



Número: **5017611-59.2018.4.03.6100**

Classe: **AÇÃO POPULAR**

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

Última distribuição : **19/07/2018**

Valor da causa: **R\$ 100,00**

Assuntos: **Compra e Venda, Edital**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

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

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
PAULO ROBERTO SEVERO PIMENTA (AUTOR)	DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA (ADVOGADO) FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES (ADVOGADO) EDER MARCELO DE MELO (ADVOGADO) FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS (ADVOGADO) CLARA LIS COELHO DE ANDRADE (ADVOGADO) BRUNO JUGEND (ADVOGADO) RODRIGO OLIVEIRA SALGADO (ADVOGADO) MAXIMILIANO NAGL GARCEZ (ADVOGADO)
CARLOS ALBERTO ROLIM ZARATTINI (AUTOR)	DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA (ADVOGADO) FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES (ADVOGADO) EDER MARCELO DE MELO (ADVOGADO) FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS (ADVOGADO) CLARA LIS COELHO DE ANDRADE (ADVOGADO) BRUNO JUGEND (ADVOGADO) RODRIGO OLIVEIRA SALGADO (ADVOGADO) MAXIMILIANO NAGL GARCEZ (ADVOGADO)
NELSON VICENTE PORTELA PELLEGRINO (AUTOR)	DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA (ADVOGADO) FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES (ADVOGADO) EDER MARCELO DE MELO (ADVOGADO) FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS (ADVOGADO) CLARA LIS COELHO DE ANDRADE (ADVOGADO) BRUNO JUGEND (ADVOGADO) RODRIGO OLIVEIRA SALGADO (ADVOGADO) MAXIMILIANO NAGL GARCEZ (ADVOGADO)
VICENTE CANDIDO DA SILVA (AUTOR)	DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA (ADVOGADO) FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES (ADVOGADO) EDER MARCELO DE MELO (ADVOGADO) FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS (ADVOGADO) CLARA LIS COELHO DE ANDRADE (ADVOGADO) BRUNO JUGEND (ADVOGADO) RODRIGO OLIVEIRA SALGADO (ADVOGADO) MAXIMILIANO NAGL GARCEZ (ADVOGADO)

EMBRAER S.A. (RÉU)		LUIS FELIPE FERREIRA BAQUEDANO (ADVOGADO) GUSTAVO SANTOS KULESZA (ADVOGADO) ANDRE DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD (ADVOGADO) PAULO CEZAR CASTELLO BRANCO CHAVES DE ARAGAO (ADVOGADO)	
UNIAO FEDERAL (RÉU)			
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
12850 325	05/12/2018 16:41	<a href="#">Decisão</a>	Decisão



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU**

AÇÃO POPULAR (66) Nº 5017611-59.2018.4.03.6100 / 24ª Vara Cível Federal de São Paulo

AUTOR: PAULO ROBERTO SEVERO PIMENTA, CARLOS ALBERTO ROLIM ZARATTINI, NELSON VICENTE PORTELA PELLEGRINO, VICENTE CANDIDO DA SILVA

Advogados do(a) AUTOR: DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA - DF39372, FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES - DF39513, EDER MARCELO DE MELO - DF56511, FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS - SP305576, CLARA LIS COELHO DE ANDRADE - RJ185778, BRUNO JUGEND - PR49045, RODRIGO OLIVEIRA SALGADO - SP271458, MAXIMILIANO NAGL GARCEZ - PR20792

Advogados do(a) AUTOR: DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA - DF39372, FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES - DF39513, EDER MARCELO DE MELO - DF56511, FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS - SP305576, CLARA LIS COELHO DE ANDRADE - RJ185778, BRUNO JUGEND - PR49045, RODRIGO OLIVEIRA SALGADO - SP271458, MAXIMILIANO NAGL GARCEZ - PR20792

Advogados do(a) AUTOR: DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA - DF39372, FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES - DF39513, EDER MARCELO DE MELO - DF56511, FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS - SP305576, CLARA LIS COELHO DE ANDRADE - RJ185778, BRUNO JUGEND - PR49045, RODRIGO OLIVEIRA SALGADO - SP271458, MAXIMILIANO NAGL GARCEZ - PR20792

Advogados do(a) AUTOR: DIEGO FELIPE BOCHNIE SILVA - DF39372, FERNANDO LUIS COELHO ANTUNES - DF39513, EDER MARCELO DE MELO - DF56511, FELIPE GOMES DA SILVA VASCONCELLOS - SP305576, CLARA LIS COELHO DE ANDRADE - RJ185778, BRUNO JUGEND - PR49045, RODRIGO OLIVEIRA SALGADO - SP271458, MAXIMILIANO NAGL GARCEZ - PR20792

RÉU: EMBRAER S.A., UNIAO FEDERAL

Advogados do(a) RÉU: LUIS FELIPE FERREIRA BAQUEDANO - SP391327, GUSTAVO SANTOS KULESZA - SP299895, ANDRE DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD - SP206552, PAULO CEZAR CASTELLO BRANCO CHAVES DE ARAGAO - SP102836

## DECISÃO

Vistos, etc.

**ID 11140030: manifestação dos autores com novo pedido de concessão de tutela antecipada** no sentido de ser determinada a suspensão imediata das tratativas entre Embraer S/A. e a Boeing Co, para criação de nova companhia, dado a existência de fatos novos, desconhecidos ao tempo da propositura da presente ação popular.

Reiteram, ainda, os pedidos de tutela indicados na inicial:

1 — Obrigar a União a utilizar o poder de veto contido em sua “Golden Share”, para proibir a criação de "joint venture" entre Boeing Co. e Embraer S/A. nos termos definidos pelo "Memorando de Entendimentos";

2 — Declarar que, caso a União não exercite seu poder de veto decorrente da “Golden Share” ou afaste sua utilização, seja necessária a **autorização prévia do Congresso Nacional para a criação de empresa co-ligada, subsidiária, "joint venture" ou qualquer outro tipo de operação societária que envolva Embraer S/A.** Instruíram a petição com dois documentos (ID 11140034 e 11140711).

Fundamentando a pretensão, sustentam 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.

**ID 11186328: despacho** determinando a manifestação dos réus, no prazo de 15 dias, sobre a petição e documentos juntados pela parte autora.

**ID 11332904: embargos de declaração da União Federal** requerendo seja integrada a decisão embargada (ID 10608777), para sanar-se a contradição indicada, 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 congênera.

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 os embargos opostos, 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**.

**ID 11474944: manifestação do Ministério Público Federal**, dando ciência de todo o processo, bem como **informando aguardar a manifestação do Gabinete de Segurança Institucional**, bem como dos réus acerca da petição protocolada pelos autores.

**ID 11877831 e anexos: 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 "soncou 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 os tornando inservíveis como fundamento para qualquer ulterior decisão deste 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.**

Vieram os autos conclusos.

**É a síntese do necessário. Decido.**

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 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.***

Não contendo os embargos de declaração efeitos suspensivos, aguarda o Juízo a manifestação requisitada que levou em conta que **a simples detenção pela União do 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 compo 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 MTP 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 avizinham**" 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 hígdas**. 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 hígidez 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%, exibe-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 vêm 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 contrario 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.

Considerando também a proximidade do recesso do Poder Judiciário ao qual se deve somar a posse do novo Presidente da República com as alterações em equipes de governo, ao lado da ampla renovação do Poder Legislativo, o que torna igualmente recomendável evitar que eventuais atos concretos se efetivem neste período criando uma situação fática de difícil ou de impossível reversão através da concretização da "segregação" de parte da Embraer e sua transferência para a Boeing Co por meio de simples decisão do Conselho da primeira, ainda que sem opor qualquer tipo de obstáculo à continuidade das negociações entre as duas empresas, em face da possibilidade anunciada de que dentro deste período de transição haveria a efetivação após manifestação do Conselho da Embraer na segregação, por constatar presente a relevância do direito posto em discussão (ausência de previsão de ação especial "golden share" na NewCo, implicando como efeito, na renúncia da União sobre a parte segregada) e do periculum in mora representado na situação acima descrita **DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR pedida, em sentido provisório e cautelar para 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.**

Por derradeiro, o juízo não deixou de considerar que a presente decisão não provoca uma grave lesão à economia e ordem pública e se contém, exatamente, no objeto da ação popular no sentido de permitir que o cidadão atue de forma efetiva na proteção do patrimônio público que, no caso é representado pela ação de classe especial de titularidade da União Federal na Embraer sob ameaça de reduzir-lhe a abrangência, limitando-a apenas à uma parte da Embraer a não ser segregada.

Lembra o Juízo que o artigo 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que: "*Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso*" e em seu parágrafo único estabelece que: "*A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.*" GN

Cite-se e Intime-se a União Federal e a Embraer para, querendo, responderem aos termos da presente ação e cumprimento desta decisão.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

**Publique-se, Registre-se, Intime-se.**

**São Paulo, 05 de dezembro de 2018.**

**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.

