

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2009/485

RELATÓRIO

1. Trata-se propostas de Termo de Compromisso apresentadas por Eike Fuhrken Batista, Banco de Investimento Credit Suisse Brasil S/A e seu Diretor José Olympio da Veiga Pereira, nos autos de Termo de Acusação elaborado pela Superintendência de Registro de Valores Mobiliários – SRE (fls. 131/148), tendo em vista a veiculação na mídia de declarações sobre a oferta pública de distribuição primária de ações ordinárias de emissão da OGX Petróleo e Gás Participações S/A ("**OGX**"), em infração ao disposto no inciso IV do artigo 48 da Instrução CVM nº 400/03, que assim dispõe:

"Art. 48. A emissora, o ofertante, as Instituições Intermediárias, estas últimas desde a contratação, envolvidas em oferta pública de distribuição, decidida ou projetada, e as pessoas que com estes estejam trabalhando ou os assessorando de qualquer forma, deverão, sem prejuízo do disposto na Instrução CVM nº 358, de 2002:

...

IV - abster-se de se manifestar na mídia sobre a oferta ou o ofertante até a publicação do Anúncio de Encerramento da Distribuição."

2. O pedido de registro da oferta pública de distribuição primária de ações ordinárias de emissão da OGX ("**Oferta**") foi protocolado junto a esta CVM em **22.04.08**, tendo seu registro sido concedido em **12.06.08**, data em que foi publicado o Anúncio de Início da Distribuição. Em **20.06.08** foi publicado o Anúncio de Encerramento da Oferta, informando a colocação de 5.934.273 ações ordinárias ao preço de R\$ 1.131,00 por ação, **resultando na captação pública de R\$ 6.711.662.763,00, aí incluída a parcela correspondente ao exercício da opção de aquisição do lote suplementar de 741.800 ações, equivalente a R\$ 838.975.800,00.** Destaca-se que o lote suplementar foi exercido em **13.06.08** (às **15h36min**) pelo Coordenador da Oferta, Banco de Investimento Credit Suisse Brasil S/A ("**Credit Suisse**"). (parágrafos 1º a 4º do Termo de Acusação)

3. Segundo detectado pela SRE, em **04.04.08** o Jornal Valor Econômico publicou reportagem denominada "*Eike se prepara para sua maior aposta empresarial*", contendo várias declarações do controlador indireto e presidente do conselho de administração da OGX, Sr. Eike F. Batista, relacionadas à companhia e à Oferta. Tal ocorrência levou a SRE a, nos termos de orientação contida na Deliberação CVM nº 542/08(1), adotar medida educativa e saneadora da irregularidade cometida (violação à regra do "*quiet period*" de que trata a Instrução CVM nº 400/03), consistente no envio, em **08.04.08**, de ofício de alerta ao Sr. Eike F. Batista. (parágrafos 6º e 7º do Termo de Acusação)

4. Em resposta, datada de **11.04.08**, o Sr. Eike F. Batista afirmou, em síntese, que: (i) os prospectos de eventual oferta pública da OGX, além de consistirem na fonte única de informação para os investidores, conteriam menção expressa à citada reportagem; e (ii) caso a oferta fosse realizada num futuro próximo, seria estabelecido um período de "cooling off" de no mínimo 30 dias corridos, visando a mitigar os efeitos da reportagem na decisão de investimento. Cumpre destacar que, segundo a área técnica, tal reportagem não foi objeto de menção em nenhum dos prospectos da Oferta. (parágrafo 9º do Termo de Acusação)

5. Ocorre que, em **13.06.08** — data de início da negociação das ações da OGX na BM&F Bovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuro e antes do encerramento da Oferta — novamente o Sr. Eike F. Batista, como também o diretor do Credit Suisse, Sr. José Olympio da Veiga Pereira, proferiram declarações sobre a Oferta que, conforme destacado pela SRE, alcançaram grande repercussão na mídia. Tais declarações foram publicadas **a partir das 7h45min do dia 13.06.08** por diversos veículos da imprensa (Agência Estado, Site UOL, Reuters, Globo Online, Estadão, JB Online, Gazeta do Povo e Yahoo Brasil Finanças) e dispunham notadamente acerca de aspectos que tornariam atraente o investimento nas ações ofertadas, não trazendo qualquer informação desfavorável à Oferta, como, por exemplo, os fatores de risco incidentes sobre a emissora e seus negócios. Além disso, algumas declarações não constariam do prospecto da Oferta, tais como a afirmativa do Sr. Eike F. Batista de que pretendia "*criar uma nova empresa que vai atuar em construção naval, com objetivo de suprir a demanda futura da OGX por embarcações de apoio nas atividades de exploração e produção*". (parágrafos 9º, 36 e 40 do Termo de Acusação)

6. A esse respeito, dispôs a SRE que:

"De todo modo, mesmo quando não há divergência entre as declarações proferidas na mídia e os documentos da Oferta, declarações ou informações publicadas fora do contexto de tais documentos são nocivas ao público investidor, e ao mercado de valores mobiliários como um todo, na medida em que venham desacompanhadas das demais informações lá presentes, informações estas que nem sempre serão favoráveis ao investimento nas ações ofertadas, tais como os fatores de risco, os passivos financeiros, determinadas operações com partes relacionadas, dentre outros." (parágrafo 38 do Termo de Acusação)

7. Segundo averiguado, **as declarações foram divulgadas dentro do prazo para o exercício da opção para aquisição do lote suplementar (green shoe)**, que se deu às 15h36min do dia 13.06.08 pelo Credit Suisse, representando um acréscimo de R\$ 838.975.800,00. Ademais, verificou-se que a cotação das ações (OGXP3) oscilou entre R\$ 1.345,00 e R\$ 1.210,00 naquele dia 13.06.08, isto é, sempre num patamar superior ao preço de exercício do *green shoe*, que foi de R\$ 1.131,00. (parágrafos 32 e 33 do Termo de Acusação)

8. Sobre a matéria, salientou ainda a área técnica:

"34. Aqui vale notar, por oportuno, que o exercício do green shoe ocorre à medida que a cotação das ações no mercado secundário se apresente maior que o preço de exercício da opção. Assim, tal exercício depende do desempenho das ações no mercado secundário, o que, por sua vez, depende das decisões de investimento do público investidor. Se tais decisões sustentarem o preço das ações no mercado secundário num patamar acima do praticado na oferta pública, o titular do green shoe irá exercê-lo e, dessa forma, aumentará o volume arrecadado na oferta. Assim, para proteger as decisões dos investidores, inclusive nesse período da oferta, incide o inciso IV do art. 48 da Instrução CVM 400, vedando manifestações na mídia por envolvidos com a oferta até a publicação do anúncio de encerramento, quando a opção de aquisição do lote suplementar já foi exercida, ou venceu." (parágrafo 34 do Termo de Acusação)

9. Face ao apurado, a SRE **propôs a responsabilização do Sr. Eike F. Batista** (controlador indireto e presidente do conselho de administração da OGX), **do Credit Suisse** (coordenador da Oferta) e seu diretor, **Sr. José Olympio da Veiga Pereira, por infração ao disposto no inciso IV do artigo 48 da Instrução CVM nº 400/03.** (parágrafo 62 do Termo de Acusação)

10. Especificamente quanto ao Sr. Eike F. Batista, a SRE manifestou o entendimento de que há que se considerar que o mesmo já havia sido alertado pela CVM sobre declarações por ele proferidas na mídia acerca da Oferta, antes do protocolo de seu pedido de registro, e que, em resposta ao citado alerta, teria afirmado que os prospectos da Oferta conteriam menção expressa à reportagem que veiculou tais declarações, o que de fato não ocorreu. Quanto ao Sr.

José Olympio da Veiga Pereira, a SRE destacou sua qualidade de diretor do banco titular da opção do *green shoe*, o qual seria "beneficiário direto dos efeitos das declarações". (parágrafos 29 e 33 do Termo de Acusação)

11. Vale ressaltar que, segundo disposto no parágrafo 56 do Termo de Acusação, não foi imputada responsabilidade à OGX, de modo a não onerar indiretamente as pessoas que a norma visa proteger e que em nada concorreram para a consecução da infração, quais sejam, os investidores que, na Oferta, se tornaram seus acionistas. Igualmente não foram incluídos no rol dos acusados a Instituição Líder e seus diretores à época dos fatos, à medida que, no entender da área técnica, restaria comprovado nos autos que teriam atuado com diligência, em observância ao estabelecido no §1º do art. 56 da Instrução CVM nº 400/03. (parágrafo 60 do Termo de Acusação)

12. Nos termos da legislação aplicável à matéria, os acusados apresentaram suas razões de defesa, bem como as seguintes propostas de celebração de Termo de Compromisso:

12.1. Proposta de Eike F. Batista (fls. 462/468):

Em sua proposta de Termo de Compromisso, o proponente inicialmente reitera argumentos próprios de defesa, tais como que os assuntos tratados na reportagem de 04.04.08 nada mais eram do que informações "requestradas", extraídas de matérias e documentos públicos relacionados a empreendimentos anteriores do proponente; que a Oferta era dirigida exclusivamente a investidores institucionais, os quais são menos sensíveis aos impactos de influências indevidas em suas decisões de investimento; que o registro da Oferta foi concedido aproximadamente 60 (sessenta) dias após a publicação da citada reportagem; e que as considerações relativas à OGX e à Oferta, publicadas por diversos veículos de comunicação em 13.06.08, foram proferidas pelo proponente na cerimônia de lançamento das ações na BM&F Bovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuro ocorrida na mesma data, em breve discurso aos profissionais do Grupo EBX e a um pequeno grupo de convidados composto principalmente de pessoas envolvidas com a Oferta.

Ademais, afirma a inexistência de danos ao público investidor e compromete-se a pagar à CVM a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no prazo de 10 (dez) dias contados da publicação do Termo no Diário Oficial da União.

12.2. Proposta conjunta de Credit Suisse e José Olympio da Veiga Pereira (fls. 469/473):

Igualmente reiteram argumentos próprios de defesa, ao afirmarem que sequer restou caracterizada a responsabilidade do Credit Suisse (2), bem como que a única declaração de seu diretor teria sido prestada depois de encerrados os esforços de venda e se limitando a repetir informações já públicas. Arguem a inexistência de prejuízo passível de reparação e comprometem-se nos seguintes termos:

a) **José Olympio da Veiga Pereira** se compromete a pagar à CVM o valor total de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), no prazo de 10 (dez) dias da publicação do Termo no Diário Oficial da União; e

b) **Credit Suisse** se compromete a "fazer chegar a cada um de seus funcionários e administradores um comunicado ou circular, reiterando o conteúdo e alcance de suas políticas, o rigor de suas regras internas de conduta e a extensão do disposto na legislação aplicável, reforçando entre eles a importância do rigoroso cumprimento das regras aplicáveis a ofertas públicas."

13. Ao apreciar a legalidade das propostas, nos moldes da Deliberação CVM nº 390/01, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM – PFE/CVM manifestou-se pela inexistência de óbice para a análise pelo Comitê acerca da conveniência e oportunidade na celebração dos compromissos propostos pelos Srs. Eike F. Batista e José Olympio da Veiga Pereira. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 303/2009 e respectivos despachos, às fls. 475/481)

14. Quanto à proposta do Credit Suisse, por seu turno, a Procuradoria entendeu que não restou atendido o requisito do inciso II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, porquanto o mesmo apenas se compromete a "fazer chegar a cada um de seus funcionários e administradores um comunicado ou circular, reiterando o conteúdo e alcance de suas políticas, o rigor de suas regras internas de conduta e a extensão do disposto na legislação aplicável, reforçando entre eles a importância do rigoroso cumprimento das regras aplicáveis a ofertas públicas." Destacou-se que a análise da proposta apresentada deve levar em consideração não as convicções da PFE/CVM (exaradas em atendimento ao art. 9º da Deliberação CVM nº 538/08), mas sim a acusação formalizada pela área técnica competente que, no caso, é a SRE. E complementou:

"As questões referentes à análise de autoria e materialidade devem ser objeto da peça de defesa e analisadas quando do julgamento do processo pelo Colegiado desta Autarquia, já que os requisitos para suspensão do procedimento administrativo são apenas a cessação das atividades consideradas ilícitas e a correção das irregularidades apontadas, inclusive com indenização dos prejuízos, sob pena de subverter-se o instituto do Termo de Compromisso, transformando-o em verdadeiro julgamento antecipado em favor do acusado.

Assim sendo, levando em consideração a peça acusatória, embora não se constate a ocorrência de prejuízo individualizado a algum participante do mercado, o §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76 impõe a indenização dos danos difusos causados ao mercado de valores mobiliários (em razão do descumprimento da regra prevista no art. 48, IV, da Instrução CVM nº 400/03), que pode ser diretamente dirigida, através de medidas concretas, a esse mesmo mercado ou, indiretamente, na pessoa deste órgão regulador, que busca a proteção e o desenvolvimento do mercado através de inúmeros bens jurídicos economicamente intangíveis, como a confiabilidade, a transparência, a qualidade das informações fornecidas ao público, dentre outros (art. 4º da Lei nº 6.385/76).

Assim, a conduta ilícita imputada ao compromitente pode ser ressarcida através da apresentação de um compromisso que seja positivo para o mercado de valores mobiliários como um todo, em contrapartida às irregularidades apontadas, o que não ocorreu na presente hipótese."

15. Consoante faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 11.08.09, o Comitê decidiu negociar com os proponentes as condições das propostas de Termo de Compromisso, tendo em vista que os compromissos assumidos não se mostravam adequados ao escopo do instituto de que se cuida, notadamente à sua função preventiva, pois os valores ofertados não representavam valores suficientes para fins de inibir a prática de condutas assemelhadas, em linha com orientação do Colegiado.

16. Nesse sentido, e considerando as particularidades do caso concreto, o Comitê decidiu sugerir o aprimoramento das propostas. Em relação ao compromisso apresentado pelo Sr. **Eike F. Batista**, foi contraproposto o montante de **R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**. O Comitê levou em consideração recente decisão do Colegiado dessa Comissão, o qual rejeitou proposta semelhante à apresentada pelo compromitente em caso com características essenciais similares ao caso ora em análise(3). (Comunicado de negociação às fls. 482/484)

17. Já em relação a proposta apresentada em conjunto por **Credit Suisse e José Olympio da Veiga Pereira**, foi contraproposto o montante total de **R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)**, sendo R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o coordenador da oferta pública e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o Sr. José Olympio. O Comitê entendeu que a proposta do Credit Suisse consistia basicamente em uma atuação diligente, o que já lhe é exigido pelas normas que regem sua conduta, não se mostrando adequado ao instituto do Termo de Compromisso. A contraproposta do Comitê teve como referência compromisso firmado em outro processo, com características essenciais semelhantes ao processo em tela(4). (Comunicado de negociação às fls. 485/488)

18. Em 25.08.09, o Sr. Eike F. Batista manifestou sua concordância com os termos sugeridos pelo Comitê (fls. 489/490), assumindo obrigação pecuniária em favor da CVM no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

19. Em 26.08.09, Credit Suisse e José Olympio da Veiga Pereira apresentaram nova proposta no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um. Argüem que se basearam em precedente mais recente que aquele citado pelo Comitê em seu comunicado de negociação (RJ2008/4369), bem como na grande maioria de precedentes desta CVM envolvendo supostas infrações ao período de silêncio (fls. 491/493).

FUNDAMENTOS:

20. O parágrafo 5º do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, estabelece que a CVM poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela CVM e a corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

21. Ao normatizar a matéria, a CVM editou a Deliberação CVM nº 390/01, alterada pela Deliberação CVM nº 486/05, que dispõe em seu art. 8º sobre a competência deste Comitê de Termo de Compromisso para, após ouvida a Procuradoria Federal Especializada sobre a legalidade da proposta, apresentar parecer sobre a oportunidade e conveniência na celebração do compromisso, e a adequação da proposta formulada pelo acusado, propondo ao Colegiado sua aceitação ou rejeição, tendo em vista os critérios estabelecidos no art. 9º.

22. Por sua vez, o art. 9º da Deliberação CVM nº 390/01, com a redação dada pela Deliberação CVM nº 486/05, estabelece como critérios a serem considerados quando da apreciação da proposta, além da oportunidade e da conveniência em sua celebração, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto.

23. Quanto à proposta apresentada por Eike F. Batista, depreende-se que foi aperfeiçoada de sorte a contemplar obrigação que no entender do Comitê afigura-se adequada ao escopo do Termo de Compromisso, em especial sua função preventiva, considerando as características que permeiam o caso concreto. A juízo do Comitê, a proposta atende aos fins a que se destina, revelando-se conveniente e oportuna sua aceitação, cumprindo sugerir a designação da Superintendência Administrativo-Financeira – SAD para o atesto de seu cumprimento, bem como a fixação do prazo de 10 (dez) dias para o pagamento do valor ofertado, contados da publicação do Termo no Diário Oficial da União.

24. No que tange à proposta do Credit Suisse e seu Diretor, o Comitê admite que, conforme ressaltado pelos mesmos, a grande maioria de precedentes de Termo de Compromisso envolvendo supostas infrações ao período de silêncio aponta para o valor ora ofertado (R\$ 50.000,00 por proponente). No entanto, verifica-se que os fatos neles apurados são contemporâneos, já que se referem a ofertas públicas realizadas nos anos de 2005 e 2006. O mesmo se aplica ao PAS RJ2008/4369 (citado pelos proponentes), não obstante tenha tido sua proposta de Termo de Compromisso aprovada pelo Colegiado em 31.03.09. O caso concreto, por sua vez, mais se assemelha ao precedente considerado pelo Comitê (PAS RJ2008/3931), vez que trata de infração ao período de silêncio em oferta pública realizada em 2008, ocasião em que os participantes do mercado, em especial as instituições intermediárias, já deveriam estar bem mais familiarizados com a regra infringida.

CONCLUSÃO

25. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **aceitação** da proposta de Termo de Compromisso apresentada por Eike Fuhrken Batista e a **rejeição** da proposta apresentada em conjunto por Banco de Investimento Credit Suisse Brasil S/A e seu Diretor José Olympio da Veiga Pereira.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2009.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes
Superintendente Geral

Fernando Soares Vieira
Superintendente de Relações com Empresas em exercício

Fábio Eduardo Galvão Ferreira Costa
Superintendente de Processos Sancionadores

Adriano Augusto Gomes Filho
Superintendente de Fiscalização Externa em exercício

Roberto Sobral Pinto Ribeiro
Gerente de Acompanhamento de Mercado 1

Ronaldo Cândido da Silva
Gerente de Normas de Auditoria

(1) A Deliberação CVM nº 542, editada em 09.07.08, dispõe sobre a adoção de procedimentos preventivos e orientadores no âmbito da atividade fiscalizadora da CVM. Segundo os seus termos, podem as Superintendências, uma vez constatada a ocorrência de irregularidade praticada no âmbito do mercado de valores mobiliários, alertarem a pessoa física ou jurídica fiscalizada para o desvio observado, assinalando-lhe, se for o caso, prazo razoável para a devida correção. Uma vez corrigida a irregularidade apontada, a Superintendência afeta ao mérito do processo poderá, diante das circunstâncias do caso, promover o arquivamento do feito (incisos II e III).

(2) Nesse tocante, o Credit Suisse remete à manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à CVM – PFE/CVM, exarada no âmbito do presente processo em atendimento ao art. 9º da Deliberação CVM nº 538/08, o qual estabelece que, previamente à intimação dos acusados para apresentação de defesa, a Procuradoria emitirá parecer sobre o Termo de Acusação, analisando objetivamente a observância dos requisitos do art. 6º e o cumprimento do art. 11 da mesma Deliberação. Nesse parecer (fls. 123/126), a PFE/CVM manifestou-se no sentido da impossibilidade de imputação de qualquer infração ao Credit Suisse no caso concreto. Não obstante, a SRE não compartilhou do mesmo entendimento, tendo sido mantida a acusação face à referida instituição (Despacho às fls. 127/130).

(3) Trata-se do PAS RJ2009/1503, apreciado pelo Colegiado em reunião de 28/07/2009.

(4) Vide Termo de Compromisso firmado no âmbito do PAS CVM nº RJ2008/3931 (disponível no site da CVM)