



Número: **5031433-18.2018.4.03.6100**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Órgão julgador: **24ª Vara Cível Federal de São Paulo**

Última distribuição : **17/12/2018**

Valor da causa: **R\$ 50.000,00**

Processo referência: **5017611-59.2018.4.03.6100**

Assuntos: **Compra e Venda**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
SIND TRAB IMMME SJCAMPOS JAC CAC STA BRANCA E IGARATA (AUTOR)		ARISTEU CESAR PINTO NETO (ADVOGADO)	
SIND TRAB IND MET MEC MATELET ARARAQUARA AM BRASILIENSE (AUTOR)		ARISTEU CESAR PINTO NETO (ADVOGADO)	
SINDICATO TRAB NAS INDUSTRIAS MET MEC MAT ELET BOTUCATU (AUTOR)		ARISTEU CESAR PINTO NETO (ADVOGADO)	
CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALURGICOS (AUTOR)		ARISTEU CESAR PINTO NETO (ADVOGADO)	
UNIAO FEDERAL (RÉU)			
EMBRAER EMPRESA BRASILEIRA DE AERONAUTICA S A (RÉU)			
BOEING BRASIL SERVICOS TECNICOS AERONAUTICOS LTDA (RÉU)			
COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (RÉU)			
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
13307799	19/12/2018 21:03	Decisão	Decisão



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA (65) Nº 5031433-18.2018.4.03.6100 / 24ª Vara Cível Federal de São Paulo

AUTOR: SIND TRAB IMMME SJCAMPOS JAC CAC STA BRANCA E IGARATA, SIND TRAB IND MET MEC MATELET ARARAQUARA AM BRASILIENSE, SINDICATO TRAB NAS INDUSTRIAS MET MEC MAT ELET BOTUCATU, CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALURGICOS

Advogado do(a) AUTOR: ARISTEU CESAR PINTO NETO - SP110059

Advogado do(a) AUTOR: ARISTEU CESAR PINTO NETO - SP110059

Advogado do(a) AUTOR: ARISTEU CESAR PINTO NETO - SP110059

Advogado do(a) AUTOR: ARISTEU CESAR PINTO NETO - SP110059

RÉU: UNIAO FEDERAL, COMISSAO DE VALORES MOBILIARIOS, EMBRAER EMPRESA BRASILEIRA DE AERONAUTICA S A, BOEING BRASIL SERVICOS TECNICOS AERONAUTICOS LTDA

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO, SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE ARARAQUARA E AMÉRICO BRASILIENSE, SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE BOTUCATU E REGIÃO** e pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS — CNTM** em face da **UNIÃO FEDERAL**, da **COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS — CVM**, da **EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA — EMBRAER** e da **BOEING S/A**, objetivando em sede de antecipação de tutela:

a) seja determinado ao Governo Federal para que somente se manifeste em estrita observância a todos os direitos previsto na golden share como ato vinculado, em contrariedade à forma com que está configurado o negócio, seja por permitir a transferência do controle acionário, seja por alteração de programas militares de interesse da República Federativa do Brasil;

b) seja determinado à CVM para que exerça seu papel fiscalizador, apontando a insuficiência desse protocolo efetuado pela EMBRAER, bem como a desconformidade da configuração do negócio nos moldes propostos, frente à legislação vigente;

c) seja determinado à EMBRAER para que suspenda, de imediato, toda e qualquer negociação com a BOEING, nos moldes anunciados, frente à ameaça aos interesses nacionais;

Como requerimento final da ação, requereram: **1)** em caso de omissão no exercício dos direitos previstos na *golden share* pelos mandatários políticos, seja determinada a convocação de plebiscito na forma da lei; **2)** seja declarada a nulidade do negócio jurídico, por violação às garantias previstas na *golden share*, notadamente a visível transferência do controle acionário, seja por alteração de programas militares de interesse da República Federativa do Brasil; **3)** caso seja reconfigurado o negócio jurídico, sem prejuízo de alterar o pedido em face de fato superveniente, seja garantida manutenção de todo o controle acionário com a EMBRAER; **4)** em toda e qualquer configuração do negócio jurídico, seja garantida a manutenção ou a ampliação do nível de emprego, com a continuidade da produção de aeronaves e equipamentos de aviação, bem como mantido o desenvolvimento de projetos dessas áreas em solo brasileiro, a cargo da EMBRAER.

Relata que surgiram informações, no fim de 2017, acerca de uma transação envolvendo a Boeing S/A e a EMBRAER S/A, que foram confirmadas por um comunicado emitido pelo presidente desta última empresa, em 5 de julho de 2018. Essas negociações estariam se desenvolvendo em sigilo, sob a alegação de proteção aos interesses comerciais e não haveria "segurança quanto à efetiva participação estatal nessas discussões". Com base nas informações obtidas por meio deste comunicado, os autores identificaram "riscos ao país" e violações legais decorrentes da realização da transação.

De maneira mais precisa, relatam que da comunicação mencionada seria possível extrair, dentre outros, os seguintes pontos: a transação se destinaria à criação de uma joint venture entre as empresas mencionadas, o que seria materializado a partir da criação de uma nova empresa de capital fechado; nessa nova empresa, a Boeing passaria a deter 80% de participação acionária, ficando a Embraer com os outros 20%; a empresa absorveria 100% das operações e serviços da aviação comercial da Embraer; a joint venture não estaria vinculada à golden share, ação de classe especial detida pela União.

Ademais, na parte relativa aos fatos, trazem um histórico da EMBRAER e a estrutura do mercado mundial de aeronaves.

Quanto às questões processuais, defende a sua legitimidade ativa, justifica a inclusão dos réus no polo passivo, e tece considerações acerca da competência e do cabimento da ação civil pública.

Na parte relativa ao direito, busca, em primeiro lugar, "descortinar a verdadeira natureza jurídica" da transação em curso, alegando que estaria claro o abuso de poder da burocracia administrativa na discussão de "cunho patrimonial" que se desenvolve. Alega que **o Conselho de Administração da Embraer não teria poderes para a negociação, sendo necessária a deliberação dos acionistas**, de maneira que estaria ocorrendo um **"transbordamento do poder gerencial"**.

No que tange à natureza do negócio jurídico em curso, sustenta que, apesar da notícia de que se procederia à criação de uma joint venture, **"os jornais de todo o resto do mundo não cuidam de disfarçar a concretude dos fatos"**: trata-se de aquisição pura e simples da empresa nacional, o denominado *take over*.

A partir desta premissa — de não se tratar de criação de "joint venture", mas de aquisição da empresa nacional — passam demonstrar os óbices legais constantes da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), como os que se seguem: (i) no caso de incorporação, cisão ou fusão de companhia aberta, as sociedades sucessoras também devem ser abertas (art. 223, § 3º, da LSA); (ii) haveria abuso do poder de controle, mesmo se admitida a aprovação por assembleia de acionistas, invocando o disposto no art. 117, § 1º, alínea "b", para sustentar tal alegação; (iii) **ainda que o negócio não fosse juridicamente impossível, haveria restrições quanto ao ingresso do capital estrangeiro**. GN

Por sua vez, alega que, ainda que possível a constituição de uma *joint venture*, (i) **a assimetria na composição acionária desse empreendimento impediria sua concretização sem o grave comprometimento da sobrevivência dos interesses nacionais**; (ii) **na esfera do direito do acionista minoritário, essa incorporação não seria possível, uma vez que, tratando-se de alienação (premissa fixada), direta ou indiretamente, o adquirente deveria se obrigar a fazer a denominada "Oferta Pública de Aquisição — OPA"**, de ações com direito a voto, nos moldes do art. 254-A, também da LSA.

Sustenta que, por se tratar de *"aquisição do controle acionário por capital estrangeiro"*, seria caso de atuação do poder de veto que detém a União em razão da ação de classe especial que possui, denominada golden share, nos moldes do art. 17, § 7º, da LSA e do art. 8º da Lei nº 9.491/2000.

Alega, por fim, que seria necessária iniciativa parlamentar para a convocação de plebiscito, a fim de avaliar a verdadeira vontade popular no que tange à suposta alienação do controle acionário da Embraer. Nesse sentido, alega que *"o exercício de veto por meio da golden*

share é 'ato administrativo' (...), cabendo consultar previamente os cidadãos caso exista outra configuração negocial. E qualquer outra manifestação do poder público omitindo o veto ao negócio jurídico é nula de pleno direito, devendo assim ser decretada".

A inicial foi instruída com documentos (ID 13202594 — p. 58/72; ID 13202595; 13202596; 13202597 — p.02/219)

A ação foi ajuizada, originalmente, na Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo distribuída ao Juízo da 20ª Vara Federal Cível da SJDF (ID 13202597, p. 220), sob nº 1018675-81.2018.4.01.3400.

Em petição de 12.09.2018, a **União Federal informou ter tomado ciência informalmente sobre a presente ação na qual figura como uma das rés. Diante da complexidade dos fatos narrados na petição inicial, que supostamente envolvem o interesse de diversos órgãos públicos**, bem como pelo volume de documentos, requereu, antes da apreciação dos pedidos liminares, a sua intimação para manifestação prévia no prazo de 10 dias, visando o pleno atendimento ao princípio do contraditório previsto nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil. (13202597 — p. 222)

A análise do pedido liminar foi postergada para após a manifestação da União (ID 13202597 — p. 223).

Em seguida, os autores requereram a juntada aos autos de documento novo, antes sigiloso (doc. 2), constante de Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público do Trabalho, que teve a restrição de acesso retirada pelo Procurador respectivo, pelos fundamentos que expõe em despacho que também segue juntado (doc. 1). Sustentam que os fundamentos desse despacho e o documento revelado demonstra *"em grau de escândalo aquilo que vem sendo urdido às costas da população brasileira"*. (ID 13202597 — p. 224)

Intimada (ID 13202599 — p. 17), a **União se manifestou** (ID 13202599 — p. 19/51) **alegando, em preliminar, conexão com a ação popular nº 5017611-59.2018.4.03.6100**, em trâmite perante esta 24ª Vara Federal de São Paulo/SP, **bem como a prevenção deste Juízo Federal de São Paulo para o processamento das ações coletivas.**

Ainda em preliminar, arguiu a falta de interesse de agir (ID 13202599, p. 26/32), argumentando que - até aquela ocasião - **o negócio jurídico impugnado nem sequer passou das tratativas preliminares**, de modo que a presente ação civil pública configura uma antecipação descabida, já que **não existe nem mesmo qualquer pronunciamento da União acerca da questão**, e nem mesmo a possibilidade de exercício do poder de veto decorrente da *golden share* seja em um ou em outro sentido por este ente federativo.

Destaca que: *"tendo sido celebrado mero "Memorando de Entendimentos", sem a concretização de qualquer dos fatos que os autores parecem temer, não há que se falar em efetivo interesse de agir, não havendo qualquer ato do Poder Público que possa ser questionado nesse momento; ademais, também não é juridicamente possível a intervenção do Poder Judiciário no Executivo, a fim de fixar de maneira prévia qual é a postura a ser adotada pela União no exercício de eventual direito decorrente de ação de classe especial, com base em meras ilações dos autores da ação civil pública"*.

Transcreve trecho de Manifestação do **Vice-Chefe do Estado Maior da Aeronáutica**, concluindo que: *"no cenário atual, se pode dizer, basicamente, que existem tratativas preliminares, no sentido de que será formada uma joint venture, negociação essa que está sendo devidamente acompanhada por Grupo de Trabalho, a fim de verificar a preservação da soberania e dos interesses nacionais, bem como o interesse militar nos produtos da EMBRAER, dentro do alcance legal proporcionado pela ação de caráter especial. O acompanhamento se dá, até o presente momento, sem interferências por parte da União, já que as negociações se dão entre sociedades empresárias privadas, sendo este ente federativo apenas acionista de uma delas."*

Neste sentido, defendeu inclusive a **inépcia da inicial**, argumentando que o pedido formulado em tutela de urgência é confuso, pois *"pretende-se determinar ao Governo Federal que se manifeste em estrita observância aos direitos previstos na Golden share, como ato vinculado, em contrariedade ao que se teria firmado no Memorando de Entendimentos"*.

Salientou que *"o referido memorando, conhecido como MoU (Memorandum of Understanding), é documento bastante utilizado no âmbito do direito internacional, tendo como finalidade alinhar diretrizes entre partes domiciliadas/estabelecidas em diferentes países, para traçar rumos para um acordo ou contrato que envolva área de interesse comum privativo das referidas partes"*.

Defende que se trata de negociação preliminar, não vinculante, momento meramente pré-contratual *"em que existe apenas expectativa de direito em relação ao negócio jurídico a ser celebrado entre as empresas privadas, de maneira que a União ainda não teve a oportunidade de manifestação dentro de um procedimento formal eventualmente estabelecido com a concretização das tratativas, que poderia vir a ser aquele do exercício do poder de veto — caso configurada uma das hipóteses previstas no art. 9º do Estatuto Social da Embraer, transcrito pelos autores na exordial."*

No mérito, em relação ao pedido de tutela de urgência, a União Federal sustenta ausência dos requisitos necessários ao deferimento da tutela requerida, constante do item "a" dos pedidos da exordial.

Discorreu sobre ausência da probabilidade do direito da parte autora, apresentando inicialmente um sucinto histórico sobre a Embraer e algumas conceituações sobre a Lei das Sociedades Anônimas (nº 6.404/76), sobre a instituição da denominada "golden share" (artigo 17, §7º) e sobre a respectiva previsão desta ação especial no estatuto social da Embraer S/A (artigo 9º). Na sequência, transcreve excerto de doutrina a operação denominada "joint venture", **destacando que na modalidade em questão ambas as empresas envolvidas permanecem híbridas**, cabendo à cooperação criada a atuação apenas no nicho referente à aviação comercial civil, permanecendo com a Embraer a atividade relacionada aos aspectos militares. Salienta que a possibilidade de participação da Embraer no capital social de outras empresas no Brasil e, inclusive, no exterior, é garantida em seu estatuto social (artigo 33, inciso XVI).

Sustenta que os autores, incorretamente, partindo de premissa equivocada, alegam que na verdade, não se trataria da criação de uma *joint venture*, mas sim da transferência do controle acionário da Embraer, o que caracterizaria verdadeiro *take over*, ou seja, venda completa da companhia brasileira pela Boeing, **para o que se baseiam em notícias jornalísticas internacionais**, e não na análise jurídica e factual da operação cujas empresas interessadas manifestaram interesse explícito em celebrar.

Destaca que no próprio documento intitulado como "Fato Relevante", há notícia apenas da criação de uma *joint venture*, com a preservação da Embraer enquanto pessoa jurídica de direito privado, da qual a União é acionista e, pelo que se tem notícia, somente está em discussão pelas empresas envolvidas a **negociação da parte comercial civil, mantendo-se incólume a atuação da Embraer no âmbito essencialmente militar**, uma vez que eventual *"promoção comercial para promoção e desenvolvimento de produtos e serviços na área de defesa"* não teria, a priori, o condão de subtrair ou comprometer do Estado brasileiro aspectos de segurança e defesa nacional.

Esclarece que o acordo havido entre a Embraer e a Boeing **não caracteriza efetiva venda da companhia brasileira**, mas sim estabelece um **acordo prévio para uma negociação futura**, caso seja comercialmente interessante, acordo esse que traz diversos indicativos que não haverá qualquer prejuízo aos interesses nacionais.

Afirma que se o negócio promovesse de fato a transferência do controle acionário seria, primeiramente, submetido à deliberação do Conselho de Administração, com **posterior participação da União no exercício do poder de veto**. **Apenas após ser firmado eventual negócio jurídico que tenha por objeto uma das matérias constantes do art. 9º do Estatuto da Embraer é que deverá haver a sua submissão à apreciação do Conselho de Administração**

da companhia. Somente se aprovado nessa etapa, os termos do negócio jurídico seriam levados à União para, analisando a conveniência, a oportunidade e o interesse público, além de todos os aspectos que envolvam a salvaguarda da soberania nacional e a política nacional de defesa, manifestar-se acerca da aprovação ou não do que ali se encontrar acordado.

Destacou que **a análise a ser realizada pela União envolve, necessariamente, manifestação do Ministério da Fazenda,** momento em que serão estudados também os aspectos econômicos que envolvem a negociação, bem como os possíveis impactos sobre a economia nacional. Ademais, ainda haverá **submissão da pretensão ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE.**

Salienta que atualmente só existem **meras tratativas não vinculantes entre duas empresas privadas,** sendo a União só irá se manifestar ou editar qualquer ato administrativo referente à matéria — eminentemente complexa — após a efetivação de eventual negócio jurídico (cujos moldes exatos ainda não são conhecidos), momento em que poderá ser instaurado o procedimento previsto nos §§ 2º e 3º do art. 9º do Estatuto Social da Embraer.

Diante disto, sustenta que não se pode admitir uma ação civil pública que busque provimento jurisdicional que antecipe qual deverá ser a postura deste ente federativo em um cenário que não apenas poderá ser alterado a qualquer momento, **mas que também depende da análise de diversos elementos técnicos** (que possivelmente não estão nem todos disponíveis nas atuais circunstâncias em que ajuizada a ACP).

Alega que, neste contexto, eventual decisão de antecipação de tutela por parte do Poder Judiciário teria o condão de ferir o princípio da separação de poderes, contemplado no art. 2º, da CRFB/88.

Acrescenta que, em face da eventual análise técnica **a ser promovida pelos órgãos da União acima mencionados, (Ministério da Fazenda e CADE)** o acolhimento da pretensão autoral também esbarraria nas limitações impostas pelas capacidades institucionais inerentes a cada Poder, as quais, quando envolverem campos em que, por sua alta complexidade e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Judiciário, devem contar com menor intensidade de controle, privilegiando a *expertise* e experiência das entidades da Administração responsáveis, como apregoa a Doutrina Chenery, que embasou recente decisão da Ministra Laurita Vaz, presidente do STJ, no bojo de AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP (DJ de 20.06.2017).

Sustenta ser contraditório, por um lado, alegar a parte autora que se trata de matéria afeta à soberania, uma "questão de Estado", e que só o povo poderia dar a palavra final sobre os rumos da transação comercial e, por outro lado, pretender analisar unilateralmente a natureza jurídica do negócio, extraindo conclusões também unilaterais de supostos perigos contidos nas tratativas iniciais, e com isso pretender que o Poder Judiciário determine como deverá ser exercido o poder de veto da União decorrente da "golden share" **(quando e se isso efetivamente vier a acontecer).**

Alega que os sindicatos e a confederação autores não expressam necessariamente a vontade popular, e o próprio fato de levarem a matéria para que o Judiciário a decida mostra que não há real interesse em fazer valer eventual instrumento de participação direta na democracia.

Por fim, **destacou a União Federal não se afigura correto o entendimento esposado pelos autores no sentido de que o exercício da "golden share" configuraria ato administrativo vinculado.**

Relatou a existência de **caso indicado pela doutrina em que o ente público não invocou a prerrogativa contida em uma ação de caráter especial ocorreu no Reino Unido, por ocasião da oferta de aquisição de ações da Britoil apresentada em 1987 pela British Petroleum.**

Sustenta que **o ente estatal não poderia ser compelido a exercer a "golden share" quando verificada, aprioristicamente, uma situação que se enquadraria em uma das hipóteses de sua aplicação,** devendo ser considerado que existe uma margem de atuação em

que o **detentor da ação de caráter especial possa se abster de invocá-la**, mediante exposição **minuciosa e detalhada dos fundamentos** que o levaram a tomar tal decisão.

Salienta que esse entendimento parece haver sido albergado pelo Ministro José Múcio, do Tribunal de Contas da União, que, em consulta formulado pelo então Ministro da Fazenda Henrique Meirelles sobre a legalidade de eventual extinção das golden shares, restringiu a sua ocorrência à observância de 3 (três) condições, a saber: *"que seja fundamentado pelo governo que a razão para a criação das ações especiais já não existe, que haja ressarcimento aos cofres públicos e aprovação pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimento"*.

Em relação ao *periculum in mora*, sustentou: que as alegadas "consequências nefastas à economia" não existem uma vez que a Embraer e a Boeing apenas celebraram um memorando de entendimento; **que não se pode extrair, como quer a parte contrária, qualquer perigo decorrente da celebração do instrumento em destaque, uma vez que o memorando de entendimentos não possui força vinculante.**

É dizer, as partes envolvidas podem não celebrar nenhum negócio jurídico no futuro, ou então optar pela adoção de modelo empresarial diferente daquele estipulado no referido documento; que este se torna ainda mais distante da realidade quando se considera que a previsão **é de que a operação negociada pelas partes, caso ocorra, seja concluída apenas no final do ano de 2019, segundo Informação extraída do "Fato Relevante" publicado pela Embraer em 05/07/2018**; que este se torna ainda mais ilógico em virtude do acompanhamento, por Grupo de Trabalho, das tratativas realizadas entre a Embraer e a Boeing, com o intuito de verificar se serão preservados a soberania e os interesses nacionais, bem como o interesse militar nos produtos da Embraer, dentro do alcance legal proporcionado pela *golden share*; que deve ser considerado, ainda, o longo procedimento a ser observado para a concretização de eventual negócio jurídico celebrado entre a Embraer e a Boeing — submissão do instrumento contratual à apreciação do Conselho de Administração da Embraer; manifestação da União sobre a aprovação do pacto contratual, a qual envolve a atuação do Ministério da Fazenda e do CADE, oportunidade em que o ente público poderá se utilizar da *golden share*, caso existente uma das hipóteses do art. 9º do Estatuto Social da Embraer.

Por fim alegou a possibilidade de dano inverso, sustentando que *"suspender as negociações e estudos em andamento entre Embraer e Boeing, na fase embrionária em que se encontram, geraria grave risco ao interesse nacional, considerando a elevada competitividade do mercado de aviação, marcada recentemente pela associação da Airbus e da Bombardier, gigantes do setor e principais concorrentes da Embraer."*

A União instruiu a manifestação com documentos (ID 13202599 — p. 52/110 e ID 13202600 — p. 2/20).

Em decisão de 27.11.2018 o Juízo da 20ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, reputando haver prevenção, declinou da competência para este Juízo da 24ª Vara Federal de São Paulo/SP, por prevenção a Ação Popular nº 5017611-59.2018.4.03.6100 (ID 13202600 — p. 21/23).

Em 04.12.2018 os autores foram intimados para ciência da decisão (ID 13202600 — p. 24).

Em 06.12.2018 os autores manifestaram a desistência de recurso da decisão que declinou a competência, requerendo a remessa dos autos a este Juízo em caráter de urgência urgentíssima em face da pendência de apreciação de pedido liminar (ID 13202600 — p. 25/26).

Às 19:06 do dia 17.12.2018, os autos foram distribuídos a este Juízo.

Em 18.12.2018 os autores informaram a ocorrência de fato superveniente, nos seguintes termos:

"Na data de ontem, 17 de dezembro de 2018, houve a comunicação de fato relevante por parte da Embraer S/A à Comissão de Valores Mobiliários — CVM (doc. 1, em anexo).

Embora se repita a insuficiência de informações e o completo desprezo pelo disposto na Lei das S/A, em seu artigo 224, acerca do protocolo exigível nessa espécie de

negociação, dois aspectos despertam atenção — e ainda mais alerta para as ilegalidades em curso.

*A uma, porque a informação pública dessa nova etapa das negociações entre as empresas, divulgada à mídia nacional por meio de release (doc. 2, em anexo), informa que "a Embraer terá poder de decisão para alguns temas estratégicos, como a **transferência das operações do Brasil**" (grifou-se).*

Porém nada — absolutamente nada — autoriza essa conclusão, a partir do conteúdo da comunicação de fato relevante à CVM.

*A duas, porque nesse comunicado da empresa brasileira ao público em geral, também consta que essa divulgação deveria ter suas informações tipificadas como — "prospectivas" **dentro do significado da Lei de Reforma de Litígios de Títulos Privados de 1995**".*

Vale dizer: a negociação não só ignora a legislação brasileira, como explicita atender à normatização estrangeira, em inacreditável subalternização recolonizante.

Se, por um lado, pouco se alterou em relação à situação descrita na exordial, certo é que os tempos de atuação jurisdicional se contraem.

Frise-se que o recente posicionamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cassando liminar concedida pelo juízo em sede de ação popular, em nada afeta as questões jurídicas aqui colocadas.

A presente ação civil pública questiona o próprio negócio privado, sob a ótica da legislação específica.

Não consta revogação do arcabouço de direito positivo, para a aplicação de legislação estadunidense por aqui. Não, ainda não se chegou a tanto!

Diante de todo o exposto, atualizado o juízo pelo fato superveniente, requer-se a apreciação do pedido liminar, ante a urgência que a situação inspira."

Vieram os autos conclusos.

É a síntese do necessário. Decido.

É o relatório. DECIDO

Em anterior decisão proferida no bojo de Ação Popular conexa a esta ação, segundo a própria União Federal, a permitir-lhe requerer encaminhamento a esta sede, teve este Juízo a oportunidade de observar:

*"Nesta ação relata-se um possível negócio comercial entre uma empresa privatizada e sobre a qual a União Federal conserva uma "golden share" atribuindo-lhe prerrogativas de **atuação na proteção dos interesses do país nas atividades daquela empresa**, nada obstante suas demais ações, em poder de investidores capitalistas lhes permita uma variada e ampla tomada de decisões sobre aspectos comerciais visando o lucro.*

Possível, assim, extrair-se possibilidade potencial de conflito entre o que pode ser considerado um relevante interesse do país e aquele que os detentores de ações consideram como o predominante, ou seja, o lucro. Atente-se que nem mesmo obrigatório que os investidores sejam nacionais na medida que inexistente proibição do capital estrangeiro ser aplicado em ações negociadas em Bolsa de Valores, caso da EMBRAER.

O exame das manifestações contidas nos autos até este momento são aparentemente contraditórias ou, no mínimo, incompletas.

Tome-se de exemplo a afirmação de que a Golden Share da União Federal não será afetada, o que é, de fato, uma meia verdade. Não será afetada naquilo que "sobrar" da EMBRAER e esta sobra apenas não será sobre o estacionamento ou o restaurante pois ficaria demais evidente a transferência para a Boeing.

Outra meia verdade é da União federal conservar poder sobre a Joint Venture a ser criada, por permanecer detendo a Golden Share da EMBRAER. Acontece que compondo a EMBRAER capital minoritário nesta nova empresa, correspondente a 20% do mesmo, teria o poder de minoritário nas decisões desta nova empresa cujo capital majoritário de 80% estaria em poder da Boeing.

No plano legislativo, ainda que se busque afirmar que "Golden Share" somente pode existir em caso de empresas estatais objeto de transferência do controle acionário para o capital privado terem suas atividades consideradas relevantes para o interesse nacional seja no aspecto estratégico como no de segurança do país, com isto conservando parcela da soberania sobre a empresa, não haveria, em princípio, impedimento legal para que se a conserve (a golden share) na joint venture pois seria caso equivalente ao de uma divisão estratégica da empresa acompanhada - como parece ser o caso - de transferência do seu controle acionário para uma empresa estrangeira, notadamente diante do declarado interesse na aquisição encontrar-se restrito ao plano comercial e não sobre outros aspectos tecnológicos como é caso dos aviões militares de pequeno porte.

Cumprido, neste sentido observar que esta discussão instaurada no Brasil não teria sequer início nos Estados Unidos da América, ou seja, uma possível aquisição pela EMBRAER, mesmo que restrita à uma parte "comercial" da Boeing - que também produz aviões militares puros e até mesmo civis com funções militares como os destinados ao uso pela presidência daquele país - pois seria imediatamente vetada.

*Basta considerar que um negócio envolvendo 117 bilhões de dólares foi bloqueado pelo presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, envolvendo a aquisição da projetista de chips Qualcomm pela rival Broadcom, em meio a **preocupação de que a transação daria vantagem à China na próxima geração de telefonia móvel 5G** que, na fase final de testes, dependerá de conjuntos mais densos de pequenas antenas e computação em nuvem para oferecerem velocidades de tráfego de dados entre 50 a 100 vezes mais rápidas que as atuais redes 4G. Ao contrário das de padrões anteriores 2G, 3G e 4G este último de adotado em 2010 os padrões 5G fornecerão conectividade de dados em celulares e computadores e também na conexão de carros, máquinas, carga e até equipamentos agrícolas.*

*Nos Estados Unidos o **Comitê de Investimentos Estrangeiros (CEFIU na sigla em inglês)** que **veta a aquisição de empresas norte americanas por empresas estrangeiras** afirmou apenas que a aquisição da Qualcomm pela Broadcom impulsionaria a China em relação aos Estados Unidos na corrida pela 5G. A preocupação é que **a aquisição da Qualcomm poderia acarretar corte de investimento em pesquisas e desenvolvimento da empresa ou deixar partes estratégicas importantes da empresa na mão de outros compradores**, inclusive da China, com afirmaram autoridades dos EUA e analistas. (Thomson Reuters 2018)*

Passemos, neste ponto a um necessário exame sobre o real significado e objetivos da Golden Share.

A intervenção do Estado na Economia, inclusive como acionista ostensivo de empresas sempre esteve presente na história e, mesmo em momentos de extremado liberalismo, o Estado sempre buscou exercer certo controle, ainda que no plano político.

*No período compreendido entre os anos de 1960 e 1980 **a tendência mundial em compasso com a política dos Estados Unidos**, era do estado monopolizar determinados setores considerados*

estratégicos, do que o Brasil não foi exceção - em grande parte sob governos militares - com a criação da Petrobrás, Embraer e nas áreas de energia, comunicação, minérios, etc.

Atribuiu-se a alteração desse processo ao fenômeno da **globalização da liberalização econômica, capitaneado por nações que, embora intransigentemente defendendo sua aplicação indiscriminada para todas as nações, internamente permaneceram preservando setores por elas considerados estratégicos**. Atualmente, observa-se que, na contramão de um discurso do livre comércio ser o grande responsável pelas riquezas do mundo - não distante do fenômeno observado do período do descobrimento - cujo comércio de especiarias levou o mundo a um intenso progresso ainda que sujeitando a destruição de povos a fim de se apropriar do ouro e da prata - paradoxalmente, a fim de adquirirem bens oriundos da China, atualmente este discurso se mostra, de certa forma superado frente ao fenômeno de multiplicação das chamadas "barreiras comerciais" justificada na preservação dos interesses nacionais das nações que as impõem.

Porém, pode-se afirmar que graças a um talentoso discurso liberal que, aliás, se encontra bastante distante do apregoado pelo escocês Adam Smith em seu "A Riqueza das Nações" - é que surgiram as primeiras privatizações.

Todavia, por inadmissível considerar que o Estado pretenderia tornar-se completamente alheio à manutenção de algumas de suas atividades consideradas estratégicas, havendo de se ter, portanto, como objetivo principal das privatizações, longe de obter uma mera precificação dessas atividades, buscou-se desconcentrar também atividades relevantes do Estado com o objetivo, inclusive, da evolução e da melhoria na prestação desses serviços que, de certo modo, se alcançou em algumas das atividades transferidas para a iniciativa privada, não em todas, infelizmente, constatando-se que o Estado acabou por ser obrigado em desfazer-se das lucrativas e conservar as deficitárias para si.

E, mesmo nas potencialmente lucrativas nas quais deveria haver uma transferência do risco do negócio, cuidou-se de fazer com que o Estado preservasse este risco para si através de cláusulas de garantia que culminaram na criação de "garantia de lucro" sobre o capital investido.

Motivado na finalidade de preservação da ordem econômica e da segurança nacional, criaram-se, com o objetivo de regular essas atividades - **basicamente destinadas em administrar uma teórica concorrência** - Autarquias denominadas "Agências Reguladoras" visando, menos do que o exercício de uma efetiva fiscalização da atividade em si, mas apenas uma busca de um "consenso" entre os atores privados para a exploração dos serviços antes prestadas pelo Estado e agora realizados pela Iniciativa Privada com o objetivo de obtenção de lucro.

Estas "agências" muitas delas ainda em plena atividade no Brasil, não tiveram receptividade nos Estados Unidos, pelo Congresso daquela nação nelas visualizar indevida apropriação de prerrogativas.

Dentro desta realidade, nada obstante, em certos casos, de extrema importância não só política como econômica, **exigiu-se uma necessária intervenção direta e não somente fiscalizatória** e a partir disto, seguindo o desenvolvimento do direito internacional, buscou-se o emprego das denominadas "Ações de Classe Especial", internacionalmente conhecidas como Golden Shares, ou Ações de Ouro.

A definição do termo "Golden Shares" no Direito Empresarial Brasileiro pode ser encontrada no artigo 17, § 7º, da Lei das Sociedades Anônimas e basicamente **é tratada como Ação de Classe Especial detida pelo poder público, principalmente utilizada quando do desfazimento do controle acionário de empresa com participação estatal, de forma a manter o controle desta empresa sem, necessariamente, haver a titularidade de mais de 50% das suas ações**.

*Essas chamadas "Ações de Ouro" nada mais representam do que a **preservação da participação do Poder Público nas decisões de extraordinária relevância e, normalmente, se diferenciam das outras por um poder de veto, além de outras prerrogativas asseguradas ao sócio que a detém.***

De fato, compõe uma garantia de que a atividade estratégica que foi transferida para a iniciativa privada permanece subordinada aos interesses do país.

A origem do instituto é Europeia, mais especificamente inglesa.

Instituído durante o governo de Margareth Thatcher foi rapidamente copiada por outros países do mundo, por ser considerada uma eficiente solução para diversos e previsíveis problemas nas privatizações.

Nos termos do artigo 17, § 7º, da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976):

Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:[...]

*§ 7º - **Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia-geral nas matérias que especificar.***

Assim, mesmo com pouco valor intrínseco à ela correspondente e afinal se trata de uma única ação, o Estado mantém e conserva o poder, principalmente político, de controlar determinados atos daquela empresa pela raiz, na medida que já que possui o precioso e mais importante diferencial desta classe de ações, o poder de veto, destinado a garantir que interesses do país sejam respeitados, independentemente do "interesse econômico ou financeiro" detido pelos demais acionistas.

É certo que as Golden Shares, em verdade, desde sua origem na Inglaterra estiveram vinculadas ao Estado-controlador.

Com as Golden Shares, em tese, o Estado procura preservar a manutenção da ordem e da segurança nacionais e o particular pode utilizar-se de ferramenta análoga que são as ações para o simples interesse próprio, não necessariamente visando o bem da coletividade mas, provavelmente, o seu próprio.

*Neste ponto, oportuno que se observe que o emprego de veto através da Golden Share tem sempre como elemento dominante a **supremacia do interesse público sobre o interesse privado, disto decorrendo que eventual limitação do veto à determinados aspectos não essenciais e de somenos importância devem ser considerado como desfigurador do poder inerente das Golden Shares.** É dizer, o veto não alcança elementos acidentais ou detalhes da "administração" da empresa estatal objeto de privatização, mas apenas aspectos reputados relevantes dentre os quais se destaca, o controle acionário.*

E o campo de abrangência da Golden Share longe se encontra de limitar-se a uma fração da empresa e não alcançar a sua integralidade, donde se dever afastar qualquer raciocínio daquela ação limitar-se a algumas das atividades da empresa privatizada e não à sua totalidade. No caso da Embraer dela atingir apenas a parte militar e não a comercial.

De fato, a exemplo de qualquer "ação de sociedade anônima" e a Golden Share sabidamente se mostra com majestade, impossível considerá-la limitada a uma ou a determinadas atividade da empresa e não a todas as que ela desenvolve.

Neste contexto, é tão impossível dissociá-las da parte comercial para considerá-las limitada à militar, como seria o caso de um banco comercial limitar as prerrogativas dos acionistas ao refeitório dos empregados ou ao estacionamento do mesmo e não às suas atividades financeiras.

*Portanto, as prerrogativas da titularidade da Golden Share afora não poderem ser cindidas ou limitadas à uma fração ou setor da empresa, alcançando-a no seu todo e considerando que nada mais representam que garantia de preservação dos interesses do país, a abdicação das prerrogativas da mesma por mais elevado que possa ser o valor que se a pretenda precificar, **não deixará de representar uma renúncia do direito de defesa dos interesses do país, sejam eles os estratégicos como os ligados à segurança nacional ou não.***

Enfim, sendo a defesa deste direito - que é do povo - e compondo ele o da própria soberania, impossível considerar que, em se pagando um determinado preço, o país possa dele abdicar ou mesmo que possa isto se encontrar no poder da Administração e como tal, do Poder Executivo isoladamente e sem a participação do Congresso Nacional poder despojar-se da Golden Share detida na Embraer.

Afirmar, como consta no site da Embraer, que esta parceria estratégica pretende acelerar o crescimento "aeroespacial global", afastada a hipótese disto consistir apenas expressão retórica na medida que Boeing e Embraer nunca se aventuraram em construir foguetes ou naves espaciais, não se pode encontrar nesta justificativa qualquer conteúdo apto a justificar as razões da Boeing poder se opor, na criação desta "joint venture", à permanência da Golden Share do Governo Brasileiro que, sabidamente, jamais iria interferir - nem poderia - no desenvolvimento tecnológico quer no da Embraer como, obviamente, no da Boeing que se encontra neste aspecto, sujeita ao governo norte-americano, mesmo sendo uma empresa totalmente privada.

Através da Golden Share, poderia o governo brasileiro, por exemplo, buscar opor-se ao fechamento do Parque Aeronáutico de São José dos Campos ou a uma eventual transferência dos engenheiros para unidades em outros países, todavia, afora ser possível obter-se semelhante efeito com base em "decisões comerciais" não se pode nem mesmo imaginar encontrar-se nisto a razão da recusa da Boeing em admitir a "golden share" nesta novel empresa.

De fato, no âmbito dessas "decisões comerciais" se poderia transferir a montagem de aviões para os Estados Unidos da América a fim de proporcionar empregos aos trabalhadores daquela nação, no contexto de proteção de empregos que o atual governo Trump tem buscado realizar através de inúmeras medidas, algumas delas objeto de críticas por importantes nações.

*Aliás, neste ponto oportuno observar que a nação norte-americana, independentemente do atual consenso de imposição de barreiras comerciais justificada na manutenção dos empregos dos seus trabalhadores, no que toca à Boeing - que também desenvolve tecnologia militar - mantém um "**Comitê de Segurança**" com poderes de vetar e sem dúvida o faria, qualquer grande potência mundial que intentasse situação equivalente à que aqui se apresenta, não importando o montante dos dólares envolvidos, como se vê no caso da 5G, buscando dissociar aquela empresa como relevante para a sua segurança.*

Neste contexto, mesmo sendo impossível até mesmo imaginar as reais e efetivas razões da condição imposta pela companhia norte-americana em não admitir a golden share da União Federal na joint venture que se pretende criar - a traduzir frontal oposição da Boeing norte-americana de qualquer interferência do Brasil - mesmo que limitadíssima - decorrente da titularidade daquela ação pelo Brasil, mesmo no plano estritamente jurídico, no qual não se poder dissociar o exercício das prerrogativas dela decorrentes como traduzindo poder soberano do país, sua venda ou mesmo abdicação da Golden Share sobre a Embraer (sua totalidade e não apenas de parte dela) representa renúncia da soberania ou, quando menos, uma renúncia do direito de defesa dos interesses genuínos do Brasil e que não podem e nem devem ser considerados limitados ao aspecto argenteo de receber 3,8 bilhões de dólares pelo equivalente a 80%

da Embraer que, pelo menos no discurso oficial ao qual este juízo tem acesso, parece ser o elemento dominante deste interesse e que, a rigor, como valor constitucional é irrenunciável, a exemplo da titularidade da golden share que, como patrimônio do povo brasileiro e bem da União, para transferência ou modificação de lei aprovada pelo Congresso.

Em síntese, diferentemente do que as informações pelos órgãos institucionais parecem afirmar no sentido **da ausência de necessidade de prévia oitiva do Conselho de Defesa Nacional (CDN) por aquele colegiado atuar apenas sob provocação do Presidente da República e cuja manifestação pode ser mediante convocação ou consulta feita em conjunto ou separadamente a cada um de seus membros** (artigo 3º da Lei 8.183/91) e ainda, por exigência de legislação específica **a depender do tema ser de natureza estratégica** (GN), a uma, não se encontra sujeito a um puro arbítrio do Excelentíssimo Senhor Presidente da República por constituir um poder-dever e a duas porque a simples presença de uma "golden share" por si só traduz um interesse de natureza estratégica.

Atente-se, por oportuno, que a Embraer não se encontra vinculada apenas à Aeronáutica, mas também ao Exército e a Marinha e conforme a própria observação da GSI, segundo o artigo 91, § 1º, inciso IV, da CF, o Conselho de Defesa Nacional - CDN possui a competência de **estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional** (GN) e a defesa do estado democrático e, nesse sentido, mesmo atuando como **órgão de consulta do Presidente da República** (grifado no original) nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do estado democrático não se prescinde de sua análise.

É certo que a Secretaria Executiva do CDN está a cargo do **Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República**, porém, longe se encontra de "pela ausência de legislação específica" depender de uma "provocação" do Presidente da República" **em que pese o relevante interesse nacional em acompanhar esse negócio** pois na presença deste a sua participação não constitui faculdade mas uma obrigação.

As afirmações da EMBRAER de que não celebrou nenhum instrumento provisório ou definitivo que promova sua "fusão" com a BOEING ou afete a sua estrutura societária e os poderes atribuídos à União por meio da Golden Share e que não se vislumbra a venda ou extinção dessas ações especiais detidas pela União, reiterando **não ter sido firmada a estrutura do acordo comercial pretendido** e, por esta razão **não foram provocadas as instâncias de controle** sejam as internas da Embraer (Conselho de Administração) ou as de controle interno (Ministérios envolvidos, CADE) ou externo TCU, quando muito a exonera e a órgãos públicos de omissão.

Afirmar, como o faz o representante legal da União, nas circunstâncias, de encontrar-se o exame da operação sujeita ao exame apenas pelo Conselho de Administração da própria Embraer, de Ministérios "envolvidos" (?) CADE e TCU constitui simplismo na medida que a negociação em curso envolvem interesses militares impossíveis de serem afastados na justificativa de envolvimento exclusivo da parte comercial.

Frente a este contexto, sem embargo do argumento de que qualquer exame no caso haveria de ser desencadeada à partir de decisão do Conselho de Administração da própria Embraer e portanto, enquanto aquele conselho não decidir não se poder falar em negócio com a Boeing a representar até mesmo ausência de interesse processual nesta ação, considerando que se vê claramente presente interesse estratégico do Brasil a ser avaliado na venda de parte da Embraer que a exemplo da Boeing produz aviões comerciais e militares, impossível não ver como imprescindível uma manifestação técnica dos Ministérios militares e do Conselho de Defesa Nacional.

Atente-se que o Juízo não se encontra interrompendo praticamente nada, na medida que, conforme manifestações contidas nos autos além de públicas, nada existe de concreto a significar que esta decisão, em princípio, possa afetar direta ou indiretamente, qualquer direito da Embraer ou da Boeing.

Como observação final, é sabido que grande parte do capital acionário da Embraer já se encontra em mãos de estrangeiros (Brandes Investments Partnes (15%) Mondrian Investment Partnes (10%) e Blackrock (5%). A participação nacional relevante nas ações é de cerca de 5,4% do BNDES e de 4,8% do Previ, ou seja, uma decisão do Conselho de Administração da Embraer não será determinada por ações detidas por brasileiros.

Para o Brasil, a Embraer constitui hoje a terceira maior exportadora, atrás da Vale e da Petrobrás. Faturou em 2.016 cerca de R\$ 21,4 bilhões. Constitui uma das maiores fabricantes globais de jatos de passageiros e de aviões militares de pequeno porte. Tem produtos de reconhecido sucesso e detém uma invejável tecnologia. O BNDES, por sua vez, proveu recursos da ordem de 20 bilhões de dólares para o financiamento às exportações de aeronaves entre 1997 e 2.017.

Embora sendo fora de questão a importância da Boeing na produção de jatos de grande porte e dos famosos "F" militares, como a iniciativa foi da Boeing, parece não haver dúvidas que esta parceria deve favorecer mais a empresa norte-americana dando maior robustez ao seu parque industrial que à Embraer, mesmo porque, a rigor, a Embraer terá sua ingerência na novel empresa limitada ao capital minoritário representado na participação acionária.

DECIDO

*Em face do contexto fático jurídico que aqui se expõe, sem prejuízo do exame de outros aspectos apontados na ação, inexistente a hipótese de se ver como dispensável uma manifestação do Conselho de Segurança Nacional através do **Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República** especialmente considerando que a própria existência da Golden Share na Embraer é elemento definidor do interesse estratégico do Brasil, e cuja resposta deverá permitir não apenas a este Juízo como às instâncias superiores uma obtenção de melhores subsídios para uma decisão.*

Requisito, pois, ao representante Judicial da União que adote a iniciativas necessárias a fim de obter, independentemente da decisão do Conselho de Administração da Embraer sobre o interesse na venda da parte comercial da empresa e apontado pelas partes como o predominante nas negociações preliminares que se encontram em curso, todavia, justificaram Comunicação de Fato Relevante pela COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM, e, pelo que a imprensa já repercute no sentido de que a venda já estaria decidida pelo governo e os atos concretos de transferência seriam realizados ainda neste ano de 2018, até a fim de se poder evitar que versões possam transformar-se em fatos prejudiciais esta cautela se recomenda”.

Proferida em 03 de setembro de 2018, nada obstante proferida em processo eletrônico a permitir acesso instantâneo, até a presente oportunidade não foi levada àqueles autos.

Motivou, todavia, manifestações da União e dos Autores, estes últimos sustentando a existência de fatos novos, narrando:

- que em 02 de maio do presente ano, o **Ministério Público do Trabalho** de São José dos Campos instaurou, através da Portaria nº 58.2018, o Inquérito Civil nº 000353.2018.15.002/0, com o fito de investigar a eventual perda de postos de trabalho com a criação da "Joint Venture" (NewCo) entre a Embraer S.A. e a Boeing Co;

- que durante o curso do inquérito, os Procuradores do Ministério Público do Trabalho inquiriram as empresas a anexarem a cópia do memorando de entendimento. Conforme despacho do Procurador Rafael de Araújo Gomes (DOC. 01), **a Embraer S.A. se recusou a cumprir o pedido, alegando o caráter sigiloso do documento** e as regras exaradas pela Comissão de Valores Mobiliários, CVM. Após a reiteração do pleito, a companhia terminou por cumpri-lo, solicitando a confidencialidade do documento anexado. Ressalta o referido procurador que **em**

nenhum momento a companhia noticiada fez prova da necessidade de sigilo. Por fim, após questionar a CVM, entendeu o MPT manter o sigilo, mesmo que a legislação indicada por aquela Comissão não tratasse diretamente do caso;

- que em 11 de setembro deste ano, o Procurador em referência, tomou conhecimento da decisão proferida nesta Ação Popular e, diante de seus termos, entendeu o representante do MPT: a) que este Magistrado não teve acesso à íntegra do Memorando, pois, se este documento constasse nos autos da ação popular, saberia que, na verdade, **o que as empresas estão prevendo não é a manutenção de "poder de minoritário nas decisões desta nova empresa", mas participação nenhuma da Embraer nos atos decisórios e de gestão;** b) que a Embraer conseguiu, com acentuada má-fé, induzir em erro este Juízo, e as demais partes da ação popular, sem dúvida, **ao manter em segredo a íntegra do Memorando**, ocultando o fato de que ela **não terá, sequer, "poder de minoritário nas decisões", mas será, isto sim, mera observadora, limitando-se a receber os dividendos que os 20% de participação no capital social lhe proporcionarão** (se e quando houver tal distribuição, o que dependerá, apenas, de decisão da controladora Boeing);

- que diante destas conclusões, o Procurador Rafael de Araújo Gomes decidiu, com o fito de trazer ao conhecimento público e nesta lide, levantar o sigilo que recaía sobre o "Memorando de Entendimentos" (DOC. 02), cujo teor entendem os autores demonstrar a necessidade da concessão da tutela.

A União ofereceu Embargos de Declaração alegando conter contradição com o reconhecimento de **grave prejuízo passível de ser gerado em consequência de eventual "manifestação precipitada do Conselho de Defesa Nacional acerca das negociações em andamento por parte da EMBRAER S/A"**, com empresa congênere.

Requeru, ainda, manifestação sobre a compreensão do entendimento desse Juízo acerca do teor e da vigência do **"caput", inciso IV e § 2º, todos do artigo 91, da Constituição Federal; e dos artigos 2º a 5º, da Lei nº 8.183, de 11 de abril de 1991**, que dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

Fundamentando seus embargos, sustentou a União:

- que o chamado "memorando de entendimentos" **não tem caráter vinculante para a pessoa jurídica da União**, na medida em que **esta não é parte destas negociações;**

- que **o que quer que venha a ser deliberado através do memorando de entendimentos entre as pessoas jurídicas de Direito Privado, não tem força em relação ao acionista União**, de tal modo que, se adotado o procedimento "heterodoxo" postulado, aí sim passará a União a se vincular aos termos da negociação, servindo eventual manifestação do CDN, como declaração unilateral de vontade da acionista, que a ela não poderá se furtar mais adiante, quando, efetivamente, chegado o instante de apresentar **validamente sua vontade perante o Conselho de Administração da EMBRAER S/A.**

- que o momento para qualquer manifestação da acionista União **somente ocorrerá quando for efetivamente submetida a proposta** de eventual fusão, e **segundo os termos do que vier estipulado na dita proposta, ao Conselho de Administração da EMBRAER S/A;**

- que, se e quando, for apresentada a proposta de fusão nos contornos da petição inicial, **será instada a se manifestar a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR)**, instituída pelo Decreto nº 6.021/2007, **secretariada pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST)**, órgão técnico vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), conforme o art. 41, do Decreto nº 9.035/2017;

- que após detida análise do referido organismo, **composto por especialistas em Direito Societário**, será expedida **orientação para que a Procuradoria da Fazenda Nacional se manifeste na reunião do Conselho**, segundo prevê o art. 1º, I e § 2º, do Decreto-Lei nº 147/67, ou seja, **qualquer manifestação do acionista União terá que se pautar pelo conteúdo efetivo daquilo que vier a ser apresentado ao Conselho de Administração da EMBRAER S/A**, sob pena de proferir manifestação de vontade não instruída por documentação adequada;

- que o Conselho de Defesa Nacional é um colegiado composto por Ministros de Estado, e pelos Comandantes das Forças Armadas, cujas opiniões têm por sua própria natureza a conotação político-institucional, no sentido mais elevado do conceito de política, **razão pela qual sua convocação é reservada constitucionalmente a determinados assuntos, bem delineados nos incisos do art. 91, § 1º, da Constituição Federal**, e mais amiúde detalhados nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 8.138/91. Nestes termos, ressalta que **trazer para este âmbito de deliberação estratégica a avaliação de uma complexa operação de Direito Societário, permeada por detalhes técnicos envolvendo as legislações de dois países diferentes, e das respectivas normas corporativas de ambas as companhias, pode culminar em resultado com repercussões prejudiciais a todos os envolvidos, e que poderão ser usados em desfavor da própria acionista União.**

O Ministério Público Federal manifestou-se informando aguardar a manifestação do Gabinete de Segurança Institucional, bem como dos réus acerca da petição protocolada pelos autores.

Houve manifestação da EMBRAER, instruída com documentos, requerendo a rejeição de todos os pedidos de liminar formulados pelos autores em sua inicial e em sua mais recente manifestação.

Fundamentando sua manifestação, inicialmente **apontou não ter induzido este Juízo em erro**, tendo os autores apenas reproduzido a **equivocada manifestação do Ilmo. Procurador do MPT** que, a bem da verdade, **teve por objetivo tão somente fabricar justificativa para retirar o sigilo sobre o MEMORANDO e, assim, utilizá-lo como instrumento de pressão contra a EMBRAER**, porém, sem sucesso, já que o MEMORANDO apenas confirma as intenções da requerida de proteger os interesses da UNIÃO.

Salienta que a verdade, escondida pelos autores por trás da equivocada decisão do MPT é que **a EMBRAER jamais "sonegou informações"** sobre conteúdo do MEMORANDO e nem poderia fazê-lo. Afinal, o **Fato Relevante**, apresentado pela requerida a este Juízo e a todo o mercado, **reproduz fielmente o conteúdo do MEMORANDO sobre a estrutura da potencial operação** (Num. 9664493, p. 2).

Discorreu sobre o teor do memorando, concluindo que a jamais ter induzido este Juízo em erro e que as disposições do MEMORANDO, ao contrário do que alegam os autores, **não "inviabiliza[m] qualquer poder de veto da União advindo da Golden Share"**, tampouco **"implica[m] na total alienação dos interesses da empresa brasileira"**.

Na sequência, passou a discorrer sobre a ausência dos requisitos para o acolhimento dos novos pedidos de liminar dos autores, destacando que: a) **cabe apenas ao Poder Executivo realizar juízo de conveniência e oportunidade sobre a operação**; b) a operação não trará nenhum prejuízo à União ou à nação; c) a União **continuará sendo titular da "golden share" e permanecerá no controle dos ativos relacionados à defesa e segurança nacionais**; d) os "segredos militares" da Embraer não serão transferidos à NewCo, tampouco à Boeing; e) a operação não afetará negativamente o mercado interno;

Ao final, destacou que o único perigo de dano existente *in casu* é o *periculum* inverso decorrente da pretensão liminar dos autores.

A potencial operação com a BOEING representa verdadeira tábua de salvação para a EMBRAER. Como vem sendo amplamente divulgado pela mídia: *"o desempenho das ações da Embraer nos últimos dez anos conta a história de uma companhia que briga para se manter viva"*, sendo que *"unir-se à Boeing neste momento tornaria o caminho adiante mais suave e promissor para a Embraer, na visão de especialistas do setor aéreo"* (Num. 9664498).

Destaca não ser novidade para aqueles que acompanham o mercado de aviação, que a competitividade tem se acirrado com o crescente número de fusões e aquisições do setor. A recente associação das gigantes do setor e principais concorrentes da Embraer, a Airbus e a Bombardier, é prova cabal desse fato. **Desde sua união, essas empresas têm dominado o mercado de aviação e colocado enorme pressão sobre seus concorrentes.** (Num. 9664499)

Salienta ser evidente a existência de periculum in mora inverso, pois os autores buscam obter uma antecipação de tutela declaratória judicial para subverter a forma de utilização do poder de veto da União, sem que esta tenha tido a oportunidade de se manifestar por meio da golden share - o que fará quando os documentos definitivos forem submetidos à deliberação assemblear.

Aponta que a **suspensão das negociações em andamento** entre Embraer e Boeing, além de não fazer sentido, **é submeter a requerida ao grave risco de não sobreviver à competição hoje instalada no mercado de aviação**. Com a derrocada ou perda de liderança da Embraer, aí sim o mercado interno e o interesse nacional sofreriam lesão irreparável. Certamente, isso não interessa a ninguém — salvo aos competidores da Embraer.

Por fim, ressaltou o direito de apresentar sua contestação dentro do prazo previsto em lei, nos termos da decisão proferida em 23.07.2018.

ID 11983859: manifestação da União Federal requerendo que seja reconhecida e declarada a ilicitude dos documentos juntados na Id. 11140711, determinando-se sua exclusão do processo, bem como tornando-os inservíveis como fundamento para qualquer ulterior decisão desse MM. Juízo.

Subsidiariamente, **caso não acolhida a ilicitude dos documentos**, manifestou-se sobre o mérito daqueles, requerendo o indeferimento da tutela provisória, tendo em vista a ausência dos elementos necessários para a sua concessão.

Por fim, informa **que irá aguardar o julgamento dos embargos declaratórios opostos anteriormente, para subseqüentes providências processuais**.

Em decisão proferida em 05.12.2018, decidiu este Juízo:

"No documento ID 10608777, decidiu este Juízo:

*"Em face do contexto fático jurídico que aqui se expõe, sem prejuízo do exame de outros aspectos apontados na ação, **inexistente a hipótese de se ver como dispensável uma manifestação do Conselho de Segurança Nacional através do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República especialmente considerando que a própria existência da Golden Share na Embraer é elemento definidor do interesse estratégico do Brasil, e cuja resposta deverá permitir não apenas a este Juízo como às instâncias superiores uma obtenção de melhores subsídios para uma decisão.***

*Requisito, pois, ao representante Judicial da União que adote as iniciativas necessárias a fim de obter, **independentemente da decisão do Conselho de Administração da Embraer sobre o interesse na venda da parte comercial da empresa e apontado pelas partes como o predominante nas negociações preliminares que se encontram em curso, todavia, justificaram Comunicação de Fato Relevante pela COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM, e, pelo que a imprensa já repercutiu no sentido de que a venda já estaria decidida pelo governo e os atos concretos de transferência seriam realizados ainda neste ano de 2018, até a fim de se poder evitar que versões possam transformar-se em fatos prejudiciais, esta cautela se recomenda".***

*Não contendo os embargos de declaração efeitos suspensivos, aguarda o Juízo a manifestação requisitada que levou em conta que **a simples detenção pela União de uma "Golden Share" em empresa de aviação objeto de privatização que conserva também objetivos militares e na qual inerente o compartilhamento de tecnologias empregadas pelas forças armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica).***

*Confessa o Juízo perplexidade diante da afirmação da EMBRAER, através de sua qualificadíssima banca de advogados (Barbosa Müssinic Aragão) de que, **mesmo ocupando a posição de terceira maior empresa exportadora do país, se encontra a caminho da falência ou, quando menos, a de conservar como sua única saída, revelada na expressão divulgada na mídia: "o desempenho das ações da Embraer nos últimos dez anos conta a história de uma companhia que briga para se manter viva" à qual não se daria grande importância não fossem os próprios advogados, com acesso a informações privilegiadas da EMBRAER, trazerem-na aos autos como relevantes.***

*Mais adiante chegam a afirmar de maneira peremptória: **"O único perigo de dano existente in casu é o periculum in mora decorrente da pretensão liminar dos autores. A potencial operação com a BOEING representa uma verdadeira tábua de salvação para a EMBRAER".***

Apresenta-se, portanto, como determinante o motivo da venda da parte comercial da Embraer (a que se mostra lucrativa) para a BOEING, através da criação de uma nova empresa (joint venture) que

deteria 80% do capital e a Embraer 20%, somada ao "direito de manutenção de um Diretor no Conselho de Administração" **sem direito a voto** e na condição de "observador", e que esta operação representaria uma "solução" **para o acordo firmado entre a Airbus e a Bombardier**.

Diante da insistência em se comparar e justificar a "operação" que ora se desencadeia entre a EMBRAER e a Boeing Co. que se afirma como: **ainda sem qualquer efeito concreto**, com acordo firmado entre a Airbus e a Bombardier canadense, alguns esclarecimentos à este Juízo se fariam necessários, especialmente no sentido de informar se tal acordo significou, como no caso dos autos, a venda de parte da Bombardier para a Airbus; se houve equivalente criação de uma "joint venture" sobre a qual a Bombardier não conservaria qualquer ingerência; qual seria o percentual de participação da Bombardier nesta nova empresa; se o Governo do Canadá seria detentor de uma "golden share" equivalente, na Bombardier; se a Bombardier produziria tecnologia militar para o Canadá, a exemplo da Embraer, enfim, que estas informações viessem para o bojo desta ação no mínimo a fim de evitar comparação de realidades distintas.

Faculta-se à Embraer o direito de fazê-lo com a eventual resposta nesta ação.

Passemos, por ora, ao exame das alegações sobre o Juízo ter sido ou não induzido em erro.

Aponta a EMBRAER que:

"A operação compreenderá a criação de uma "joint venture" entre a Companhia e a Boeing na forma de uma companhia fechada brasileira ("Nova Sociedade") a qual passará a desenvolver os negócios de aviação atualmente desenvolvidos pela Companhia os quais serão segregados para a Nova Sociedade. A Boeing irá adquirir, mediante pagamento à Companhia ações de emissão da Nova Sociedade, de forma que a Companhia e a Boeing passem a deter, respectivamente, 20% e 80% do capital social total e votante da Nova Sociedade.

Os negócios referentes a defesa e segurança e a jatos executivos, dentre outros, não serão segregados para a nova sociedade e permanecerão sendo desenvolvidos e realizados pela Embraer."

Logo abaixo se imprime um quadro indicando a "golden share" da União e demais acionistas, como compondo a Embraer e, em seguida, uma vinculação da Embraer e a Boeing na formação de uma Nova Sociedade Brasileira e na qual suprime-se a presença da "golden share".

Uma interpretação mesmo ao nível colegial do texto do "memorando", notadamente levando em conta as palavras ora grifadas, não deixa dúvida de que a Embraer permanecerá desenvolvendo sua atividade apenas nos aspectos relacionados a defesa e segurança e produção dos jatos executivos, deixando de produzir os jatos comerciais que lhe trouxeram prestígio mundial.

Ou seja, ela será efetivamente dividida sutilmente em duas, e parte dela (a comercial lucrativa) passará para o total e integral controle da Boeing, quer como acionista majoritária da nova empresa que não contará com a "golden share", quer sobre a formação de seu Conselho que contará apenas com um observador, como no que se refere à administração que passa a ser integralmente gerida pela Boeing Co.

Neste contexto, ainda que não se possa dizer o oposto, a afirmação da Embraer: **a União permanecerá com os direitos decorrentes de sua titularidade sobre a ação ordinária de classe especial de emissão da Companhia ("golden share")**, aparentemente buscando demonstrar que a "Golden Share" estará preservada na Nova Sociedade, de fato isto não ocorre e a afirmação é incompleta e não representa a verdade.

A permanência da "golden share" ficará restrita, seja-nos permitido empregar linguagem popular: "naquilo que sobrar da Embraer" e não será a parte lucrativa.

Se não for isto, roga o Juízo que em 24 horas a Embraer afirme peremptoriamente que a Nova Sociedade irá emitir uma ação de classe "golden share" para a União Federal e, com isto que ela manterá intactos seus direitos não apenas no que remanescer na Embraer, como também na nova sociedade a ser criada.

O ponto seguinte é que: "caso as partes cheguem a um consenso a respeito de tais documentos definitivos da Operação, a Embraer consultará o Governo Brasileiro e as partes submeterão as aprovações necessárias à sua implementação, incluindo, **dentre outras** (i) aprovação pela União; (ii) aprovação pelos **órgãos societários competentes de ambas as partes envolvidas** na Operação; e (iii) das **autoridades regulatórias competentes**." [1]

Afirma, em seguida, que ao contrário do alegado pelo MPT, a Embraer jamais alegou que teria controle sobre a administração da nova empresa constituída para desenvolver os negócios de aviação comercial (NewCo).

O que a Embraer teria afirmado é que **na estrutura vislumbrada pelo Memorando: (a) seria titular de 20% do capital social votante da NewCo; e "b" a estrutura acionária da Embraer permanecerá intacta sobretudo com a manutenção da "golden share" sob titularidade da União, de modo que "o controle acionário da Embraer permanecerá estritamente nas mãos dos mesmos acionistas, que continuarão controlando todos os rumos da empresa"**.

Estas afirmações da Embraer embora não se possam afirmar inverídicas, **constituem, porém, uma meia verdade na medida que os direitos sobre a "Golden Share" serão mantidos apenas no que a Embraer conservar como "não segregado"** isto é, excluída a segregada representada pela parte comercial. E confirma que **"a Embraer jamais alegou que teria controle sobre a administração da nova empresa constituída para desenvolver os negócios de aviação comercial"** a significar uma total ausência de ingerência sobre a mesma que ficaria concentrada na Boeing Co.

Combinando-se estas afirmações com a anterior no sentido da Embraer **somente sobreviver se "segregar" a parte lucrativa transferindo-a para a nova empresa da Boeing tem-se como previsão relativamente próxima, uma falência da Embraer acaso não realize a venda de sua parte lucrativa.**

Atente-se que são as conclusões extraídas de informações da própria Embraer, é dizer, expressas por ela em sua petição. Não são com base em interpretações da mídia.

Sobre a afirmação seguinte na qual se critica o MPT e aos autores desta ação alegando ignorarem os termos do "memorando" que estabelece **uma série de limitações e proteções em favor da Embraer, sobretudo para preservar os interesses da União sobre os negócios relacionados à defesa e segurança nacionais, de fato é injusto dizer que a tenham ignorado, pois o que se busca "conservar" é somente a parte "não lucrativa" em favor da Embraer e da União "segregando" a parte lucrativa para a NewCo.** (a própria Embraer emprega a expressão no idioma inglês para identificá-la).

A frase contida no "memorando" de que cuidaram de destacar seu comprometimento com o desenvolvimento de acordo que **"mantenha e aumente a capacidade de defesa e segurança brasileira de modo a manter a soberania nacional e o controle brasileiro" ... e de preservar os direitos do Governo brasileiro na qualidade de acionista da EMBRAER e titular da "golden share" faltou complementar que seria apenas sobre a parte remanescente, deficitária e que não seria segregada para transferência para a NewCo.**

Que a Embraer permanecerá como companhia listada no Brasil e no exterior administrada por uma administração **local** e que não haverá alteração da estrutura de controle acionário atual ou no Estatuto Social da Embraer e que o Governo brasileiro mantém seus direitos atuais decorrentes da "golden share" não se tem dúvida.

Mas não conservará a atual amplitude sobre a estrutura atual mas conservando-a apenas em parte dela pois a parte segregada que irá compor a joint venture não estará sob qualquer administração local mas exclusiva da Boeing.

Quanto à transferência de tecnologia, do **memorando** destacar que esta se dará mediante **contratos de assistência** e que a **"performance no âmbito dos contratos de assistência será acompanhada por um "comitê supervisor" cujos membros seriam indicados pela Embraer e pela Boeing, em igual número"** (?) como "garantia que a Embraer e a União evitem o vazamento de segredos militares **"nacionais"**, constitui expressão que talvez em idioma inglês não se mostrem como, em português, apenas figuras de retórica, a uma porque o Governo brasileiro conservaria a "golden share" apenas na Embraer "militar" por assim dizer e segundo que a previsão de um **"comitê supervisor"** que se supõe ser na NewCo (com indicação paritária de membros pela Boeing e Embraer) para evitar que "segredos militares" vazassem, indica de maneira evidente que a novel sociedade terá sim, acesso a estes "segredos tecnológicos", inclusive militares a ponto de se prever a "criação" de um "comitê supervisor" sobre o qual não se prevê participação da União.

Afirma-se, em seguida, que o **Memorando** estabelece que a Embraer terá o **direito de consentimento em relação à diversas matérias no âmbito da NewCo entre elas: a transferência das operações existentes na NewCo ou mudança de sede para o exterior e eventual política de dividendos da NewCo.**

Depreende-se disto que, efetivamente, se prevê a possibilidade desta transferência de operações para o exterior, ou seja, tratar-se de uma possibilidade concreta, mesmo que sujeita a um direito de consentimento, que não especifica qual seria o órgão apto a dar, e que não seria por força da "golden share". Levando em conta a ausência de participação em conselhos da NewCo, de membros indicados pela Embraer (**exceto na condição de observador sem direito a veto**) ou de participação na administração da NewCo, tem-se como certa a impossibilidade de veto e, por óbvio, desta decisão ser exclusivamente da Boeing.

Destarte, à partir destas afirmações da Embraer não se pode, efetivamente, afirmar como incorreta a alegação de inviabilização qualquer poder da União advindo da "Golden Share" pois, o que se verifica é exatamente isto.

Sem dúvida que acaso mantida a "Golden Share" da União na NewCo os seus direitos estariam garantidos como se afirma, porém, da forma que se intenta proteger o direito da União decorrente da "golden share" ele não permanece hígido e tampouco intocado como se afirma mas tão somente, e se tanto, **apenas preservado na parte não segregada.**

Sobre as afirmações seguintes, notadamente de que "não haveria razões para vetar a operação desenhada pelo Memorando, que (i) **não implicará na extinção da "golden share"** detida pela União e não transferirá **segredos militares** à NewCo **tampouco à Boeing** e não afetará o mercado interno" de fato, contrastado este texto sem cautela, pode até coincidir com as afirmações.

Porém, não se garante que a "golden share" permanecerá na NewCo, pois ela se conservará tão somente **na parte não transferida para a Boeing** (não segregada) e sem dúvida haverá um total acesso à tecnologia da Embraer excluídos apenas os "segredos militares". O que não estiver assim classificado e certamente pouco está, será transferido.

Embora correta a afirmação de que a ordem jurídica brasileira permite que particulares atuem no campo negocial limitando-o ao que se denominou de dirigismo contratual ou que infrinjam a ordem pública, **a questão dos autos não se encontra em contrastar decisão meramente comercial da Embraer que pode produzir os aviões que desejar, firmar os contratos de venda com as cláusulas que bem lhe convier, escolher os países com os quais vai negociar ou mesmo dos tipo de aviões que produzirá ou deixará de produzir ou vender.**

Trata-se de empresa que tendo pertencido à União, administrada pelo Ministério da Aeronáutica foi objeto de privatização e embora submetida a um regime jurídico típico de qualquer empresa privada, delas se mostra distinta em um ponto, suficientemente examinado na decisão inicial e que não vem a caso agora reiterar.

A União Federal nela conservou uma "**golden share**", **sem qualquer valor comercial** o que outorga prerrogativas, e que integrando seu patrimônio, conserva a característica de indisponibilidade própria dos bens públicos a qual somente pode ser ultrapassada por meio de desafetação através de lei, a exemplo de qualquer patrimônio de sua titularidade.

Não se está, no caso dos autos, perante uma lide envolvendo apenas uma operação comercial típica da Embraer, certamente realizadas a milhares no espaço de um ano, mas uma operação (potencial) sobre a qual se sustenta a presença de prejuízo público diante de uma planejada cisão ou desmembramento (sob talentosa expressão de "segregação") da totalidade de sua parte comercial visando transferência para a gigante norte-americana Boeing.

De fato, em não se conservando a "golden share" nesta "NewCo" pode-se afirmar que, sem dúvida o direito da União não permanecerá hígido e intacto como se afirma. Ao contrário ficará limitado tão somente sobre a parte remanescente (não segregada) da Embraer, ou seja, naquilo que dela restar.

Diferentemente do que busca convencer, a União no caso, não se apresenta como uma "simples acionista da Embraer", mas como detentora de uma ação de classe especial que lhe outorga poderes que vão além daqueles outorgados ao acionista comum, como o de recebimento de dividendos, razão pela qual, com o devido e merecido respeito aos argumentos do representante judicial da União, a manifestação da Casa Civil da Presidência da República não tem, juridicamente, o condão de transformar realidades, qual seja, a de converter uma "golden share" em uma ação comum, por mais que isto possa ser de interesse daquela Casa.

Sobre o precedente jurisprudencial colacionado, por não se amoldar ao caso dos autos opta o Juízo por silenciar.

Por outro lado, o fato do legislativo haver se posicionado sobre a "privatização da Embraer" nem de longe significa que o Poder Público exauriu suas prerrogativas com o contido no estatuto da Embraer pois, ainda que não esteja ocorrendo uma transferência, **em sentido técnico**, do controle acionário da Companhia, de fato, considerando a almejada cisão pretendida no memorando de intenções não, deixa de representar uma talentosa maneira de se realizar indiretamente a transferência, por meio do esvaziamento da Embraer. De fato, estes mesmos argumentos poderiam ser expostos no caso dela conservar como parte "não segregada" apenas o seu restaurante, estacionamento, prédios de escritórios e ambulatório, afinal, tampouco em tal hipótese haveria uma "transferência de controle acionário" em se preservado apenas e tão somente estas instalações.

É certo que nada obstante tenha ocorrido divulgação de "fato relevante" por exigência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, uma verdade total, concreta, real e efetiva jamais se alcançará nestes autos pois parece haver um "interesse público" que "muitos aspectos da negociação" permaneçam "sob reserva", nas sombras ou mesmo, secretos, menos por se estar discutindo interesses estratégicos do Brasil mas, predominantemente, tendo em vista interesses de uma estratégia comercial.

Sobre as mencionadas "**dificuldades comerciais que se avizinhm**" na Embraer, a única conclusão que se pode extrair é da "privatização" não ter sido, necessariamente, a melhor solução e do afastamento do Estado conduzir a empresa a uma administração pela iniciativa privada mais ágil e competente, dissociada das "amarras da burocracia", como garantidora do sucesso e crescimento da empresa.

De fato, diante da afirmação, tem-se que a administração pela iniciativa privada da Embraer não representou grande vantagem com a então exercida pela Aeronáutica representando-se como vantagem da privatização, ao que se observa, a facilidade da transferência para capitais estrangeiros que, desde este juízo esclarece não ter qualquer preconceito, sejam eles europeus, norte-americanos ou asiáticos. Aliás, capitais financeiros, como disse conhecido economista brasileiro, são apátridas.

E nem se afirma que as dificuldades da Embraer seriam decorrentes de uma crise econômica mundial cujos reflexos são inevitáveis na economia nacional por força da globalização pois, se este argumento é insuficiente para exonerar de culpa Presidentes da República, não há de ser tido como idôneo para exonerar a administração da Embraer.

Examinemos agora um aspecto que a Embraer faz questão de transcrever às fls. 20 da manifestação:

*"Os interesses e estabilidade financeira da Embraer após a operação seriam protegidos de sorte a garantir a **capacidade de obter fluxo de caixa da NewCo**, por meio de uma **combinação de pagamentos em dinheiro** durante o período inicial de cinco anos e uma política de distribuição de dividendos obrigatórios de lucros retidos e/ou do exercício*

A NewCo também deveria (SIC) estabelecer uma política de dividendos que obrigassem (SIC) a companhia após o 5º ano a distribuir anualmente aos acionistas um montante equivalente a 50% dos lucros retidos e/ou do exercício, o que for maior."

Sem pretender o Juízo classificar as afirmações como Acaciana (por não poder imaginar diversa redação) o primeiro ponto que sobressai é de que o fluxo de caixa estará garantido na NewCo e **não no caixa da Embraer** (no que dela restar). A Boeing detém 80% das ações da NewCo, o que significa que **estará garantindo isto para si própria e não para a Embraer**.

Sobre "os pagamentos em dinheiro" não fica claro se serão para a NewCo ou para a Embraer e se estes "pagamentos" seriam correspondentes ao **valor da aquisição da parte segregada (comercial)** da Embraer, ou, como parece ser mais provável, estes pagamentos corresponderiam ao valor da aquisição da parte comercial e teriam como destino não a Embraer mas a NewCo, a significar que a Boeing os faria para a NewCo ou seja, para ela mesmo.

Afirma-se, em seguida, uma **combinação** de "pagamentos em dinheiro (?) **durante o período inicial de 5 anos** (não está claro se será pelo preço da venda da parte comercial da Embraer?) e uma **política de dividendos obrigatórios de lucros retidos e/ou do exercício**. Supõe, portanto, que isto apenas ocorre no caso de haver lucro, aliás, uma obviedade pois se este inexistir não pode haver distribuição.

As expressões do parágrafo seguinte estão no tempo condicional, ou seja, algo que NewCo poderá, ou não, estabelecer. Não há qualquer garantia.

Afirma-se, em seguida, que a **Embraer terá direito de "consentimento em eventual mudança na política de dividendos na NewCo"**.

Confessamos, com todo o cuidado recomendado pela Embraer sobre o exame deste Juízo, desconhecer o real alcance deste direito atribuído à Embraer: distribuir sem que haja lucro? de não se permitir a retenção de dividendos acima do percentual de 50% dos eventuais lucros?

Parece estar limitado a isto.

Sobre o parecer da **Consultoria Jurídica Adjunta do Comando da Aeronáutica**, sem prejuízo de seu talento, parece ter partido ele de **premissa equivocada ao afirmar que ambas as empresas permanecem híidas**. E a razão é bastante simples: a Boeing não se desfaz de nada, exceto de um valor em dinheiro que, tudo indica será investido em uma empresa na qual a Embraer terá uma participação minoritária de apenas 20% e a Boeing deterá 80%. A Embraer, por sua vez, abre mão, em favor da Boeing, de toda sua parte comercial (lucrativa) recebendo como pagamento ações que representam apenas 20% do capital da NewCo, sem ter direito a qualquer ingerência na mesma, seja como membro de conselho ou na administração.

Destarte, a afirmação de higidez pela Consultoria do Comando da Aeronáutica, talvez com base em indigentes informações recebidas, parece encontrar-se equivocada.

Manter a Embraer com a parte militar (deficitária) e que eventual "**promoção comercial para promoção (SIC) e desenvolvimento de produtos e serviços na área de defesa não teria a priori o condão de subtrair ou comprometer do Estado brasileiro aspectos de segurança e defesa nacionais**" ainda que se possa apresentar como correta, afinal, mesmo que houvesse a venda da parte militar não se poderia afirmar que isto chegaria a comprometer "aspectos de segurança e defesa nacionais", conforme abordado na decisão anterior, sendo a Embraer, uma empresa produtora tanto de tecnologia militar como civil de forma não compartimentada mas em conjunto, resulta óbvio que a transferência desta tecnologia não se limitará à "comercial" mas à toda ela.

Sobre este aspecto, a Embraer afirma que a transferência de tecnologia entre Embraer e NewCo, segundo o MEMORANDO (sic) se dará mediante **contratos de assistência** e que "**a performance no âmbito dos contratos de assistência seria acompanhada por um comitê supervisor**, cujos membros seriam **indicados pela Embraer e pela Boeing, em igual número**".

Não conseguimos visualizar o termo "performance" (que pode ser restrito a aspectos comerciais) representando qualquer garantia de preservação de segredos tecnológicos militares da Embraer, especialmente diante da previsão de ficar sob a responsabilidade de um "comitê supervisor" de **membros paritários indicados pela Boeing e Embraer** e dos quais nem mesmo se fixa a qualificação.

Sobre o quadro exibido pela Embraer para provar que a composição de suas receitas comerciais representa pouco mais de 40%, exhibe-se-o apontando a **aviação comercial** com US\$ 2,45 bilhões; **aviação executiva** com US\$ 1,5 bilhão, **defesa e segurança** com US\$ 0,90; **suporte e serviços** com US\$ 1.00 Bilhão e **outros** com US\$ 0,5 bilhão.

Segundo se pode ver, segregada a parte militar e a aviação executiva e atribuindo, proporcionalmente, às receitas: "Suporte e Serviços" e "Outros" uma proporção dos valores das demais

receitas, tem-se que a Embraer tem sua maior receita com a aviação comercial, (**acaso incluído um percentual** das provenientes de **suporte e serviço e outras**) o que a torna superior a 50% cinquenta por cento. É dizer, a parte comercial é a predominante na Embraer.

Sobre a afirmação dos autores do memorando conter: "**... a NewCo teria um Conselho de Administração, cujos membros seriam indicados pela Boeing e seria administrada por uma diretoria indicada pelo conselho de administração; a Embraer indicaria um membro para atuar como observador junto ao conselho de administração, sendo que o observador não teria direito a voto.**" a Embraer não refuta de maneira peremptória que esta intenção inexistente no memorando e opta apenas por criticar o ilustre representante do Ministério Público do Trabalho.

E diante de negativa expressa, tem-se por confirmado que esta previsão efetivamente existe no memorando de intenção da Boeing, independentemente de ser, ou não, sigiloso.

Passemos, neste ponto ao exame das razões da União, iniciando pelos Embargos de Declaração tendo em vista a alegação de: **grave prejuízo passível de ser gerado em consequência de eventual manifestação precipitada do Conselho de Defesa Nacional acerca das negociações em andamento por parte da EMBRAER S/A, com empresa congênere, com compreensão do entendimento desse Juízo acerca do teor e da vigência do "caput", inciso IV e § 2º, todos do artigo 91, da Constituição Federal; e dos artigos 2º a 5º, da Lei nº 8.183, de 11 de abril de 1991, que dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.**

Fundamentando os Embargos sustenta a União:

- que o chamado "memorando de entendimentos" **não tem caráter vinculante para a pessoa jurídica da União**, na medida em que esta não é parte destas negociações;

- que o que quer que venha a ser deliberado através do memorando de entendimentos entre as pessoas jurídicas de Direito Privado, **não tem força em relação ao acionista União**, de tal modo que, se adotado o procedimento "heterodoxo" postulado, aí sim passará a União a se vincular aos termos da negociação, servindo eventual manifestação do CDN como declaração unilateral de vontade da acionista, que a ela não poderá se furtar mais adiante, quando efetivamente chegado o instante de apresentar validamente sua vontade perante o Conselho de Administração da EMBRAER S/A.

- que o momento para qualquer manifestação da acionista União somente ocorrerá quando for efetivamente submetida a proposta de eventual fusão, e segundo os termos do que vier estipulado na dita proposta, ao Conselho de Administração da EMBRAER S/A;

- que, se e quando, for apresentada a proposta de fusão nos contornos da petição inicial, **será instada a se manifestar a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR)**, instituída pelo Decreto nº 6.021/2007, secretariada pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST), órgão técnico vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), conforme o art. 41, do Decreto nº 9.035/2017;

- que após detida análise do referido organismo, **composto por especialistas em Direito Societário**, será expedida orientação para que a Procuradoria da Fazenda Nacional se manifeste na reunião do Conselho, segundo prevê o art. 1º, I e § 2º, do Decreto-Lei nº 147/67, ou seja, **qualquer manifestação do acionista União terá que se pautar pelo conteúdo efetivo daquilo que vier a ser apresentado ao Conselho de Administração da EMBRAER S/A, sob pena de proferir manifestação de vontade não instruída por documentação adequada;**

Como primeiro ponto a observar encontra-se o da União, em princípio, entender tratar-se de uma fusão da Boeing com a Embraer e não de uma segregação como aliás, o próprio memorando de intenções aponta. **Segregar é separar, alienar, desmembrar e não fundir, unir, agregar ou somar como a União parece ter entendido.**

Como segundo ponto a União afirma, antecipadamente, que a operação a ser desencadeada tem como elemento dominante definidor do interesse, ou não, de desmembramento da parte comercial da Embraer para transferência para a Boeing por meio de uma empresa NewCo na qual a Embraer teria

apenas 20% das ações e nenhum poder de administração ou direção da NewCo, **exceto o de se opor ao não pagamento de dividendo sobre os lucros no que superassem a 50%, exclusivamente uma decisão do Conselho de Administração da própria Embraer e no qual a União teria assento como detentora de "Golden Share"**.

Ou seja, pelo que é possível entender, a União nada teria a ver com a operação, exceto sobre cláusulas que venham a ser estabelecidas pelo Conselho da Embraer. É dizer: a decisão sobre a segregação da parte comercial para transferência para a Boeing seria exclusiva do Conselho da Embraer por nele a União ter assento por força da "Golden Share". Em não havendo veto a operação será concretizada.

Em seguida afirma que, em sendo o caso, o órgão que deverá se manifestar é **apenas a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR)**, instituída pelo Decreto nº 6.021/2007, **secretariada pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST)**, órgão do Ministério do Planejamento. **Que após análise daquele órgão (apenas nos aspectos societários) composto por especialistas em Direito Societário, será expedida orientação para que a Procuradoria da Fazenda Nacional se manifeste na reunião do Conselho da EMBRAER, segundo prevê o art. 1º, I e § 2º, do Decreto-Lei nº 147/67.**

Ou seja, conforme afirma a União Federal, **qualquer manifestação dela, como detentora da "Golden Share", terá que se pautar pelo conteúdo efetivo daquilo que vier a ser apresentado ao Conselho de Administração da EMBRAER S/A, segundo orientação da CEPAR e da SEST.**

Sem embargo da lógica e respeitabilidade deste entendimento da União, peca por considerar a União Federal como correspondendo a uma simples acionista da Embraer e não detentora de uma ação de classe especial "Golden Share" que, integrando seu patrimônio e que não pertence ao "governo" e, menos ainda, de quem ocasionalmente o representa, mas do povo brasileiro, exige, para que possa renunciar aos direitos que aquela lhe atribui, uma manifestação qualificada que não fica subordinada ao que um representante da União do Conselho de Administração da Embraer esteja obrigado a dizer por orientação da CCPAR e da SEST.

Conforme exposto na decisão anterior, as "golden share" representam a conservação e permanência do governo nas empresas estratégicas das quais optou por se desfazer, não cabendo ao Juízo incursionar sobre isto. Todavia, a conservação da "golden share" é, por si só, representativa da presença de interesse estratégico da União na empresa que ao Juízo não é dado ignorar.

Oportuno observar que são inconfundíveis interesses estratégicos e interesses de defesa e segurança nacionais. A parte militar da Embraer pode conter segredos militares que até mesmo se pode dizer que, **formalmente, estariam preservados mediante a almejada segregação. Materialmente, certamente não estariam** na medida que a Embraer não a conservava segregada das suas atividades e mesmo que assim o fizesse, um inevitável compartilhamento da tecnologia na empresa não evitaria que acabassem transmitidos para a Boeing.

Os elementos informativos dos autos revelam que houve manifestação apenas do Ministério da Aeronáutica e os produtos da Embraer, de ordem militar, não são destinados exclusivamente para esta arma, mas também para o Exército e a Marinha, de cujos ministérios não consta ter havido uma manifestação.

De fato, sob os olhos de especialista em direito societário, este poderá afirmar "não haver alteração de controle acionário" em qualquer empresa que se desfizer de grande parte dela e conservar apenas o seu estacionamento ou os prédios nos quais se instalara. Eventuais acionistas se rebelariam no caso de trazer-lhes prejuízos financeiros e silenciariam se com isto obtivessem lucro o que significa dizer que, desde que pago um bom preço, seria possível.

E não vem a caso reiterar que a maioria do capital da Embraer não se encontra na mão de brasileiros, contra o que não há oposição deste Juízo, ou seja, sob o aspecto exclusivamente acionário e os interesses financeiros correspondentes, reconhece-se não haver qualquer debate no bojo desta ação.

O que nela se discute é se direitos correspondentes à "golden share" da União, isto é, no que incide de concreto na Embraer aquela ação, que é na sua totalidade, estarão ou não sendo alterados aqueles

direitos e afirmá-los que não, apenas consiste em uma meia verdade, pois apenas serão preservados no que remanescer da Embraer e não sobre a Embraer atual.

Visualizar na conservação da “Golden Share” da União apenas no que remanescer após a segregação, que seu direito estaria preservado com base em inteligente jogo de palavras afirmando que os direitos da “golden share” permaneceriam hígidos (porque como "direitos" assim o estariam, mesmo que sobre uma parte mínima e deficitária) é inaceitável visto não traduzir a realidade material efetiva.

Sobre o ponto seguinte: "o Conselho de Defesa Nacional é um colegiado composto por Ministros de Estado, e pelos Comandantes das Forças Armadas, cujas opiniões têm por sua própria natureza a conotação político-institucional, no sentido mais elevado do conceito de política, razão pela qual sua convocação é reservada constitucionalmente a determinados assuntos, bem delineados nos incisos do art. 91, § 1º, da Constituição Federal, e mais amiúde detalhados nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 8.183/91. Nestes termos, ressalta a União que trazer para este âmbito de deliberação estratégica a avaliação de uma complexa operação de Direito Societário, permeada por detalhes técnicos envolvendo as legislações de dois países diferentes, e das respectivas normas corporativas de ambas as companhias, pode culminar em resultado com repercussões prejudiciais a todos os envolvidos, e que poderão ser usados em desfavor da própria acionista União" cabíveis algumas observações.

Oportuno observar que, historicamente, uma das primeiras questões na qual o Conselho de Segurança Nacional se manifestou foi sobre a implantação da indústria siderúrgica do Brasil pois desde meados de 1930 essa questão não vinha sendo considerada como simples problema político-econômico de cuja solução, dependia o futuro da defesa nacional. Portanto, ao menos historicamente se pode afirmar ter havido precedente do Conselho de Segurança Nacional manifestar-se sobre interesses estratégicos que podem, indiretamente, apresentar repercussão no âmbito da segurança nacional.

A Constituição Federal ao prever a existência não mais do Conselho de Segurança Nacional, mas o Conselho de Defesa Nacional, contém em seu artigo 91, a seguinte redação:

Art. 91 O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do estado democrático...

...

Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do estado democrático.

O artigo 1º da Lei nº 8.183/91, contém a seguinte redação:

Art. 1º O Conselho de Defesa Nacional (CDN), órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa dos estado democrático, tem sua organização e funcionamento disciplinados nesta lei.

...

Parágrafo único. Na forma do parágrafo 1º do art. 91 da Constituição, compete ao Conselho de Defesa Nacional:

d) estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do estado democrático.

...

Art. 5º O exercício da competência do Conselho de Defesa Nacional serão fundamentadas no estudo e no acompanhamento dos estudos de interesse da independência nacional e da defesa do estado democrático, em especial o que se refere:

I - à segurança da fronteira terrestre, do mar territorial, do espaço aéreo e de outras áreas indispensáveis à defesa do território nacional

II - quanto à ocupação e à integração da faixa de fronteira;

III - quanto à exploração dos recursos naturais de qualquer tipo e ao controle dos materiais de atividades consideradas do interesse da defesa nacionais.

Relembrando que, historicamente, o Conselho de Segurança Nacional teve a oportunidade de se manifestar sobre questão que apenas indiretamente disseram respeito ao seu nome, se pelo conteúdo expresso na norma constitucional não se pode afirmar que o desmembramento (segregação) da Embraer para transferência para a NewCo, na qual, para a Embraer, não restaria qualquer parcela de administração e a participação em seu Conselho se faria em condição de **"observadora sem direito à veto"**, **exceto no que se refere à distribuição de dividendos no que superassem 50% de reservas sobre o lucro**, poderia representar um efetivo risco à segurança nacional, por outro, o próprio texto constitucional admite esta participação quando a questão envolve a soberania nacional e **defesa do estado democrático** e, no caso, parece certo que interpretadas as expressões constantes do texto constitucional e aqui ressaltadas em negrito, não se pode afirmar que haveria uma total ausência de legitimidade desta atuação.

Soberania nacional e defesa do estado democrático são conceitos que tanto permitem a inclusão quanto que deles se exclua muitos eventos, seja por considerá-los afetando-o, como não.

Porém, uma ação de classe especial ("golden share") em poder da União proveniente de uma empresa que, em processo de privatização, primeiro previu que aquela existiria (**por si só um sinal evidente de consistir empresa estratégica**) representa, sem dúvida séria, um elemento tradutor de soberania, cujo alcance vai muito além dos interesses de um simples acionista, como se intenta transformá-lo, ao se atribuir competência desta análise apenas a órgãos de "direito societário".

Exatamente por ser considerada uma empresa estratégica e por caber ao CDN estudar, **propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional** na expressão da lei, não se pode afirmar que o referido conselho estaria extrapolando suas atribuições na medida que, mais do que razoável considerar como estratégica a preservação de permanente evolução e da independência tecnológica do Brasil na aviação, onde tem dado provas de extremo talento e competência e mais ainda porque indissociável da parte militar da mesma empresa.

É certo não consistir uma competência **especial** entre as previstas no artigo 5º no sentido do **controle dos materiais de atividades consideradas do interesse da defesa nacionais**, porém, tampouco se pode considerar que a lei teria limitado a competência constitucional do referido conselho considerando que materiais das atividades da Embraer somente seriam de interesse militar se contivessem, a exemplo dos Airbags de automóveis, certa quantidade de explosivo. Enfim, da tecnologia aeronáutica ser de exclusivo interesse militar apenas em aeronaves dotadas de armamento fornecidas para as três armas e não da tecnologia em si.

Impossível considerar a Embraer como equivalente a uma fábrica de cerveja ou de cosméticos e ignorar o que revela a história de que nas duas grandes guerras mundiais foram as indústrias civis as responsáveis pela construção de veículos militares.

"Golden Share", como ação de classe especial prevista em processos de privatização, representa um patrimônio público de titularidade do país, concedendo um poder que se traduz em exercício da soberania do país.

Disto, nenhuma das partes parece duvidar, inclusive a Boeing.

União e Embraer buscam, cada qual à sua maneira, convencer que a "Golden Share" não será afetada, seja **porque não se está alterando o "controle acionário" da Embraer, seja porque os "órgãos societários" de governo** não vêem como ameaçados os direitos nela contidos, mesmo que não venham alcançar a NewCo.

Equivalente a tais justificativas porém, na situação absurda que pode ser imaginada, seria considerar que desde que uma transferência ou "segregação", no termo que se emprega, seja apenas de uma parte do território brasileiro, a soberania, por preservada na parte remanescente, não seria afetada ou mesmo de se entender que este aspecto seria de avaliação discricionária do INCRA ou do IBAMA.

É certo que, constituindo a "Golden Share" patrimônio afeto à União Federal, tem ela a possibilidade de realizar sua desafetação, seja da integralidade ou de "parte dela" que, evidentemente, não será da ação em si, mas sobre a empresa na qual se encontra.

Subordinar-se-á, entretanto, por corresponder a desafetação a uma renúncia (sobre parte da empresa na qual incide) além de exames técnicos não limitados a meras "questões societárias", a manifestações de outros órgãos de governo, inclusive do Poder Legislativo por se tratar, em última análise, de renúncia de direitos da União Federal, enfim, renúncia de patrimônio da nação.

No caso, tem-se que até mesmo a **defesa do estado democrático** o exigiria, inclusive, a legitimar a atuação do Conselho de Defesa Nacional - CDN, como órgão consultivo do Excelentíssimo Senhor Presidente da República que não teria, como se busca convencer, ampla discricionariedade em convocá-lo, mas uma efetiva obrigação diante da presença de interesses militares.

Pelo exposto, incabível afirmar haver uma absoluta discricionariedade do Poder Executivo na "segregação" de parte da Embraer; que a operação não trará nenhum prejuízo à União ou à Nação pois representa uma alienação de parte do controle da União sobre a "segregada" a ser incorporada na NewCo e na qual a União não deterá a "Golden Share" e, embora não se possa refutar a afirmação de que permanecerá sendo titular daquela ação de classe especial, **esta se limitará à parte remanescente da Embraer, ou seja, da não segregada.**

Quanto aos segredos militares não serem transferidos à Boeing, a garantia representada por uma "comissão paritária" que pode ser limitada a apenas dois membros, um deles indicado pela Boeing e o outro pela Embraer encontra-se distante de representar uma real garantia de preservação de segredos, razão pela qual, por não especialista neste tema, de todo recomendável a oitiva do órgão legitimado para esta questão que, nos termos constitucionais é o Conselho de Defesa Nacional, a fim de realizar análise se a "garantia" prevista atende aos interesses da segurança do país.

Sobre a afirmação de que a "operação não afetará negativamente o mercado interno" afora ser extremamente vaga a não permitir precisar seu exato sentido, constitui, a rigor, mero exercício de futurologia sobre o qual o Juízo reserva-se o direito de não se manifestar.

Sobre o "periculum in mora" inverso, no sentido da "operação" com a Boeing representar uma "tábua de salvação" para a Embraer, **considerando o desempenho das suas ações nos último 10 anos**, uma consulta nesta data sobre o valor da ações da Boeing (The Boeing Company - BA) a revela próxima de USD\$ 310,00, **em queda desde outubro do corrente ano**. A EMBRAER, por sua vez, após acentuada queda de preço em 2016, apresenta-se com tendência de alta na Nyse. Aliás, faz ela parte da lista de ativos nível 3 da Nyse, se encontra sujeita a um grau mais elevado de transparência de informações ao mercado.

Ausente, portanto, o alegado periculum in mora **inverso** na pretensão liminar dos Autores voltada, como exposto na decisão anterior, à proteção de patrimônio público, mesmo porque, conforme afirmam exaustivamente a União e a Embraer, **o que existe é apenas um "memorando" sem o condão de criar ou estabelecer uma operação concreta obrigando as partes**. Enfim, de se estar, ainda, no campo de meras intenções de negociação, sobre as quais, mais que razoável interpretá-las como destinadas exatamente em aferir eventuais facilidades ou obstáculos presentes para a concretização da operação em si.

E diante deste contexto exposto pela Embraer e União Federal, longe se encontra eventual decisão deste Juízo de representar, seja para a Boeing ou para a Embraer, a causa de qualquer prejuízo, na medida em que nada existe de "concreto", apenas negociações no campo das **intenções**, as quais desnecessário interromper.

De toda sorte, os elementos informativos dos autos, revelam que diferentemente do que se afirma, a questão não se encontra limitada ao simples exame de questões societárias e, especialmente, da decisão de segregação da Embraer apenas sujeitar-se a uma escoteira decisão do Conselho da Embraer com a aprovação da segregação representando um ato de natureza discricionária da União Federal e eventual manifestação do CDN sujeitar-se à simples vontade do Excelentíssimo Senhor Presidente da República a quem o Juízo rende as merecidas homenagens.

Há, no caso, evidente necessidade de salvaguardas visando a proteção de segredos militares (que não são só da Aeronáutica, mas também do Exército e da Marinha) e sobre as quais o CDN encontra-se, nos termos constitucionais, obrigado a manifestar-se, não se havendo de buscar-se na lei reguladora de atribuições daquele órgão de assessoria do Senhor Presidente qualquer limitação das prerrogativas além das contidas no texto constitucional.

Isto posto, prestados estes esclarecimentos julgados necessários para uma melhor compreensão da decisão anterior determinando à União Federal que adotasse as providências necessárias a fim de obter uma manifestação do CDN, tendo em vista que se encontram envolvidos segredos militares, a ponto de se buscar salvaguardá-los no "Memorando" da Boeing e sobre os quais impossível considerar dispensável seu exame, e isto sem considerar outras competências daquele CDN no que diz respeito à **defesa dos estado democrático** onde indissociável que a abdicação de direitos da "Golden Share" sobre uma parte ponderável da Embraer, representando patrimônio da nação, não pode ser reputado uma mera questão societária, como se afirma e sobre a qual apenas os órgãos públicos com competência teriam que manifestar-se, que a manifestação do CDN permanece sendo recomendável.

Por não reputar que a "segregação" e transferência da maior parte da Embraer para a Boeing, por meio da criação da nova sociedade (NewCo) e sobre a qual aquela conservaria somente o direito a 20% de suas ações, sem qualquer participação no Conselho da mesma, exceto através de um mero "observador" sem direito a veto além de nenhum cargo gerencial ou administrativo, a permitir, sem qualquer obstáculo, o fechamento de fábricas e estabelecimentos que lhe forem transferidos, ou seja, dos correspondentes à parte "segregada", e até mesmo sua mudança para outros países, constitua, como a União insiste em afirmar **"uma decisão discricionária sujeita a exame apenas das questões societárias"** e por isto subordinada apenas ao Conselho da Embraer, reafirma este Juízo, a necessidade de manifestação do CDN até como forma de auxílio no exame do tema sub judice.

E isto, sem prejuízo de, no futuro, haver um melhor exame da "operação" de divisão da Embraer da qual a União Federal é titular (pela "Golden Share") isto representando a renúncia sobre ponderável parte da Embraer visando sua transmissão para a Boeing, disto encontrar-se subordinado à manifestação do titular deste direito que é o povo, através de seus representantes legítimos no Congresso Nacional, no mais puro exercício da democracia.

Reafirma o Juízo, portanto, a decisão anterior no sentido de determinar ao representante judicial da União que adote as necessárias providências a fim de obter, a título de colaboração, como constou na decisão anterior, uma manifestação do CDN sobre a referida operação da qual se sabe **"nada existir de concreto"**, porém longe se encontra de ser considerada devaneio mas, ao contrário disto, um intenso "planejamento de transferência" que pode concretizar-se sem a manifestação daquele Conselho.

Sobre a liminar pedida, vê-se como desproporcional os efeitos de uma decisão não concessiva da tutela em comparação a uma concessiva na medida que diante desta última sempre estará garantido para à Embraer e para a União Federal, a possibilidade de futura realização dos atos concretos de segregação e transferência para a Boeing, com envolvimento e complexidade da legislação de dois países para a fixação de obrigações correspectivas, ou seja, no caso, um suposto e apenas imaginado prejuízo estaria contido tão somente no adiamento da "operação", situação muito menos severa do que a oposta que seria a de concretização dos atos negociais da segregação da Embraer e transferência para a Boeing".

Afinal, a fim de evitar que eventuais atos concretos fossem efetivados no apagar das luzes de governo criando uma situação fática de difícil ou de impossível reversão com a concretização da "segregação" de parte da Embraer e sua transferência para a Boeing Co por meio de uma simples decisão do Conselho da Embraer, deferiu-se parcialmente liminar **"à fim de suspender qualquer efeito concreto de eventual DECISÃO do CONSELHO DA EMBRAER assentindo com a SEGREGAÇÃO e TRANSFERÊNCIA da parte comercial da EMBRAER para a BOEING através de "Joint Venture" a ser criada"**.

Consistiu nada mais que recomendável cautela judicial na medida que estando esta questão judicializada no bojo da ação, visou-se, no escopo geral de jurisdição assegurar-se apenas utilidade ao processo judicial.

Objeto de Agravo de Instrumento manejado pela Embraer, deu-se, em respeitável decisão, também liminar, efeito suspensivo à decisão deste juízo, sobre a qual não cabe qualquer crítica deste magistrado.

A presente ação, de diversa natureza e remetida a este Juízo em razão de prevenção observada pela própria União Federal, apresenta-se com conteúdo diverso da anterior, razão pela qual a decisão a ser proferida não representa desafio, resistência ou mesmo crítica mesmo indireta à proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal desta Terceira Região.

Pode-se até mesmo afirmar encontrar-se em harmonia com a referida decisão na medida que seu elemento dominante é exatamente uma questão de natureza comercial acionária. Enfim, mesmo em se reconhecendo a "golden share" como um título de natureza administrativa e não de natureza comercial típica, o exame se faz exclusivamente sob o aspecto comercial.

Mesmo que não fazendo, especificamente, parte do tema sob análise, considerando manifestações anteriores deste juízo observando uma aparente deliberada omissão de informações relevantes do "memorando" de intenções, a fim de possibilitar estabelecer seus exatos contornos, vêm a memória deste Juízo as observações de Charles Dunlap Jr., General aposentado da Força Aérea norte-americana em artigo escrito em 2001 no qual utilizou pela primeira vez o termo "**Lawfare**" para designar esta situação sob o enfoque militar, expondo que este fenômeno consistiria em: "**a estratégia de usar ou mal utilizar a lei em substituição aos meios tradicionais para se alcançar um objetivo operacional.**" O trabalho, diga-se, apresentava os EUA como uma vítima de "lawfare".

Há estudos deste tema em importantes universidades do mundo como Harvard e Oxford, com trabalhos mostrando que "lawfare" se desenvolve em três dimensões: a escolha da lei; a escolha da jurisdição e as externalidades, estas últimas associadas ao papel da comunicação e da mídia com vistas a promover verdadeiras operações psicológicas.

Através disto se busca, através de estratégias cuidadosamente definidas de comunicação, criar um ambiente favorável perante a opinião pública, a fim de viabilizar a prática de "lawfare".

Em 2016, oportuno que se registre, a Embraer sofreu perseguição pelo Departamento de Justiça norte americano e acabou por firmar acordos com aquele órgão que estabeleceu obrigações pecuniárias e de outras naturezas como a imposição de monitoramento interno na companhia.

Por outro lado, ainda no início do ano em curso, a Suécia manifestou preocupações com a negociação envolvendo a Boeing diante do contrato com ela firmado pelo governo brasileiro para o fornecimento de caças militares, com a transferência de tecnologia e construção de muitos deles no Brasil.

E não se pode perder de vista que grande parte da expertise da Embraer na área da aviação comercial proveio da experiência adquirida na construção de aeronaves militares.

Finalmente, apenas como nota de observação, o acordo equivalente firmado entre a Bombardier canadense e a Airbus previu uma equivalente Joint Venture na qual a divisão ficou com 49,9% para uma e 50,1% para outra com participação quase que equivalentes no respectivo Conselho da companhia. Distante, portanto, do direito de nomeação de um membro com simples poder de observação e pífio poder de veto relacionado à distribuição de lucro a acionistas e mesmo assim de ordem limitada a raras hipóteses.

Há que se mencionar também que o próprio CEO da Boeing, mesmo afirmando interesse na aquisição de parte da Embraer, não a considera de grande importância para aquela Companhia.

Esses fatos são aqui mencionados, a exemplo das decisões anteriores, a fim de estabelecer o contexto fático da sustentada inexistência de "qualquer ato concreto" exceto um mero "memorial de intenções" sem efeitos concretos.

Confessa o Juízo não compreender qual a razão de se buscar limitar a decisão de veto proveniente da "golden share" a apenas duas ou três pessoas do governo e evitar que haja manifestação do Conselho de Defesa Nacional, em tese, o órgão constitucionalmente qualificado para exame do tema.

No caso, porém, limitar-se-á o Juízo ao exame das questões ora trazidas na ação e restritas à aspectos exclusivamente societários.

E nestes, sem dúvida que presentes questionamentos que merecem ser devidamente esclarecidos, não pelo Juízo na atual fase, mas exatamente pelos órgãos competentes como a Comissão de Valores Mobiliários, Embraer e União Federal, cumprindo notar que, quanto a esta, que no curto espaço de tempo entre a sua manifestação nos autos sustentando a ausência de qualquer decisão do Conselho da Embraer a admitir sua participação, hoje ela não só se materializou como há notícias de uma breve conclusão do "negócio" entre a Boeing e a Embraer. Noticia-se até mesmo uma nova "parceria" (mais aceitável como "parceria" que a discutida nos autos) para "comercialização" de avião de transporte militar.

No caso, merecem ser objeto de contraste judicial os seguintes pontos trazidos na inicial, notadamente o de abuso de poder da burocracia administrativa na discussão de cunho patrimonial exclusivo.

De fato, em princípio, nem mesmo o Conselho de Administração da Embraer detém poderes para negociar no nível que se pretende, pois uma realização de mudança societária depende de deliberação dos sócios pois, **o que de fato ocorrerá é uma transferência de patrimônio da Embraer.**

De fato, não há como não reconhecer uma "cisão" da Embraer, apartando uma teórica "parte comercial" e, portanto, sem existência autônoma, para criação de uma nova empresa cujo capital social majoritário seria detido pela Boeing que teria ainda exclusividade nas decisões gerenciais e administrativas desta nova companhia.

Em relação as atribuições do Conselho da Embraer, vê-se em seu artigo 33, predominantemente, poderes apenas gerenciais dentre os quais merece destaque o inciso XXIII abaixo transcrito:

Art. 33. Compete ao Conselho de Administração:

I — Fixar a orientação geral dos negócios da Companhia;

II — Elegere e destituir os diretores da Companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o disposto neste Estatuto;

III — Designar, dentre os Diretores da Companhia, o Diretor de Relações com Investidores, na forma da regulamentação da CVM;

IV — Fiscalizar a gestão dos Diretores da Companhia, examinando, a qualquer tempo, os livros e documentos da Companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em vias de celebração, e quaisquer outros atos;

V — Apreciar os resultados trimestrais das operações da Companhia;

VI — Apreciar o Relatório da Administração e as contas da Diretoria deliberando sobre a sua submissão à Assembléia Geral;

VII — Convocar os auditores independentes para prestar os esclarecimentos que entender necessários sobre a Companhia;

VIII — Convocar a Assembléia Geral Ordinária e, quando julgar conveniente, Assembléia Geral Extraordinária da Companhia;

IX — Aprovar os orçamentos anuais e plurianuais, os planos estratégicos, os projetos de expansão e os programas de investimento da Companhia, bem como acompanhar sua execução;

X — Apreciar as matérias sujeitas ao poder de veto da União, submetendo-as, quando exigido pela Lei nº 6.404/76, à apreciação da Assembléia Geral;

XI — Manifestar-se previamente sobre qualquer assunto a ser submetido à Assembléia Geral;

XII — Deliberar sobre: a) a emissão de ações do capital autorizado, observado o disposto no art. 7º e seu § 1º; b) a emissão de bônus de subscrição e, observado o disposto no § 2º do art. 7º e o plano aprovado pela Assembléia Geral, a outorga de opções de compra de ações ali referida; c) a aquisição, pela Companhia, de ações de sua emissão, para manutenção em tesouraria ou posterior cancelamento ou alienação;

XIII — Aprovar a alienação ou oneração de bens do ativo permanente, em valor superior a 1% (um por cento) do Patrimônio Líquido da Companhia registrado nas últimas demonstrações financeiras consolidadas da Companhia e divulgadas anteriormente à data de deliberação do Conselho de Administração em questão, por meio do Formulário Demonstrações Financeiras Padronizadas (DFP) ou Formulário de Informações Trimestrais (ITR), o que for mais recente;

XIV — Deliberar sobre a emissão, pela Companhia, de debêntures simples, não conversíveis em ações e sem garantia real, na forma da legislação em vigor;

XV — Autorizar a emissão, pela Companhia, de quaisquer instrumentos de crédito para a captação de recursos, sejam "bonds", "notes", "commercial papers", e outros, de usos comum no mercado, deliberando ainda sobre as suas condições de emissão e resgate;

XVI — Aprovar a constituição e o encerramento de subsidiárias e a participação direta da Companhia no capital de outras sociedades ou empreendimentos de qualquer natureza, no País ou no exterior;

XVII — Autorizar a Companhia a conceder financiamentos e/ou prestar garantias a obrigações de terceiros, ressalvado o disposto no inciso XI do art. 39, abaixo;

XVIII — Aprovar a política salarial e de recursos humanos da Companhia, inclusive no que tange a critérios de remuneração, direitos e vantagens;

XIX — Autorizar a transferência de recursos da Companhia para associações de empregados, entidades assistenciais, recreativas e de previdência privada, bem como a doação de recursos da Companhia a terceiros;

XX — Escolher e destituir os auditores independentes da Companhia;

XXI — Aprovar a celebração de quaisquer contratos ou transações de qualquer natureza envolvendo, de um lado, a Companhia e, de outro: (i) qualquer acionista da Companhia que detenha mais de 5% de seu capital social; (ii) quaisquer

administradores da Companhia, bem como seus respectivos cônjuges e parentes até o 4o grau; ou (iii) quaisquer sociedades controladas, controladoras, coligadas ou sob controle comum de qualquer das pessoas indicadas nos itens "i" e "ii";

XXII — Definir a lista tríplice de empresas especializadas, dentre as quais a Assembléia Geral escolherá a que procederá à avaliação econômica da Companhia e elaboração do laudo competente, nos casos previstos nos Capítulos VII e VIII abaixo;

XXIII — Manifestar-se favorável ou contrariamente a respeito de qualquer oferta pública de aquisição de ações que tenha por objeto as ações de emissão da Companhia, por meio de parecer prévio fundamentado, divulgado em até 15 dias da publicação do edital da oferta pública de aquisição de ações, que deverá abordar, no mínimo (i) a conveniência e oportunidade da oferta pública de aquisição de ações quanto ao interesse do conjunto dos acionistas e em relação à liquidez dos valores mobiliários de sua titularidade; (ii) as repercussões da oferta pública de aquisição de ações sobre os interesses da Companhia; (iii) os planos estratégicos divulgados pelo ofertante em relação à Companhia; (iv) outros pontos que o Conselho de Administração considerar pertinentes, bem como as informações exigidas pelas regras aplicáveis estabelecidas pela CVM;

XXIV — Dispor, observadas as normas deste Estatuto Social e da legislação vigente, sobre a ordem de seus trabalhos e aprovar regimentos do Conselho de Administração e de seus Comitês de Assessoramento; e

XXV — Exercer as funções normativas das atividades da Companhia, podendo avocar para si qualquer assunto que não se compreenda na competência privativa da Assembléia Geral ou da Diretoria.

§ 1º A destituição de membros da Diretoria dependerá do voto afirmativo de, pelo menos, 7 dos membros do Conselho de Administração.

§ 2º Observado o limite máximo estabelecido pela Assembléia Geral, caberá ao Conselho de Administração determinar a remuneração de cada um dos seus membros, de cada membro dos Comitês (arts. 34 e 35) e de cada Diretor da Companhia, tendo em conta as responsabilidades, o tempo dedicado às funções, a competência, a reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado.

§ 3º Caberá ao Presidente do Conselho de Administração, além das demais atribuições previstas no presente Estatuto Social, convocar e presidir as reuniões do Conselho de Administração e as Assembléias Gerais

Nos termos da LSA, em seu artigo 117, § 1º, b, constitui exercício abusivo do poder de controle "promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, **dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia**".

Note-se que esta restrição vai além da mera proteção ao direito da minoria, abrangendo também os interesses "dos que trabalham na empresa".

Supondo que o negócio não fosse juridicamente impossível, existem aqui outras restrições ao ingresso do capital estrangeiro, acrescidas aos limites no exercício do direito de voto previstos no estatuto social da EMBRAER.

Tais limites são por demais claros:

A incorporação de sociedade anônima estrangeira autorizada a funcionar no País (Decreto-lei 2.627, art. 64) exige sua prévia nacionalização, com a transferência de sua sede para o Brasil (Decreto-lei 2.627, art. 71).

O mesmo se diga na hipótese de sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País incorporar sociedade nacional: deve aquela nacionalizar-se previamente.

Não há, pois, como admitir a assunção do controle pela BOEING, como apontado no comunicado endereçado à CVM, sem essa nacionalização prévia.

Ainda que se tivesse por possível a constituição de uma joint venture, a brutal assimetria na composição acionária desse empreendimento impede sua concretização sem o grave comprometimento da sobrevivência dos interesses nacionais. Trata-se, no jargão financeiro, da parceria denominada vulgarmente "galinha e porco". [2]

E mesmo na esfera de defesa do direito do acionista minoritário, essa incorporação não é possível nos moldes divulgados. É que, **tratando-se de alienação, direta ou indireta, de controle de companhia aberta, o adquirente se obriga a fazer oferta pública de aquisição — OPA das ações com direito a voto.**

Assim determina a LSA, em seu artigo 254-A, caput, assim redigido:

A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhe assegurar o preço mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

Todo o procedimento de oferta pública de aquisição deve seguir os ditames da LSA, em seus artigos 257 e seguintes.

Repita-se que as garantias previstas na legislação não se constituem em mera defesa de acionistas minoritários. A dispersão do controle acionário é uma forma de se opor às concentrações monopolistas, nocivas à sociedade como um todo.

Ou seja, para a assunção do controle acionário, o método previsto em lei garante a disputa, em condições de igualdade, entre acionistas majoritários e minoritários, sob o regime de oferta pública de ações sob preços de mercado. Não existe a possibilidade de aquisição unilateral do controle acionário sem esse procedimento.

É de se frisar que, diante da iminência de um negócio jurídico dessa espécie, torna-se imperiosa a suspensão das iniciativas do *board of directors* (Conselho de Administração e burocracia a ele subordinada), até que se aprove uma expressa autorização da assembleia de acionistas.

Em relação à aquisição do controle acionário por capital estrangeiro, se tem aqui matéria que atrai a incidência do veto por meio do exercício de direitos previstos nas ações de classe especial — as denominadas golden share (LSA, artigo 17, § 7º; Lei nº 9.491/2000, artigo 8º). Taxativo, portanto: a transferência de controle acionário é matéria objeto de veto por meio da "golden share". Confira-se a amplitude desse poder de controle:

Art. 9º A ação ordinária de classe especial confere à União poder de veto nas seguintes matérias:

I — Mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social;

II — Alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia;

III — Criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil;

IV — Capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares;

V — Interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; VI — Transferência do controle acionário da Companhia;

VII — Quaisquer alterações: (i) às disposições deste artigo, do art. 4, do caput do art. 10, dos arts. 11, 14 e 15, do inciso III do art. 18, dos parágrafos 1º e 2º do art. 27, do inciso X do art. 33, do inciso XII do art. 39 ou do Capítulo VII; ou ainda (ii) de direitos atribuídos por este Estatuto Social à ação de classe especial.

§ 1º Estará sujeita a prévia aprovação da União, na qualidade de detentora da ação ordinária de classe especial, a realização da oferta pública de aquisição de ações referida no art. 54 do presente Estatuto Social.

§ 2º Observado o disposto na Lei nº 6.404/76 e no art. 18, inciso III deste Estatuto Social, as matérias elencadas no presente artigo estarão sujeitas à deliberação do Conselho de Administração da Companhia, observando-se o seguinte procedimento: I. A matéria será objeto de deliberação do Conselho de Administração. II. Se aprovada pelo Conselho de Administração, o Presidente daquele órgão notificará o membro eleito pela União para que esta exerça seu direito de veto ou se manifeste favoravelmente à matéria, dentro do prazo de 30 dias a contar do recebimento da referida notificação. 6 III. Decorrido o prazo referido no inciso II acima, será realizada nova reunião do Conselho de Administração para: (i) reconsiderar a deliberação, caso a União tenha exercido o seu direito de veto; ou (ii) ratificar a deliberação, caso a União tenha se manifestado favoravelmente ou não tenha proferido qualquer manifestação no prazo indicado acima. IV. Se a deliberação for ratificada pelo Conselho de Administração, a matéria, nos casos em que a legislação assim exija, será submetida à aprovação da Assembléia Geral, na qual a União poderá ainda exercer o poder de veto nos termos do presente artigo.

§ 3º Sem prejuízo do procedimento estabelecido no § 2º acima, todas as matérias sujeitas a veto da União, na qualidade de titular da ação ordinária de classe especial, a serem deliberadas pelo Conselho de Administração, deverão adicionalmente ser objeto de notificação prévia da Companhia ao Ministério da Fazenda, a ser feita concomitantemente com a notificação mencionada no inciso II acima, para pronunciamento dentro do prazo de 30 dias a contar do recebimento da notificação referida no inciso II acima.

A transferência do poder de controle que a operação anunciada promove sobre a Embraer é visível sendo isto vedado por lei e pelo estatuto social da EMBRAER. Há, inclusive, decisão do Tribunal de Contas da União — TCU com posição sobre este tema colacionado pelos autores, a saber:

Solicitação formulada por Comissão Parlamentar. Auditoria na EMBRAER acerca da venda de ações ordinárias a consórcio de empresas francesas. Empresa privatizada. Diligência. Exame da operação de venda das ações. Direitos da União. Joint venture entre a EMBRAER e a alemã LIEBHERR. Acionistas franceses não passaram a integrar o bloco controlador. Ausência de risco de perda do controle acionário exercido por acionistas nacionais. Informação. Remessa de cópia ao interessado e ao Ministério da Defesa. Arquivamento.

Precedentes ainda que na esfera da União Europeia confirma a necessidade de preservação do interesse público quando do exercício dos direitos previstos nas “golden shares”. Neste sentido, foram impostas restrições aos “princípios da livre circulação e capitais e da liberdade de estabelecimento”, em nome da “proteção do interesse público”, **em caso envolvendo a Société Nationale de Transport par Canalisation e DISTRIGAZ, na Bélgica** [3].

A Lei das S/A, justamente sob a rubrica **protocolo**, dispõe:

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I — o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II — os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão; III — os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV — a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V — o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI — o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII — todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

É certo ser possível que estes questionamentos se resolvam por meio de pareceres dos próprios órgãos consultivos, porém, judicializada que se encontra a questão o fim da controvérsia não se mostra próximo.

Tampouco se vê, como imprescindível que seja ela dirimida através de consulta direta à população.

Sem dúvida que se tem, na hipótese, um bem público da União por atribuição (CR, artigo 20, I) e como bem público, em princípio, inalienável segundo as regras do Código Civil, em seu artigo 100, porém, inequivocamente, de natureza dominical.

Embora defendam os Autores que o exercício do "veto" oriundo de "golden share" represente um "ato administrativo" de natureza vinculada, não se visualiza uma base legal para tanto, na medida que esta natureza será atribuída à partir da decisão dos órgãos de governo que direta ou indiretamente possam ser afetados em seus interesses que não se limitam, evidentemente, apenas aos órgãos destinados ao exame de questões societárias, mas diríamos, equivalentes ao norte-americano que vetou a operação Broadcom/Qualcomm (aquisição da Qualcomm pela Broadcom)

Em um ponto, porém, possível visualizar esta situação: se representar uma renúncia de direitos legais provenientes da "golden share" da União na Embraer, seja por uma transferência acionária direta ou indiretamente através de cisão, para criação de nova empresa na qual a União não detém a "golden share".

Reportando-nos a este contexto e mais uma vez insistindo que a presente decisão longe se encontra de representar desafio ao decidido em Agravo de Instrumento suspendendo decisão anterior deste mesmo Juízo, porém, diante I) de sensível alteração da situação fática presente por ocasião da anterior; II) da abordagem de aspectos diversos dos examinados anteriormente e III) a natureza e partes diversas das duas ações, reputam-se presentes os requisitos de *fumus boni iuris* e relevância do direito posto em discussão **a impor ao Juízo o deferimento de liminar**, ainda que não na extensão pedida para determinar, em caráter provisório, a suspensão de qualquer ato de concretização da operação de transferência de parte da Embraer sem que haja a preservação da "golden share" na nova empresa a ser criada e na

qual, segundo os termos do "memorando" a Embraer não terá qualquer ingerência seja nos aspectos administrativos ou gerenciais, exceto a manutenção de um único membro no "conselho" com poder de observador.

Isto posto e pelo mais que dos autos consta, em caráter cautelar, dentro do escopo geral de jurisdição assegurar resultado útil ao processo **DEFIRO A LIMINAR para, SUSPENDER QUALQUER ATO DE CONCRETIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DA PARTE COMERCIAL DA EMBRAER**, até uma manifestação das partes, União Federal, Embraer, Comissão de Valores Mobiliários e da Boeing, oportunidade em que o Juízo, mediante exame do conteúdo das mesmas terá condições de melhor analisar as irregularidades apontadas.

Nesta decisão, como na anterior, não visualiza o juízo qualquer ameaça ou comprometimento da economia do país ou situação provocadora de crise na medida que busca conservar uma situação que se encontra consolidada no tempo e eventual oscilação em preços de ações da Boeing ou da Embraer são considerados efeitos metajurídicos normais de qualquer decisão judicial sem a tônica de representar repercussão nos interesses do país.

Chegado a este ponto, parafraseando o grande Padre Vieira, ao fim de um de seus famosos sermões e, obviamente, sem contar sequer com uma mínima parcela do talento daquele, escusa-se este Juízo "por não ter tido tempo de ser breve" com isto provocando inevitável enfado às partes desta ação.

Citem-se e intimem-se as Rés, **com urgência**.

Dê-se Ciência ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 19 de dezembro de 2.018.

VICTORIO GIUZIO NETO
JUIZ FEDERAL

[1]. **Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR)**, instituída pelo Decreto nº 6.021/2007, **secretariada pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST)**, órgão técnico vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e não ao CDN.

[2]. Fábula financeira para descrever parceria em que a galinha entra com o ovo e sai ilesa (envolvimento com o processo) enquanto que o porco ao contribuir com o tocinho morre (comprometimento) Carvalho, Patrícia, Joint Venture - uma visão econômico-jurídica para o desenvolvimento empresarial, Curitiba, Juruá, 2.003, p. 29.

[3]. Decisão proferida no Processo C-503/99 Corte de Justiça da Comunidade Européia em favor do Estado Belga.

