

PROCESSO: 1015425-06.2019.4.01.3400

CLASSE: AÇÃO POPULAR (66)

AUTOR: SORAYA VIEIRA THRONICKE

Advogado do(a) AUTOR: DANNY FABRICIO CABRAL GOMES - MS6337

RÉU: VALE S.A., FERROUS RESOURCES LIMITED, CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

DECISÃO

Trata-se de Ação Popular movida por SORAYA VIEIRA THRONICKE em desfavor de VALE S/A, da FERROUS RESOURCES LIMITED e do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), com pedido de liminar para que o juízo suspenda o ato de aquisição da FERROUS pela VALE, aprovado pelo CADE, até que a VALE comprove que pagou as indenizações às vítimas, restaure os desastres ambientais, reconstrua as cidades afetadas e o comércio local, entre outras medidas relacionadas à função social da empresa, vetor da ordem econômica, diante dos desastres das barreiras mineradoras no Brasil. Cita o desastre de BRUMADINHO.

É a breve síntese. **DECIDO**.

Inicialmente, reconheço a conexão desta ação com a ação popular nº 1003592-88.2019.4.01.3400, movida pela mesma autora, em face de ato administrativo do CADE, cujo objeto da lide também envolve a compra da VALE pela FERROUS. Resta nítida a conexão entre ambas as ações, diante dos desdobramentos advindos e mesmos fatos jurídicos postos para apreciação, atraindo a prevenção.

Firmo, pois, a competência deste juízo para processamento e julgamento desta ação, com fulcro no art. 55, §1º do CPC.

A ação popular volta-se contra a decisão do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE que autorizou a aquisição da FERROUS pela VALE, ampliando a atuação desta no país, sem que fossem analisadas questões estruturais da VALE, se estaria a cumprir as suas obrigações como empresa no país. Pondera que a VALE possui ativos de minério de ferro na cidade de Brumadinho (MG) e região, após os rompimentos das barragens de Brumadinho e Mariana num espaço de um pouco mais de 03 (três) anos, com centenas de mortes, bilhões de reais em prejuízos materiais, e uma perda ambiental e social inestimável.

A autora aduz que a VALE informou ao mercado, em 06/12/2018, que adquiriu a segunda FERROUS e seus ativos em território brasileiro por cerca de US\$ 550,000,000.00 (quinhentos e cinquenta milhões de dólares) ou R\$ 2.140.000.000,00 (dois bilhões e cento e quarenta milhões de reais), incluindo dívidas. Afirma que a FERROUS é uma sociedade que detém, indiretamente, certos ativos de minério de ferro localizados no Brasil, através de suas subsidiárias, cita Mineração Jacuípe S.A, Empresa de Mineração Esperança S.A., Ferrous Resources do Brasil S.A., cujos ativos foram avaliados na aquisição em R\$ 2.140.000.000,00 (dois bilhões e cento e quarenta milhões de reais).

Entende que a VALE foi um péssimo negócio para Brumadinho. Pondera que no ano de 2018 o Município arrecadou, a título de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (Cfem), a quantia de R\$ 62.460.000,00 (sessenta e dois milhões e quatrocentos e sessenta mil reais). Afirma que este valor é uma fração ínfima do valor necessário para recuperar o ambiente socioeconômico de Brumadinho e região, que foi devastado pelo sinistro. Pondera que não pode o CADE aprovar um ato de concentração que permitirá à VALE expandir a sua participação no mercado local de minério de ferro, sendo que Brumadinho teve a sua economia devastada pela incúria da empresa Requerida.

Refuta o parecer do CADE nº 8/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE, alega que a autarquia CADE analisou o ato de concentração e entendeu que a aquisição da FERROUS pela VALE não traria qualquer ofensa à concorrência entre os mercados atingidos pelas partes (compradora, vendedora e concorrentes). Contudo, rechaça tal ilação, pois alega que o ato do CADE foi falho, uma vez que não ponderou e nem analisou o impacto ambiental com efeitos econômico-concorrenciais nefastos nas comunidades atingidas pelos sinistros causados, diante dos rompimentos das barragens de Mariana e de Brumadinho.

Aos olhos da autora, a análise técnica do impacto concorrencial e econômico realizada pelo CADE não pode ser efetuada considerando apenas as partes envolvidas no ato de concentração e os concorrentes que se manifestaram perante o CADE, mas de acordo com as particularidades especialíssimas do caso concreto, e deve ser avaliado o impacto concorrencial nas comunidades atingidas, de acordo com o cenário de terra arrasada causado pela VALE em Brumadinho e região, a mesma localidade onde se encontram as minas adquiridas da FERROUS.

Assim, entende que não pode o CADE admitir a aquisição pela VALE de ampliação de mais minas de ferro no Brasil, sem que sejam previamente garantidas salvaguardas de segurança ambiental e de recuperação da infraestrutura econômica da cidade e região de Brumadinho, sob pena de se perpetuar um descalabro que causou um imenso desequilíbrio concorrencial que atingiu todo agente econômico de Brumadinho e região que se viram, por culpa exclusiva da VALE, desprovidos da infraestrutura pública e privada existente antes do sinistro.

Quanto às alegações da autora, refuta a Autarquia Federal. O CADE relata que, de fato, não analisou as questões estruturais apontadas pela autora para o ato da aquisição da VALE pela FERROUS por entender que, por não ser da sua atribuição, não deve ponderar se as empresas que desejam expandir a sua atividade cumprem ou não a sua função social. No caso, entende que não compete ao CADE exigir condutas da VALE afetas ao *compliance* ambiental, diante dos desabamentos das barreiras e das consequências nefastas advindas, e que não deve ponderar tais questões na sua análise antitruste, para fins de entender que a VALE pode ou não ampliar e adquirir mais empresas no mercado nacional.

Pondera o CADE que a proteção do meio ambiente, a exploração dos recursos minerais ou a gestão dos recursos hídricos são matérias que não foram disciplinadas, nem mencionadas em nenhum dos 128 (cento e vinte e oito) artigos da Lei nº 12.529/2011.

Entende o CADE que a única referência à função social da propriedade em toda a Lei Antitruste, encontra-se no art. 1º da Lei nº 12.529/2011. Contudo, assevera que o princípio da função social da propriedade, para os fins da legislação antitruste, reforça apenas a ação limitadora que a proteção da livre concorrência exerce sobre a livre iniciativa.

Alega, ademais, o CADE que o Poder Judiciário não pode analisar as decisões administrativas que profere no seu âmbito de atividade por entender que é mérito administrativo.

Ao ponderar as questões postas pela parte autora e pelo CADE, **entendo que a liminar deve ser parcialmente concedida.**

No caso, em que pese o ato do CADE ainda ser passível de análise pela estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, ele já goza de autonomia como ato administrativo próprio, tem efeitos jurídicos quanto ao entendimento da autarquia antitruste, e, em tese, possui potencial de dano. Fato que por si só já representa o justo motivo para o alegado prejuízo afirmado pela demandante, corroborando a existência do interesse de agir. Presente, pois, a estrutura apta para o processamento e julgamento do direito de ação.

Afirmo que, diante do princípio constitucional da inafastabilidade, art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, compete ao Poder Judiciário sindicarem também os atos administrativos que estejam em desconformidade com a razoabilidade e a proporcionalidade, ou mesmo quando teratológicos. No caso, é de se imperar a análise da discricionariedade técnica regrada.

Destarte, por mais que a autarquia antitruste tenha uma boa credibilidade quanto à sua média de decisões internas, fato que é reconhecido, inclusive, por este juízo, tal

ilação não a torna imune em vista à análise da legalidade dos seus atos administrativos pelo Poder Judiciário, quando é acionado para tanto.

A casuística requer certa profundidade dogmática, em especial, quanto à função do Direito Econômico, das leis antitrustes na defesa da concorrência, do papel do CADE como autarquia federal reguladora e do poder de polícia que gozam os integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

Em síntese, o Direito Econômico vale-se de institutos jurídicos e de mecanismos técnicos em prol do Estado com o fim de implementar políticas públicas em defesa da ordem econômica, o antitruste é uma delas. Objeto teleológico da tutela do bem jurídico que sempre deve guiar o exegeta.

A leitura para a reta aplicação da literatura das normas jurídicas aplicada à querela deve sempre ser iniciada pela lei máxima do país, vetor para todas as demais, no caso o art. 170 da Constituição Federal, que traça parâmetros máximos para a tutela da estrutura do mercado, evitando prejuízos à concorrência. Cito:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

.....

Diante dos vetores constitucionais, o Direito Econômico passou a ter autonomia frente aos demais, com suas leis especiais, a exemplo da Lei nº 12.529/2011. Contudo, compete ao interprete e operador do Direito, sempre ter em mente o fim maior perquirido pela lei: **a implementação de políticas públicas**.

Assim, entre os sub-ramos do Direito Econômico está o Direito Concorrencial, cujo bem jurídico é a proteção da concorrência nacional. A lei antitruste visa à tutela de tais desideratos, e, entre os integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, encontra-se o CADE, que, entre outras funções, dá o parecer jurídico pela

legalidade das aquisições de empresas, analisando as normas jurídicas do sistema de proteção. A Lei nº 12.529/2011 dispõe:

DA FINALIDADE

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

.....

Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Na contestação apresentada pelo CADE, resta evidente que a autarquia antitruste relegou a segundo plano o princípio da função social da propriedade. Alegou o CADE:

“ Portanto, é evidente que o anteriormente citado § 5º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 não atribuiu ao Cade a competência para reprovar atos de concentração econômica por razões relacionadas à proteção do meio ambiente ou à exploração satisfatória de recursos minerais, por mais importantes que essas questões sejam”.

No PARECER Nº 8/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE a autarquia aprovou a aquisição da FERROUS pela VALE sem restrições, mesmo sem tomar conhecimento se a VALE apresentou qualquer plano de *compliance* às autoridades que atuam monitorando e regulamentando a atividade empresária da VALE. O CADE firmou premissa, ao ver deste juízo, equivocada, pois proferiu análise aquém da que o caso exigiria, haja vista que a técnica antitruste não é vetorial isolada, deve interagir com os demais atores do sistema que regulamentam a atividade empresária.

Concorrência sadia para o país é aquela onde os atores empresariais estão cumprindo os seus deveres estruturais inerentes à atividade empresária, dentro dos ditames, inclusive, constitucionais. Situações evidentes, a olhos vistos, de abalo ao sistema da atividade empresária em grande monte devem sofrer olhar diferenciado do CADE e atuação mais interdisciplinar.

No caso, diante da questão estrutural de duas barragens rompidas no Brasil da empresa VALE, em pouquíssimo tempo, é defeso o CADE nada ponderar quanto a tais questões, na sua análise de aprovação da aquisição e ampliação da VALE. Permitir a expansão da empresa VALE no país, após tais desastres, com inúmeros óbitos, sem ao menos obter e ponderar informações das instituições de administração de polícia e regulamentar, para fins de constatar se VALE está a cumprir a sua função social, em vista a todos os fatos evidentes, é um ilícito reprovável.

É evidente que não é da atribuição do CADE definir tais políticas de *compliance* ambiental e reparadora. Por outro lado, a interdisciplinariedade do Direito não pode ser desprezada, em casos com esse jaez. Careceu o ato do CADE tal interação. O CADE deveria ter diligenciado, inicialmente, a obtenção de informações junto às correlatas instituições públicas, a fim de que elas atestassem se a VALE está a cumprir o seu dever de empresa que respeita função social, dentro do ambiente de mineração do

Brasil. Em especial, como a VALE está a agir frente às suas demais mineradoras, para que tais fatos jurígenos ocorridos em Mariana e em Brumadinho não venham a se repetir.

A hermenêutica cerrada ao extremo da análise do CADE, não observou o art. da Constituição Federal, sob o manto argumentativo que a “técnica” imposta pela lei antitruste não permitiria tal interseção. Ponderação equivocada, o que deu ensejo à técnica da decisão do PARECER Nº 8/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE ser incompleta, pois desconexa da realidade, e sem interação com os demais ramos do Direito aplicados a um caso de envergadura diferenciada.

O CADE deu ao texto de lei frio ênfase maior do que às normas jurídicas Constitucionais do Direito Econômico, que dão primazia ao princípio da função social da propriedade, bem como salvaguarda o meio ambiente, para fins de exploração econômica equilibrada.

A disciplina da concorrência insere-se em um ambiente bivalente. Os organizacionais, este racionalizam os processos concorrenciais, segundo as regras da economia de mercado; e os influenciadores, que influem no processo concorrencial determinado os objetivos das políticas sociais. Compete, pois, ao CADE atuar em ambas as frentes no exercício das suas atribuições.

O que se deve perquirir no âmbito concorrencial é se a empresa que deseja expandir a sua atuação no país está ao menos cumprindo os seus deveres estruturais junto às autoridades de polícia, aos juízos onde as questões foram judicializadas, sob pena de que, se não os cumprir, passe a VALE a manter também o mesmo *modus operandi* e o expanda com novas aquisições, o que já afetaria o mercado concorrencial gerando desigualdade.

Oportuno destacar a ilicitude do “abuso da posição dominante” na sua acepção marco, que ocorre quando o agente possui comportamento ilícito de forma estruturante, agindo de modo indiferente e independente frente aos demais, sendo impermeável às leis do mercado.

“Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fato concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto.” (SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Ed. Malheiros, 2012, p.797)

Por outro aspecto, merece relevo esclarecer que o mercado concorrencial que o CADE analisa para fins de aquisição não é cotejar se o desastre de Brumadinho afetou a

concorrência local do comércio da região, mas sim ponderar se uma empresa que não venha a cumprir seus deveres macro estruturais, que ensejam a afetação de grande montante patrimonial, com repercussão nos ativos e patrimônio líquido, tal fator, por si só, não acarretaria a quebra da concorrência entre as demais empresas mineradoras do mercado.

Assim, em tese, caso constatado que a VALE não esteja a cumprir a sua obrigação, diante de fatos de tamanha proporção, e que exigem grandes investimentos para fins de reparação, estar-se-ia a VALE abusando da sua posição dominante. Não está o juízo afirmando que a *compliance* ambiental, indenizatória e reparadora, nas diversas esferas, não vêm sendo observada pela VALE, uma vez que ainda este juízo não goza destas informações, e, por sinal, nem o CADE, pois a autarquia antitruste ponderou que não apreciou tais fatores e fatos, limitando-se à análise formal da letra fria da lei.

Para tanto, entendo que, ao menos, o CADE deveria ter ouvido as instituições envolvidas, a fim de que estas atestassem se a VALE está a cumprir a *compliance*, cujos bens jurídicos foram afetados. Em suma, deve o CADE analisar a conduta da VALE frente às instituições públicas e se a empresa apresentou garantias idôneas para sanar eventuais ilícitos e/ou responsabilidades estruturantes, inclusive, quanto às demais barreiras, antes de dar qualquer parecer favorável pela ampliação da VALE no país.

Para evitar e eliminar de plano que empresas ampliem a sua atuação no país, mesmo que cometendo crimes e/ou não reparando ilícitos de dimensão estruturante, sem cumprir a função social e sem que apresentem um plano de atuação aprovada pelas instituições e órgãos públicos especializados, torna-se primordial que o CADE adote uma posição mais proativa e integrada.

A Teoria de Nash é apropriada para a casuística, pois, em um ambiente competitivo, nenhum agente pode maximizar seus resultados com alicerce na estratégia de prejuízo individual de outros agentes, a fim de garantir o equilíbrio e êxito da sua atividade econômica. Essa singela lição dogmática do Direito Econômico não pode ser esquecida.

Se a tese do CADE defendida na contestação for uma máxima a ser seguida pela autarquia antitruste, a de não exigir que a empresa comprove que está a exercer a sua reta função social, dentre de casos de ilícitos de grande dimensão, e autorizar a expansão de sua atuação mesmo na ausência de tais informações, estar-se-á sujeita a indenizações futura por responsabilidade administrativa, frente ao teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Já quanto ao acesso às informações da aquisição da VALE pela FERROUS, em que pese não ter sigilo quanto às determinações judiciais, entendo que ressaí, ao menos neste momento processual, desnecessário e inadequado. Assim, neste ponto, com razão o CADE. O direito constitucional ao acesso às informações de sigilo em âmbito administrativo prescinde de quebra para o deslinde desta ação.

O sigilo administrativo deve, em regra, ser protegido, e apenas nos casos pontuais, quando o Poder Judiciário entender que seja inerente e fundamental ao deslinde do objeto da ação, é que poderá ser levantado; para tanto, tornando sigiloso o processo judicial, o que não é o caso. A questão debatida nestes autos prescinde das informações de aquisição. O objetivo desta lide é aferir se a empresa VALE vem cumprindo às suas obrigações estruturais, antes de ampliar a sua atuação no país.

Ante o Exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A LIMINAR para a VALE apresentar ao juízo, em audiência, a sua estrutura de COMPLIANCE ambiental, indenizatória e reparadora, nas diversas esferas públicas relacionadas ao objeto da lide, e com aprovação destas, não só quanto à barragem de Brumadinho, mas também frente às demais barreiras que possui, a fim de que possa ampliar a sua atividade empresária mineradora no país, adquirindo mais empresas no seu ramo de atividade econômica, no caso, a FERROUS.**

Até a data da audiência, permanecem validos os atos do CADE, e, ao menos neste momento, não há qualquer suspensão por parte deste juízo quanto à aquisição da FERROUS pela VALE. Caso a VALE não apresente a COMPLIANCE acima, ou o presente de forma precária, o juízo irá analisar o pedido liminar de suspensão. A COMPLIANCE, se aprovada, deverá integrar o ato administrativo do CADE.

Deve a VALE trazer aos autos informações relativas aos acordos judiciais que já realizou, envolvendo à temática, tudo a integrar o *COMPLIANCE* a ser apresentado ao juízo.

Desde já designo a audiência acima para o dia 21 de agosto, de 2019, às 14 h, neste juízo da 5ª Vara da SJDF. Poderá a VALE utilizar equipamentos de apresentação visual na audiência, o que deve ser requerido previamente à Diretora da Vara, para as devidas providências.

Diante da relevância da casuística, independente da *COMPLIANCE* a ser apresentada pela VALE, **intime-se a Agência Nacional de Mineração, para comparecimento em audiência do especialista na análise de estruturação e solidez de barreiras mineradoras no país, a fim de relatar como estão as demais barreiras de**

domínio da VALE no Brasil, e se a VALE está a cumprir as obrigações impositivas, porventura, determinadas pela ANM.

Deve o MPF se munir de informações relacionadas ao tema, na audiência designada.

Na audiência, **será oportunizada a conciliação entre as partes**. Assim, suspendo as citações e prazos para apresentação da contestação, exceto quanto ao CADE, que já se antecipou e apresentou a sua peça de defesa.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Brasília, 10 de julho de 2019.

DIANA WANDERLEI

Juíza Federal Substituta da 5ª Vara da SJDF