

O projeto de lei de ‘desapropriação’ da Avibras

29/07/2024

Localizada em São José dos Campos (SP), fundada nos anos 1960 por engenheiros formados no ITA (Instituto Tecnológico de Aeronáutica) e detentora de relevante tecnologia nas áreas de aeronáutica, espacial, eletrônica, veicular e de defesa, a Avibras, juntamente com outras, é uma importante empresa integrante da BID (Base Industrial de Defesa do Brasil) como EED (Empresa Estratégica de Defesa).

Refletindo a crise iniciada pelo segmento a partir dos anos 1990, a Avibras, atualmente, passa por dificuldades econômicas, vindo a ingressar em juízo com o pedido de recuperação judicial 1002302-16.2022.8.26.0292, que atualmente tramita na 2ª Vara Cível de Jacareí (foro do principal estabelecimento, segundo o artigo 3º da Lei 11.101/2005 — LF).

Recentes propostas de aquisição por empresas estrangeiras têm suscitado debates quanto à conveniência de se permitir a transferência do controle, não apenas dos ativos, mas da tecnologia e dos conhecimentos desenvolvidos pela Avibras ao longo destes 63 anos, especialmente neste momento de desindustrialização do país. A isso se soma a conjuntura internacional que recomenda maior atenção à indústria de defesa.

Nesse sentido, o Projeto de Lei 2.957/2024 que declara de utilidade pública “a empresa e suas subsidiárias”, os bens móveis e imóveis, e o acervo intelectual e tecnológico da Avibras, apesar de bem intencionado, deve ser objeto de algumas cautelas ao longo do processo legislativo, caso avance a estatização proposta.

A atividade de defesa, recorde-se, tem fundamentos constitucionais. Já no artigo 1º, inciso I, da Constituição foi estabelecida a soberania como um dos fundamentos da República. No artigo 4º, inciso VI, da Carta, a defesa da paz se constitui um dos princípios pelos quais se rege a República, assim como a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Cuida-se de competência material da União, nos termos do artigo 21 da Constituição, manter relações com estados estrangeiros, declarar a guerra e celebrar a paz, assegurar a defesa nacional, permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional, ou nele permaneçam temporariamente, decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico.



Ao presidente da República que, na ordem jurídica brasileira, também exerce o papel de chefe de Estado, compete, nos termos do artigo 84 da Constituição, inúmeras atribuições relacionadas à defesa, como manter relações com estados estrangeiros, exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos, convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, desde que autorizado pelo Congresso ou, referendado por ele, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional, celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Legislativo, permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.

O artigo 142 da Constituição estabelece que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Em síntese, há longa regulamentação constitucional da atividade de defesa no país que não se resume aos dispositivos constitucionais supracitados. Do mesmo modo, a ordem jurídica infraconstitucional é extensa vez que a defesa alcança desde a regulamentação dos estatutos dos agentes públicos encarregados primordialmente desta função do Estado — os militares (Lei 6.880/80 — Estatuto dos Militares) — até o incentivo às atividades econômicas que dela decorrem como, por exemplo, a Lei 12.598, de 21 de março de 2012 — Lei de Incentivo à Base Industrial de Defesa (LBID).

Importância da indústria de defesa

Nesse sentido, é relevante compreender a importância da indústria de defesa para o país, sobretudo em razão da necessidade de se aliar autonomia tecnológica com o desenvolvimento econômico, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 219 da Constituição.

A Base Industrial de Defesa foi definida alguns anos antes da LBID, pelo artigo 2º, inciso I, da Portaria Normativa 899, de 19 de julho de 2005, do ministro da Defesa, como “um conjunto de indústrias e empresas organizadas em conformidade com a legislação brasileira, que participam de uma ou mais das etapas da pesquisa, desenvolvimento, produção, distribuição e manutenção de produtos de defesa”. Da BID participam empresas dos setores público e privado.



A LBID veio na esteira da estratégia nacional de defesa publicada em 2012, que tem como uma das suas diretrizes “subordinar as considerações comerciais aos imperativos estratégicos”, e estabelece que o componente estatal da base industrial de defesa terá por vocação produzir o que o setor privado não possa projetar e fabricar, a curto e médio prazo, de maneira rentável.

Nesse sentido, logo se vê que a estratégia nacional de defesa, ciente da impossibilidade de conciliação imediata da finalidade lucrativa em todas as atividades de defesa, em razão do já reconhecido papel do Estado em segmentos que demandem mobilização inicial de grandes capitais, como são os de alta tecnologia, estipula que o componente estatal da BID “atuará no teto, e não no piso tecnológico”, mantendo estreito vínculo com os centros avançados de pesquisa das próprias Forças Armadas e das instituições acadêmicas brasileiras.

Dito de outra forma, ainda que se reconheça ao setor privado de defesa o direito à lucratividade das operações, respeitados os limites constitucionais, o legislador é conhecedor das viscidões que decorrem da atuação em campo econômico tão permeado de desenvolvimento tecnológico e, portanto, carecedor de elevado grau de investimentos, e tempo de maturação, e onde se percebem muitas falhas de mercado, a justificar a fundamental intervenção do Estado no segmento.

Mazzucato [1], com razão, ressalta o papel do Estado empreendedor na criação de novas tecnologias e novos mercados. A invenção dos circuitos integrados de silício, recorda, levou ao desenvolvimento tecnológico em vários campos da eletrônica, através de contratos públicos de empresas como Bell Labs, Fairchild Semiconductor e Intel, com a Força Aérea americana e a Nasa.

Como únicos consumidores dessas primeiras unidades de processamento baseadas nesse novo projeto de circuito, os Departamentos de Defesa ajudaram a financiar o desenvolvimento da nascente indústria de microprocessadores e de outras indústrias que estavam introduzindo equipamentos e dispositivos complementares simplesmente inacessíveis nos mercados comerciais regulares. A demanda em larga escala pelos microprocessadores foi gerada pelo programa de mísseis Minuteman 2 da Força Aérea americana. A missão Apollo da Nasa desafiou os limites tecnológicos, exigindo avanços significativos no processo de produção dos microprocessadores e também aumento da capacidade de memória.

Incentivo à área estratégica de defesa

A LBID, em consonância com a estratégia nacional de defesa, se coloca com um instrumento de persecução dos objetivos postos pela Constituição para o Estado e reconhece a necessidade, dadas as peculiaridades do mercado de defesa, de se estabelecer normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa, além de regras de incentivo à área estratégica de defesa (artigo 1º, da LBID).

Trata-se de norma de fomento (artigo 175 da Constituição), ou seja, intervenção estatal indireta na economia mediante o estabelecimento de instrumento decorrentes do direito premial, ou seja, mediante incentivos e desincentivos para que o comportamento dos destinatários da norma se amolde à política pública que se busca implementar.

Nos termos do artigo 1º-A, da LBID, as Empresas Estratégicas de Defesa (EEDs), dentre as quais a Avibras, são essenciais para a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro e fundamentais para a preservação da segurança e da defesa nacional contra ameaças externas.

O artigo 2º, inciso IV, da LBID estabelece os requisitos para que uma empresa seja considerada estratégica de defesa (EED), prevendo, inclusive, restrições estatutárias específicas para enquadramento nos benefícios estabelecidos na lei:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são considerados:

(...)

IV – Empresa Estratégica de Defesa – EED – toda pessoa jurídica credenciada pelo Ministério da Defesa mediante o atendimento cumulativo das seguintes condições:

a) ter como finalidade, em seu objeto social, a realização ou condução de atividades de pesquisa, projeto, desenvolvimento, industrialização, prestação dos serviços referidos no art. 10, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de PED no País, incluídas a venda e a revenda somente quando integradas às atividades industriais supracitadas;

b) ter no País a sede, a sua administração e o estabelecimento industrial, equiparado a industrial ou prestador de serviço;

c) dispor, no País, de comprovado conhecimento científico ou tecnológico próprio ou complementado por acordos de parceria com Instituição Científica e Tecnológica para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, relacionado à atividade desenvolvida, observado o disposto no inciso X do caput;

d) assegurar, em seus atos constitutivos ou nos atos de seu controlador direto ou indireto, que o conjunto de sócios ou acionistas e grupos de sócios ou acionistas estrangeiros não possam exercer em cada assembleia geral número de votos superior a 2/3 (dois terços) do total de votos que puderem ser exercidos pelos acionistas brasileiros presentes; e

e) assegurar a continuidade produtiva no País;

(...)

Ocorre que nem sempre o oferecimento de incentivos estatais se mostra suficiente para a implementação da política pública buscada. Instrumentos creditícios e tributários, além da contratação incentivada, apesar de importantes e utilizados em todo o mundo, podem não se coadunar com a finalidade lucrativa dos empreendedores privados, seja em razão da necessidade de investimentos para mudança de paradigmas tecnológicos, seja em função de conjunturas de mercado.

Daí, mas não necessariamente nesta ordem, surge o interesse público na intervenção direta do Estado na economia mediante o desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito, ou seja, mediante o desenvolvimento e a produção propriamente ditas. Ao que parece o PL 2957/2024 se amolda nesta figura vez que, ao contrário do que houve com a Embraer, a administração privada da Avibras, por razões conjunturais, não alcançou todas as potencialidades do empreendimento à luz do que é necessário para se preservar o interesse público.

Como se sabe, em matéria econômica, vige, segundo alguns, o princípio da subsidiariedade, sendo que a atividade econômica, na ordem constitucional brasileira, é reservada preferencialmente ao particular, cumprindo ao Estado atuar diretamente (intervir) quando presentes os permissivos do artigo 173, *caput*, da Constituição, ou seja, mediante empresas públicas ou sociedades de economia mista obrigatoriamente constituídas nessa forma organizativa para proteger relevantes interesses coletivos ou aos imperativos da segurança nacional.

Apenas decretar de utilidade pública os ativos da companhia, ainda que importante, não é suficiente para que a assunção parcial, ou total, do capital, e do controle, da empresa se realize nos termos do que exige a Constituição para essa modalidade de intervenção direta (que não é a única possível, diga-se) seja válida.

A União não poderia simplesmente assumir os ativos e desenvolver diretamente a atividades da companhia, mediante simples desapropriação, sem o risco de sofrer com decisões judiciais fundamentadas em dispositivos constitucionais que resguardam, por exemplo, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Imagine-se a situação das demais companhias atuantes no mesmo segmento de atividade econômica, que passariam a contar com um concorrente imune do ponto de vista tributário, ou, ainda, dispensado de licitação.

Requisitos para constituição de empresas públicas

O artigo 173 da Constituição impõe uma série de requisitos para a constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo que parte destes requisitos estão atendidos pelo PL 2957/2024, outros não, sendo absolutamente necessárias modificações ao longo do processo legislativo para que se tenha segurança jurídica ao final.

Por exemplo, é visível a presença dos pressupostos do relevante interesse coletivo e dos imperativos da segurança nacional a suportar a operação. Cuida-se de empresa, como visto, integrante da base industrial de defesa, credenciada como EED, com longo histórico de produção de veículos de combate e sistemas de mísseis.

A possibilidade de deslocamento de seu controle para o exterior, decorrente de alienação de ativos enquanto meio de recuperação previsto no artigo 50, da Lei de Falências por si só poderia motivar uma lei ordinária que autorizasse a criação de estatal para desenvolver a atividade, seja mediante capital 100% público, seja mediante constituição de sociedade de economia mista, conforme exige o artigo 37, inciso XIX, da Constituição.

Essa lei ordinária deve ser específica a autorizar a constituição da sociedade, no caso, mediante integralização do capital com a pretendida indenização justa e em dinheiro, pelos ativos, na forma do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição, caso seja verdadeiramente necessária a desapropriação.

Além disso, é preciso respeitar os direitos dos acionistas minoritários (dividendos, voto, fiscalização, preferência e recesso), regulamentados pela Lei das Sociedades Anônimas, e em relação aos quais a Lei de Recuperação e Falências é expresso em garantir:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

II - cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; - sem grifos e subscritos no original

A lei de criação deve prever, à luz do artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, que a sociedade deverá se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§2º), o quê, em princípio, se obedecido, não excluiria a companhia do regime da LBID.

A forma de sociedade por ações é obrigatória se a opção do legislador for a constituição de uma sociedade de economia mista (artigo 235 da Lei das Sociedades Anônimas c/c artigo 4º da Lei das Estatais), não havendo, entretanto, impedimento de adotar outras espécies de sociedades empresárias se se tratar de empresa pública (artigo 22, inciso I, da Constituição), sendo, entretanto, de todo recomendável, que se observem os tipos legais previstos no Código Civil e na Lei das Sociedades Anônimas.

Por fim, Bercovici e Costa [2] recordam que a segurança nacional como fundamento para atuação direta do Estado na exploração de atividade econômica em sentido estrito deve ser definida por lei federal, por se tratar de assunto de competência da União.

Como se vê, o projeto de lei em questão, muito embora em sua avaliação de mérito possa ser considerado necessário pelo Parlamento demanda ser aperfeiçoado, do ponto de vista jurídico, para que a nacionalização da companhia seja levada a efeito com obediência aos ditames constitucionais que preservem a juridicidade da operação, não prejudique a livre concorrência e, ao mesmo tempo, preserve os interesses estratégicos do país.

[1] MAZZUCATO, Mariana. O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo. Portfólio-Penguim, 2014, p. 140.

[2] BERCOVICI. Gilberto. COSTA, José Augusto Fontoura. Nacionalização: necessidade e possibilidades. São Paulo. Contracorrente. 2021, p. 88.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jul-29/o-projeto-de-lei-de-desapropriacao-da-avibras/>