



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 3ª REGIÃO - SP/MS
GABINETE

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO – DESEMBARGADORA FEDERAL
THEREZINHA CAZERTA**

**EMENDA AO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 5030872-
58.2018.4.03.0000**

A **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, por seus Advogados da União ao final firmados, com endereço na Avenida Paulista nº 1.374, 7º andar, Bela Vista, São Paulo/SP, vem, respeitosamente perante a judiciosa autoridade de Vossa Excelência, com fundamento nos arts. 4º, da Lei 8.437/92, 5º, §4º, da Lei 4.717/65 e 241 do Regimento Interno desse E. Tribunal Regional, **REQUERER À EMENDA AO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 5030872-58.2018.4.03.0000**, em face de nova r. decisão proferida pelo Exmo. Dr. Victorio Giuzio Neto, Juiz da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo, em 19 de dezembro de 2018, às 19h03, nos autos do **Processo Eletrônico n. 5031433-18.2018.4.03.6100**, expondo e, ao final, requerendo o que segue.

1. Emenda ao Pedido de Suspensão de Liminar

Primeiramente, cabe esclarecer que a União apresentou Pedido de Suspensão de Liminar em face da decisão proferida pelo Exmo. Dr. Victorio Giuzio Neto, Juiz da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos do **Processo Eletrônico n. 5017611-59.201831433-18.2018.4.03.6100**, em 07 de dezembro de 2018, que determinou, em sede de Ação Popular, *in verbis*:

“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 pedida, em sentido provisório **DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR 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.**”

Tendo em vista a prolação de decisão suspensiva no Agravo de Instrumento nº 5030825-84.2018.4.03.0000, que cassou a liminar supracitada, a União foi intimada (id. 9964389) para manifestar se subsiste interesse na continuidade do processamento da presente contracautela.

Todavia, em 17 de dezembro de 2018, foi distribuída por dependência à Ação Popular nº 5017611-59.2018.4.03.6100 a **Ação Civil Pública nº 5031433-18.2018.4.03.6100, ambas buscando a suspensão da negociação da Embraer com a Boeing.**

Assim, o Exmo. Dr. Victorio Giuzio Neto, Juiz da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo, **em 19 de dezembro de 2018, às 19h03**, nos autos da Ação Civil Pública tentou ressuscitar a decisão anterior proferida na Ação Popular, nesse sentido:

(...)

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.

Ou seja, novamente o juízo *a quo* interrompe o andamento das tratativas negociais entre a Embraer e a Boeing. Pior ainda, além de suspender,

submete à sua apreciação (judicial) a manifestação da União Federal, Embraer, Comissão de Valores Mobiliários e da Boeing.

Deixando claro que **o juízo a quo pretende centralizar e analisar previamente, fora do momento previsto na negociação, as manifestações da União e da Comissão de Valores Mobiliários.**

Portanto, requer a emenda do Pedido de Suspensão de Liminar, nos termos do art. 329, do CPC, para incluir a liminar deferida na supracitada Ação Civil Pública nº 5031433-18.2018.4.03.6100, prolatada pelo mesmo juízo da 24ª Vara Federal de São Paulo, com a inclusão como interessados do 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, Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, Comissão de Valores Mobiliários – CVM e Boeing S/A.

2. Síntese da Ação Civil Pública

Trata-se de ação civil pública ajuizada por 3 (três) Sindicatos dos Metalúrgicos e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM em face da União, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Embraer S/A e Boeing S/A, na qual se busca, em síntese, a suspensão e posterior reconhecimento de nulidade de negócio jurídico celebrado entre as duas sociedades empresárias anteriormente mencionadas, no sentido de criar uma *joint venture*, sob a alegação de ameaça aos interesses nacionais.

A ação civil pública foi originariamente distribuída para a 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, recebendo o registro número 1018675-81.2018.4.01.3400.

Relatam os Autores 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, defendem a sua legitimidade ativa, justifica a inclusão dos réus no polo passivo, e tecem considerações acerca da competência e do cabimento da ação civil pública.

Na parte relativa ao direito, buscam, 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. Alegam 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, sustentam que, apesar da notícia de que se 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 colocada pelos autores – de que não se trata 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.

Por sua vez, alegam que, ainda que se fosse 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 pelos autores), direta ou indireta, 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.

Sustentam 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.

Alegam, 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”.

Em sede de tutela de urgência, foram formulados os seguintes pedidos:

(i) Seja “determinado ao Governo Federal para que somente se manifeste em estrita observância a todos os direitos previsto [sic] na golden share como ato vinculado, em contrariedade à forma com que [sic] 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”;

(ii) Seja “determinado à CVM para que [sic] 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”;

(iii) Seja “determinado à EMBRAER para que [sic] suspenda, de imediato, toda e qualquer negociação com a BOEING, nos moldes anunciados, frente à ameaça aos interesses nacionais”.

O juízo proferiu despacho determinando a intimação da União para manifestação acerca do pedido de tutela de urgência no prazo de 10 (dez) dias, o que ocorreu regularmente, com destaque ao pedido de conexão com a ação popular n. 5017611-59.2018.4.03.6100, em trâmite perante a 24ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo, somado aos argumentos acerca da ausência dos requisitos da tutela antecipada.

O Juiz Federal da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal acolheu a preliminar de conexão, e remeteu os autos ao Juízo Prevento da 24ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Submetido o pedido de liminar de tutela antecipada ao Juízo *a quo*, esse proferiu decisão de deferimento nos seguintes termos:

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, até uma manifestação das partes, DA PARTE COMERCIAL DA EMBRAER 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.

O cumprimento da ordem emanada da decisão supracitada implicará em **grave lesão à ordem público-administrativa e à economia pública**, motivo pelo qual a União apresenta o presente pedido de Suspensão de Tutela.

Cumpre apontar que a União interporá o recurso de agravo de instrumento em face da referida decisão, no prazo legalmente definido, contudo, a urgência quanto ao grave risco de lesão à ordem administrativa e à economia pública enseja a necessidade de utilização desta Suspensão de Tutela.

3. Do Princípio da Insindicabilidade do Mérito Administrativo - Aplicação da Doutrina *Chenery*

Pretendem os Autores que o Poder Judiciário realize um controle de mérito sobre decisão a ser tomada oportunamente pela União Federal, mister que envolve, por óbvio, **o equacionamento de diversas áreas do conhecimento**, não se restringindo a uma mera questão jurídica.

Nesse sentido – *e com o devido respeito* -, o Poder Judiciário não detém **capacidade institucional** para apreciar a posição a ser adotada pela União, pelas Empresas envolvidas e pelos órgãos competentes, por implicar em uma indevida e perigosa ingerência sobre o desenvolvimento de políticas públicas do setor, sem qualquer fundamentação lastreada nas demais áreas do conhecimento que gravitam em torno da questão *sub judice*.

Da leitura da r. decisão, ora recorrida, verifica-se que há o reconhecimento de indevida intromissão do Poder Judiciário ao caso, como se verifica nas seguintes passagens:

“Pode-se até mesmo afirmar encontrar-se em harmonia com a referida decisão na medida em 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.**” (fl. 28) (destacado)

“No caso, porém, limitar-se-á o Juízo ao exame das questões ora trazidas na ação e **restritas à aspectos exclusivamente societários.**” (fl. 29) (destacado)

A corroborar referida impossibilidade de controle judicial de ato discricionário orientado por critérios técnicos, o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, em caso similar envolvendo decisão administrativa que transcenderia uma análise meramente jurídica, aplicou a denominada **Doutrina *Chenery***, obstando a interferência do Poder Judiciário sobre o reajuste de tarifas, como se pode denotar do seguinte excerto:

*“[...] No entanto, conforme leciona Richard A. Posner, o Judiciário esbarra na **dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos [...]**”*

(STJ. AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 7/6/2017, DJe 20/6/2017 – Informativo 605).

É perfeitamente aplicável citado precedente no caso em análise. Aliás, a decisão proferida em 10 de dezembro de 2018 pelo MM. Des. Federal Luiz

Alberto de Souza Ribeiro, ao cassar – no bojo do agravo de instrumento nº 5030883-87.2018.4.03.0000 – anterior decisão proferida pelo mesmo MM. Juízo ora recorrido, consignou que:

“Ora, como bem salientado na peça recursal, a **negociação é altamente complexa e já envolve um rigoroso processo de controle por vários órgãos públicos (CADE, CVM, etc.), com observância de incontáveis regras de compliance e da legislação comercial**, tanto observando normas de direito interno como as normas de órgãos internacionais.

Qualquer violação ao interesse público já seria, decerto, levada em consideração pelos órgãos públicos competentes quando do escrutínio da operação.

Não bastasse isso, há ainda a ação de classe especial (golden share) que a União detém, permitindo-lhe **poder de veto** na operação (art. 17, §7º, Lei das SA), **caso se identifique a possibilidade de algum dano ou prejuízo aos interesses públicos**, no exercício de seu poder discricionário.

Isto é, todo o sistema que envolve a operação já propicia uma série de balizas e controles, sendo inimaginável pensar que a intervenção do Poder Judiciário na ausência de ilegalidade flagrante seria, para o interesse público, qualquer coisa além de inconveniente e antijurídica.

Ora, frise-se, aqui não está a se falar sequer de controle da Administração Pública, pois Administração Pública não há na negociação em ataque.

Todavia, ainda que fosse, o Judiciário não teria aptidão para invadir a esfera de conveniência e oportunidade das decisões administrativas. Reavive-se a lição de Diogo de Figueiredo, que a tal limitação chamava de ***princípio da insindicabilidade do mérito administrativo***.

Rememore-se, ainda, o precedente do AgInt no AgInt na SLS 2240, do C. STJ, em que se consagrou a denominada Doutrina Chenery, segundo a qual o Poder Judiciário não possui a expertise técnica necessária para

avaliar as consequências econômicas e políticas de uma decisão que tange ao mérito administrativo”. (destaques nossos)

Convém transcrever a ementa do precedente do E. Superior Tribunal de Justiça citado anteriormente (AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP):

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. I) DISCUSSÃO DE QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO DA CAUSA PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA SUSPENSIVA VOCACIONADA A TUTELAR APENAS A ORDEM, A ECONOMIA, A SEGURANÇA E A SAÚDE PÚBLICAS. II) GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO PODER PÚBLICO QUE PREVALECE ATÉ PROVA DEFINITIVA EM CONTRÁRIO. DETERMINAÇÃO GOVERNAMENTAL QUE DEVE SER PRESTIGIADA TAMBÉM PARA MITIGAR A PROBLEMÁTICA DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOCTRINA CHENERY. DIFICULDADE DE O JUDICIÁRIO CONCLUIR SE UMA ESCOLHA CUJA MOTIVAÇÃO É ALEGADAMENTE POLÍTICA SERIA CONCRETIZADA CASO A ADMINISTRAÇÃO EMPREGASSE SOMENTE METODOLOGIA TÉCNICA. IMPOSSIBILIDADE DE AS ESCOLHAS POLÍTICAS DOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS SEREM INVALIDADAS PELO JUDICIÁRIO, CASO NÃO SEJAM REVESTIDAS DE RECONHECIDA ILEGALIDADE. VEDAÇÃO ÀS PRESIDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À APRECIÇÃO DE PEDIDO DE CONTRACAUTELA À LUZ DE DIREITO LOCAL. III) MANIFESTA VIOLAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA QUE O ESTADO DE SÃO PAULO CUSTEIE AS VULTOSAS DESPESAS DECORRENTES DA MANUTENÇÃO DA HARMONIA ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS PELO PODER PÚBLICO COM AS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE PÚBLICO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado na ação popular originária para

suspender o aumento das tarifas cobradas de usuários da integração entre metrô, trens e ônibus municipais em terminais metropolitanos da Grande São Paulo, a partir de 8 de janeiro de 2017, baseado essencialmente em dois fundamentos: a) injustiça no fato de que a tarifa de metrô foi mantida em R\$ 3,80, por tratar-se de medida "mais benéfica para quem reside em locais mais centrais" e utiliza unicamente aquele modal, enquanto é "gravosa a quem reside em locais mais distantes e se utiliza do trem e do metrô, cuja tarifa integrada foi aumentada acima da inflação" (fl. 264); e b) suposta motivação política na adoção da novel política tarifária.

2. Na via suspensiva, por vezes, para que se verifique a violação de um dos bens tutelados na legislação de regência (Leis n.os 8.437/92, 9.494/97, 12.016/09), faz-se necessário proceder a um "juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo da contracautela" (STF, SS n.º 5.049/BA-AgR-ED, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente -, Tribunal Pleno, julgado em 20/4/2016, DJe de 13/5/2016). Todavia, em análise de controvérsia sobre estipulação de remuneração pelo uso de transporte coletivo, o Supremo Tribunal Federal consignou que "o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário" (RE n.º 191.532/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 27/5/1997, DJ de 29/8/1997).

3. Cármen Lúcia Antunes Rocha leciona que a discriminação tarifária torna possível, "nessa distinção de usuários em condições econômicas e sociais desiguais, a efetivação da igualdade jurídica e da concreta justiça social" (Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101). Na mesma obra, contudo, ressalta a dificuldade de se fixar tarifa pública com fundamento no princípio da isonomia.

4. Assim, a evidente sofisticação da demanda ventilada na causa principal impede que a Presidência do Superior Tribunal de Justiça julgue questões relativas ao mérito do reajuste determinado pelo Poder Público - notadamente para concluir sobre discriminação ou injustiça na fixação de preço para uso de transporte público. O incidente suspensivo, por sua estreiteza, é

vocacionado a tutelar tão somente a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas, não podendo ser analisado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examinem questões relativas ao fundo da causa principal.

5. A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola gravemente a ordem pública. A legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público (STF, RE n.º 75.567/SP, Rel. Min. DJACI FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 20/11/1973, DJ de 19/4/1974, v.g.) - mormente em hipóteses como a presente, em que houve o esclarecimento da Fazenda estadual de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica.

6. A cautela impediria a decisão de sustar a recomposição tarifária estipulada pelo Poder Público para a devida manutenção da estabilidade econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público. Postura tão drástica deveria ocorrer somente após a constatação, estreme de dúvidas, de ilegalidade - desfecho que, em regra, se mostra possível somente após a devida instrução, com o decurso da tramitação completa do processo judicial originário.

7. Não compete às Presidências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça julgar pedido suspensivo à luz de direito local (precedentes). Dessa forma, não há como analisar eventual ofensa à legislação estadual, qual seja, a Lei do Estado de São Paulo n.º 9.166/95.

8. O Magistrado Singular concluiu que os reajustes tarifários seriam discriminatórios, por deixar de atingir parte dos usuários e incidir sobre outros. Estimou que estava a adotar, assim, a medida que reputou mais justa. **Não se pode esquecer, entretanto, que o exercício da ponderação exige critérios, entre os quais, a adoção de solução que reduza "a tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar opções normativo-axiológicas", conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco** (Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305). Dessa forma, o ato administrativo editado pelo Estado de São Paulo deve ser prestigiado também para mitigar a problemática do déficit democrático do Poder Judiciário.

9. Eventual intento político da medida não poderia ensejar a invalidação dos critérios tarifários adotados, *tout court*. **Conforme leciona Richard A. Posner, o Poder Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos** (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

10. Impedir judicialmente o reajuste das tarifas a serem pagas pelos usuários também configura grave violação da ordem econômica, por não haver prévia dotação orçamentária para que o Estado de São Paulo custeie as vultosas despesas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos acordos administrativos firmados pelo Poder Público com as concessionárias de transporte público.

11. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017) – Destaca-se.

Trata-se, aqui, das 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). Esta, ao pontuar que o próprio exercício da ponderação a ser

exercido pelo Julgador, consignou que se “exige critérios, entre os quais, a adoção de solução que reduza a ‘tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar opções normativo-axiológicas’, conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305)”.

Em decorrência, prossegue o acórdão, é de se ter que as “cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos”, razão pela qual “as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário” conclusão plenamente aplicável ao caso, não só em virtude da ausência de capacidade técnica do Juízo de piso, que o impede de tomar medidas relacionadas a temática extremamente complexa, como é o caso do procedimento de reavaliação toxicológica e suas consequências, como em razão do flagrante desequilíbrio que a medida imposta à União gerou no caso concreto, como se passa a pontuar.

Aliás, a complexidade das questões técnicas, além da ausência de expertise do MM. Juízo resta evidente, uma vez que a r. decisão suspendeu a operação de transferência até que sejam colhidas manifestações das partes (União Federal, Embraer, Comissão de Valores Mobiliários e Boeing), oportunidade na qual – segundo afirmado pelo próprio MM. Juízo ora recorrido – ele terá melhores condições de analisar a matéria:

“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, até uma manifestação das partes, da 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.***” (destacado)

Logo, resta patente que a matéria em discussão excede os limites de cognição do Poder Judiciário, que não pode, sob pena de vulneração ao princípio da tripartição funcional do Poder, estabelecido no artigo 2º, da CF/88, imiscuir-se nas atribuições próprias do Poder Executivo, que, inclusive em razão da especificidade técnica da área de atuação, possui órgãos específicos tratando da operação.

4. Grave lesão à ordem público-administrativa e à economia pública

Reitera-se, que é cabível a formulação de pedido de suspensão na hipótese vertente, sendo certo que, para o seu deferimento, cumpre demonstrar os interesses públicos vulnerados pela decisão, bem como um mínimo de plausibilidade jurídica da tese defendida pela União, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, abaixo transcrito:

Art. 4º ***Compete ao presidente do tribunal***, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, ***em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.***

Portanto, nos itens abaixo demonstraremos a lesão grave à ordem administrativa e à economia pública ocasionada pela decisão judicial supracitada, em sede de liminar, que **SUSPENDEU QUALQUER ATO DE CONCRETIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA, até uma manifestação das partes, DA PARTE COMERCIAL DA EMBRAER 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, impedindo o prosseguimento das tratativas negociais entre as empresas, bem como a regular análise da União, no momento oportuno, do poder de veto constante em sua “Golden Share”, e outras autoridades competentes.**

5. Atualização a respeito das tratativas entre a Embraer e a Boeing após a tutela recursal proferida no Agravo de Instrumento

Cabe esclarecer, que em 05 de julho de 2018, foi apresentado o Memorando de Entendimento, conhecido como **MoU (Memorandum of Understanding)**, que é um 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, ou seja, trata-se de comprometimento juridicamente reconhecido, mas de caráter eminentemente precário.

Em linhas gerais, referido instrumento de Direito Internacional, **não é vinculante**, entre as partes, e visa expressar com menor formalidade, princípios gerais, diretrizes que orientarão as relações entre elas em diversos campos de atuação a estas afetas, no presente caso, no plano econômico.

Quando se trata de negociações de grande vulto, que são esboçadas por meses, quiçá anos, envolvendo grandes companhias e, neste particular, de países distintos, é bastante natural e usual que as diversas fases negociais sejam registradas em forma de memorandos de entendimento, indicando os pontos que já foram discutidos e previamente pactuados.

Dessa forma, o acordo havido entre a Embraer e a Boeing, naquele momento, não caracteriza efetiva venda da companhia brasileira, mas sim estabelece um acordo prévio para uma negociação futura.

Seguindo o que dispõe o artigo 9º do Estatuto da Embraer, verifica-se que documento em que se envolva o enquadramento mencionado será submetido à deliberação do Conselho de Administração.

Por fim e se isso não bastasse, o artigo 54 disciplina o procedimento, condições, análise e solução na hipótese de “Oferta pública em caso de aquisição de participação substancial e alienação do controle”, o qual pertine a transcrição e os destaques nossos:

OFERTA PÚBLICA EM CASO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO
SUBSTANCIAL E ALIENAÇÃO DE CONTROLE

ART. 54 - Qualquer acionista ou Grupo de Acionistas que venha a adquirir ou se torne titular, por qualquer motivo, de: (i) 35% ou mais do total de ações de emissão da Companhia; ou (ii) outros direitos, inclusive usufruto e fideicomisso, sobre as ações de emissão da Companhia que representem mais de 35% do seu capital (“Acionista Adquirente”), deverá, no prazo máximo de 15 dias a contar da data de aquisição ou do evento que resultou na titularidade de ações ou direitos em quantidade superior ao limite estipulado, submeter à União, na qualidade de titular da ação ordinária de classe especial, por intermédio do Ministério da Fazenda, pedido para a realização de uma oferta pública de ações para aquisição da totalidade das ações de emissão da Companhia, observando-se o disposto na regulamentação aplicável, os regulamentos da BM&FBOVESPA e os termos deste artigo.

PARÁGRAFO 1º - A União, na qualidade de titular da ação ordinária de classe especial, terá plena discricionariedade para aceitar ou negar o pedido para a realização da oferta pública. Caso o pedido seja aceito, o Acionista Adquirente deverá realizar a oferta no prazo de 60 dias, contados da data da aprovação, procedendo na forma indicada no presente artigo. Caso o pedido seja negado, o Acionista Adquirente deverá, no prazo de 30 dias contados da comunicação da negação, alienar todas as ações que excedam o limite estabelecido no caput do presente artigo.

PARÁGRAFO 2º - O Acionista Adquirente deverá encaminhar ao Diretor Presidente da Companhia cópia de todos os documentos relacionados ao pedido para a realização da oferta pública que tenham sido entregues à União ou por esta enviados.

PARÁGRAFO 3º - Durante o período entre a solicitação de realização da oferta pública e a resposta, positiva ou negativa, da União, o Acionista Adquirente não poderá adquirir ou alienar quaisquer ações ou valores mobiliários conversíveis em ações de emissão da Companhia. (...)

Deve-se esclarecer que a Comissão de Valores Mobiliários, em 10 de agosto de 2018, expediu o Memorando nº 55/2018-CVM/Ser/GER-1 (doc. anexo), que analisa reclamação de investidor da Embraer – Processo CVM 19957.006667/2018-82, *in verbis*:

IV. Nossas Considerações

13. Dentre as atribuições desta área técnica, entendemos que, no âmbito da Operação, nos cabe avaliar as eventuais incidências de OPA por alienação de controle e de OPA estatutária da Companhia.

IV.1. OPA por alienação de controle

14. Antes de mais nada, faz-se necessário revisitar o que prevê a regulamentação aplicável ao tema em tela, iniciando pela leitura do art. 254-A da Lei nº 6.404/76 (“LSA”):

“Art. 254-A. 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 lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.”

15. O § 1º do mesmo artigo define alienação de controle da seguinte forma:

“§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.”

16. Ademais, o § 4º do art. 29 da Instrução CVM 361 complementa a definição acima, nos seguintes termos:

“Para os efeitos desta instrução, entende-se por alienação de controle a operação, ou o conjunto de operações, de alienação de valores mobiliários com direito a voto, ou neles conversíveis, ou de cessão onerosa de direitos de subscrição desses valores mobiliários, realizada pelo acionista controlador ou por pessoas integrantes do grupo de controle, pelas quais um terceiro, ou um conjunto de terceiros representando o mesmo interesse, adquira o poder de controle da companhia, como definido no art. 116 da Lei 6.404/76.”

17. Já o art. 116 da LSA traz o conceito de controle, ao definir o acionista controlador da seguinte maneira:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) É titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

18. A aplicabilidade dos dispositivos supramencionados já foi objeto de análise pelo Colegiado da CVM, como, por exemplo, no âmbito do recurso contra decisão da SRE e da SEP, que determinaram a realização da OPA por alienação de controle da Companhia Brasileira de Distribuição – CBD (Processo CVM RJ-2005-4069 – Ata de 11/04/2006).

19. Sobre aquele caso, cabe destacar as seguintes palavras do então Diretor-Relator Pedro Marcílio, com as quais concordamos:

“28. Analisando ambas as situações, reconheço que esses dispositivos tratam de situações diferenciadas. O art. 116, juntamente com o art. 117, tem por objetivo definir os requisitos para que um acionista seja considerado como acionista controlador e as responsabilidades que um tal acionista assume, caso aja como tal.

Por isso, como em tantas outras hipóteses de responsabilidade subjetiva previstas no nosso ordenamento jurídico, juntou-se o poder (titularidade de direitos de voto, prevista na alínea "a") e o agir (alínea "b"), para que se possa imputar a responsabilidade a alguém. Já o art. 254-A tem finalidade muito diferente. Ele pretende conferir a possibilidade de uma "compensação" à quebra da estabilidade do quadro acionário, permitindo

que os acionistas minoritários alienem suas ações por um preço determinado em lei (que pode ser aumentado pelo estatuto social), quando essa estabilidade for perturbada. **O critério eleito pela lei para definir o fim dessa estabilidade do quadro acionário é a "[a] alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta.**" (grifo nosso)

20. No que concerne à caracterização da alienação de controle acionário, nos termos do art. 254-A da LSA, há o entendimento, com o qual concordamos, de que devem estar presentes os seguintes elementos:

“(a) que a operação, em seu conjunto, resulte na presença de um novo acionista controlador ou grupo de controle, que substitua o antigo controlador no exercício do poder de dominação sobre a companhia;

(b) que a transferência do controle, qualquer que seja a sua modalidade, apresente caráter oneroso; e

(c) que tenha ocorrido a transferência da totalidade ou parte de ações ou de direitos sobre tais ações pertencentes ao antigo controlador.” [2]

21. Corrobora com tal entendimento o voto proferido pelo então Diretor Eli Loria, no julgamento do Processo CVM nº RJ-2007-7230, parcialmente transcrito abaixo:

“Destarte, para que ocorra a alienação do controle, necessário que **haja mudança na titularidade do poder de controle, sendo fundamental, portanto, a presença de novo controlador.** Tal questão ganha ainda mais perspectiva se verificarmos que o próprio fundamento da OPA, a sua razão de ser, está no resguardo do direito dos acionistas não controladores de se retirarem de uma companhia que, uma vez controlada por pessoa diversa da que o fazia antes, já não representa seus interesses.” (grifo nosso)

22. Com base no exposto acima, para que possamos nos manifestar sobre se haverá ou não, no presente caso, com a implementação da Operação, alienação de controle de companhia aberta, nos termos do art. 254-A da LSA, resta-nos verificar a presença dos seguintes elementos, conforme citamos no parágrafo 20 acima: (a) se a operação, em seu conjunto, resultou na presença de um novo acionista controlador ou grupo de controle, que substitua o antigo controlador no exercício do poder de dominação sobre a companhia; (b) se a

transferência do controle, qualquer que seja a sua modalidade, apresentou caráter oneroso; e (c) se ocorreu a transferência da totalidade ou parte de ações ou de direitos sobre tais ações pertencentes ao antigo controlador.

23. No caso concreto, vê-se primeiramente que a Embraer não possui a figura de um controlador ou grupo de controle definidos, bem como não possui um Acordo de Acionista vigente.

24. De acordo com a última versão de seu Formulário de Referência, de 08/06/2018, vê-se que seu principal acionista é titular de apenas 14,4% do total das ações de sua emissão.

25. Além disso, depreende-se que a Operação, caso concretizada, não envolverá a transferência de ações da Companhia, tampouco ensejará a substituição de seu controlador, tanto pela sua inexistência, quanto pela ausência de transferência de ações de emissão da Embraer no âmbito da Operação.

26. Dessa forma, de posse desses elementos, não se verifica, caso a Operação seja concluída nos moldes propostos, os requisitos necessários para que se considere a existência de uma alienação de controle acionário para efeito do art. 254-A da LSA.

IV.2. OPA estatutária

27. O Estatuto Social da Embraer dispõe, em seu art. 54, os seguintes dizeres:

“ART. 54 - Qualquer acionista ou Grupo de Acionistas que venha a adquirir ou se torne titular, por qualquer motivo, de: (i) 35% ou mais do total de ações de emissão da Companhia; ou (ii) outros direitos, inclusive usufruto e fideicomisso, sobre as ações de emissão da Companhia que representem mais de 35% do seu capital (“Acionista Adquirente”), deverá, no prazo máximo de 15 dias a contar da data de aquisição ou do evento que resultou na titularidade de ações ou direitos em quantidade superior ao limite estipulado, submeter à União, na qualidade de titular da ação ordinária de classe especial, por intermédio do Ministério da Fazenda, pedido para a realização de uma oferta pública de ações para aquisição da totalidade das ações de emissão da Companhia, observando-se o disposto na regulamentação aplicável, os regulamentos da BM&FBOVESPA e os termos deste artigo.

PARÁGRAFO 1º - A União, na qualidade de titular da ação ordinária de classe especial, terá plena discricionariedade para aceitar ou negar o

pedido para a realização da oferta pública. Caso o pedido seja aceito, o Acionista Adquirente deverá realizar a oferta no prazo de 60 dias, contados da data da aprovação, procedendo na forma indicada no presente artigo. Caso o pedido seja negado, o Acionista Adquirente deverá, no prazo de 30 dias contados da comunicação da negação, alienar todas as ações que excedam o limite estabelecido no caput do presente artigo. (...)”

28. Pela literalidade da disposição estatutária supra, comumente conhecida como *poison pill*, não se vislumbra sua incidência com a realização da Operação, pois não haverá aquisições de ações de emissão da Companhia, continuando a mesma com capital pulverizado e não havendo um novo acionista titular de mais de 35% das ações de sua emissão. (grifo peticionário)

29. A princípio, concordamos com as seguintes alegações trazidas pela Boeing em sua manifestação: “A Oferta Pública Estatutária aplica-se apenas aos casos em que (1) um acionista (2) estiver **adquirindo ações da Embraer (3) que representem 35% ou mais do total de ações da Companhia.** Nenhuma dessas hipóteses ou circunstância está prevista neste caso específico. A Boeing não é uma acionista da Embraer. Ademais, como parte da pretendida operação, a Boeing não deterá uma única ação sequer representativa do capital social da Embraer (...)”. (grifos originais)

30. Vale verificar, ainda, os objetivos visados pela Embraer para a inclusão da *poison pill* em seu Estatuto Social, conforme se depreende da leitura de Memorial Descritivo (documento 0558492) elaborado no âmbito de sua reestruturação societária, aprovada em 31/03/2006:

“Este mecanismo garante, a um só tempo: que a União terá o controle da aquisição de participações iguais ou superiores ao referido limite; e (ii) que, caso a referida autorização seja assim concedida, os demais acionistas da Nova Embraer terão o direito de vender suas ações ao acionista que vier a concentrar grande quantidade de ações. Além da necessidade de autorização, de cunho político, a exigência de realização de OPAs, por seu viés econômico, age como importante mecanismo para desestimular a concentração de ações. **A aquisição de qualquer participação acima do limite permitido, se autorizada pela União, gerará a obrigação de adquirir a totalidade das ações em**

circulação, caso os demais acionistas decidam aderir à oferta, sujeitando o adquirente à obrigação de quitar os valores.” (grifo nosso)

31. Por oportuno, ainda, vale reproduzir as palavras da lavra de Carvalhosa[3] sobre esse tema:

“De forma geral, a *poison pill* pode ser compreendida como um instrumento jurídico adotado pela companhia **com o intuito de dificultar a aquisição do poder de controle oriunda de uma oferta hostil – diretamente endereçada aos acionistas da companhia, sem consulta prévia a sua administração.** Pode ainda ser compreendida como operação de compra de ações conhecida como ‘escalada em bolsa’. Trata-se, neste caso, de estratégia dos acionistas ou da administração da companhia para evitar que a configuração do poder de controle da companhia seja alterada repentinamente, graças à estrutura acionária não concentrada que a sociedade passou a ter.” (grifo nosso)

32. De todo o exposto, é razoável inferir que o objetivo do referido dispositivo seria dificultar a aquisição do poder de controle da Companhia originada por meio de uma oferta hostil e desestimular a concentração de ações de sua emissão, motivo pelo qual, a princípio, não o vemos como aplicável para o caso de a Operação vir a ser de fato realizada nos moldes em que fora divulgada até então.

33. Assim, não nos parece razoável a imposição da obrigatoriedade de realização de uma OPA nos termos do dispositivo estatutário supramencionado para o caso de uma negociação capitaneada pela administração da Companhia e que terá como resultado a transferência substancial de seus ativos para formação de uma joint venture, mantendo-se sua estrutura acionária intacta, não obstante ter a Operação que observar outros requisitos legais a ela aplicáveis. (grifo do peticionário)

34. Nesse sentido, a própria Embraer declarou, em sua manifestação, que “não há nenhuma irregularidade na negociação de ativos (seja para sua alienação, seja para a formação de novas parcerias) a qual se insere no curso normal das atividades e poderes da administração, a quem compete avaliar a melhor forma de conduzir os negócios da Companhia

e o proveito de se explorar determinada atividade no longo prazo ou constituir parcerias estratégicas (...)". (grifo do peticionário)

35. Vale destacar, finalmente, que nossa análise constante do presente Relatório baseou-se apenas nas informações divulgadas pela Companhia até o momento e que, caso a Operação sofra alterações substanciais até sua conclusão, pode ser necessária a reanálise do caso concreto por esta área técnica.

V. Conclusão

36. Diante do exposto, propomos a devolução do processo à Superintendência de Orientação e Proteção a Investidores, para as providências cabíveis, bem como o seu encaminhamento à Superintendência de Relações com Empresas para que analise, caso julgue necessário, demais questões constantes da Reclamação.

Destarte, a decisão do juízo *a quo*, diante da qual se busca a presente contracautela, além de suspender e interferir, novamente, na negociação entre a Embraer e Boeing, determina manifestação da Comissão de Valores Mobiliários-CVM. Todavia, já existe manifestação da CVM e esta não aponta nenhuma irregularidade na referida negociação.

É importantíssimo destacar que em 17 de dezembro de 2018, a Embraer noticiou fato relevante (doc. anexo) que o Conselho de Administração da Companhia aprovou, em princípio, “sujeito à autorização da União”, em continuidade às negociações a parceria estratégica entre a Embraer e Boeing.

Cabe, ainda, ressaltar que a Embraer, conforme consta no documento anexo, “autorizou o envio de notificação solicitando a aprovação prévia da Operação pela União, em razão da titularidade da ação ordinária de classe especial de emissão da Embraer (golden share), nos termos do art. 9º do Estatuto Social da Companhia”.

No item 3, que trata das aprovações necessárias e informações gerais, destaca-se que:

Como antecipado, a Operação só será, no entanto, consumada, após (i) aprovação pela União, inclusive em razão da titularidade da ação ordinária de classe especial de emissão da Companhia (golden share), nos termos do Art. 9º do Estatuto Social; (ii) ratificação pelo Conselho de Administração, também nos termos do Art. 9º. do Estatuto Social; (iii) autorização pelo Conselho de Administração, para que a Diretoria celebre os contratos definitivos relacionados à Operação; (iv) deliberação e aprovação da Operação pelos acionistas da Embraer em Assembleia Geral Extraordinária; (v) aprovação por autoridades concorrenciais brasileiras, dos Estados Unidos da América e de outras jurisdições aplicáveis; e (vi) satisfação de outras condições usuais.

Dessa forma, não é possível, neste momento, garantir a consumação da Operação. (grifo nosso)

Destarte, de plano, verifica-se a temeridade da decisão judicial que se busca obter a presente contracautela, que frustra todo o trâmite negocial entre empresas privadas, sem possibilitar a regular avaliação, no momento oportuno, de possível veto da União, com a utilização da ação conhecida como *Golden Share*, bem como a análise de outras autoridades competentes.

6. Grave lesão à ordem público-administrativa

No caso, o interesse público nitidamente violado é o da ***ordem público-administrativa***, dado que a decisão em foco impede o regular procedimento das tratativas entre duas empresas privadas, dentro de um regramento jurídico previamente estabelecido pelo Programa Nacional de Desestatização/PNUD (Lei nº 9.491/1997 e Decreto nº 2.594/1998) e pela Lei das Sociedades Anônimas.

É importante reiterar que a União adotou medida política-administrativa, em 1990, que privatizou a então Sociedade de Economia Mista Embraer, e nesse bojo ressalvou a utilização da ação preferencial denominada golden share, que se resume no poder de veto nas matérias elencadas no art. 9º do Estatuto Social da Embraer.

Todavia, **a análise de veto deve ser realizada pelo órgão competente e no momento oportuno**, ou seja, como foi apontado anteriormente, pelo Ministério da Fazenda após deliberação do Conselho de Administração da Embraer.

Veja, a liminar, além de suspender qualquer ato de concretização da operação de transferência da parte comercial da Embraer, submete à prévia análise judicial a manifestação da União, CVM e partes, ou seja, afasta todo o regramento da negociação e interfere como centralizador das manifestações das autoridades competentes, submetendo, dessa maneira, a sua prévia aprovação, com clara interferência judicial na esfera da Administração Pública e outras autoridades.

Assim, desconsidera o momento oportuno e o órgão competente para o estudo e a definição sobre vetar ou não a possível negociação entre a Embraer e a Boeing.

Dessa forma, nota-se que a concessão da liminar pelo Juízo da 24ª Vara Federal da Subseção de São Paulo **afeta a análise e poder de veto da União, atividade eminentemente político-administrativa**, e, por tal natureza, não possui lastro permissivo para que o Poder Judiciário interfira, sob pena de violar o princípio da separação dos Poderes.

A referida liminar, na sua essência, é a assunção pelo juízo de atividade administrativa, pois **na prática suspende (veta) o andamento das tratativas negociais entre a Embraer e a Boeing**, assumindo a posição da União e demais autoridades de maneira inoportuna e sem tal atribuição legal ou constitucional.

Sempre válidas as palavras sábias do imortal Hely Lopes Meirelles sobre o uso desvirtuado do instituto da ação popular:

“Entretanto, a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vinda partidária nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa a proteger”. (MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais – 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 192).

Ora, o momento da análise do veto e o órgão competente estão definidos na lei, assim a liminar afeta atribuição restrita à União.

Ou seja, a decisão do Juízo da 24ª Vara Federal da Subseção de São Paulo atinge o **poder de veto da União**, atividade eminentemente político-administrativa, e, por tal natureza, não possui lastro permissivo para que o Poder Judiciário interfira, sob pena de violar o **princípio da separação dos Poderes**.

Nesse sentido, é o estado da arte da decisão liminar proferida no âmbito da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra a operação (ID 9756705)¹:

“Este caso não deixa de envolver um dos temas mais discutidos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional contemporâneos: a judicialização das políticas públicas e a possibilidade de o Poder Judiciário interferir em escolhas do administrador que, em princípio, são discricionárias. A pretensão veiculada pelo Ministério Público do Trabalho é de emissão de vontade judicial condicionante para a União, detentora da ‘golden share’, para que (i) a acionista veicule exigências protetivas do mercado de trabalho local para avaliar o possível negócio bilionária

¹ A decisão proferida na ação civil pública foi objeto de mandado de segurança, cujo pedido liminar foi indeferido em primeiro e parcialmente concedido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

que se avizinha, entre a Embraer e a Boeing; (ii) sucessivamente, caso não sejam oferecidas as salvaguardas pretendidas pelo MPT, seja compelida a União a vetar o negócio. Sobre o tema de fundo (a judicialização de questões do governo), muito já se publicou em sede doutrinária. A decisão judicial adequada nestes casos é sempre aquela que tenha o mérito de preservar a independência harmônica entre os Poderes do Estado. [...] No caso sob apreciação, por maior que sejam a densidade normativa do conjunto de relevantes princípios e normas invocadas pelo MPT, não é juridicamente viável dele extrair a conclusão de que a União tem a obrigação jurídica de vetar a transferência do controle acionário [...] ou outro negócio qualquer, como a formação de joint venture, caso não sejam oferecidas as salvaguardas pretendidas pelo Ministério Público do Trabalho. [...] O Ato político discricionário de vetar a negociação, ou de impor politicamente certas condicionantes, aliás, não depende da formalização jurídica das razões do Governo Federal. A decisão, portanto, é puramente política e discricionária. [...] Não ignoro a relevância do conjunto normativo invocado pelo MPT [...]. Observo, no entanto, que tal conjunto é essencialmente principiológico, não sendo cabível emprestar aos princípios jurídicos efeitos que suprimam a eficácia natural de regras cuja aplicação e interpretação não demandam atividade hermenêutica complexa, como é o caso das leis que introduziram a figurada ‘golden share’ no direito societário brasileiro. [...] Por tais fundamentos, INDEFIRO A LIMINAR postulada”.

Com todo respeito, o entendimento do Juízo *a quo* demonstra indevida ingerência nas competências do Poder Executivo e cria um novo devido processo administrativo para a utilização da *Golden Share*.

Destarte, a decisão judicial que concedeu 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”, **ocasiona grave risco de LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA, pois impede uma política administrativa adotada e regradada previamente pela União, bem como o devido exercício das funções da Administração na utilização oportuna do poder de veto pela autoridade competente.**

7. Da grave lesão à economia pública - Do impacto da decisão judicial nas bolsas de valores:

A r. Decisão, a pretexto de suspender qualquer ato de transferência da parte comercial da Embraer, também acabou por **violar a livre iniciativa**, garantida pelo “caput” do artigo 170 da Constituição Federal, ao impedir efeitos concretos de eventual aprovação das negociações da Embraer e Boeing, independente da avaliação das instâncias governamentais competentes, mediante utilização das prerrogativas da “Golden Share”, de titularidade da União e outras análises de autoridades competentes.

Entretanto, a decisão judicial em tela, a pretexto de impedir a concretização do negócio jurídico, acabou por violar a Constituição Federal, ao impedir a prática e atos regulares e de competência do Conselho de Administração de uma empresa privada, impede que, a partir da decisão tomada pelo Conselho de Administração da Companhia, possam transcorrer as próximas etapas, inclusive, a própria análise pelos órgãos governamentais competentes do negócio jurídico que vier a ser aprovado, se aprovado, pelo Conselho da Companhia.

Uma prova da violação à livre iniciativa, consiste na **queda acentuada do valor das ações diante da decisão proferida em 07 de dezembro de 2018 na Ação Popular, no importe de 2,3% (dois vírgula três por cento) (doc. anexo)**, tendo em vista que a r. decisão causa insegurança com relação às tratativas comerciais entre as Companhias (EMBRAER e BOEING), não obstante tais entendimentos estarem sujeitos, em um momento posterior, à aprovação das instâncias governamentais. Ocorre que, ao obstar que decisões do Conselho de Administração venham a surtir os seus efeitos, a r. decisão de 1ª

instância traz insegurança para tratativas comerciais válidas, violando a livre iniciativa.

Aliás, após a liminar proferida na ação popular, em 07 de dezembro de 2018, ter sido cassada as ações da Embraer subiram 3% com os novos termos do acordo com a Boeing, conforme notícia anexa do Globo.

Destarte, constata-se que as liminares que suspendem a negociação entre a Embraer e Boeing afetam o mercado de bolsa de valores, assim como a confiança no mercado de ações no Brasil.

Veja na presente data, após liminar deferida na Ação Civil Pública, em 19 de dezembro de 2018, as Ações da Embraer caíram 1,73%.

Por seu turno a r. Decisão gera intervenção estatal em momento de tratativas comerciais entre empresas privadas em que não cabe a intervenção do Estado, como, no caso das deliberações do Conselho de Administração da EMBRAER sobre as tratativas entabuladas com a BOEING.

Logo, a violação à livre iniciativa, garantida pela Constituição da República, nos termos do artigo 170, “caput”, é clara na r. decisão, objeto do presente pedido de suspensão.

Nessa linha, no âmbito dessa r. Corte Regional, já decidiu, na **Suspensão de Liminar n.º 5001511-93.2018.4.03.0000**, que decisões em sede de liminar, que venham a gerar grande impacto para a economia e para os negócios da livre iniciativa são passíveis de suspensão:

“ [...] De acordo com as alegações contidas na exordial, a própria autora da ação civil pública informou que o mercado de animais vivos movimentava valores da ordem de 170 milhões de dólares por ano. Cuida-se de valor significativo, que jamais poderia ser desprezado. Numa época crítica como a atual, com escassez de

recursos, abrir mão de tamanha quantia beiraria o escárnio e agravaria ainda mais a crise econômica.

Indiretamente, a vedação imposta pelo juízo a quo também provocaria prejuízos ao país, inclusive o impedimento, no que diz respeito aos contratos já existentes, acarretará a incidência de multa, cuja indenização poderá ser de responsabilidade da União. Ademais, os contratos já celebrados para vendas de animais em pé não poderiam ser cumpridos e, com isso, os países compradores seriam obrigados a buscar outros mercados fornecedores. Haveria quebra de confiabilidade no país, que geraria reflexos na perda de mercado e no modelo de negócio internacional.

[...]

É evidente, por conseguinte, o risco de dano à ordem administrativa. [...]"

Portanto, novamente, fica evidente que a decisão judicial causa grave lesão à economia pública, além de violar a livre iniciativa, garantida constitucionalmente.

8. Do Pedido:

Ante o exposto, primeiramente, requer a União **À EMENDA AO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 5030872-58.2018.4.03.0000**, em face de nova r. decisão proferida pelo Exmo. Dr. Victorio Giuzio Neto, Juiz da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo, em 19 de dezembro de 2018, às 19h03, nos autos do **Processo Eletrônico n. 5031433-18.2018.4.03.6100**, bem como apresenta à elevada consideração de Vossa Excelência o pedido de suspensão dos efeitos da liminar supracitada, até o final e definitivo julgamento da referida Ação Civil Pública, sob pena de restar configurada lesão grave à ordem pública administrativa e à economia pública.

Requer, desde já, seja concedido, liminarmente, efeito suspensivo ao presente pedido de Suspensão de Liminar, a teor do disposto no art. 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/92.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2018.

Marco Aurélio Bezerra Verderamis

Advogado da União
Subprocurador-Regional da União da 3ª Região SP/MS

Marcos Fujinami Hamada

Advogado da União
Coordenador da Divisão de Assuntos Estratégicos – DAE

Gustavo Vicente Daher Montes

Advogado da União
Divisão de Assuntos Estratégicos - DAE