

**PARECER SOBRE A FALSIDADE E A OCULTAÇÃO FRAUDULENTA
DE FATO RELEVANTE EM COMUNICAÇÕES AO MERCADO DE
VALORES MOBILIÁRIOS – CRIMES EM TESE**

- I. CONSULTA
- II. PREMISSAS
- III. HISTÓRICO
- IV. CONFIGURAÇÕES TÍPICAS
- V. CONCLUSÕES

I - CONSULTA

1. Trata-se de consulta realizada pelo empresário israelense Benjamim Steinmetz (Consultante) sobre a configuração, como crimes, de condutas que teriam sido praticadas por executivos da Vale S/A relacionados à divulgação de informações falsas ou à ocultação fraudulenta de fato relevante ao mercado ou aos acionistas sobre as circunstâncias da celebração e da posterior rescisão de contrato de *joint venture* com a multinacional BSG Resources Limited (BSGR) para a exploração de minério de ferro na mina de Simandou, na República da Guiné.

2. O Consulente apresentou, em 09 de outubro de 2020, ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro notícia-crime contendo relato desses fatos e solicitando a apuração.

3. Na notícia-crime, o Consulente sugere que os executivos da Vale teriam cometido crimes de falso e de omissão fraudulenta de fato relevante aos acionistas, arts. 299 e 177, §1.º, I, do Código Penal.

4. No presente parecer, será examinado se os relatos fáticos das condutas atribuídas aos executivos da Vale S/A podem, em tese, ser enquadrados nos aludidos tipos penais, como sugere o Consulente.

II – PREMISSAS

5. O parecer ora elaborado tem presente as afirmações de fato realizadas pelo Consulente e que, por sua vez, constam na notícia-crime apresentada ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

6. A notícia-crime baseia-se em relatório forense que contém exame de documentos e entrevistas.

7. Os documentos foram colhidos, em sua maioria, em processos de arbitragem e ação judicial dos quais a BSGR foi parte.

8. Já as entrevistas foram efetuadas em investigação privada contratada pelo Consulente com a empresa israelense Black Cube.

9. Junto com o material a ser avaliado, a Consulente apresentou parecer do Prof. Marco Antônio Marques da Silva da PUC/SP, de 08/09/2020, no sentido de que estas provas colhidas pela BSGR e acima referidas são válidas.

10. Observo, desde logo, que não cabe ao parecerista realizar investigação própria sobre os fatos.

11. Nem lhe cabe questionar os fatos que são afirmados na notícia-crime.

12. As conclusões definitivas acerca dos fatos e provas dependerão da investigação a ser realizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a partir da notícia-crime apresentada pelo Consulente.

13. Então necessário ressaltar, desde logo, que este parecer não contém afirmações próprias sobre fatos e provas, nem conclusões definitivas sobre a responsabilidade criminal dos envolvidos.

14. Trata-se apenas de uma avaliação, em tese, da caracterização típica de tipos penais a partir dos fatos afirmados pelo Consulente.

III – HISTÓRICO

III.1

15. Reproduzo, sinteticamente, os fatos relatados na notícia-crime e no relatório forense, observando as premissas estabelecidas no tópico anterior.

16. A BSGR detinha, desde 09 de dezembro de 2008, os direitos de prospecção sobre os blocos 1 e 2 da mina de Simandou na Guiné e que foram outorgados a ela durante o Governo do Presidente Lansana Conté.

17. Em 30 de abril de 2010, a Vale S/A celebrou um contrato de *joint venture* com a BSGR, controlada pelo Consulente, para exploração da aludida mina de Simandou, mediante o pagamento inicial de U\$ 500 milhões e o compromisso de efetuar o pagamento de U\$ 2 bilhões no curso do projeto. O contrato deu origem ao empreendimento comum,

sendo a nova empresa denominada de VBG – Vale BSGR Guineia (VBG).

18. Contudo, com a mudança em 2011 do Presidente da Guiné, houve alterações significativas das condições da concessão.

19. Em fevereiro de 2011, o recém-eleito Presidente Alpha Condé sinalizou que o minério de ferro a ser extraído da mina de Simandou deveria ser necessariamente escoado pela Guiné e não mais pela Libéria, como previsto inicialmente. Para tanto, a VBG teria que suportar os custos de construção de uma complexa rede logística estimada em mais de U\$ 25 bilhões, o que inviabilizaria o negócio.

20. Em setembro de 2011, foi promulgado um novo Código de Mineração para a Guiné e que estabelecia que o Estado passaria a receber 15% de participação em todos os projetos de mineração, para além de ter a opção de compra de outros 20%. No regramento anterior, perante o qual o contrato foi celebrado, não havia previsão de participação do Governo no projeto de mineração.

21. Na sequência, sob a alegação de que a concessão teria sido obtida mediante suborno e tráfico de influência, o novo Governo da Guiné constituiu, em outubro de 2012, um comitê técnico para apuração dos fatos. O comitê recomendou em março de 2014 a cassação dos direitos de prospecção da VBG, o que foi acolhido pelo Governo em abril do mesmo ano.

22. Mesmo diante da sinalização pela BSGR de que buscaria dar início a uma arbitragem contra o Governo da Guiné, a Vale S/A promoveu a instauração de arbitragem perante a London Court of International Arbitration (LCIA) contra a BSGR para ser ressarcida do investimento, argumentando que teria sido omitida pela BSGR a informação de que os direitos de prospecção teriam sido adquiridos mediante suborno.

23. O pedido foi julgado procedente em abril de 2019, com a rescisão do contrato e a condenação da BSGR a pagar à Vale USD 1.246.580.846,00 a título de restituição e indenização.

24. A BSGR e o Consultente pretendem buscar a anulação da arbitragem com o argumento de que há fatos e provas novas.

25. Junto com o material a ser avaliado, a Consultente apresentou parecer do advogado e renomado árbitro Gary Born, de 08/09/2020, no sentido de que a BSGR tem, em vista de fatos e provas novas, base para pleitear a revisão ou anulação da decisão de arbitragem.

26. Paralelamente, foi apresentada, em 09 de outubro de 2000, notícia-crime pelo Consultente ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para apurar as supostas condutas criminais imputadas aos executivos da Vale S/A. A consulta ora formulada resume-se a responder sobre o eventual enquadramento típico das condutas narradas na notícia-crime.

III.2

27. Uma questão relevante diz respeito às condições da obtenção da concessão dos direitos minerários em Simandou, especificamente se há ou não prova do pagamento de suborno pela BSGR.

28. Consta na notícia-crime que a apuração judicial sobre o suposto pagamento de suborno resultou na absolvição dos acusados (item 16 da notícia-crime).

29. Transcrevo o seguinte trecho da notícia-crime:

“No entanto, em 30 de março de 2020, a Corte de Primeira Instância de Kaloum, Conacri, na República da Guiné, declarou a não-culpabilidade das pessoas que estavam sendo investigadas na Guiné pelos supostos atos de corrupção e tráfico de influência (doc. 4)”

30. Como se verifica no documento pertinente, o Ministério Público da Guiné formulou acusação contra seis indivíduos de terem recebido vantagem indevida para influenciarem o Presidente da República para a concessão à BSGR dos direitos de concessão de direitos minerários sobre Simandou.

31. Verifica-se que a acusação criminal foi formulada a partir dos mesmos trabalhos do aludido comitê técnico que recomendou a cassação dos direitos minerários da BSGR sobre Simandou e que foi acolhido pelo Governo.

32. Na decisão judicial, consta a informação de que o Ministério Público desistiu das acusações por “não dispor de prova que poderia levar a Corte à condenação dos acusados”. Como consequência, a Corte declarou que os acusados “não são culpáveis pelos atos alegados contra eles”.

33. Reporta-se ainda a notícia-crime à ação promovida pela empresa australiana Rio Tinto PLC, outra das interessadas na exploração de Simandou, junto às Cortes norte-americanas contra a BSGR e a Vale S/A, e na qual ela alegava que teriam havido violações do *US Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO Law)* na obtenção pela BSGR e pela Vale dos direitos de exploração minerários (processo nº1:14-cv-03042-RMB-AJP). No entanto, a ação não prosperou, sendo inclusive objeto de comunicação ao mercado realizada pela Vale S/A (item 112 da notícia-crime).

34. Não há, portanto, registro na notícia-crime de ter havido, em qualquer jurisdição, o reconhecimento judicial de que os direitos de exploração de Simandou teriam sido obtidos pela BSGR por meios criminosos. Ao contrário, há informações de que ações judiciais nas quais tal fato era afirmado não teriam prosperado.

III.3

35. Alega o Consulente que os executivos da Vale S/A faltaram com a verdade em comunicados aos acionistas e ao mercado sobre as condições do negócio de aquisição e rescisão de direitos minerários de Simandou.

36. Segundo o Consulente, os executivos da Vale S/A acreditavam, ainda que erroneamente, que os direitos minerários haviam sido obtidos pela BSGR por meio de suborno e tráfico de influência. Mais, os executivos teriam omitido fraudulentamente de seus acionistas e do mercado tais suspeitas e os reais riscos da operação comercial em questão.

37. A Vale S/A, pretendendo retirar-se do negócio após as alterações de suas condições pelo Governo da Guiné, teria falsamente alegado desconhecer a suspeita de que teria havido pagamento de suborno pela BSGR a fim de obter a rescisão.

38. A Vale S/A, para eximir-se de suas responsabilidades pelo suborno e pela rescisão, teria invocado a realização de *due diligence* antes da aquisição, mas ocultado as falhas havidas nesse procedimento.

39. Transcrevo da notícia-crime (item 17):

“Além disso, após o encerramento da arbitragem perante a LCIA, eu, Benjamin Steinmetz, consegui reunir uma série de elementos que comprovam que:

(i) a Vale S.A. celebrou o contrato de joint venture acreditando, ainda que incorretamente, que os direitos exploratórios sobre a mina de Simandou teriam sido obtidos pela BSGR mediante suposta prática de atos de corrupção e tráfico de influência; e

(ii) ao longo dos últimos dez anos, os executivos da Vale S.A. vêm omitindo fraudulentamente dos seus acionistas informações relevantes sobre os reais riscos dessa bilionária

operação, bem como divulgando informações falsas acerca das condições nas quais o negócio foi celebrado.”

40. Ora, não é necessária grande digressão para lembrar a importância do mercado de valores mobiliários para o desenvolvimento econômico de qualquer país.

41. Bolsas de Valores Mobiliários e sociedades de capital aberto propiciam a mobilização do capital necessário, com limitação de responsabilidades para os acionistas investidores, para promover grandes empreendimentos econômicos.

42. No Brasil, desde a primeira lei de mercado de capitais, a Lei nº 4.728, de 14/04/1965, até modernização havida com a Lei nº 6.385, de 07/12/1976 e com a Lei nº 6.404, de 15/12/1976, com maior proteção dos acionistas minoritários e aprimoramento das regras de governança, o mercado de valores mobiliários passou por grande evolução, o que tem se refletido no aumento de sua importância para a mobilização de investimentos no Brasil.

43. Tal evolução reflete-se no incremento do volume diário de negociação. Tomando por parâmetro os períodos mais recentes, de um volume de cerca de R\$ 466 milhões por dia em 2002, chegou-se a R\$ 6,5 bilhões por dia em 2017, a R\$ 15,2 bilhões por dia em 2019 e a R\$ 25,9 bilhões por dia em 2020 (dados até 30/06)¹.

44. A Bolsa de Valores ainda propicia certa “democratização” do capital, o que é ilustrado pelo crescimento do número de pessoas naturais com conta aberta no mercado de valores mobiliários brasileiro. O número em 2002 era de 85.249 e atingiu cerca de 2,9 milhões até agosto de 2020².

¹ Fonte: <https://insight.economica.com/volume-financeiro-negociado-na-bolsa-b3/>, acesso em 03/11/2020.

² Fonte: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/noticia/2020/09/02/numero-de-pessoas-fisicas-na-bolsa-cresce-ainda-mais-em-agosto-e-encosta-em-3-milhoes.ghtml>, acesso em 03/11/2020.

45. Há, certamente, motivos sazonais para explicar a flutuação desses números, mas a série histórica não deixa dúvidas acerca da evolução tanto do volume de investimentos como do número de acionistas.

46. O mercado mobiliário depende de adequada regulação legal para proteção dos acionistas.

47. Entre os valores fundamentais, encontra-se a transparência das informações. O mercado, afinal, é baseado na confiança. A confiança exige transparência e acesso à informação veraz sobre as companhias de capital aberto.

48. De Nelson Hungria, extrai-se a seguinte lição já válida ao tempo da edição do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940, e ainda mais pertinente no momento atual de triunfo do mercado mobiliário:

“Não há negar que, nos tempos modernos, a sociedade por ações tem sido um instituto adequado ao ritmo da crescente intensidade do desenvolvimento econômico. Pelas vantagens que proporciona (possibilidade e rapidez de formação de vultosos capitais pelo concurso ou cotização do público, limitação das responsabilidades dos sócios às respectivas cotas acionárias, subdivisão dos riscos, transferibilidade das ações representativas de capital, sem perturbação na estrutura e funcionamento da sociedade, etc.), tornou-se o instrumento ideal para constituição e êxito de empresas comerciais ou industriais de grande envergadura, a cujos arrojos e vicissitudes não poderiam fazer face as outras formas de sociedade.”³

49. Assim, às companhias de capital aberto são atribuídos, pela legislação, deveres explícitos de transparência e de informação. Tais imposições visam conferir a necessária segurança à formação e aos investimentos de capitais nas companhias abertas.

³ HUNGRIA, Nelson; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal, volume VII: arts. 155 a 196*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 279.

50. A Lei n.º 6.404/1976, em seu art. 157, dispõe explicitamente sobre o dever de informar e de transparência dos administradores das companhias de capital aberto em relação aos acionistas e ao mercado em geral.

51. Os deveres de transparência e informação são abrangentes ao ponto de impor a revelação de “quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia” (art. 157, §1.º, “e”) e de “fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir de modo ponderável, na decisão dos investidores de mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia” (art. 157, §4.º).

52. O art. 2º da Instrução n.º 358, de 03/01/2002, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), confere definição abrangente ao “fato relevante”:

“Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação de assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável:

I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados;

II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários;

III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.

(...)”

53. Trata-se da consagração legislativa do princípio da *full disclosure*:

“O princípio do disclosure baseia-se na presunção de uma vez adequadamente provido das informações relevantes sobre a

companhia e sobre os títulos emitidos, o investidor tem condições de avaliar o mérito do empreendimento e a qualidade dos papéis.

O postulado básico da regulação do mercado de capitais, assim, é o de que o investidor estará protegido na medida em que lhe sejam prestadas todas as informações relevantes a respeito das companhias com os títulos publicamente negociados.”⁴

54. Ainda sobre o tema, extraio o seguinte trecho do voto do Relator Diretor Roberto Tadeu Antunes Fernandes no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2011/14514:

“De início, destaco que o sistema da lei societária é o do full disclosure, ou seja, o da total publicidade de atos e fatos que possam de qualquer forma afetar a tomada de decisão dos investidores sobre aquisição de valor mobiliário da companhia, e me parece incontroverso que o fato noticiado se caracterizava como fato relevante. Fato relevante, como se sabe, é aquele que pode influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia, ou, nas palavras do Diretor Pedro Marcilio ditas no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2006/5928: 1 ‘Fato relevante é o fato que tem o poder de alterar uma decisão de investimento de um investidor racional’, e, ainda nas palavras do Diretor: ‘o que importa é que o fato tenha força suficiente para alterar a decisão de investimento, independentemente de essa alteração vir a ocorrer (...)’”⁵

55. Tais informações aos acionistas ou ao mercado podem ser veiculadas pela companhia de capital aberto através dos seguintes e principais instrumentos:

⁴ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais: Regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 623.

⁵ Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2011/14514, j. 30/04/2013.

a) publicação de fatos relevantes que está regulamentada pela Instrução n.º 358, de 03/01/2002, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM);

b) apresentação de formulários de referência à CVM que está regulamentada pelo art. 24 da Instrução nº 480/CVM, de 07/12/2009; e

c) comunicados ao mercado previstos nos arts. 14 e seguintes da Instrução nº 480/2019/CVM.

56. Dos atos normativos citados, destaco a redação categórica do referido art. 14 da Instrução nº 480/2019/CVM:

“O emissor deve divulgar informações verdadeiras, completas, consistentes e que não induzam o investidor a erro.”

57. No presente caso, não há dúvidas sobre a importância estratégica para a Vale S/A da mina de Simandou já que esta apresenta uma das maiores reservas inexploradas de minério de ferro do mundo. Nessa linha, de igual importância se encontra a celebração e a rescisão da *joint venture* com a BSGR e todos os fatos relevantes atinentes ao negócio.

58. Para ilustrar a importância do negócio para a Vale S/A, encontra-se presente no relatório forense mensagem eletrônica enviada, em 19 de março de 2010, de José Carlos Martins, Diretor-Executivo de Ferrosos e Estratégia da Vale ao tempo dos fatos, a outros executivos da Vale comemorando efusivamente a celebração da *joint venture* com a BSGR e destacando a importância dela para a Vale S/A (item 173 do relatório forense). Transcrevo trecho:

“Informo que concluímos um acordo com a bsgr para adquirir em etapas ateh 75% de parte de simandean, na guine com quase 6 bilhoes de ton de recursos sendo 1,5 bi em hematitas compactas com ate 30% de lump.

(...)

Abrimos uma opção de crescimento fora do brasil com qualidade equivalente aos nossos melhores ativos!

“Não vai sair barato mas esse ativo eh uma opção que compramos para manter nossa liderança qualitativa e quantitativa no mercado de minério de ferro!”

59. Coerentemente com a relevância do negócio, a Vale S/A divulgou, ao longo do tempo, ao mercado e aos seus acionistas diversos fatos atinentes ao contrato com a BSGR. No primeiro deles, como ver-se-á em seguida, há expressa referência à relevância da mina de Simandou para o futuro da Vale S.A.

60. Em 30 de abril de 2010, a celebração de contrato de *joint venture* com a BSGR foi divulgada pela Vale S.A. como fato relevante:

*“Vale S.A. (Vale) informa que adquiriu da BSG Resources Ltd. (BSGR) participação de 51% na BSG Resources (Guinea) Ltd., que detém concessões de minério de ferro na Guiné, em Simandou Sul (Zogota) e licenças de exploração em Simandou Norte (Blocos 1 & 2). A Vale pagará pela aquisição desses ativos US\$ 2,5 bilhões, dos quais US\$ 500 milhões à vista, e os US\$ 2 bilhões restantes em etapas sujeitas ao cumprimento de metas específicas. Simandou Blocos 1& 2 e Zogota estão entre os melhores depósitos de minério de ferro ainda não explorados no mundo com alta qualidade e potencial para o desenvolvimento de projeto de larga escala e longa duração, com baixo custo operacional e de investimento. A joint venture entre Vale e BSGR implementará o projeto Zogota e conduzirá estudos de viabilidade para os Blocos 1 & 2, com a criação de um corredor logístico para escoamento através da Libéria. Pelo direito de escoar pela Libéria, a joint venture tem o compromisso de renovar 660 km da ferrovia Trans-Guiné para transporte de passageiros e cargas leves. A Vale será responsável pela gestão dos ativos, marketing e vendas da joint venture com a exclusividade do off-take do minério de ferro produzido. Como parte dos esforços para atingir nossas metas de produção futura, o primeiro investimento da Vale na província de minério de ferro do oeste africano será alavancado pela longa experiência em desenvolver com sucesso projetos de mineração de grande escala em ambientes tropicais. **Esta iniciativa***

fortalecerá a liderança global da Vale na indústria de minério de ferro como o principal fornecedor de produtos de alta qualidade e deverá criar valor significativo para seus acionistas no longo prazo. Desta forma, a aquisição de Simandou amplia a capacidade da Vale em atender com excelência a seus clientes em termos de logística e qualidade de produto.”⁶ (Grifou-se.)

61. Em 25 de abril de 2014, a revogação pelo Governo de Guiné da concessão de direitos minerários para a VBG, foi objeto de comunicação pela Vale ao mercado nos seguintes termos:

“A Vale S.A. (‘Vale’) informa que a República da Guiné revogou as direitos minerários para as áreas de concessão Simandou e Zogota detidas indiretamente pela VBG-Vale BSGR (Guinea) Limited (‘VBG’), uma joint venture na qual a Vale adquiriu uma participação de 51% da BSG Resources Limited (‘BSGR’) em abril de 2010. A decisão do governo de Guiné baseia-se na conduta fraudulenta relacionada à aquisição dos direitos minerários e faz referência a um relatório da Comissão Técnica para a Revisão de Títulos e Acordos Minerários (‘Comitê Técnico’), concluindo que as concessões minerárias foram contaminadas por atos de corrupção por parte da BSGR. O Comitê Técnico não identificou qualquer envolvimento da Vale na prática fraudulenta relacionada à aquisição dos direitos minerários, que ocorreu mais de um ano antes da Vale ter realizado qualquer investimento na VBG, e recomendou que o governo da Guiné adotasse medidas para excluir VBG e BSGR, assim como afiliadas da BSGR, de qualquer processo de realocação dos direitos minerários, porém não sugeriu nenhuma proibição da Vale participar desses processos. A Vale adquiriu sua participação na VBG somente após uma extensiva due diligence realizada por profissionais especializados e com base em declarações e garantias de que a BSGR teria adquirido

⁶ Fontes: item 102 da notícia-crime e <http://www.vale.com/brasil/pt/investors/information-market/press-releases/paginas/vale-acquire-simandou.aspx>, acesso em 03/11/2020.

todos os direitos minerários de forma legal e sem qualquer promessa ou pagamento indevidos ou corruptos. A Vale veementemente condena o uso de práticas de corrupção, reitera o seu compromisso com a governança corporativa transparente e está considerando seus direitos legais e opções.”⁷

62. Já em 23 de novembro de 2015, a Vale S/A divulgou decisão judicial, como fato relevante, que lhe era favorável e que foi prolatada pela Justiça norte-americana em ação movida contra ela pela empresa Rio Tinto em razão de fatos relacionados à mina de Simandou:

“A Vale S.A. (‘Vale’) informa que tomou ciência na última sexta-feira (20/11) da decisão do Tribunal Regional dos Estados Unidos para o Distrito Sul de Nova York rejeitando a demanda da Rio Tinto plc (‘Rio Tinto’) que alegava violações do U.S. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (‘RICO’) com relação à concessão de mineração em Simandou à BSGR pelo Governo da Guiné e subsequente investimento da Vale na VBG. Em 2014, o Governo da Guiné concluiu que a BSGR teria obtidos seus direitos de concessão, em 2008, por meio de corrupção de autoridades governamentais e revogou os direitos minerários da VGB, expressamente salientando que a Vale não tinha participação nenhuma nos atos cometidos pela BSGR. Em 30 de abril de 2014, a Rio Tinto iniciou processo contra Vale e BSGR, mesmo após a conclusão ao contrário do Governo da Guiné, alegando que a Vale estaria de alguma forma envolvida nos atos de corrupção da BSGR. O Tribunal Regional dos Estados Unidos decidiu que a reclamação da Rio Tinto tinha prescrito, pois os alegados atos teriam ocorrido em dezembro de 2008. Ademais, o Tribunal Regional dos Estados Unidos também concluiu que a demanda da Rio Tinto não continha requisitos mínimos para sua aceitação. Especificamente, a Rio Tinto não conseguiu provar qualquer relação da Vale com os alegados atos ilegais ou conspiração nos termos do RICO.

⁷ Fontes: item 108 da notícia-crime e <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/press-releases/Paginas/vale-informa-simandou.aspx>, acesso em 03/11/2020)

Sendo assim, ele rejeitou a jurisdição dos Tribunais dos Estados Unidos em relação à ação com base no RICO e todas as demais demandas da Rio Tinto. Desde o começo, a Vale manteve a mais firme convicção de que essas alegações não tinham mérito. A Vale está muito satisfeita com o reconhecimento pelo Tribunal dos Estados Unidos de que as alegações da Rio Tinto eram infundadas e sem mérito algum.”⁸

63. Em 9 de abril de 2019, a Vale S.A. divulgou sentença favorável emitida pela LCIA na arbitragem movida justamente contra a BSGR:

“A Vale S.A. (‘Vale’) anuncia que, em 5 de abril de 2019, foi notificada da decisão proferida por um tribunal arbitral em Londres condena BSG Resources Limited (‘BSGR’) a pagar à Vale o valor de US\$1,246 bilhão, mais juros e despesas, por fraude e violações de garantia pela BSGR, ao induzir a Vale a constituir uma joint venture para exploração da concessão de mina de minério de ferro na região de Simandou, República da Guiné. Em 2014, a República da Guiné revogou essa concessão com base em evidências de que a BSGR a teria obtido através de atos de corrupção envolvendo autoridades da República da Guiné, tendo concluído também que a Vale não participou de forma alguma nesses de corrupção. A Vale pretende tomar todas as medidas legalmente cabíveis para execução dessa decisão arbitral. Entretanto, não há quaisquer garantias quanto ao prazo e ao valor do recebimento.”⁹

64. Em 24 de abril de 2019, a Vale S/A divulgou novo comunicado ao mercado, reportando-se ao ingresso com processo judicial contra a BSGR para fazer cumprir a decisão arbitral a ela favorável:

“Vale S.A. (Vale) informa que entrou, em 23 de abril de 2019, com um processo judicial contra a BSG Resources Limited

⁸ Fontes: item 112 da notícia-crime e <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/press-releases/Paginas/vale-sobre-decisao-corte-norte-americana-caso-reclamado-pela-rio-tinto-relacionado-simandou.aspx>, acesso em 03/11/2020.

⁹ Fonte: item 113 da notícia-crime.

(‘BSGR’), na corte distrital do Southern District de Nova Iorque, para fazer cumprir a decisão arbitral contra a BSGR, totalizando mais de US\$ 1,2 bilhão (ou mais de US\$ 2,0 bilhões, considerando juros e despesas), que foi proferida em 4 de abril de 2019 por um tribunal de arbitragem sob os auspícios da London Court of International Arbitration. A decisão resulta de fraude e violações de representação e garantias feitas pela BSGR, uma companhia de propriedade do bilionário israelense Beny Steinmetz, ao induzir a Vale a adquirir da BSGR uma participação de 51% nas concessões detidas pela BSGR para desenvolver o que é reportado como sendo o maior depósito inexplorado de minério de ferro do mundo, em Simandou na República da Guiné e na concessão adjacente de Zogota. A Vale pagou um preço inicial de US\$ 500 milhões e investiu mais de US\$ 700 milhões, principalmente em Zogota, até que o Governo da Guiné revogasse as concessões, com base em evidências de que a BSGR as teria obtido através de atos de corrupção envolvendo autoridades da República da Guiné. O Governo da Guiné concluiu de forma explícita que a Vale não participou de forma alguma nesses atos de corrupção da BSGR. A decisão arbitral considerou uma investigação do Departamento de Justiça dos EUA, na qual um dos associados de Steinmetz, Frederic Cilins, foi gravado tentando obter e destruir, sob as ordens de Steinmetz, documentos que o incriminavam por conter evidências da corrupção, o que motivou a prisão de Cilins nos EUA. A Vale entrou e irá entrar com outros processos judiciais em outros países para fazer cumprir a decisão arbitral contra a BSGR, assim como contra pessoas conectadas com o caso, as quais a Vale acredita serem responsáveis solidários pela decisão, ou tenham recebido os pagamentos da Vale para BSGR, ou que tenham sido, de alguma maneira, responsáveis pelas perdas da Vale, conforme determinação do tribunal arbitral. A Vale também está investigando relatos recentes de que a BSGR teria feito um acordo com a República da Guiné através do qual a empresa receberia, através de uma companhia chamada Niron plc, os direitos relacionados a Zogota que, caso confirmados, seriam

ativos sujeitos ao cumprimento da decisão arbitral contra a BSGR.”¹⁰

65. Em 24 de setembro de 2019, a Vale S.A. divulgou novo comunicado ao mercado, tendo noticiado que o Tribunal Superior Inglês permitiu-lhe prosseguir com a execução da sentença arbitral:

“A Vale S.A. (‘Vale’) informa que, em 20 de setembro de 2019, o Tribunal Superior inglês decidiu que a Vale pode prosseguir com a execução da sentença arbitral de US\$ 2 bilhões, obtida contra a BSG Resources Limited (‘BSGR’) na Inglaterra. A sentença arbitral favorável a Vale foi proferida em 4 de abril de 2019, depois que o Tribunal Arbitral Internacional de Londres concluiu que a BSGR fraudou a Vale em relação ao investimento feito pela Vale no projeto de minério de ferro de Simandou, na Guiné. A Vale pretende continuar com as medidas para fazer cumprir a sentença contra a BSGR. Atualmente, move ação judicial contra a BSGR em Nova York, bem como na Inglaterra.”¹¹

66. Segundo a notícia-crime (itens 129-135), nos formulários de referência submetidos anualmente pela Vale S/A à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) também não foram feitas maiores referências aos riscos envolvendo a aquisição da BSGR de parte dos direitos minerários sobre Simandou.

67. No formulário de referência da Vale S/A relativo ao ano de 2013, a empresa reproduziu a declaração já vista acima em comunicado de fato relevante de que teria adquirido “sua participação na VBG somente

¹⁰ Fonte: <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/press-releases/Paginas/Vale-informa-sobre-processo-judicial-para-fazer-cumprir-decisao-arbitral-relacionada-a-Simandou.aspx>, acesso em 03/11/2020.

¹¹ Fontes: item 114 da notícia-crime e [http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/press-releases/Paginas/Vale-informa-sobre-autorizacao-para-executar-sentenca-arbitral-de-US\\$-2-bilhoes.aspx#:~:text=Rio%20de%20Janeiro%2C%202024%20de,%E2%80%9CBSGR%E2%80%9D\)%20na%20Inglaterra](http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/press-releases/Paginas/Vale-informa-sobre-autorizacao-para-executar-sentenca-arbitral-de-US$-2-bilhoes.aspx#:~:text=Rio%20de%20Janeiro%2C%202024%20de,%E2%80%9CBSGR%E2%80%9D)%20na%20Inglaterra), acesso em 03/11/2020.

após uma extensiva *due diligence* realizada por profissionais especializados”:

*“Guiné. A Vale adquiriu, junto à BSG Resources Ltd. (‘BSGR’), em 30 de abril de 2010 participação de 51% na BSG Resources (Guinea) Ltd., hoje denominada VBG – Vale BSGR Limited (‘VBG’) que detinha à época, concessões de minério de ferro em Simandou Sul (Zogota) e licenças de exploração em Simandou Norte (Blocos 1 & 2), na República da Guiné. Em abril de 2014, a República da Guiné revogou os direitos minerários para as áreas de concessão Simandou e Zogota detidas pela VBG. A decisão do governo de Guiné baseia-se na conduta fraudulenta relacionada à aquisição dos direitos minerários e faz referência a um relatório da Comissão Técnica para a Revisão de Títulos e Acordos Minerários (‘Comitê Técnico’), concluindo que as concessões minerárias foram contaminadas por atos de corrupção por parte da BSGR. O Comitê Técnico não identificou qualquer envolvimento da Vale na prática fraudulenta relacionada à aquisição dos direitos minerários, que ocorreu mais de um ano antes da Vale ter realizado qualquer investimento na VBG, e recomendou que o governo da Guiné adotasse medidas para excluir VBG e BSGR, assim como afiliadas da BSGR, de qualquer processo de realocação dos direitos minerários, porém não sugeriu nenhuma proibição da Vale participar desses processos. A Vale adquiriu sua participação na VBG somente após uma extensiva *due diligence* realizada por profissionais especializados e com base em declarações e garantias de que a BSGR teria adquirido todos os direitos minerários de forma legal e sem qualquer promessa ou pagamento indevidos ou corruptos. A Vale veementemente condena o uso de práticas de corrupção, reitera o seu compromisso com a governança corporativa transparente e está considerando seus direitos legais e opções”.*¹²

¹² Formulário de Referência do exercício social de 2013, p. 149, item 133 da notícia-crime.

68. No formulário de referência da Vale S/A relativo ao ano de 2014, constou informação similar:

“Guiné. Tínhamos uma participação de 51% na VBG-Vale BSGR Limited (‘VBG’), que detinha os direitos de concessão de minério de ferro em Simandou Sul (Zogota) e licenças de exploração em Simandou Norte (Blocos 1 e 2) na Guiné. Com a aprovação do código de mineração da Guiné em 2011 (alterado em 2013), o governo iniciou, em 2012, um processo de revisão de contratos existentes, visando a harmonização com o novo código. A VBG suspendeu os trabalhos nas áreas, após a comissão técnica criada pelo governo iniciar este processo de revisão. Em abril de 2014, o Governo da Guiné revogou os direitos minerários detidos pela VBG seguindo as recomendações técnicas de tal comissão, que concluíram que os direitos da VBG foram adquiridos por meio de práticas corruptas cometidas pela BSGR, sócia da Vale na joint venture VBG, previamente a entrada da Vale no projeto. A Vale adquiriu sua participação na VBG após a conclusão de uma extensa due diligence realizada por consultores externos, e com base em representações de que a VBG tinha obtido seus direitos minerários de forma legal e sem quaisquer garantias ou pagamentos impróprios. A decisão do governo não indica qualquer envolvimento da Vale nas alegadas práticas de corrupção e não proíbe a participação da Vale em qualquer redistribuição dos títulos minerários no futuro. Estamos avaliando nossos direitos e opções legais contra a BSGR. Em março de 2015, transferimos nossa participação da VGB para a BSGR. Esta transferência não representa nenhum tipo de acordo com a BSGR, e ainda temos os direitos para cobrar da BSGR as nossas perdas de investimentos na VBG.”¹³

69. Observa-se que a Vale S/A, em todos os comunicados de fatos relevantes e nos formulários de referência transcritos, sempre negou qualquer participação ou conhecimento prévio à formação da *joint venture*

¹³ Formulário de Referência do exercício social de 2014, item 7.5, pg. 163, item 134 da notícia-crime.

com a BSGR de que suspeitaria que teria havido qualquer ilícito, especificamente o pagamento de qualquer vantagem indevida, para obtenção por esta dos direitos de concessão minerários.

70. Além de negar participação e conhecimento, a Vale S/A informou que promoveu todo o procedimento de *due diligence* necessário antes de celebrar o negócio com a BSGR. Reporta-se, aliás, à *due diligence* como tendo sido “extensiva”. A *due diligence* foi assim utilizada pela Vale S/A como uma defesa para evitar ser responsabilizada por qualquer ilícito havido no negócio ou pela revogação da concessão promovida pelo Governo da Guiné com base nesse motivo.

III.4

71. Entre os itens 38 a 87 da notícia-crime, o Consultante reuniu uma série de documentos que, segundo ele, demonstrariam que os executivos da Vale S/A teriam suspeitas, mesmo antes da celebração do contrato de *joint venture*, de que a BSGR teria obtido mediante suborno e tráfico de influência os direitos minerários sobre Simandou.

72. Há diversas mensagens eletrônicas transmitidas no âmbito interno da Vale entre seus executivos (e-mails).

73. Destaquem-se algumas dessas mensagens mais relevantes.

74. Eduardo Echart, gerente geral de exploração de minérios da Vale S/A na África, elaborou relatório sobre reunião de 20 de janeiro de 2007 sobre negociação de direitos sobre mina de ferro na Guiné, com referência a contatos que manteve com Frederic Cillins e com uma das esposas do então Presidente da Guiné (item 39 da notícia-crime). O dado é relevante pois ambos constam nas posteriores notícias de subornos envolvendo a mina da Simandou.

75. Mensagem eletrônica de Marco Monteiro, Diretor da Vale S/A responsável por projetos de mineração na Guiné, em trocas de

mensagens entre 22 a 25 de outubro de 2008, na qual consta afirmação relevante sobre a BSGR:

“Uma outra empresa chamada BSGR está também muito ofensiva, mas agindo de forma anti-ética e conversando diretamente com uma das mulheres do presidente na tentativa de conseguir algo” (item 42 da notícia-crime).

76. Mensagem eletrônica de 24 de novembro de 2008 de José André de Castro Alves, Gerente de Avaliação de projetos de minérios de ferro da Vale S/A, na qual novamente consta referência à BSGR e das suas boas chances de obter a concessão de Simandou diante da boa relação com uma das esposas do então Presidente (item 43 da notícia-crime).

77. Em mensagem eletrônica enviada em 01 de dezembro de 2008 por Eduardo Echhart, gerente geral de exploração de minérios da Vale S/A na África, foi encaminhado, em anexo, arquivo de powerpoint com o título Projeto Venezia no qual consta afirmação explícita das suspeitas que recaíam sobre a BSGR e sobre o Governo da Guiné (itens 44 e 46 da notícia-crime):

“Atentar para o fato de que ambas têm histórico de casos de suborno e corrupção de alto nível no país e poderiam desta forma interferir no projeto Simandou. Particularmente no caso da BSGR que tem altíssima ligação com a 4ª mulher do presidente (...)”

“Porém, a acumulação dos fatores anteriores assim como a institucionalização da corrupção nos últimos mandatos de Conté em todas as esferas de poder que tem sido altamente promovido pelo pool de pessoas de confiança do presidente fazem dessa possibilidade uma alternativa remota a acontecer.”

“Nádia Touré – 4ª mulher do Presidente: Têm influência no governo. Colocou o irmão como diretor da BSGR e tem suspeitas de ter recebido em torno de 2MUS\$ para interferir no processo de outorgação dos 50% a ser tirado da RT para entregar/favorecer a

BSGR> poderia ser o primeiro passo de um esquema de pagamentos a ser definido no processo de dar BSGR os direitos.”

78. José André de Castro Alves, Gerente de Avaliação de projetos de minérios de ferro da Vale S/A, enviou mensagem eletrônica em 06 de abril de 2009 a outros executivos da Vale S/A sugerindo estratégia para adquirir da BSGR os direitos minerários de Simandou, tendo nela ressaltado o risco de governança de “ter a marca Vale associada a BSGR, apresentada pela mídia como corrupta” (item 48 da notícia-crime).

79. Em 14 de setembro de 2009, já após o falecimento do Presidente Lansana Conté, Eduardo Echhart, gerente geral de exploração de minérios da Vale S/A na África, enviou, por mensagem eletrônica, relatório de visita à Guiné e na qual informou, em síntese, que a BSGR corria riscos de perder a concessão sobre Simandou por falta de experiência e por controvérsias relacionadas à ligação da empresa com o anterior Presidente e uma de suas esposas (item 51 da notícia-crime):

“BSGR seem is currently in a weak position, despite their social-community efforts in the region of Keroane during 2008. Such rationale would not only be based on BSGR’s lack of expertise in Fe ore mining and the limited work completed in the property but also their controversial relationship with former presidente Conté, particularly one of the wives of the defunct presidente which sponsored BSGR in Guiné. A technical review of their tenements is obviously required. A review on the legal implications of our participation (in light of the agréments signed with Rio Tinto) on these areas is also required.”¹⁴

¹⁴ “BSGR aparenta estar no momento em uma posição frágil, apesar de seus esforços sociais e comunitários na região de Keroane durante 2008. Essa conclusão está baseada não só na falta de experiência da BSGR na mineração de ferro e no trabalho incompleto, mas também em sua relação controversa com o Presidente Conté, particularmente com uma das esposas do falecido presidente que patrocinou a BSGR na Guiné. A revisão técnica da concessão é obviamente requerida. Uma revisão das implicações legais da participação (à luz dos acordos assinados com a Rio Tinto) nessas áreas é igualmente exigida.”

80. Em mensagem eletrônica de 18 de março de 2010, Alex Monteiro, o executivo da Vale que liderou o procedimento de *due diligence* na aquisição dos direitos minerários da BSGR, revelou a Pedro Rodrigues, Diretor da Vale S/A, os riscos da operação (item 56 da notícia-crime):

“Pedro, qdo puder me liga, estamos em negociação com a BSGR, o Martins deu ordem para fechar. Estamos assumindo um risco gde de USD 500 MM, que eu não recomendaria, mas o DEJM mandou fechar. Alex.”

81. O mesmo Alex Monteiro enviou mensagem eletrônica em 13 de abril de 2010 para Fábio Barbosa, Diretor Financeiro da Vale S/A, na qual constam duas informações bastante relevantes sobre os problemas envolvendo a assinatura do contrato de *joint venture* com a BSGR (itens 60 e 68 da notícia-crime). Um, de que haveria riscos envolvendo o FCPA já no dia seguinte à assinatura do contrato. Dois, que, no procedimento de *due diligence*, a Vale S/A não teria conseguido revisar os livros e contas de quatro das empresas que viriam no pacote de aquisição. Transcrevo parcialmente:

“Tendo em vista os riscos jurídicos envolvidos, principalmente qto a FCPA, solicitei ao jurídico que fizesse chegar a vc parecer técnico, que só foi emitido ontem.

(...)

1) Se a decisão for por fechar, que se faça em Escrow (fiança bancária não elimina o risco FCPA). A posição dos advogados é clara, uma vez que consolidamos, corremos o risco de já estar quebrando o FCPA no D+1, visto que não conseguimos fazer um books and accounts review da 4 empresas que vem no pacote aquisição (domiciliadas em Guernsey, Guine, Liberia e BVI)”

82. Na mesma mensagem, consta afirmação explícita da incompletude da *due diligence* realizada para aquisição dos direitos minerários:

“Due diligence: o resultado da due diligence não eh satisfatório, tampouco exaustivo, eh preciso mais tempo e mais informações da outra parte. A proteção que inserimos foi de warranties e

indemnities para alguns issues, como tax, uncaped. Contudo para outras liabilities a indenização está uncaped.”

83. Em mensagem enviada na mesma data, Alex Monteiro, explicou adicionalmente o risco FCPA (item 61 da notícia-crime):

“Qto ao FCPA, adicionalmente ao que se comentou, pondero que o risco de fecharmos sem escrow não é apenas reputacional, mas sim ‘risk is of civil administrative liability to the SEC for the Company’ transcrevendo as palavras do especialista de FCPA do Clifford Chance.”

84. Esclareça-se, por oportuno, que as referências dizem respeito ao receio de que a Vale S/A fosse processada nos Estados Unidos com base no *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, de 1977, e que é utilizado, pelas autoridades daquele país, para processar empresas envolvidas no pagamento de suborno transnacional. Sobre ela:

“... o FCPA foi a primeira lei editada no mundo com o objetivo de coibir o pagamento de subornos para autoridades de governos de outros países por empresas e, a despeito de algumas inconsistências, ela ainda representa um inegável avanço no combate internacional à corrupção.”¹⁵

85. E ainda:

“O FCPA foi promulgado pelos EUA em 1977 com duas seções principais. A primeira delas trata de práticas antissuborno, a qual veda pagamentos de subornos a autoridades públicas estrangeiras, partidos políticos de outros países ou candidatos a cargos governamentais no exterior com o objetivo de obter ou manter negócios ou assegurar algum tipo de vantagem indevida. A segunda seção cuida de controle interno e manutenção de livros e registros contábeis, impondo às companhias com valores mobiliários listados em bolsas de valores nos EUA a obrigação de

¹⁵ POLILLO, Renato Romero. *Responsabilidade e corrupção*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 96.

*manter uma escrituração que reflita com clareza e exatidão todas as suas transações.*¹⁶

86. Ora, os administradores de companhias abertas devem, como dispõe o art. 153 da Lei n.º 6.404/1976, “empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

87. Se havia suspeitas concretas pela Vale S/A de que a BSGR teria adquirido os direitos minerários sobre Simandou mediante corrupção ou suborno, ela deveria ter se recusado a celebrar o negócio já que o vício gerava risco de revogação da concessão pelo novo Governo da Guiné e ainda expunha a Vale S/A a processos por violação do FCPA.

88. Aliás, o primeiro risco já se concretizou, uma vez que a concessão foi revogada e a Vale S/A perdeu o negócio, ainda que tenha buscado obter o ressarcimento do capital investido junto à BSGR.

89. De todo modo, é inequívoco que a suspeita de que a concessão teria sido obtida por corrupção e suborno e os riscos decorrentes de revogação, constituíam fatos relevantes atinentes à celebração do contrato de *joint venture* com a BSGR para exploração dos direitos sobre Simandou e que, portanto, ela, a suspeita, e os riscos deveriam ter sido comunicados ao mercado e aos acionistas, diminuindo a expectativas de ganho em relação ao negócio e alertando aos investidores os riscos potenciais. Tais fatos, enfim, enquadram-se na definição do art. 157, §4º, da Lei n.º 6.404/1976.

90. Mesmo diante das suspeitas e dos riscos decorrentes, a Vale S/A preferiu, segundo a Consulente, ignorá-los e prosseguir na celebração do contrato. Para se resguardar de responsabilização posterior, promoveu procedimento de *due diligence*, ou seja, contratou auditorias e investigações sobre a BSGR e sobre a forma pela qual esta teria obtido a concessão sobre Simandou do Governo da Guiné.

¹⁶ POLILLO, Renato Romero. op. cit, p. 107.

91. Questiona, porém, o Consultente a qualidade e os propósitos da *due diligence*, argumentando que ela teria realizada apenas com um subterfúgio para defesa futura da Vale no caso desfazimento do negócio.

III.5

92. Neste tópico, serão examinados os questionamentos do Consultente sobre o procedimento de *due diligence* realizado pela Vale S/A para a celebração do contrato de *joint venture* com a BSGR.

93. Foi identificado no material disponibilizado pelo Consultente um relatório de auditoria contratado pela Vale S/A da Ernest & Young (EY) e um relatório de investigação corporativa produzido pela empresa de investigação global Nardello & Co. LLP e que foi subcontratado pelo escritório de advocacia Clifford Chance LLP, por sua vez contratado pela Vale S/A

94. Afirma o Consultente que o procedimento de *due diligence* realizado pela Vale S/A para a aquisição dos direitos minerários da BSGR sobre Simandou foi conduzido em prazo extremamente curto diante da magnitude do negócio.

95. O primeiro *Head of Terms* firmado entre a Vale S/A e a BSGR em 19 de março de 2010 previa que a *due diligence* deveria estar finalizada em 29 de abril de 2010, ou seja, em pouco mais de um mês (item 63 da notícia-crime).

96. Alex Monteiro, o executivo da Vale que liderou o procedimento de *due diligence* na aquisição dos direitos minerários da BSGR, enviou, em 20 de março de 2010, mensagem eletrônica aos membros de sua equipe informando que disporiam do prazo de três semanas para a *due diligence*, já que o negócio teria que ser submetido ao Conselho de Administração da Vale em 19 de abril de 2010 (item 64 da notícia-crime):

“enclosed you find a draft of the MOU signed with BSGR yesterday, as well as some basic information on the Project itself,

reserves, location, etc. We aim at executing all definitive agréments related to this deal on 29th April. In the mean time we will have to submit to executive officers approval on April 19th, meaning that in practical terms we have 3 weeks to elaborate and agree with the other party.”¹⁷

97. A EY realizou o relatório de *due diligence* focada nos aspectos financeiros e tributários (*Project Hills: Tax and Financial Due Diligence Report*). O relatório tem a data de 11 de maio de 2010, tendo, portanto, sido finalizado após a data da celebração do contrato de *joint venture* entre a Vale S/A e a BSGR, que é de 30 de abril de 2010. Apesar da data do relatório, consta expressamente nele que o trabalho começou no dia 09 de abril e foi finalizado em 16 de abril (“our work commenced on 9 April and was completed on 16 April”, item 65 da notícia-crime), ou seja, teria durado poucos sete dias.

98. Já quanto ao relatório de investigação produzido pela Nardello & Co. LLP, não há informação precisa do tempo que levou para sua elaboração. É, porém, improvável que o prazo tenha sido superior às três semanas disponíveis à equipe da Vale S/A, conforme a referida mensagem de Alex Monteiro.

99. Examinando especificamente o relatório de *due diligence* elaborado pela EY, os contratos entre a EY e a Vale S/A ou mesmo as mensagens eletrônicas disponíveis entre o executivo da Vale S/A e os executivos da EY, há algumas constatações interessantes.

100. Pelo que se verifica nos contratos entre a EY e a Vale S/A, não se encontrava dentro do escopo dos serviços da EY investigar a prática de fraude ou de atos ilegais por parte da empresa adquirida, a BSGR.

¹⁷ “Em anexo, você encontrará um rascunho do Memorando de Entendimento assinado com a BSGR ontem, assim como alguma informação básica sobre o próprio Projeto, reservas, localização, etc. Nós miramos concluir todos os acordos definitivos relacionados a esse negócio em 29 de abril. No intervalo, nós teremos que submeter aos executivos para aprovação em 19 de abril, o que significa que em termos práticos nós temos três semanas para elaborar e concordar com a outra parte.”

101. No material disponibilizado pelo Consultente para o parecer, foram localizadas três cartas contendo os termos da contratação entre a EY e a Vale S/A. O conteúdo das cartas é muito semelhante, não sendo totalmente claro o motivo da existência de mais de uma, sendo uma explicação possível o progressivo ajuste dos termos de contratação. Elas têm como datas 12 de abril de 2010, 27 de abril de 2010 e 11 de maio de 2010.

102. Em todas elas, a EY agradece ter sido contratada para a realização de serviços de *due diligence* e encaminha os termos da contratação, incluindo o objeto dos serviços que serão prestados pela EY. Pede-se ainda que os anexos sejam assinados pela contratante e devolvidos. Apenas a carta de 27 de abril de 2010 teve os anexos assinados e devolvidos pela Vale S/A.

103. Na carta de 12 de abril de 2010, consta expressamente:

“The Services will not include procedures to detect fraud or illegal acts or to test compliance with the laws or regulations in any jurisdiction. None of the Services or Reports (as detailed in the General Terms and Conditions – Appendix C) will constitute any legal opinion or advice.”

104. Em tradução:

“Os serviços não incluem procedimentos para detectar fraude ou atos ilegais ou testes para verificar a conformidade com as leis e regulamentos de qualquer jurisdição. Nenhum dos Serviços ou Relatórios (como detalhados nos Termos Gerais e Condições – Apêndice C) irão constituir uma opinião legal ou conselho.”

105. Na carta de 11 de maio de 2010, consta o mesmo trecho expresso.

106. Na carta de 27 de abril de 2010, não consta mais trecho de teor equivalente. Consta, porém, o seguinte trecho:

“Whilst it is not the focus of our work, we will note and report back on matters which may increase bribery and corruption risk seen in the course of our work.”

107. Em tradução:

“Apesar de não ser o foco de nosso trabalho, nós iremos anotar e reportar sobre problemas que possam aumentar o risco de suborno e de corrupção vistos no curso de nosso trabalho.”

108. Também agregado o seguinte trecho:

“We understand you may wish to use the results of our work to assess the risk of the target’s non-compliance with the books and records provisions of the Foreign Corrupt Practices Act. Our work will not provide an opinion on FCPA compliance. We will report back only the findings of our work described above and you should draw your own conclusions.”

109. Em tradução:

“Nós entendemos que vocês podem desejar utilizar os resultados do nosso trabalho para avaliar o risco do alvo não ter cumprido as provisões do Foreign Corrupt Practices Act sobre a manutenção de livros e de registros. Nosso trabalho não irá providenciar uma opinião sobre compliance com o FCPA. Nós iremos reportar-nos somente sobre os achados de nosso trabalho descrito acima e você deverá extrair suas próprias conclusões.”

110. Depreende-se dos termos de contratação da EY que a *due diligence* contratada não incluiu qualquer verificação pela empresa de auditoria quanto à existência de provas ou indícios do envolvimento da BSGR em qualquer prática ilícita, incluindo de suborno ou de corrupção. A *due diligence* sequer abrangeu qualquer avaliação pela EY acerca da conformidade das práticas corporativas da BSGR com o FCPA.

111. Pelo que se depreende de algumas trocas de mensagens entre o executivo da Vale S/A Alex Monteiro com os responsáveis na EY sobre a auditoria, o escopo da *due diligence* foi objeto de expressa discussão.

112. Mensagem eletrônica de 21 de abril de 2010 de executivo da EY para Alex Monteiro revela que este havia solicitado alguma espécie de garantia da empresa de auditoria em relação aos riscos decorrentes de violação do FCPA pela aquisição dos direitos minerários da BSGR.

113. Em resposta, o executivo da EY pondera na mensagem que dar algum conforto à cliente a respeito de eventual violação da FCPA seria algo novo para empresas de auditoria (item 71 da notícia-crime). Poderiam, no entanto, realizar testes procedimentais sobre os controles existentes da BSGR e se necessário providenciar procedimentos de detecção de fraudes específicos se solicitados pelo escritório de advocacia envolvido na análise da transação, Clifford Chance (“CC”).

114. Não há mensagens adicionais que permitam avaliar se esses testes específicos foram então solicitados pelo cliente ou realizados pela EY.

115. Porém, pelo que se depreende dos termos dos serviços contratados anexados às cartas acima referidas, estes testes procedimentais não foram contratados ou realizados, ao final.

116. Forçoso concluir que se a *due diligence* promovida pela EY não tinha por objeto apurar as suspeitas de que a BSGR teria obtido a concessão de Simandou mediante suborno e sequer tinha como objeto apurar a conformidade dos livros e registros da BSGR com as regras do FCPA, não poderia ela ter sido invocada pela Vale S/A como escusa para celebrar o contrato de *joint venture* diante das suspeitas que tinha acerca de ilícitos de origem.

117. Nem poderia a Vale S/A invocá-la nos comunicados ao mercado e acionistas como uma escusa por ter celebrado o negócio e eximir-se de suas responsabilidades pelos riscos do desfazimento.

118. Ainda segundo o Consultente, teria sido constatado que a Vale S/A teria solicitado à EY a alteração do relatório de auditoria a fim de amenizar conclusões duras realizadas pela empresa acerca da deficiência dos sistemas de controle da BSGR.

119. Com efeito, foi identificada mensagem eletrônica de 24 de maio de 2010 do executivo da Vale S/A Alex Monteiro no qual ele reclamou do conteúdo do relatório de auditoria (item 74 da notícia-crime):

“I do not believe that the statement under 1.4 is supported by evidence you describe in the document. As I mentioned during the call, the poor internal control environment does give rise for fraud, whatever it can be. Saying that it shows the company is in the high end of bribery and corruption spectrum risk is not supported by any of your findings. Therefore, I truly believe a conclusion in this sense shall address the lack of control to prevent fraud, nothing beyond that can be the outcome of what you have listed.”

120. Em tradução:

“Eu não acredito que a declaração do item 1.4 está amparada pela prova que você descreve no documento. Como eu mencionei durante a chamada, o ambiente de controle fraco permite o surgimento de fraude, qualquer que seja ela. Afirmar que ela demonstra que a companhia está no nível mais alto do espectro de risco de suborno e de corrupção não é amparado por nenhum dos seus achados. Assim, eu acredito verdadeiramente que uma conclusão nesse sentido deve abordar a falta de controle para prevenir fraude, nada além disso pode ser o resultado do que você relacionou.”

121. Em resposta, executivo da EY enviou mensagem eletrônica, em 27 de maio de 2010, com o seguinte teor em resposta à Vale S/A (item 76 da notícia-crime):

“... we decided it may be best if we re-worded section 1.4 in order to remove any ambiguity, and to better reflected the wording use in our engagement letter. Please see attached. Let me know if

you are happy with the alterations and if so I will arrange for the final report to be issued.”

122. Em tradução:

“... nós decidimos que pode ser melhor reescrever a seção 1.4 de modo a remover qualquer ambiguidade e para melhor refletir as palavras usadas na nossa carta de contratação. Veja anexo. Avise-me se você está feliz com as alterações e, se positivo, eu vou cuidar para o relatório final ser emitido.”

123. Dessa forma, a Vale S/A interferiu no conteúdo do relatório de auditoria da EY para amenizar a linguagem e a afirmação da EY de que a BSGR careceria de controles adequados para prevenir suborno e corrupção e, portanto, estaria no “nível mais alto do espectro de risco”.

124. O fato, caso confirmado pela investigação, é mais um indicativo de que o real propósito da Vale ao contratar a *due diligence* era o de obter uma escusa para prosseguir no negócio a despeito das suspeitas que sobre ele pairavam, bem como obter uma garantia para evitar sua responsabilização no caso de revogação da concessão ou de processo por violação do FCPA.

125. Reforça esse indicativo a ausência de elementos probatórios que indiquem que a EY teria sido alertada pela Vale S/A das suspeitas concretas que esta já tinha, especificamente de que a concessão teria sido previamente obtida mediante suborno ou tráfico de influência, por exemplo, através da quarta esposa do Presidente falecido Lansana Conté. Disponibilizar essa informação a EY seria obrigatório se o escopo da *due diligence* pretendesse averiguar e afastar essa possibilidade.

126. Além do relatório de auditoria da EY, consta ainda no material disponibilizado pelo Consultante, um relatório de investigação elaborado pela empresa de investigação global Nardello & Co. LLP que foi contratada pelo escritório de advocacia Clifford Chance LLP, por sua vez contratado pela Vale S/A. O objetivo declarado era apurar as suspeitas em torno da BSGR e o eventual envolvimento dela no pagamento de subornos

ou tráfico de influência para obtenção dos direitos de exploração sobre Simandou.

127. Consta no relatório expressa informação de que o cliente, a Vale S/A, teria a intenção de celebrar contrato de *joint venture* com a BSGR e que, portanto, desejava que fossem investigados eventuais ilícitos na origem da concessão dos direitos minerários.

128. O relatório de investigação, com sessenta e três páginas, aborda extensivamente diversos fatos, como a relação da BSGR com a junta militar que assumiu após o falecimento do Presidente Lansana Conté, a relação da BSGR com o General Camara, os conflitos da BSGR com a Rio Tinto, entre outros. Conclui que, apesar dos rumores, não teriam encontrado qualquer prova do envolvimento da BSGR em suborno (“however, our investigation to date has not found evidence of bribery by Steinmetz”).

129. Chama, porém, a atenção a ausência de qualquer abordagem específica acerca do relacionamento entre a BSGR e o Presidente Lansana Conté, inclusive quanto à suposta relação especial entre a empresa e quarta esposa dele.

130. Como a Vale S/A suspeitava concretamente de que a BSGR teria obtido a concessão dos direitos minerários mediante suborno ou tráfico de influência junto à esposa do falecido Presidente (itens 74-79, retro), retro, é de se questionar porque o relatório não abordou esse ponto específico, já que foi tão minucioso em relação a outras questões.

131. Tal omissão não passou despercebida do relatório forense apresentado pelo Consulente:

“161. Também é importante observar que nenhuma dessas suspeitas indicadas pelas ‘bandeiras vermelhas’, fornecidas pelas fontes locais da própria Vale, são posteriormente analisadas detidamente no relatório da Nardello que a Vale solicitou durante o processo de due diligence em relação aos riscos de a operação violar a lei norte-americana de combate à corrupção transnacional, o FCPA.”

132. Na falta de outra explicação, o mais provável é que a Vale S/A não tenha informado a empresa de investigação das suspeitas concretas das quais dispunha, motivo pelo qual não foram abordadas no relatório de investigação.

133. Se o fato for confirmado pela investigação, constituirá mais um indicativo de que o real propósito da Vale ao contratar a *due diligence* não era o de averiguar se suas suspeitas procederiam, mas sim de obter uma escusa para prosseguir no negócio e garantir-se contra a responsabilização no caso de revogação da concessão ou de processo por violação do FCPA.

134. Também foi apresentado pelo Consulente relatórios do Departamento Jurídico da Vale que relacionam os riscos do negócio, incluindo não só as possíveis violações do FCPA, mas igualmente os de perda da concessão em decorrência múltiplos fatores, como a instabilidade política da Guiné e a falta de ratificação da concessão pelo parlamento (itens 80 e 82 da notícia-crime). Transcrevo trecho:

“Considerando o momento da ratificação da Concessão, não se pode confirmar que um novo Governo democraticamente eleito irá ratificar os atos do governo militar ou do governo interino.”

135. Foi ainda apresentada pelo Consulente a proposta de deliberação formulada perante o Conselho Administrativo da Vale S/A para celebração do contrato de *joint venture* com a BSGR (proposta de deliberação de 19 de abril de 2010 apresentada pela Diretoria Executiva de Ferrosos). Nela, não há maiores referências aos aspectos negativos do negócio, especificamente do risco da revogação da concessão, do risco de violação do FCPA ou das suspeitas de que ela teria sido obtida pela BSGR por meios ilícitos.

136. Os documentos internos da Vale S/A relacionados pela Consulente, incluindo mensagens eletrônicas trocadas entre seus executivos e terceiros envolvidos na *due diligence*, constituem elementos probatórios *prima facie*:

- a) de que a empresa tinha prévia e plena ciência dos elevados riscos pertinentes ao negócio;
- b) de que poderia perdê-los diante da insegurança política na Guiné; e
- c) de que a BSGR poderia ter obtido os direitos de concessão minerários mediante atos de corrupção e tráfico de influência.

137. Os documentos também sugerem que a *due diligence* contratada pela Vale foi manifestamente falha, com indicativos de que o objetivo da Vale S/A não era dissipar suas suspeitas sobre o negócio, mas obter um salvo conduto para nele prosseguir, ignorando os riscos existentes. Nessa linha, deve ser compreendido o já referido comentário de executivo da Vale sobre o resultado da *due diligence*, “não é satisfatório, tampouco exaustivo” (item 82, retro), e que, coerentemente opinou contra a conclusão do negócio.

138. Esclareça-se que não se cogita atribuir aqui qualquer responsabilidade à EY ou a Nardello pelas falhas da *due diligence*, uma vez que deveriam ter sido informadas pela Vale S/A das suspeitas concretas que esta tinha acerca do negócio e ainda, especificamente quanto à EY, sequer era o escopo de seu contrato averiguar suspeitas de corrupção ou de violação da FCPA pela BSGR.

II.6

139. O Consultante contratou a empresa israelense de investigação privada Black Cube para auxiliar a apuração dos fatos.

140. Referida empresa, segundo o Consultante, realizou entrevistas gravadas, presenciais e por telefone, com executivos da Vale S/A para colher informações sobre as circunstâncias da aquisição por ela de parte dos direitos minerários sobre Simandou. Tais entrevistas foram conduzidas sem qualquer espécie de coação e sem contrapartidas financeiras, conforme afirmado nos itens 57 e 58 do relatório forense.

141. Entre outros teriam sido entrevistados José Carlos Martins, Diretor-Executivo de Ferrosos e Estratégia da Vale ao tempo dos fatos, e Alex Monteiro, executivo da Vale que liderou o procedimento de *due diligence* para a celebração da *joint venture* com a BSGR.

142. José Carlos Martins, nas entrevistas, teria admitido que a Vale S/A foi alertada e que ela tinha ciência de que havia algo errado na concessão dos direitos minerários para a BSGR e inclusive que teriam sido alertados por empresas de investigação contratadas por competidores (itens 162-166, 220, 225, 255 do relatório forense). Em trechos da entrevista, ele ainda sugere que a Vale S/A deixou o negócio por conta das dificuldades impostas pelo novo Governo da Guiné, inclusive uma suposta tentativa de obter novo pagamento de suborno.

143. Alex Monteiro, na entrevista, revelou que foi contra a realização do negócio, pois suspeitava de que a concessão havia sido obtida ilicitamente, e porque não se tinha segurança de que o novo Governo da Guiné iria respeitar os atos praticados pelo anterior (item 218 do relatório forense).

144. Ambos admitem que a *due diligence* teria sido realizada para dar à Vale S/A segurança para realizar o negócio e que serviria como uma espécie de escusa para utilizar em seu favor caso surgissem, posteriormente, mais evidências de que a concessão teria sido obtida mediante suborno. Mesmo sendo a *due diligence* falha e mesmo tendo os executivos da Vale S/A suspeita de que havia algo errado, optaram por fechar os olhos e prosseguir no negócio.

145. Ainda segundo ambos, os riscos do negócio, incluindo a suspeita de corrupção e suborno, eram conhecidos por todos na Diretoria e no Conselho de Administração.

146. Transcrevem-se alguns trechos:

De José Carlos Martins:

“O negócio era muito bem estruturado, ok? Mas havia uma falha na origem.”

“Então, ele [Benjamin Steinmetz] ganhou a concessão. E ninguém na indústria de mineração a obteve. Por quê? Então, essa era a primeira pista, ok? Mas não foi somente por causa dos olhos azuis dele, mas ele a obteve [a concessão].”

“Eu sempre disse, ‘Por que esse cara obteve essa linda concessão? Por causa dos seus olhos azuis, seus belos olhos azuis? É impossível. Há alguma coisa de errado.’”

“E eu falei aos Diretores, eu disse isso, ‘Vejam, nós estamos entrando nesse negócio, mas nós estamos fechando nossos olhos’.”

“O cara [Benjamim Steinmetz] era muito bem relacionado mundialmente. E com boa aparência e bom de discurso e assim por diante. Mas nós sabíamos que havia algo de errado, nós não tínhamos dúvida sobre isso.”

“Todo mundo sabia, não havia qualquer segredo, ok?”

“A Diretoria estava ciente de tudo. Mas, você sabe, é a única porta de entrada aberta. Nós entramos por essa porta.”

“Mesmo quando nós falamos, um dos membros da Diretoria disse, ‘não me fale, eu não quero mesmo saber’.”

Alex Monteiro:

“Porque – bem, porque nós não estávamos – ao final do dia, nós não estávamos preparados para convencê-lo [o CEO da Vale]. E claro, a razão pela qual não estávamos aptos a convencê-lo era porque não tínhamos qualquer alegação com credibilidade. Toda a diligência que fizemos estava bem, mas ainda, havia aquele cheiro de algo que poderia ter sido feito errado.”

“Era porque principalmente havia uma regra na Guiné de que o Parlamento tem que confirmar uma licença que for concedida, uma licença que for concedida para uma empresa mineradora. E nesse caso porque não havia parlamento naquele período, porque o Governo teve que dissolver o parlamento, então aquele cara [Benjamim Steinmetz] não atravessou esse processo.”

147. Pelo que se depreende das declarações, que precisarão ser confirmadas, a Vale S/A tinha plena ciência dos riscos do negócio, inclusive do risco da concessão ser revogada pela suspeita de que teria envolvido suborno, tendo preferido fechar os olhos e prosseguir com o contrato.

II.7

148. Dos fatos e provas relacionados na notícia-crime acima sintetizados acima, verifica-se a aparente incongruência entre as informações disponibilizadas pela Vale S/A aos seus acionistas e ao mercado com as informações que ela mesmo dispunha a respeito do contrato celebrado com a BSGR para aquisição de parte dos direitos minerários sobre Simandou na Guiné.

149. Na comunicação ao mercado de 30 de abril de 2010 quanto à celebração do contrato de *joint venture* com a BSGR não há qualquer referência ao fato de que os executivos da Vale S/A suspeitavam que os direitos minerários obtidos pela BSGR teriam sido obtidos mediante corrupção ou tráfico de influência, fator que exporia a Vale S/A não só aos riscos de perder a concessão, mas também de incorrer em violação ao FCPA.

150. Quando o risco foi concretizado, ou seja, quando o novo Governo da Guiné revogou a concessão da VBG com base no argumento de que os direitos minerários teriam sido obtidos mediante corrupção e tráfico de influência, a Vale S/A, nos comunicados ao mercado e nos formulários de referência, adotou a estratégia de negar qualquer responsabilidade sobre os ilícitos ou ciência prévia acerca deles.

151. Para elidir qualquer responsabilidade, argumentou que atos de corrupção seriam imputáveis exclusivamente à BSGR e de que esta lhe havia garantido que os direitos de mineração teriam sido obtidos de forma lícita. Invocou ainda, em seu favor, a prévia realização de uma “extensiva due diligence”. Consignou ainda repúdio ao “uso de práticas de corrupção.

152. Com efeito, os comunicados de 25 de abril de 2014, 23 de novembro de 2015, 09 de abril de 2019, 24 de abril de 2019, bem como os formulários de referência relativos aos anos de 2013 e 2014, seguem esse padrão. No comunicado de 25 de abril de 2014 e nos formulários de referência dos anos 2012 e 2014, consta o mesmo trecho relativo à prévia *due diligence*:

“A Vale adquiriu sua participação na VBG somente após uma extensiva due diligence realizada por profissionais especializados e com base em declarações e garantias de que a BSGR teria adquirido todos os direitos minerários de forma legal e sem qualquer promessa ou pagamentos indevidos ou corruptos.”

153. Também os comunicados e formulários de referência omitem os riscos conhecidos pela Vale S/A de que a concessão poderia ser cassada diante da instabilidade política no Governo da Guiné, da falta de ratificação parlamentar da concessão e da suspeita de que a concessão teria sido obtida pela BSGR mediante corrupção e tráfico de influência. Também deixam de lado o risco de violação do FCPA.

154. Ainda superdimensionam a relevância da *due diligence*, qualificando-a como “extensiva”.

155. Entretanto, como já visto no tópico III.5, a *due diligence* contratada pela Vale foi manifestamente falha, com indicativos de que o objetivo da Vale S/A não era dissipar suas suspeitas sobre o negócio, mas obter um salvo conduto para nele prosseguir, ignorando os riscos existentes. Nessa linha, pode ser compreendido o já referido comentário de executivo da Vale sobre o resultado da *due diligence*, “não é satisfatório, tampouco exaustivo” (item 82, retro), e que, coerentemente opinou contra a conclusão do negócio.

156. Embora as conclusões definitivas demandem aguardar os desdobramentos das investigações decorrentes da notícia-crime, é possível falar-se, em tese, de violação dos deveres de comunicação e transparência pela Vale S/A aos seus acionistas e ao mercado quanto às reais condições da celebração da *joint venture* com a BSGR e da própria rescisão.

II.8

157. Apesar de não estar necessariamente relacionado com as fraudes ou as omissões nas comunicações da Vale S/A aos seus acionistas e ao mercado, o Consultante relata, incidentalmente na notícia-crime (itens 140-147), fato que pode dificultar as investigações e eventualmente caracterizar ato de obstrução a elas.

158. Na já aludida ação promovida pela Rio Tinto PLC contra a BSGR e a Vale S/A junto à Corte Federal do Distrito Sul de Nova Iorque (processo nº1:14-cv-03042-RMB-AJP), a Vale S/A, após ser instada a apresentar documentos sobre a aquisição dos direitos minerários em Simandou, informou que teria destruído comunicações eletrônicas e arquivos eletrônicos de pessoas chaves envolvidas no negócio, inclusive de Roger Agnelli (então Presidente da Vale S/A), Eduardo Ledsham (gerente geral de exploração de minérios da Vale S/A na África), José André de Castro Alves (Gerente de Avaliação de projetos de minérios de ferro da Vale S/A) e Fabio Barbosa (Diretor Financeiro da Vale S/A). A Vale S/A informou que teria por prática informal apagar a memória dos arquivos eletrônicos de todo executivo que deixasse a empresa, isso na mesma data da saída dele, e de apagar as comunicações eletrônicas do executivo um ano depois da saída.

159. Se essa ação foi mesmo praticada pela Vale S/A, ela pode dificultar a investigação e a completa elucidação dos fatos, já que os referidos executivos tiveram grande relevância na negociação dos direitos em Simandou, tendo, por exemplo, Fábio Barbosa, segundo

declarações de Alex Monteiro, se posicionado contrariamente ao negócio.

160. Segundo o Consulente, essa prática da Vale S/A contraria os deveres corporativos de conservação dos documentos da empresa estabelecidos na Lei norte-americana Sarbanes-Oxley e a qual ela estaria sujeita por negociar ações junto ao mercado de valores mobiliários daquele país: “a Lei Sarbanes-Oxley (SOx) estabelece para as companhias abertas o prazo de ao menos cinco anos como obrigatório para manutenção de documentos” (item 144 da notícia-crime). A lei vai além e ainda estabelece, na Seção 802(a), que a destruição deliberada de documentos para obstruir qualquer investigação por autoridades norte-americanas constitui crime sujeito a multa e a pena de prisão de até vinte anos.

161. Como a Vale S/A tinha suspeitas de que os direitos sobre Simandou haviam sido adquiridos mediante suborno ou tráfico de influência e inclusive contratou procedimento de *due diligence* para evitar a sua responsabilização, deveria ela ter se precavido e guardado todos os documentos pertinentes, inclusive as comunicações eletrônicas trocadas entre os executivos a respeito do negócio, já que poderia antever eventual investigação pelas autoridades norte-americanas. Aliás, como visto, os executivos da Vale S/A manifestaram receio expresso de que estariam violando o FCPA (item 81, retro, por exemplo), motivo pelo qual era mandatória a manutenção da documentação.

162. A abertura de investigações no Brasil a partir da notícia-crime, permitirá que o relato de destruição dos documentos seja averiguado e esclarecido. Mesmo se verdadeiro, talvez seja possível a reconstituição dos documentos mediante acesso a mensagens eletrônicas de eventuais outros executivos que tenham figurado nas trocas correspondentes de mensagens, de modo a esclarecer por completo os fatos. Em um ou outro caso, parece absolutamente relevante cientificar a Vale S/A de que tal prática, se ainda em vigor, é ilegal.

IV. CONFIGURAÇÃO TÍPICA

163. Diante da relevância do elemento da confiança para a prosperidade das sociedades por ações e do mercado de valores mobiliários, a legislação brasileira criminaliza a divulgação de informações falsas ou a ocultação fraudulenta de informações nesse contexto.

164. Dispõe o art. 177, §1.º, I, do Decreto-lei n.º 2.448, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal:

“Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:

I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;

(...)”

165. A mesma conduta já havia sido tipificada com redação bem semelhante no art. 168 do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, sendo este diploma depois revogado expressamente pela Lei n.º 6.404/1976:

“Art. 168. Observado o disposto no art. 2º, ns. IX e X, do Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, incorrerão na pena de prisão celular por um a quatro anos:

*1º, os fundadores, diretores, gerentes e fiscais, que, em prospectos, relatórios, pareceres, balanços ou comunicações ao público ou à assembleia, fizerem afirmações falsas sobre a constituição ou as condições econômicas da sociedade ou fraudulentamente ocultarem, no todo ou em parte, fatos a elas relativos,
(...)”*

166. Sobre o significado dos termos constantes referido inciso I do §1º do art. 177 do Código Penal, Luiz Regis Prado leciona:

“Relatório é o documento que reflete os negócios sociais estabelecidos pela empresa e os principais fatos administrativos do exercício findo, sendo apresentado na assembleia geral ordinária (art. 133, I, Lei 6.404/1976). Parecer é a manifestação que o conselho fiscal faz aos acionistas e à assembleia geral sobre o relatório anula, proposta da administração sobre o aumento de capital, emissão de debêntures, planos de investimento, balancetes, demonstrações financeiras do exercício social etc. (art. 164, Lei 6.404/1976). Balanço é o documento onde se expõe, ao final do exercício social, após o inventário do ativo e do passivo, a situação real da sociedade (art. 178, Lei 6.404/1976). Comunicação é o ato pelo qual a sociedade dá ciência ao público ou à assembleia geral de que algo ocorreu.”¹⁸

167. A norma protege não só o patrimônio dos acionistas, como dos investidores, ou daqueles que poderão interagir comercialmente com a empresa:

“A exatidão dos documentos ou comunicação a que se refere a lei não diz apenas com o interesse dos acionistas, mas também com o de terceiros que, induzidos pelos informes ali contidos,

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 10 ed., São Paulo: RT, 2015, p. 753.

poderão vir a entrar em ligação com a sociedade. (...) De modo geral, pode dizer-se que as informações contrárias à verdade ou omissivas desta são criminosas quando criam um dano potencial aos acionistas (progressividade de prejuízos) ou a terceiros (possibilidade de obtenção artificial de fundos).”¹⁹

168. O crime é formal, para configuração não se demanda que os acionistas ou o público tenham sofrido efetivo prejuízo pela divulgação da informação falsa ou pela omissão fraudulenta de informações.

169. Nada há de extravagante na legislação brasileira, seguindo ela um padrão mundial de proteção do mercado de ações, cada vez, aliás, mais intenso. Nos Estados Unidos, por exemplo, a proteção foi até mesmo reforçada após os escândalos envolvendo a Enron Corporation com o *Sarbanes-Oxley Act* de 2002:

“Securities fraud essentially refers to two things: lies by publicly-held companies and/or their agentes about the company, and buying or selling company stock by individuals who have access to information about the company that is not publicly available to the rest of us. Since the 1920s when the American stock market plunged, Congress has passed a number of statutes addressing these problems, including The Securities Act of 1933, The Securities Exchange Act of 1934, The Investment Company Act of 1940, The Investment Advisors Act of 1940, The Private Litigation Securities Reform Act of 1995, and the Sarbanes-Oxley Act of 2002.”²⁰

¹⁹ HUNGRIA, Nelson; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal, volume VII: arts. 155 a 196*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 286-287.

²⁰ BUCY, Pamela H. *White Collar Practice: Cases and Materials*. 3. Ed. American Casebook Series. Thomson West, 2005, p. 328. Em tradução: “Fraudes no mercado mobiliário referem-se essencialmente a duas coisas: mentiras por companhias de capital aberto e/ou mentiras de seus agentes sobre a companhia; e comprar ou vender ações da companhia por indivíduos que têm acesso a informação sobre a companhia que não está disponível publicamente ao resto de nós. Desde 1920, quando o mercado de ações afundou, o Congresso aprovou um número de leis que enfrentam esse problema, incluindo o The Securities Act of 1933, The Securities Exchange Act of 1934, The Investment Company Act of 1940, The Investment Advisors

170. Os fatos trazidos pela Consulente – e que terão que ser confirmados na investigação – revelam que os executivos da Vale S/A envolvidos na celebração da *joint venture* com a BSGR para exploração da mina de Simandou não agiram segundo os deveres de integridade corporativa que lhe cabiam.

171. Os administradores de companhias abertas devem, como dispõe o art. 153 da Lei n.º 6.404/1976, “empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

172. Deveriam, em princípio, ter se recusado a celebrar o negócio já que suspeitavam que a BSGR teria adquirido os direitos de concessão do Governo da Guiné mediante suborno ou tráfico de influência.

173. Consta, aliás, informação de que o executivo Alex Monteiro e o Diretor Financeiro Fábio Barbosa opinaram, por conta das suspeitas e do risco, pela não concretização do negócio.

174. Assim não procedendo, a Vale S/A deveria ter promovido uma real e extensiva *due diligence* antes da contratação.

175. A investigação corporativa teria que ser ampla e abrangente, o que não ocorreu. Somente com dissipação das suspeitas por uma profunda investigação corporativa, é que poderiam prosseguir no negócio.

176. A *due diligence* não pode ser contratada para servir como um subterfúgio para a realização do negócio ou como um álibi contra a responsabilização futura dos gestores da empresa.

177. Pela magnitude do negócio, com entrada de U\$ 500 milhões, é de se questionar que a *due diligence* tenha durado no máximo três semanas e não tenha abrangido, como informado pelos executivos, o

Act of 1940, The Private Litigation Securities Reform Act of 1995, and the Sarbanes-Oxley Act of 2002.”

exame dos livros e contas de todas as empresas que estavam sendo adquiridas.

178. Também cabe questionar os executivos da Vale S/A sobre terem ou não informado a EY ou a Nardello das suspeitas concretas que já dispunham de que a concessão teria sido obtida pela BSGR mediante suborno. Documentos internos da Vale S/A (tópico III.4) revelam que a Vale S/A tinha suspeitas muito concretas de que a BSGR teria obtido a concessão mediante suborno ou tráfico de influência, inclusive com citação da quarta esposa do Presidente Lansana Conté como a intermediária do acordo ilícito. Não obstante, no relatório da EY, no contrato celebrado ou nas mensagens trocadas entre agentes da EY e executivos da Vale, sequer há referência de que a Vale teria informado a EY as suspeitas concretas de que a BSGR, cujos direitos estavam sendo adquiridos, teria obtido a concessão mediante suborno. Por outro lado, embora o relatório de investigação da Nardello seja extenso e focado na averiguação da suspeita de ilícito, não há qualquer referência ao suposto episódio envolvendo a esposa do Presidente Lansana Conté, o que leva à conclusão *prima facie* de que a empresa de investigação não foi informada pela Vale acerca desta suspeita específica.

179. Além disso, executivo da Vale S/A atuou para que a linguagem mais dura inicialmente utilizada no relatório da EY, de que o ambiente de controle fraco na BSGR a colocaria no nível mais alto do espectro de risco de suborno e de corrupção, fosse substituída por declaração muito mais amena. Tal conduta é um indicativo de que a intenção da Vale era realizar o negócio e fechar os olhos para os riscos envolvidos.

180. Nessas condições, assiste aparente razão à Consulente ao qualificar a *due diligence*, nas circunstâncias nas quais foi realizada, mais com um subterfúgio malicioso para permitir a realização do negócio e evitar a futura responsabilização do que propriamente um procedimento para averiguar a correção da BSGR na obtenção da concessão.

181. Cabe ao executivo ou ao administrador da sociedade aberta, entre seus deveres de diligência, informarem-se para o desenvolvimento adequado dos negócios.

182. Sobre o tema, destaco o seguinte comentário sobre o entendimento da CVM sobre o dever de se informar dos administradores das companhias abertas:

“O dever de obter as informações necessárias, segundo a CVM, não se extingue com a mera apresentação de laudos ou opiniões especializadas emitidos por experts. O administrador deve também, sob pena de faltar com a diligência necessária na busca de informações, supervisionar, investigar e, inclusive, conferir o trabalho dessas fontes. Nesse sentido, a CVM, no julgamento do Processo Administrativo Sancionador n.º 08/05, Rel. Dir. Eli Loria, j. 12.12.2007, decidiu que a mera contratação de uma empresa de auditoria renomada não exime os administradores de responsabilização por infração ao dever de se informar, sobretudo quando existentes ‘flagrantes omissões’. Confira-se trecho do voto do Diretor Relator: ‘O dever de cuidado exige a desconfiança, inclusive de laudos técnicos e periciais, desde que fundamentada e nada mais natural que o administrador exija esclarecimentos e eventuais revisões de um trabalho contratado quando este apresenta flagrantes omissões’. O mesmo entendimento foi reiterado pelo Diretor Relator Eri Loria na decisão do Processo Administrativo Sancionador n.º 25/03, j. 25.03.2008: ‘A decisão fundada nessas opiniões não exime, de maneira alguma, o administrador do dever de analisar criticamente as informações a ele fornecidas, a fim de identificar eventuais problemas [...]. Uma vez detectados sinais de alerta que levem o administrador a suspeitas de que algo não está correto, incide sobre ele o dever de investigar esses pontos buscando esclarecimentos até que esteja seguro de que está lidando com a situação corretamente’. Além disso, no PAS CVM n.º 02/2008, Rel. Dir. Roberto Tadeu, j. 05.03.2013, foi consignado: ‘Da mesma forma, como dever de investigar, não deve o administrador se satisfazer com as informações que lhe são fornecidas pela parte

*interessada na contratação, deve ele diligenciar no sentido de obter informações de forma independente.*²¹

183. Em outras palavras, o dever de diligência, que inclui o de se informar, não é satisfeito com a juntada de relatórios ou laudos de empresas especializadas contratadas pela sociedade anônima. Deve o administrador ser diligente no exame e avaliação desses pareceres.

184. No caso, porém, as provas, *prima facie*, apresentadas pelo Consulente e já examinadas sugerem que a Vale S/A preferiu, com consciência, ignorar os riscos do negócio e utilizar o resultado de relatórios de *due diligence* que sabia que não era “satisfatório, tampouco exaustivo” (item 82, retro).

185. Com a violação, em tese, dos deveres de integridade corporativa pelos executivos da Vale S/A, segue-se a conclusão de que os comunicados ao mercado e a CVM acerca da celebração do contrato para exploração de Simandou e de sua posterior rescisão possuem omissões relevantes e afirmações não correspondentes à realidade.

186. Além da omissão das suspeitas em relação às circunstâncias da obtenção da concessão, há declarações que não correspondem à realidade sobre a qualidade da *due diligence*, bem como omissão pela Vale S/A dos demais riscos atinentes ao negócio, especificamente de que o novo Governo da Guiné poderia não respeitar a concessão anterior ou as condições dela e de que havia possível violação do FCPA.

187. Tendo a Vale S/A decidido, mesmo diante dos riscos, persistir no negócio (o que não deveria ter feito), deveria ela, no comunicado de 30 de abril de 2010, ter informado expressamente aos acionistas e mercado de que havia riscos de que novo Governo da Guiné não respeitaria a concessão outorgada pelo anterior.

188. No comunicado de 25 de abril de 2014 e nos formulários de referência relativos ao ano de 2013 e 2014, a Vale S/A também não

²¹ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. op. cit., p. 623.

deveria ter invocado a *due diligence*, muito menos a qualificado como “extensiva”, como escusa para eximir-se de qualquer responsabilidade pela revogação da concessão, já que, como visto, ela aparenta ter sido um mero subterfúgio para permitir a negociação e eximir a Vale de eventual responsabilização pela futura revogação da concessão ou por infração da FCPA.

189. Como os fatos omitidos e os fatos exagerados colocaram em risco a integridade do negócio e os próprios direitos da Vale em relação a ele, é evidente a sua relevância jurídica.

190. Embora a Vale S/A tenha se sagrado vitoriosa na primeira arbitragem contra a BSGR, persiste o risco jurídico de anulação da decisão, já que, ao que tudo indica, os fatos objeto da notícia-crime foram descobertos somente após a primeira arbitragem.

191. Além disso, as suspeitas de que a concessão teria sido obtida por meios ilícitos e de que o ela, a concessão, não seria validada pelo novo Governo da Guiné, constituem riscos que não poderiam ter sido omitidos do mercado e dos acionistas quando da comunicação da celebração da *joint venture*.

192. O procedimento de *due diligence* até poderia servir como um escudo à Vale S/A, mas não na forma e nas circunstâncias nas quais foi realizado.

193. Afinal, os fatos, da forma como ocorreram, expuseram e expõe a Vale S/A a riscos de processos internos e estrangeiros.

194. Tratando-se, como a Vale S/A informou nos comunicados, de negócio de cerca de US\$ 2,5 bilhões, tendo por objeto “o maior depósito inexplorado de minério de ferro do mundo”, não é possível deixar de reconhecer o impacto econômico da transação e a sua relevância para o mercado mesmo para uma empresa da dimensão da Vale S/A.

195. Cabe aqui ressaltar que não há qualquer elemento de prova que aponte a responsabilidade da Vale S/A por pagamento de subornos na concessão pelo Governo da Guiné, pelo menos durante a Presidência

de Lansana Conté, dos direitos minerários a BSGR sobre a mina de Simandou, sequer há suspeita ou afirmação nesse sentido.

196. Entretanto, *prima facie*, a Vale S/A, para aquisição de 51% desses direitos, deveria ter realizado uma investigação corporativa exaustiva e sem vícios. Não tendo feito e tendo persistido na celebração da *joint venture*, não poderia invocá-la como uma escusa de sua responsabilidade no desfazimento do negócio, ocultando que tinha ciência dos riscos e faltando com a verdade quanto à qualidade e à extensão da *due diligence*.

197. Foram, portanto e em tese, omitidas ou falseadas aos acionistas e ao mercado as reais condições do negócio e as responsabilidades da Vale S/A.

198. Não satisfaz o princípio da *full disclosure*, que é essencial para a confiança que deve prevalecer no mercado de valores mobiliários, a publicação, pelos dirigentes da companhia aberta, de informações incompletas ou deliberadamente inconsistentes com a realidade. As informações, como vem decidindo a CVM, devem ser verdadeiras, precisas e completas.²²

199. Em tese, os fatos enquadram-se no tipo penal do art. 177, §1.º, I, do Código Penal, já que foram falseadas ou ocultadas fraudulentamente dos acionistas e do mercado as reais condições do negócio celebrado com a BSGR relativamente à mina de Simandou.

200. Poder-se-ia cogitar igualmente da tipificação do crime de falsidade ideológica do art. 299 do Código Penal. Nelson Hungria, por exemplo, admite concurso formal entre o crime do art. 177 e os dos artigos 297 a 299 do Código Penal:

²² Sobre o tema, extraio o seguinte trecho do voto do Relator Diretor Pablo Renteria da CVM no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/13353: “Como todos sabem, um dos pilares da regulação do mercado de valores mobiliários é o princípio do full and fair disclosure, segundo o qual os investidores devem ser capazes de tomar as suas decisões econômicas dispondo do mesmo nível de informação sobre os emissores e seus valores mobiliários. A informação deve ser verdadeira, precisa e completa.”

“Pode haver concurso com o crime de falsidade material ou ideológica. Assim, a apresentação de balanço intrinsecamente falso encerra dois crimes, em concurso formal: o de que ora se trata e o do art. 299 ou 304. No caso de concurso de agentes, aplica-se, sem qualquer limitação, a regra do art. 25.”²³

201. No entanto, entendo que, no caso, o falso se resume aos próprios comunicados e formulários de referência, nos quais foram ocultados fraudulentamente dos acionistas os riscos do negócio relativos à Simandou e utilizado, como escusa da responsabilidade da Vale S/A quanto ao desfazimento do negócio, o procedimento de *due diligence* e que a Vale S/A sabia ser deliberadamente deficiente tanto na amplitude como no conteúdo, já que não teria afastado as suspeitas da própria Vale S/A quanto à integridade do negócio. Assim sendo, pelo critério da especialidade, o conflito aparente de normas resolve-se pelo enquadramento das condutas no tipo específico do art. 177, §1º, I, do Código Penal, com prejuízo do crime de falsidade ideológica, art. 299 do Código Penal.

202. Assim agindo, as reais condições do negócio e as reais responsabilidades da Vale S/A sobre a rescisão do negócio foram falseadas e omitidas, de forma fraudulenta, dos acionistas e do mercado, o que, em tese, pode configurar o crime do art. 177, §1º, I, do Código Penal.

V. CONCLUSÕES

203. Ante o exposto, respondo os quesitos apresentados pelo Consultante.

I - As condutas narradas na referida notícia de crime, e acima sintetizadas, podem caracterizar a prática do crime de fraude na

²³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. op. cit., p. 288.

administração da sociedade por ações, previsto no artigo 177, § 1º, I, do Código Penal?

Sim, em tese. Caso a investigação confirme os fatos apresentados pelo Consulente e não sejam apresentadas escusas idôneas pelos investigados, os executivos da Vale S/A teriam, em tese, prestado afirmações falsas e ocultado fraudulentamente do mercado e de seus acionistas as reais condições do negócio celebrado com a BSGR acerca dos direitos de exploração sobre Simandou e sobre os motivos da rescisão posterior.

II - As informações apresentadas falsamente e/ou omitidas indevidamente dizem respeito ou podem afetar as condições econômicas da sociedade, de forma a autorizar a caracterização do tipo penal do artigo 177, § 1º, I, do Código Penal?

Considerando a magnitude do negócio envolvendo a mina de Simandou, de cerca de 2,5 bilhão de dólares, e também qualificada como o maior depósito inexplorado de minério de ferro do mundo, e que as afirmações falsas e ocultações fraudulentas expuseram e expõe a Vale S/A a riscos de processos internos e estrangeiros, inclusive a anulação da arbitragem, as fraudes verificadas são aptas a caracterizar, em tese, o tipo penal do art. 177, §1.º, I, do Código Penal.

III – As condutas narradas na referida notícia de crime, e acima sintetizadas, podem caracterizar a prática do crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal)? As informações apresentadas falsamente e/ou omitidas indevidamente têm relevância jurídica para o efeito da tipificação pretendida?

Embora configurada, em tese, a falsidade de informações constantes nos comunicados ao mercado e nos formulários de referência apresentados pela Vale S/A, bem como a omissão fraudulenta de declarações que deles deveria constar, aplica-se, pelo critério da especialidade, somente o tipo penal do art. 177, §1.º, I, do Código Penal, sendo o crime de falsidade ideológica preterido pelo tipo específico no conflito aparente de normas.

204. Este é o meu parecer jurídico, respeitadas eventuais opiniões em contrário.

Curitiba, 04 de novembro de 2020.



Sergio Fernando Moro²⁴
OAB/PR nº 105.239

²⁴ Sergio Fernando Moro é advogado e Professor no Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba e no Centro Universitário de Brasília – Uniceub, Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná, foi juiz federal e Ministro da Justiça e Segurança Pública. Recebeu, em 2018, o título de Doctor of Laws, *honoris causa*, pela University of Notre Dame. O currículo completo está disponível em <http://lattes.cnpq.br/9501542333009468> .