volo do Brasil S.A.” no Parecer nº 06041/2008/DF, descreve o aspecto anacrônico do art. 181 do CBA, sob ponto de vista estritamente econômico (até mesmo porque não cabe à SEAE posicionar-se ou não pela revogação ou não do art. 181 do CBA, mas ta somente analisar os respectivos impactos econômicos):

“133. Outra barreira institucional presente no setor corresponde à restrição ao investimento estrangeiro nas empresas nacionais.

134. O advento da globalização e a expansão do transporte aéreo tem proporcionado uma mitigação de tais cláusulas. Os países vêm expandindo os limites de capital estrangeiro em suas empresas, bem como autorizando que empresas estrangeiras estabeleçam filiais ou passem a atuar em seus mercados domésticos.

135. O Brasil possui um limite de 20% de capital estrangeiro, o que lhe coloca como um dos mais restritivos que se tem notícia. Tal limitação se reflete na capacidade de financiamento das empresas nacionais. Em se tratando de um mercado com diversos custos atrelados à moeda estrangeira, a impossibilidade de se obter parceiros estrangeiros com maior acesso aos recursos financeiros se apresenta como uma barreira ao desenvolvimento de novas empresas, ao fortalecimento das atuais e, por conseguinte, do setor.

136. Outro aspecto negativo dessa restrição é a impossibilidade de contar com a experiência internacional na gestão da empresa aérea por parte de um eventual acionista estratégico atuante no setor.” (sem ênfase no original)

Com efeito, os gargalos de congestionamento que hoje se guerreiam não são resultados de um ato isolado, mas decorrência de procedimentos insuficientes, não obstante o reconhecimento da motivação e finalidade, diligência e empenho, dos diversos Governos da República. **A política de flexibilização da aviação comercial brasileira, efeito imediato de quinze anos de medidas de liberação econômica, colaborou -- e muito -- à existência de um transporte aéreo mais competitivo e eficiente. Faz-se mister avançar, contudo, sob a égide do Programa de Aceleração de Crescimento.**

De fato, é plenamente compatível a conciliação de metas sociais com liberdades estratégicas empresariais, minimizando -- ou quiçá, eliminando - o mal-estar generalizado atualmente inerente ao setor aéreo. O 4º Balanço do Programa de Aceleração de Crescimento, publicado recentemente, comprova a relação direta entre infra-estrutura, o aquecimento da economia e o aumento da renda do trabalhador (<http://www.brasil.gov.br/pac/arquivos/pac4.1.pdf>): *“Nesses 16 meses do PAC já é possível perceber a ampliação dos investimentos públicos e privados na área de infra-estrutura e sua repercussão no nível de atividade econômica do País. O crescimento do PIB, de 5,4% no ano passado, e as medidas tomadas pelo Governo Federal neste ano para desonerar a produção e estimular a inovação e o desenvolvimento tecnológico aumentaram a confiança dos investidores. A ampliação do mercado de trabalho e o acesso ao crédito resultaram numa melhor distribuição de renda e no aumento da classe média. A Classe C, que em novembro de 2002 correspondia a 32% dos consumidores, engordou para 49% em novembro de 2007.”*

E é justamente essa nova massa de cidadãos que passou a viajar em aeronaves, seja a trabalho, seja a lazer com sua família. É essa nova comunidade de brasileiros -- que fatalmente engordará ainda mais -- que demanda, e continuará a demandar, a correta hermenêutica da ordem jurídica no bojo do desenvolvimento econômico-social.

Inevitável, assim, a nova demanda pela infra-estrutura aeronáutica e, por conseguinte, a necessidade de novos investimentos, assim como o faz a demanda pela infra-estrutura aeroportuária (que hoje detém menos aeródromos públicos em comparação a 1998), fato esse já atentado pelo Ministério da Defesa, inclusive, com fortes medidas enérgicas adotadas, de imediato.

Quanto aos aspectos sócio-econômicos, investimentos nas empresas aéreas significam, em suma, melhores e mais espaçosas aeronaves, exprimem maior quantidade de vôos, expressam mais destinos num país continental e a maior interligação entre as diversas culturas regionais brasileiras;

representam maior conforto, eficiência e segurança. Essas melhorias, por sua vez, constituem estímulo e facilitação aos negócios, circulação de mercadorias, mais empregos, maior renda, melhor qualidade de vida, ou seja, respeito à educação e à cultura da Nação. Combate-se a pobreza e os fatores da marginalização, promovendo-se a integração social dos setores desfavorecidos.

Por essas razões, parecem contraditórias *data venia* algumas recentes medidas adotadas pela ANAC quando comparadas à r. Decisão nº 261 ora recorrida, porquanto dão conta que o País e os Estados Unidos da América celebraram novo acordo bilateral, pelo qual as Partes signatárias poderão aumentar em até 50% o número de vôos entre suas localidades (de 105 para 154 vôos semanais). Além disso, qualquer companhia aérea brasileira poderá voar ao respectivo território estrangeiro, e vice-versa, ao invés do máximo anteriormente permitido, de somente quatro empresas de cada país.

Em que pese o respeito da VarigLog a esse acordo bilateral e a toda e qualquer deliberação da ANAC, parece contraditório o seu conteúdo, uma vez que é sabido que as empresas aéreas brasileiras sequer conseguem utilizar a cota (vôos/frequências) hoje permitida. Esse posicionamento, com o devido respeito, é incompatível com a r. Decisão nº 261 tomada pela ANAC no caso concreto.

Muito se fala, ainda, na adoção dos “céus livres”. O entendimento ora esposado pela VarigLog é um *minus* em relação a essa proposta, até mesmo porque, de outra forma, todos os investimentos em aeronaves e no desenvolvimento das pessoas envolvidas -- mormente aeronautas e aeroviários -- ficará em solo estrangeiro.

Ora, a própria ANAC reconhece, em seu último Anuário Estatístico de Transporte Aéreo (2007), que “*Em 2007, operaram no Brasil 34 empresas estrangeiras regulares de tráfego de passageiro para 31 países. O volume de passageiros transportados foi de aproximadamente 4 milhões com participação de 71% do mercado. Enquanto as empresas brasileiras são responsáveis pelo transporte de*

aproximadamente um milhão e seiscentos mil passageiros, o que corresponde a 29% do mercado” (www.anac.gov.br/estatística/estatisticas1.asp).

Ou seja, as empresas estrangeiras já transportam mais de 2/3 dos passageiros para ou do País. **Caso essa situação se perpetue, os respectivos investimentos no setor e, conseqüentemente, geração de riquezas (empregos, tributos e infra-estrutura aeronáutica), continuarão a ser implementados no exterior ao invés de no Brasil.** De fato, se por um lado as empresas aéreas estrangeiras trazem e levam o passageiro, de outro lado os proventos desse serviços (riqueza do País) ficarão todos em solo alienígena.

Nessa seara, a ANAC há pouco colocou em consulta pública projeto visando à liberdade tarifária de quaisquer vôos internacionais (www.anac.gov.br/imprensa). Com todo o respeito devido, quer crer a VarigLog que essa medida, se e quando adotada, não criará maiores disparidades entre as empresas aéreas nacionais e as estrangeiras, porquanto é notório que estas são capazes de captar recursos no exterior com taxas de juros reduzidíssimas, enquanto aquelas são obrigadas a pagar altíssimas taxas de remuneração.

ANAC coloca em consulta pública projeto de liberdade tarifária para todos os vôos internacionais

Brasília, 5 de setembro de 2008 – Após implementar a liberdade tarifária para os vôos entre o Brasil e a América do Sul, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC abre hoje consulta pública para colher opiniões sobre a adoção de sistema semelhante para os vôos entre o Brasil e demais países do mundo. A proposta da ANAC é de implantar uma liberação gradual, permitindo promoções que deverão ampliar a competição entre as companhias aéreas, em benefício dos passageiros.

Atualmente, as companhias nacionais e estrangeiras são obrigadas a seguir uma tabela que limita os descontos nas rotas internacionais com origem no Brasil, o que não ocorre nos Estados Unidos ou Europa. Por exemplo, em um trecho São Paulo-Roma ou Rio-Nova York, a companhia está limitada ao desconto. Mas a mesma companhia, no vôo Roma-São Paulo ou Nova York-Rio pode fazer promoções e oferecer uma tarifa mais competitiva, porque os descontos já estão liberados na Europa e nos Estados Unidos. (...)

Esses descontos, entretanto, não são obrigatórios: caberá às companhias aéreas praticá-los, quando quiserem e no volume que lhes for mais conveniente, de acordo com suas estratégias comerciais.

Por outro lado, ao ser reconhecida a revogação do art. 181 do CBA, os investidores estrangeiros finalmente direcionarão seu capital ao País, fomentando as empresas aéreas hoje existentes e estimulando a criação de novas, todas brasileiras. A concorrência seria internamente instigada e o custo das passagens fatalmente reduzido, com pagamento de tributos locais nas mais diversas atividades secundárias à atividade principal (todas locais, igualmente). De

outra forma, todo esse investimento será feito no exterior. Somente as aeronaves dessas empresas estrangeiras virão e sairão de nosso território, nada permanecerá.

Nesse sentido, merece referência o entendimento de ALEXANDRE BRANDÃO, economista, mestre e doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, sobre o tema na célebre obra *Apagão Aéreo*:

“Para que essa sistemática funcione em sua plenitude, é necessário o máximo de concorrentes, não se justificando qualquer tipo de reserva de mercado. Não me parece aceitável privilegiar o acionista controlador brasileiro, impedindo a competição com empresas, também brasileiras, mas controladas por capital estrangeiro. O Brasil já superou esta questão em setores como o petróleo, da energia, telecomunicações, aço, dos insumos básico, etc., com vantagens significativas para o país e para o consumidor.” (in Apagão Aéreo, Alley, São Paulo, p. 17-18)

Assim, se de um lado as atuais concessionárias serão alvo de amplo investimento quando do reconhecimento da revogação do art. 181, o passageiro será o maior beneficiado paralelamente.

No mesmíssimo sentido, o capital estrangeiro seria endereçado à infra-estrutura aeronáutica (muito distante, portanto, do capital especulativo) e certamente atuaria em parceria com o *know-how* brasileiro e, portanto, permaneceria no País indefinidamente. Aeronautas, aeroviários e trabalhadores brasileiros em geral seriam, ao lado dos passageiros, claramente favorecidos, portanto.

Ora, a parceria entre o capital estrangeiro e o capital brasileiro -- ambos visando ao desenvolvimento das empresas locais -- já é provado e comprovado nos mais diversos setores da economia. O transporte aéreo público é uma atividade estratégica ao País decerto, assim como o é a exploração da energia, por exemplo, que está em pleno desenvolvimento com parceria do capital estrangeiro -- outrora sob constante risco de *apagão*, que, de fato, ocorreu.

Mutatis mutandis, nos últimos anos a Nação brasileira sofreu com o que convencionou-se chamar de *apagão aéreo*; trágicos acidentes ocorreram e macularam a idoneidade de uma infra-estrutura construída com muito esforço, mas que merece ser ainda aprimorada.

Prontas e enérgicas medidas pelo Governo e, especificamente, pelo Ministério da Defesa e pela ANAC, já foram adotadas, até mesmo por meio do Programa de Aceleração de Crescimento, e merecem ser festejadas. Orçamentos foram revistos, há reformas em pleno andamento, foi criada a Secretaria de Aviação Civil, diretrizes para a integração da indústria aeronáutica são acompanhadas de perto pelo Conselho de Aviação Civil, procedimentos aduaneiros foram simplificados para importação de material aeronáutico, políticas de designação e de *slots* foram esclarecidas, subsídios à única fabricante brasileira de aeronaves foram concretizados, tarifas aeroportuárias foram reformuladas; há desoneração de exportações, há incentivo.

O reconhecimento da revogação do art. 181 do CBA é, assim, um passo natural nessa empreitada. E não há qualquer contradição nisso à luz da soberania nacional sob a nova ordem constitucional.

Realmente, não se defende aqui o fim da soberania nacional e a liberação desenfreada como já dissertam alguns, aliás, com inspiração no modelo europeu. Mas há sim de se reconhecer que o conceito originário dessa soberania sob a nova ordem constitucional é flexibilizado em prol da dignidade da pessoa humana, ao contrário do que pretendem os fundamentalistas em sua fiel -- mas infrutífera -- contratendência.

A abordagem da soberania enquanto princípio positivo e irretorquível não pode ser hoje desatrelada do surgimento das novas formas de interconexão e interdependência entre os povos, mormente ao se considerar a unicidade da humanidade e de seus anseios coletivos.

Nessa direção, o transporte no geral, e o transporte aéreo no particular, ganham especial relevo como insumos da integração global, já que assumem o papel irredutível de unir as nações. A ruptura com as técnicas de governo fechadas já se perpetrou; há de se abandonar, agora, os fragmentos dessa pretérita forma de pensar. **A soberania nacional não pode servir de véu para o duopólio local em desfavor da Nação.**

Pelo exposto, **o reconhecimento da tese ora enfrentada não se traduz um grande desafio, mas um inevitável degrau fundamental e emblemático a ser desbravado.** O capital estrangeiro, em parceria com o capital e o *know-how* locais, é a essência do **desenvolvimento** do setor e a real base da soberania nacional, respeitando-se, por óbvio, os direitos e garantias fundamentais e se preservando, por outro lado, as regulamentações locais, no caso, as determinadas pela ANAC, desde que em conformidade com a lei.

- IV -

**SENTIDO E ALCANCE DOS ARTS. 181 ET SEQ.
DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA
PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PRECEDENTES TAM E GOL**

Sem prejuízo do quanto acima exposto, suficiente a fundamentar *per se* a reforma integral da r. Decisão nº 261 da ANAC, a VarigLog passa a expor, subsidiariamente e *ad argumentandum tantum*, que mesmo ao se considerar o art. 181 do CBA vigente, ainda assim não haveria necessidade de qualquer recomposição ou ajuste do quadro societário da VarigLog, uma vez que as disposições do CBA -- e notadamente seus arts. 181 *et seq.* -- tutelam especificamente a concessionária pública e não suas controladoras, como é o caso da Volo do Brasil, única empresa *sub iudice* na ação dissolutória em comento.

Com efeito, por meio do Ofício nº 103/2008/DIR/MPG, a ANAC delineou que, em seu respeitável entendimento: “*Adicionalmente, cumpre salientar que a análise sistêmica do disposto no art. 181 c/c o art 184 e seguintes do CBAer, deixa*

claro que as diretrizes legais estatuídas têm por escopo regular os limites do capital estrangeiro em território nacional, por meio de investimento no setor de transporte aéreo. Logo, a análise dos atos constitutivos não se limita à empresa que pretende habilitar-se a obter a concessão de transporte aéreo, mas também a sua controladora. Do contrário, poderia ser aplicado no mercado interno do setor aéreo, por vias transversas, capital estrangeiro além dos limites fixados na lei” (sem ênfase no original).

Na respeitável opinião da ANAC, assim, todas e quaisquer transferências de ações (ou títulos a elas correspondentes) em mercado, no País e/ou nos Estados Unidos da América, das controladoras das concessionárias de serviços aéreos públicos (i) que levem o adquirente a possuir mais de 10% do capital social; (ii) que representem 2% do capital social, isoladamente ou em conjunto; e, ainda, (iii) no caso de ações com direito a voto, que resultem na propriedade dessas ações por estrangeiro (inclusive transferência de estrangeiro a estrangeiro), ainda que no limite de 1/5 do capital com direito a voto, dependeriam de autorização prévia da ANAC.

Os comandos dos arts. 181, §3º, 185, §2º, II, III e V, do CBA, aplicar-se-iam, na visão da ANAC, a todos e quaisquer acionistas, diretos e indiretos, das concessionárias de serviços de transporte aéreo público no País.

Não é isso, todavia, o que se verifica hodiernamente em relação a outras companhias aéreas igualmente sujeitas ao crivo da ANAC⁷.

Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo, que a TAM S.A., controladora da TAM Linhas Aéreas S.A., adotou **o mesmo entendimento** ora esposado pela VarigLog ao externar o que segue quando liberou ao mercado e à ANAC

⁷ De se notar, exemplificativamente, que encontram-se parcialmente em mercado/*free float*, sem qualquer crivo da ANAC, ações (i) da TAM S.A., empresa que controla a TAM Linhas Aéreas S.A. (informação disponível no *site* da TAM Linhas Aéreas S.A./Áreas Especiais/Relações com Investidores); e (ii) da GOL Linhas Aéreas Inteligentes S.A., empresa que controla a GOL Transportes Aéreos S.A. (informação disponível no *site* dessa empresa).

seus Prospectos para venda de ações nas bolsas de valores brasileira e estadunidense, devidamente assistida por renomados escritórios de advocacia do País:

“Restrições à Propriedade de Ações de Companhias Concessionárias de Serviços de Transporte Aéreo

(...) Temos como objeto social a gestão de participações societárias em companhias aéreas e detemos as ações representativas do controle acionário da TAM Linhas Aéreas, que, por sua vez, é uma concessionária de serviços públicos de transporte aéreo regular. Conforme o Código Brasileiro de Aeronáutica, as restrições à transferência de ações do parágrafo acima aplicam-se apenas às sociedades concessionárias de serviços públicos de transporte aéreo regular, não se aplicando, portanto, a nós. (...)”

No mesmo sentido o entendimento manifestado pela GOL Transportes Aéreos Inteligentes S.A., conforme seus próprios Prospectos visando à emissão de ações no mercado, **igualmente sob a vigilância da ANAC e da governança corporativa:**

“Restrições à Propriedade de Ações de Companhias Concessionárias de Serviços de Transporte Aéreo

(...) A Companhia tem como objeto social a gestão de participações societárias em companhias aéreas e detém as ações representativas do controle acionário da GOL Transportes Aéreos, que, por sua vez, é uma concessionária de serviços públicos de transporte aéreo regular. Conforme o Código Brasileiro de Aeronáutica, as restrições à transferência de ações acima mencionadas aplicam-se apenas às sociedades concessionárias de serviços públicos de transporte aéreo regular, não se aplicando, portanto, à Companhia. (...)”

Dessa forma, se as transações em bolsa de valores das ações TAMM4 e GOLL4 são realizadas dia-a-dia sem qualquer interferência da ANAC com base no entendimento acima referido -- *i.e.* de que somente a concessionária e não a sua *holding* deve ser fiscalizada pela ANAC --, razão alguma pode justificar a aplicação de **tratamento diverso** à VarigLog.

Assim, o entendimento já manifestado formalmente por outras companhias aéreas brasileiras (e corroborado pela VarigLog, repita-se) ao mercado e a seus investidores em Prospectos públicos e vinculantes -- **e que norteia, portanto, o preço desses valores mobiliários por investidores de boa-fé, inclusive na emissão inicial, IPO - Initial Public Offering, porquanto certamente representam mais de**

2% do capital social -- restaria equivocado, o que não é o caso. De qualquer forma, esse entendimento deve, no mínimo, ser estendido à VarigLog.

Mutatis mutandis, seguindo-se o mesmo entendimento das companhias aéreas acima referidas, a estrutura societária da Volo do Brasil, conforme r. decisão de exclusão dos sócios Srs. Audi, Haftel e Gallo, não é passível de qualquer restrição ou censura pelo CBA, porquanto essas se aplicam à VarigLog somente e não à sua controladora, que é empresa brasileira, independentemente de seus acionistas.

Oportuno trazer a lume, para corroborar esse entendimento, a lição de FÁBIO ULHOA COELHO:

“No direito brasileiro, uma sociedade se considera nacional se atende a dois requisitos: sede no Brasil e organização de acordo com a nossa legislação (CC/2002, art. 1.126; Dec.-Lei n. 2.627/40, art. 60). Não é relevante, assim, na nacionalidade dos sócios, nem a origem do capital investido na sua constituição. Se dois ou mais estrangeiros, residentes no exterior, e trazendo recursos de seu país, constituem uma sociedade empresária com sede de administração no território nacional, obedecendo aos preceitos da ordem jurídica aqui vigente, essa sociedade é brasileira, para todos os efeitos. A desconsideração da nacionalidade dos sócios e da origem do capital social, na identificação da nacionalidade da sociedade empresária, encontra-se também em outros direitos, como o italiano (Ferrara Jr, 1994:911), o português (Correia, 1975:255) e o espanhol (Sánchez, 1992:156)” (in Curso de Direito Comercial, Vol. 2, Ed. Saraiva, p. 159)

Em igual sentido, a lição de SÉRGIO CAMPINHO:

“À luz do que foi exposto, propomos, com arrimo nos princípios que emergem do direito positivo constitucional e infracional, o conceito de sociedade nacional aquela constituída nos termos da lei brasileira, que mantenha a sua sede e administração no País. Dessa feita, três são as suas notas essenciais: constituição regulada pela lei brasileira, sede social e administração situadas no País. (...)

Além da atuação direta por meio de estabelecimento subordinados, poderá a sociedade ou o investidor estrangeiro agir na economia brasileira mediante a participação no capital de sociedade nacional.

Essa, inclusive, tem sido a fórmula preferível, porquanto não se exige o cumprimento das formalidades legais abordadas no item anterior para a atuação direta, além de a sociedade gozar da nacionalidade brasileira” (Sérgio Campinho, O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil, Renovar, 2ª ed, p. 269-276).

Ora, se a ANAC dispensou e/ou não emitiu autorização prévia para a emissão de ações ou títulos a elas correspondentes, pela TAM e pela GOL,

na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA e na New York Stock Exchange, e, ainda, se a ANAC não emite autorizações prévias diárias para as transações listadas nos arts. 181, §3º, 185, §2º, II, III e V, do CBA, o mesmo tratamento deve ser carreado à Volo do Brasil, controladora da VarigLog, sob pena de violação de cláusula pétrea da Constituição Federal, o princípio da isonomia.

Na tradicional obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “*Rezam as constituições - e a brasileira estabelece no art. 5º, caput - que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.*” (3ª ed., Ed. Malheiros, p. 9).

De tal modo, a mesma regra editada (ou não editada) pela ANAC anteriormente em prol de outras companhias deve obrigatoriamente ser aplicável ao caso versado nestes autos.

Por outro lado, o **próprio E. Supremo Tribunal Federal já decidiu**, em julgamento do mandado de segurança nº 20.900-3/DF, de 19.4.1989, **ao tratar da intervenção da Transbrasil Linhas Aéreas S.A.**, por meio do voto do Eminentíssimo Relator Ministro MOREIRA ALVES com fundamento em parecer do então Procurador-Geral da República, Senhor Doutor AFFONSO HENRIQUE PRATES CORREIA, **que as relações entre poder concedente e as concessionárias aéreas e, portanto, os arts. 181 et seq. do CBA, são ditadas pelo contrato administrativo e não pelo poder de polícia, de maneira que a ANAC não possui qualquer ingerência sobre as controladoras de tais concessionárias:**

“De início, deve-se discordar que as relações entre o poder concedente e as concessionárias de serviço público estejam vinculadas, de alguma forma, ao poder de

www.teixeiramartins.com.br

polícia, porque essas relações são ditadas pelo contrato. Deste modo, quando o poder concedente intervém em uma concessionária de serviço público, ele exerce um direito originário de um contrato, nele incluído as normas estatutárias que regem a espécie. Não se trata, portanto, data vênua, de exercício de uma modalidade de poder do Estado, mas de ato administrativo decorrente de uma relação jurídica, somente alcançável por mandado de segurança porque os contratos de concessão de serviço público têm características peculiares, algumas delas típicas de ato de autoridade, como a intervenção.”

Nessa seara, conquanto as autorizações prévias previstas no CBA sejam um exercício regular de direito -- a bem da verdade, um poder-dever -- da ANAC perante as concessionárias de transporte aéreo (assim como o é a intervenção de que trata o art. 188 do CBA no julgamento acima), não existe qualquer relação jurídica administrativa entre a ANAC e a Volo do Brasil a justificar a r. Decisão nº 261.

De outro modo, a ANAC estaria indiretamente intervindo na gestão da sociedade Volo do Brasil, o que é vedado pela Constituição Federal e pelo próprio CBA, conforme parecer do Ilustre Jurista CAIO TÁCITO, **ao versar quanto à extensão dos poderes do Poder Concedente aeronáutico face à concessionária do serviços públicos, no caso a Transbrasil Linhas Aéreas S.A.:**

“A concessão, como uma das fontes de execução de serviços públicos, atribui a respectiva exploração a um particular que, como delegado do Poder Público, assume a responsabilidade pela gestão do serviços concedido. (...) Em síntese, embora possam coincidir no tempo e no espaço, não se confundem gestão do serviço concedido e a gestão da sociedade comercial. Esta última, mais ampla do que aquela, compreende, além das atividades de execução do serviço concedido, a administração dos demais interesses sociais e do patrimônio privado da sociedade, cuja personalidade jurídica transcende à concessão e ordinariamente a ela sobrevive.” (Temas de Direito Público - Estudos e Pareceres, Renovar, 2º Vol., 1997, p. 1963.)

Ora, se à ANAC é vedado intervir, nos moldes do art. 188 do CBA, na gestão da sociedade comercial, mas tão somente na gestão do serviço concedido, com muito mais razão é defeso à ANAC criar obstáculos à gestão da controladora da concessionária, que sequer é “delegado do Poder Público” e tampouco mantém relação com ele.

Destarte, qualquer análise que possa ser realizada levando-se em consideração os arts. 181 *et seq.* do CBA deve ficar restrita, assim, à VarigLog, esta sim concessionária de serviço público e que tem em seu quadro de acionistas apenas empresas brasileiras. A hermenêutica jurídica, com amparo nos aspectos sociais e econômicos da comunidade, deve evitar *data maxima venia* a desorganização do sistema.

- V -

DO TRANSPORTE MULTIMODAL E DAS AGÊNCIAS DE CARGA

Mas não é só. Mesmo que fosse possível, por qualquer motivo, vislumbrar alguma vigência do art. 181 e, ainda, a sua aplicabilidade perante todos e quaisquer acionistas indiretos da VarigLog, o que se admite apenas e tão somente a título de argumentação, esse dispositivo haveria de ser interpretado sistematicamente, levando-se em consideração que a VarigLog presta serviços multimodais, numa rede integrada de logística, nos termos da Lei Federal nº 9.611/98 e o Decreto nº 3.411/2000, que asseveram: “*O transporte multimodal internacional de cargas poderá ser realizado sob a responsabilidade de empresa estrangeira (...).*”

Merece registro, outrossim, que a limitação de capital estrangeiro inicialmente pretendida pelo legislador do CBA às agências de carga, tal qual a VarigLog, foi expressamente vetada pelo Excelentíssimo Presidente JOSÉ SARNEY, em 22.12.1986 (ou seja, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 6/95 acima referida), de onde se extrai o seguinte trecho (veto ao §1º do art. 102 do CBA):

*“Este Ministério preocupa-se com implicações posteriores resultantes das restrições impostas à participação de empresas estrangeiras no agenciamento de carga aérea.
(...)”*

Em princípio, tanto brasileiros, quanto estrangeiros, afirma o texto constitucional, gozam de igualdade de direitos. Assim, qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, ainda mais quando já adquirido, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiros, tem que ser expressa ou implicitamente prevista na Constituição.”

Portanto, não existe qualquer óbice na ordem jurídica pátria a ensejar qualquer recomposição ou ajuste do quadro societário da VarigLog, direto ou indireto, mormente ao se considerar a nacionalidade brasileira da Volo do Brasil.

- VI -

DO PERICULUM IN MORA

Ex positis, é imperioso que seja concedido efeito suspensivo a este mandado de segurança, pois, além de presentes *in casu* a verossimilhança das alegações e o *fumus boni iuris*, **o risco de lesão irreparável é evidente e afetará, em horas, à luz da repercussão geral que este recurso -- de natureza pública -- causará, os trabalhadores da VarigLog e seus dependentes, o comércio brasileiro, a indústria aeronáutica e até mesmo a credibilidade das informações prestadas por companhias aéreas locais na venda de suas ações no Brasil e no exterior.**

O *periculum in mora* na espécie repousa em cinco pilares específicos, todos de simples percepção, interligados e interdependentes.

Primus, caso não seja concedida a medida liminar e a recomposição carreada pela VarigLog não seja aprovada pela ANAC, o que pode acontecer a qualquer momento -- observados o contraditório e a ampla defesa --, a ANAC poderia entender existirem subsídios para interferir na concessão da VarigLog para a exploração de serviços aéreos públicos, o que poderia gerar, até mesmo, a paralisação das atividades da companhia⁸. Isso geraria impactos sociais, comerciais e financeiros imediatos: como dito acima, a VarigLog atende hoje todos os Estados brasileiros, atingindo 4.137

⁸ Veja-se, a propósito, a lição de SÉRGIO FERRAZ na obra “Mandado de Segurança (individual e coletivo) - Aspectos polêmicos” (Malheiros, 3ª ed., 1996):

“(…) Atualmente, o que importa, ao lado da relevância do fundamento, é a circunstância de que, na ausência da concessão da medida de caráter antecipatório da tutela, estará a parte realmente na iminência de se ver frustrada, pela absoluta então inaptidão da sentença final com vistas à produção dos efeitos restauradores do direito em si, que constituem a finalidade do mandado de segurança”⁹ (destacou-se).

No mesmo sentido, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO leciona na obra “Mandado de Segurança” (Editora Saraiva) que: “toda vez que o procedimento do mandado de segurança, não obstante célere, ágil e expedito – mais do que qualquer outra ação no processo civil – mostrar-se incapaz de assegurar ao impetrante perspectiva de fruição integral, plena e ‘in natura’ do bem da vida por ele reclamado, o caso é de ‘ineficácia da medida’ (‘periculum in mora’) e, pois, desde que diante de fundamento relevante, de concessão da liminar...” (p. 68).

idades direta ou indiretamente, com franquia em 196 municípios. São milhares de postos de trabalho diretos e indiretos, portanto.

Outrossim, além de prestar serviços a uma grande comunidade de clientes privados, que migrariam para o inevitável duopólio -- **majorando de pronto o gargalo da infra-estrutura** --, a VarigLog igualmente transporta diariamente carga da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, do Ministério das Comunicações, de maneira que sua paralisação comprometeria a continuidade dos serviços do próprio Estado.

Secundum, a VarigLog **continuará ilegalmente impedida -- minuto a minuto -- de captar novos investimentos de sua acionista indireta, por meio de novos aumentos de capital, fato que per se limita o crescimento da empresa e a criação de novos postos de trabalho**. O perigo da demora é patente.

Tertius, a predominar o respeitoso entendimento da ANAC, **determinadas transações em bolsa de valores relacionadas a outras companhias aéreas brasileiras poderão ser objeto de imediato questionamento**.

Repise-se uma vez mais: a VarigLog corrobora o entendimento exteriorizado por outras companhias aéreas brasileiras que lançaram suas ações mediante a afirmação de que somente a concessionária deve ser objeto de fiscalização pela ANAC, e não as respectivas *holdings*. Mas, em nome do princípio da **igualdade**, esse entendimento também deve ser aplicado ao caso concreto.

Em quarto lugar, porque o *periculum in mora* no caso específico perpetua-se instante a instante, porquanto **numa Democracia participativa o Poder** -- inclusive suas Agências reguladoras -- **não pode**, nos termos exteriorizados pelo Excelentíssimo Senhor Ministro CARLOS AYRES BRITTO, do E. Supremo Tribunal Federal, ao recentemente deferir liminar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 130-7/DF) para suspender os efeitos da Lei de Imprensa, **“perder uma só oportunidade” de suspender uma norma incompatível com a Constituição**, ainda

que tenha sido promulgada há décadas (no caso da Lei de Imprensa, 20 anos antes do próprio CBA):

“7. Feito este breve e necessário registro, passo a enfrentar o mérito da pretensão cautelar. Ao fazê-lo, remarco o que tantas vezes tenho dito em votos judiciais, livros e artigos jurídicos: a Democracia é o princípio dos princípios da Constituição de 1988. Valor dos valores, ou valor-contidente por excelência. Aquele que mais se faz presente na ontologia dos outros valores, repassando para eles a sua própria materialidade. Logo, o cântico dos cânticos ou a menina dos olhos de nossa Lei Fundamental, consubstanciando aquela espécie de fórmula política a que Pablo Lucas Verdu se refere com estas palavras: “fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social” (apud Teoria da Constituição, Carlos Ayres Britto, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 169)

8. Exatamente por se colocar no corpo normativo da Constituição como o princípio da maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica é que a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da nossa República Federativa (“soberania”, “cidadania”, “dignidade da pessoa humana”, “valores sociais de trabalho” e da “livre iniciativa e pluralismo político”) e dos objetivos fundamentais desse mesmo Estado Republicano Federativo (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”).

E quanto ao requisito do perigo na demora da prestação jurisdicional, (periculum in mora), tenho que não se pode perder uma só oportunidade de impedir que eventual aplicação de lei em causa (de nítido viés autoritário) abalroe esses tão superlativos quanto geminados valores constitucionais da Democracia (...)

Por fim, a urgência do efeito suspensivo almejado deve-se em razão da específica instabilidade do setor. Esse raciocínio já foi utilizado pelo E. Supremo Tribunal Federal para deferir liminar na ação direta de inconstitucionalidade acima mencionada para afastar a incidência do ICMS nos serviços de navegação aérea: *“O memorial dos Estados discute o tema do periculum in mora, a cujo respeito tenho algo a dizer. Fui ao longo de anos uma das vozes mais insistentes na tese de que não é justo pedir-se ao Supremo uma decisão rápida, em juízo liminar, quando se esperou muito tempo para trazer a matéria ao tribunal. Entretanto, o quadro com que nos defrontamos neste caso é singular. Sobre a gravidade dos riscos que se fazem presentes não há dúvida. Estamos vivendo um momento internacional de sucessivas falências neste exato setor. A mais tradicional das companhias aéreas da mais pujante das democracias ocidentais quebrou, estrondosamente, há cerca de dois anos. Outras tantas também faliram ou acomodaram-se com sacrifício para não enfrentar*

igual perspectiva (...) meu voto é no sentido de propor o referendo do despacho que concedeu a medida liminar.” (sem ênfase no original).

A VarigLog clama que o Judiciário dê o primeiro passo ao tão almejado marco regulatório da aviação civil brasileira e não perca “*uma só oportunidade*” de fomentar o crescimento do País, suspendendo imediatamente a r. Decisão nº 261 da ANAC, até posterior deliberação de mérito da *causa petendi*.

Há pouco o Ministério da Defesa requereu empenho dos empresários brasileiros e, especificamente, dos empresários da indústria aeronáutica, visando ao desenvolvimento do setor. A VarigLog cumpre o seu papel de cidadã brasileira, serenamente, no exercício e no interesse de seus empregados e da Nação, trazendo às mãos do Judiciário direito líquido e certo a fundamentar, com base na Constituição Federal, um novo rumo na história da aviação civil brasileira.

Nada mais é preciso dizer sobre a importância da reforma *in totum* da r. Decisão nº 261 da ANAC, bem como da salutar repercussão nacional que o tema gerará, **seja sob o ponto de vista estritamente técnico-jurídico, seja sob o ponto de vista econômico com respaldo na SEAE, seja sob o ponto de vista do cidadão-consumidor final, que, cedo ou tarde, beneficiar-se-á de tarifas condizentes com sua realidade financeira, seja sob o ponto de vista da livre iniciativa e da concorrência leal ou, ainda, seja sob o ponto de vista do aeronauta e/ou aeroviário, que fatalmente gozarão de um mercado dinâmico, com melhores ofertas e oportunidades.**

A Justiça estará decerto, assim, elevando ao máximo a dignidade da pessoa humana e erradicando, destarte, a pobreza e a marginalização de empregados e passageiros hoje atrelados ao duopólio estanque, sem qualquer real perspectiva de desenvolvimento.

CONCLUSÕES E REQUERIMENTO

Por todo o exposto, conclui-se que:

- (i) os Srs. Audi, Haftel e Gallo foram afastados da administração e gestão da Volo do Brasil e da VarigLog, por força de r. decisão judicial, perdendo suas cadeiras de diretores e/ou conselheiros;
- (ii) os Srs. Audi, Haftel e Gallo foram excluídos da Volo do Brasil por força de r. decisão judicial;
- (iii) a Volo LLC tornou-se, em 1.4.2008, a única acionista da Volo do Brasil por força de r. decisão judicial;
- (iv) uma nova Diretoria da VarigLog, composta unicamente por brasileiros com experiência no mercado aeronáutico, foi regularmente constituída após a exclusão dos Srs. Audi, Haftel e Gallo da administração e gestão da Volo do Brasil e da VarigLog e, ainda, da qualidade de acionistas da Volo do Brasil;
- (v) a VarigLog está em pleno processo de reestruturação e sua função social é evidente;
- (vi) a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 17ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, de 1.4.2008, não altera o controle direto da VarigLog. Essa r. decisão judicial altera tão somente o controle da Volo do Brasil;
- (vii) o art. 181 do CBA foi revogado pela Emenda Constitucional nº 6/05, pois integralmente incompatíveis;
- (viii) a Constituição Federal, quando assim o entende pertinente, expressamente limita a propriedade de bens no País por estrangeiros e, ainda, a participação

de capital estrangeiro em empresas nacionais, à luz de seu princípio básico da isonomia;

- (ix) a Constituição Federal não limita a participação de capital estrangeiro nas empresas que exploram serviços aéreos públicos e, por conseguinte, a lei ordinária não o pode fazer;
- (x) diversos Pareceres oficiais corroboram o entendimento acima;
- (xi) o Governo Federal, por meio da SEAE, já apontou que o art. 181 do CBA é um gargalo ao crescimento do País;
- (xii) o Programa de Aceleração do Crescimento já gera seus efeitos e há uma nova demanda pelo transporte aéreo, que deve ser suprida pelo Estado;
- (xiii) a política de *céus-abertos* significa, neste momento, um benefício às empresas aéreas estrangeiras e respectivos trabalhadores, para onde serão endereçados os novos investimentos, porquanto as empresas brasileiras sequer suprem a atual cota (frequências) autorizada;
- (xiv) o reconhecimento do revogação do art. 181 do CBA traria imediatos aportes às empresas aéreas locais, incentivando-se a livre concorrência e a redução do custo as passagens, além de ensejar o pagamento de tributos locais;
- (xv) o reconhecimento do revogação do art. 181 do CBA seria seguido do crescimento da indústria local e, conseqüentemente, a imediata contratação de aeronautas, aeroviários e trabalhadores correlatos (*know-how* brasileiro);
- (xvi) a parceria entre capital estrangeiro, capital nacional e trabalhador nacional é comprovada em diversos setores da economia;

- (xvii) interesses privados e eventuais duopólios não merecem ser preservados sob o véu da soberania nacional, porquanto o verdadeiro sentido e alcance desta é a comunidade difusa de cidadãos-consumidores, é dizer, a dignidade da pessoa humana;
- (xviii) a navegação aérea civil, conquanto estratégica para o País, é devidamente fiscalizada pela ANAC e, em caso de violação das normas legais e éticas aplicáveis e, ainda, de violação de qualquer concessão, o Poder Executivo poderá intervir imediatamente no serviço, resguardando-se, aí sim, a soberania nacional;
- (xix) subsidiariamente, caso esse MM. Juízo entenda que o art. 181 é vigente, o que se considera *ad argumentandum*, ainda assim esse dispositivo seria aplicável somente à VarigLog, concessionária do serviço público, e não às suas controladoras, diretas ou indiretas;
- (xx) os precedentes TAM e GOL devem aplicar-se à Volo do Brasil, sob pena de violação de cláusula pétrea da Constituição (isonomia);
- (xxi) a relação entre o Poder Concedente e a concessionária rege-se pelo respectivo contrato administrativo, que não tem qualquer relação com a Volo do Brasil *in casu*;
- (xxii) a VarigLog é transportadora multimodal e agência de carga e, destarte, as normas a ela aplicáveis devem ser interpretadas sistematicamente, de maneira que não existe qualquer vedação ao capital estrangeiro de sua controladora; e
- (xxiii) o *periculum in mora* reside, no caso específico, (a) na iminente interferência da ANAC na atividade da VarigLog; (b) na impossibilidade de novos aportes de capital na VarigLog por meio da emissão de novas ações; (c) na revisão de risco por investidores de mercado que tenham ciência do entendimento da

ANAC; (d) na existência, segundo a segundo, do próprio Estado Democrático de Direito, que deve rechaçar de sua ordem jurídica toda e qualquer norma em confronto à Constituição Federal, como bem expressiu o E. Supremo Tribunal Federal; e (e) na instabilidade do setor produtivo específico, cuja insuficiência pode gerar uma crise sistêmica.

Ex positis, requer-se seja concedida **medida liminar inaudita altera pars** (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II), **para o fim de determinar a imediata suspensão da r. Decisão nº 261 da ANAC**, em caráter de urgência. Requer-se, ainda, após citação da ANAC -- ora requerida --, na qualidade de autoridade coatora, e regular processamento, seja confirmada a liminar acima pleiteada, e, ainda, seja dado integral provimento a este *writ*, concedendo-se definitivamente a segurança para o fim de reconhecer a ilegalidade da r. Decisão nº 261 proferida pela ANAC nos autos do Processo Administrativo nº 07-01/96184/00 *in totum* e, ainda, determinar à ANAC que se abstenha de exigir qualquer ajuste ou recomposição societária da VarigLog e/ou de suas controladoras, diretas e indiretas, à luz da r. decisão do MM. Juízo da 17ª Vara do Foro Central da Comarca de São Paulo, Capital, de 1.4.2008.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Termos em que,
pede e espera deferimento.

De São Paulo para Brasília, 8 de outubro de 2008.

VALESKA T. ZANIN MARTINS
OAB/SP 153.720

CRISTIANO ZANIN MARTINS
OAB/SP 172.730

GUILHERME DE A. C. ABDALLA
OAB/SP 164.850