Dever de Diligência dos Administradores
Responsabilidade do Conselheiro Independente por Descumprimento do Dever de Diligência
Declaração de Inexigibilidade de Opção de Subscrição de Ações
Regra da Decisão Negocial (*Business Judgement Rule*)
Direito de Confiar (*Reliance Defense*)
Prova Indiciária
Presunção de Boa-Fé

Caso OGX IV – PAS CVM nº RJ2016/7197

Acusados: Adriano Salviato Salvi Renato Paulino de Carvalho Filho Jorge Rojas Carro	**Membros do Colegiado presentes:** Henrique Machado Carlos Rebello Flávia Perlingeiro Marcelo Barbosa
Data do julgamento: 19 de novembro de 2019	**Diretor Relator:** Carlos Rebello

Assunto:

Trata-se de Processo Administrativo Sancionador instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas ("SEP") para apurar a responsabilidade de Adriano Salviato Salvi ("Adriano Salvi"), Jorge Rojas Carro ("Jorge Rojas") e Renato Paulino de Carvalho Filho ("Renato Paulino"), membros do conselho de administração da OGX Petróleo e Gás Participações S.A. ("OGX" ou "Companhia"), por não terem agido com cuidado e diligência no exercício de suas atribuições.

Fatos:

O processo originou-se de reclamação, protocolada em 09.12.2014, a respeito de deliberação tomada pelos acusados, em 17.11.2014, declarando a inexigibilidade do Instrumento Particular de Outorga de Opção de Subscrição de Ações e Outras Avenças ("Put OGX" ou "Opção"), celebrado entre a Companhia e o seu acionista controlador, em 24.10.2012, pela qual a Companhia tinha o direito de exigir a subscrição, até o limite de US$1 bilhão, de novas ações ordinárias ao preço de R$6,30 por ação, entre 25.10.2012 e 30.04.2014. Nos termos do contrato, caberia à maioria dos membros independentes do conselho de administração da Companhia determinar as condições de exercício da opção e confirmar a renúncia da Companhia a qualquer de seus direitos.

Em 01.07.2013, 03.07.2013 e 27.08.2013 a Companhia publicou fatos relevantes trazendo notícias negativas a respeito de seus negócios, respectivamente, (i) que não existia tecnologia capaz de viabilizar economicamente novos investimentos no campo de Tubarão Azul e nem tornar economicamente viáveis os campos de Tubarão Tigre, Tubarão Gato e Tubarão Areia, enquanto o campo de Tubarão Martelo continuaria a ser desenvolvido normalmente, sendo que as projeções anteriormente divulgadas não deveriam mais ser consideradas válidas; (ii) que havia a perspectiva de cessão de 40% de determinados blocos, o que poderia fornecer os recursos necessários para honrar compromissos de médio prazo e, na medida em que fosse necessário caixa adicional, a Companhia poderia exercer a Put OGX; e, (iii) que, tendo em vista o novo plano de negócios da Companhia, a Diretoria Executiva da Companhia decidira reavaliar a estratégia de exposição a novos riscos exploratórios, desistindo da aquisição de determinados blocos, porém prosseguiria com o pagamento de bônus de assinatura e da celebração de contratos de concessão relativos a outros blocos.

À época, todos os 5 membros independentes do conselho de administração da OGX renunciaram, 3 em 20.06.2013 e 2 em 10.07.2013 e, em 06.09.2013, a OGX comunicou ao mercado que sua diretoria havia exercido a Put OGX, solicitando do Acionista Controlador um desembolso imediato de US$ 100 milhões. O Acionista Controlador, na mesma data, questionou a validade do exercício da Opção, enviando à Companhia uma Notificação de Conflito, conforme previsão contratual de que, havendo divergência, seria instalado um procedimento de solução amigável e, caso não houvesse acordo em 60 dias, um procedimento arbitral, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado da B3.

Entre 20.09.2013 e 15.10.2013, todos os diretores da OGX foram destituídos, com exceção do diretor de produção, e, em 29.10.2013, a Companhia e o Acionista Controlador firmaram o Acordo de Procedimento sobre Resolução de Disputa ("Acordo de Resolução"), no âmbito do qual resolveram submeter os termos da disputa sobre a validade do exercício da Opção a três juristas de notório saber, tendo

o anúncio ao mercado desse acordo, em 11.11.2013, estimado um prazo adicional de 60 dias para que fosse obtido um posicionamento. Em 01.11.2013, os acusados foram eleitos, em AGE, membros independentes do conselho de administração.

A OGX, em 24.12.2013, divulgou ao mercado acordo com credores pelo qual o Acionista Controlador estaria exonerado de cumprir a Opção, e, em 17.2.2014, apresentou um plano de recuperação judicial prevendo que caso os juristas eventualmente concluíssem pela invalidade ou inexigibilidade da Put OGX, os credores reconheceriam a plena validade e eficácia deste resultado.

Os pareceres dos três juristas consultados foram elaborados em 03.12.2013, 20.02.2014 e 21.07.2014 e concluíram que as condições suspensivas previstas no contrato da Put OGX não foram implementadas, em especial a exigência de que a chamada de capital deveria ser utilizada no plano de negócios vigente à data da assinatura do contrato, 24.10.2012, e que, portanto, a Companhia estaria inapta a exercê-la.

Em 17.11.2014, os acusados decidiram, por unanimidade e sem ressalvas, encerrar a disputa quanto ao exercício da Put OGX, declarando-a inexigível, com base nos pareceres elaborados pelos juristas independentes, e dando plena quitação ao Acionista Controlador das obrigações estabelecidas no contrato. A decisão foi comunicada ao mercado em 18.11.2014, por meio de fato relevante.

Imputação:

Adriano Salvi, Jorge Rojas e Renato Paulino, na qualidade de membros do conselho de administração da OGX Petróleo e Gás Participações S.A., foram acusados de infração ao art. 153 da Lei nº 6.404/1976.

Questões relevantes:

Em que consiste o dever de diligência?

Os membros do Conselho de Administração podem confiar em informações prestadas por terceiros contratados pela companhia quando não constatarem sinais de alerta (*red flags*)?

É possível individualizar a responsabilidade de conselheiro de administração, sem que haja responsabilização do órgão como um todo?

Acusação:

A acusação apontou que o contrato não seria claro sobre o fato de que uma mudança no plano de negócios acarretaria a exoneração da obrigação do Acionista

Controlador de subscrever ações nos termos da Opção, não constando tal hipótese das situações de extinção do contrato e que não existe definição jurídica para a expressão "plano de negócios" sendo que o mesmo poderia mudar ao longo do tempo e que com o novo plano é que a necessidade de aporte de recursos adicionais seria examinada, não podendo a Companhia desistir de exercer a Opção. Para a acusação, o plano de negócios precisaria ser atualizado frente à inviabilidade dos campos de Tubarão Azul, Tubarão Tigre, Tubarão Gato e Tubarão Areia, mas isso não justificaria a alteração do plano como um todo.

A SEP apontou que os ex-administradores entendiam que a Companhia tinha o direito de exigir o aporte de recursos do Acionista Controlador, mas os diretores foram exonerados poucos dias depois de exercerem a Put OGX, o que deveria ser considerado como sinal de alerta. Outro sinal de alerta seria o plano de recuperação judicial apresentado pela Companhia em 14.02.2014 que já contemplava a quitação da Put OGX quando os pareceres ainda nem haviam sido elaborados, que não teria ido à frente apenas pela intervenção do Ministério Público, segundo relato de um ex-diretor e de um órgão de imprensa.

A acusação apontou o exercício da Put OSX como indicativo das reais intenções das partes, não sendo razoável que os acusados ignorassem informações sensíveis relacionadas à decisão que deveriam tomar.

Quanto aos pareceres, a SEP apontou que a responsabilidade é sempre do administrador e que a consulta a especialistas deve ser apenas subsidiária às suas decisões, não podendo o administrador se eximir de suas obrigações apontando a existência de um parecer que devem ser objetivos, imparciais e abrangentes. Para a Acusação, os pareceres deixam de considerar aspectos relevantes para a decisão da questão.

Segundo a Acusação, não ocorreu tentativa de negociação para uma composição parcial dos valores, adotando-se, na íntegra, a tese defendida pelo Acionista Controlador, sendo bastante duvidoso que a submissão à Câmara de Arbitragem da B3 fosse uma "aventura jurídica" onerosa e desgastante e que os custos e benefícios do prosseguimento da disputa deveriam ter sido quantificados, ao revés de declarar o contrato inexigível após as conclusões dos pareceres.

Defesa:

Renato Paulino e Jorge Rojas apresentaram defesa conjunta e Adriano apresentou defesa apartada. As defesas são de similar teor e alegam que a SEP

utilizou suposições como provas indiciárias, presumindo a má fé contra os interesses da Companhia e em benefício dos interesses do Acionista Controlador, contrariando a presunção de boa-fé prevista no Código Civil.

Quanto à suposta ambiguidade da Put OGX, argumentaram que a Opção não era ambígua nem omissa quanto aos efeitos da não implementação da condição prevista, tratando-se de uma condição suspensiva, e a sua não implementação fez com que o direito de exercer a Opção nunca existisse, pois ela se referia especificamente ao plano de negócios vigente na data da assinatura do contrato, 24.10.2012, e não ao novo plano de negócios.

Ademais, que, em 05.11.2013, quando assumiram seus cargos no conselho de administração, já havia sido firmado, em 29.10.2013, o Acordo de Resolução para submeter a questão da Opção à análise de 3 juristas de notório saber já tinha sido celebrado em 29.10.2013, cabendo dar seguimento ao procedimento que já estava ocorrendo antes de sua entrada na Companhia, não contrariando o que a administração da OGX já estava fazendo. Com referência aos pareceres, que os 3 pareceristas eram árbitros da Câmara de Arbitragem do Mercado e chegaram à mesma conclusão de que a Opção era inexigível, uma vez que a condição suspensiva não foi implementada, sendo opiniões jurídicas dos mais qualificados juristas que serviram como base para a OGX não adentrar em um processo arbitral caro e desgastante.

Quanto as diferenças entre a Put OGX e a Put OSX, argumentaram que são negócios jurídicos vinculados a condições muito distintas, sendo evidente a maior complexidade da Put OGX. Ressaltaram que a principal diferença entre as duas era a menção genérica, na Put OSX, ao plano de negócios da OSX, enquanto na Put OGX havia a referência ao plano de negócios vigente à época da assinatura do contrato. Assim, o Acionista Controlador adimpliu uma obrigação exigível (Put OSX) e discordou daquela que considerou não exigível (Put OGX).

Afirmaram que a recuperação judicial da Companhia e a aprovação do Plano de Recuperação Judicial foram fundamentais na tomada de decisão uma vez que o plano condicionava a aprovação da quitação referente à Opção à conclusão dos pareceristas que seriam contratados, sendo aprovado por mais de 90% dos titulares de créditos representados na Assembleia Geral de Credores e homologado judicialmente.

Quanto à cláusula de arbitragem prevista no Put OGX, a defesa aponta que a mesma era compromissória escalonada, visando uma solução mais eficiente para a controvérsia.

Alegaram que os acusados atenderam ao dever de diligência, preenchendo seus subdeveres, dever de se qualificar para o exercício do cargo, dever de bem administrar, dever de se informar e dever de vigiar, bem como que a decisão foi tomada seguindo o *business judgement rule,* não existindo sinal de alerta que impusesse aos acusados o dever de investigar, aliado ao direito dos administradores de confiar e se basear em opiniões de terceiros. Ademais que a decisão tomada foi refletida, informada, haja vista a análise das cláusulas do Put OGX e desinteressada.

Entendimento da CVM:

Voto do Diretor Relator Carlos Rebello

Quanto a alegação de que a SEP agiu com excesso acusatório e tentou influenciar negativamente o Colegiado, ao acusá-los, sem apresentar provas, de terem atuado dolosamente e com má-fé contra os interesses da Companhia e em benefício dos interesses do Acionista Controlador, considerou que ao final somente foi imputado aos acusados o descumprimento do dever de diligência, não havendo qualquer desvio em relação ao devido processo legal ou óbice ao exercício do direito de defesa pelos acusados.

O Relator considerou que os acusados, ao deliberarem pela inexigibilidade da Opção, na RCA de 17.11.2014, não estavam no exercício das atribuições usuais, em especial a fiscalização e o monitoramento da gestão dos diretores, mas decidindo uma controvérsia por força de cláusula contratual, não cabendo analisar sua conduta em função da razoabilidade e adequação dos controles e procedimentos implementados para a supervisão dos atos de pessoas a quem lhes incumbia supervisionar.

O Relator apontou que o caso é peculiar em relação à situação usual em que administradores invocam o direito de confiar para justificar determinada decisão, uma vez que a decisão foi amparada em assessoramento externo não porque se tratava de assunto fora da área de expertise dos acusados, mas sim porque a Companhia aceitou a opinião dos pareceristas como fiel da balança para a decisão da controvérsia, havendo estipulação contratual estabelecendo que a eventual quitação das obrigações assumidas pelo Acionista Controlador

seria confirmada pelos conselheiros independentes. O Relator entendeu que a a divergência se resumia à interpretação de um contrato e que os acusados tinham plena condição de analisar criticamente as informações e conclusões dos pareceres jurídicos.

O Relator apontou que a área técnica contestou a suficiência e completude das informações que embasaram os pareceres jurídicos, bem como a abordagem neles empregada, mas, em seu entendimento, a abordagem adotada pelos juristas foi correta, pois se tratava de opinar, a pedido das partes, sobre a exigibilidade de obrigação prevista em contrato firmado entre elas. Entendeu, também, que as informações utilizadas para embasar suas conclusões, o contrato e as informações públicas da OGX, atenderam à condição "divulgação de informações ao assessor", necessária para se aceitar o assessoramento de terceiros.

Concluiu o Relator que, na RCA de 17.11.2014, a questão foi decidida pelos acusados de maneira informada, amparados em pareceres elaborados por juristas de notório saber, sendo a questão abordada de forma razoável e a partir de hipóteses plenamente aceitáveis, no âmbito de procedimento de solução amigável negociado pelas partes, não havendo nenhum sinal de alerta que os fizesse, dentro do padrão de diligência ordinário que se espera de administradores de companhias abertas, proceder a investigações adicionais. Ademais, que a decisão foi tomada de forma refletida, sendo despendido o tempo necessário, haja vista o tempo decorrido entre a entrega dos pareceres e a RCA, apontando que a decisão dos conselheiros em encerrar a discussão entre as partes, exonerando o Acionista Controlador, é dotada de um legítimo grau de razoabilidade. Assim, o Relator, ainda que tenha feito reparo a falta da descrição das eventuais discussões ocorridas, entendeu não haver indícios e nem menção pela Acusação de qualquer interesse particular dos conselheiros na decisão e reconheceu que a mesma foi tomada de maneira informada, refletida e desinteressada, dentro do padrão de diligência esperado para administradores de companhias abertas, votando pela absolvição dos acusados.

Manifestação de Voto do Presidente Marcelo Barbosa

O Presidente Marcelo Barbosa, acompanhado pela Diretora Flávia Perlingeiro, também votou pela absolvição dos acusados, mas apresentou manifestação de voto esclarecendo que, no seu entendimento, a aferição da diligência não deve ter seu foco na razoabilidade das análises jurídicas realizadas pelos pareceristas, nem tampouco nas conclusões por eles alcançadas, mas no aspecto procedimental da conduta dos acusados e reforçou a importância de que as decisões tomadas por administradores de companhias abertas e o processo decisório correspondente a elas estejam amparados por documentos e registros consistentes, que possam demonstrar o cumprimento da diligência adotada.

Pena:

O Colegiado decidiu, por unanimidade, absolver Adriano Salviato Salvi, Renato Paulino de Carvalho Filho e Jorge Rojas Carro da imputação de infração ao art. 153 da Lei nº 6.404/76.

Tendência jurisprudencial:

- A decisão protegida pela regra da decisão negocial é aquela tomada de maneira informada, refletida e desinteressada.
- O teste da regra da decisão negocial não é aplicável a decisões interessadas, nem aos casos em que existem evidências de fraude ou de má-fé.
- A conduta de administradores é avaliada em função da razoabilidade e adequação dos controles e procedimentos por eles implementados para a supervisão dos atos de pessoas a quem lhes incumba, de alguma forma, supervisionar.
- O direito de confiar está sujeito à verificação da qualificação do assessor, da divulgação de informações ao assessor e da análise de sinais de alerta.
- A análise de cumprimento do dever de diligência por determinado administrador deve considerar, ao menos, (i) suas competências legais e estatutárias; (ii) o grau de tecnicidade da matéria analisada; e, (iii) a existência de sinais de alerta que apontem para a irregularidade posteriormente identificada pela acusação.

Observações:

Termo de Compromisso

Adriano Salviato Salvi, Renato Paulino de Carvalho Filho e Jorge Rojas Carro não apresentaram proposta de celebração de termo de compromisso.

Antecedentes jurisprudenciais referidos:

- Definição da regra da decisão negocial: PAS CVM nº 2005/1443, julgado em 10.05.2006; PAS CVM nº RJ2013/11703, julgado em 31.07.2018; e, PAS CVM nº RJ2014/8013, julgado em 31.07.2018.
- Sobre a possibilidade de aplicação da *reliance defense*: PAS CVM nº RJ2013/11703, julgado em 31.07.2018.
- A conduta de administradores é avaliada em função da razoabilidade e adequação dos controles e procedimentos por eles implementados para a supervisão dos atos de pessoas a quem lhes incumba, de alguma forma, supervisionar: PAS CVM n° 24/2006, julgado em 18.02.2013.
- O plano de negócios vigente na data de assinatura da Put OGX teria sido alterado posteriormente, inviabilizando o exercício da Opção: PAS CVM nº 2014/0578, julgado em 27.05.2019.
- O direito de confiar não é absoluto, deixando de prevalecer diante da existência de um sinal de alerta: PAS CVM n° 25/2003, julgado em 25.03.2008; PAS CVM n° 01/2007, julgado em 22.09.2016; e, PAS CVM nº RJ2014/8013, julgado em 31.07.2018.