

Declaração de Voto do Presidente Marcelo Fernandez Trindade

A questão em debate neste processo diz respeito à manutenção, pelos acionistas titulares de ações preferenciais aos quais seja concedido direito temporário de voto (na forma do art. 111 da Lei 6.404/76), dos direitos de pedir a instalação e de eleger em separado um membro do conselho fiscal (na forma do art. 161, §2º e § 4º, respectivamente, da Lei 6.404/76).

O tema tem outras conseqüências potenciais, pois há outros direitos da mesma natureza conferidos pela Lei aos acionistas titulares de ações preferenciais, como o de eleger, em separado ou em conjunto com os acionistas minoritários titulares de ações ordinárias, membros do conselho de administração (Lei. 6.404/76, art. 141, §§ 4º e 5º).

Examinando a questão à luz da natureza do direito conferido pela lei tanto na eleição dos membros do conselho fiscal, quanto do conselho de administração, por acionistas minoritários titulares de ações ordinárias e acionistas titulares de ações preferenciais, não se pode negar que tal direito constitui-se em um mecanismo legal de fiscalização da administração (e indiretamente do acionista controlador).

Sendo essa a natureza de tais direitos, não está o interprete autorizado a restringir sua incidência sem base muito clara nas normas legais, pois se trata de direito que nem o estatuto, nem a assembléia geral, podem afastar (art. 109, III, da Lei das S.A.).

Poder-se-ia sustentar, evidentemente, que a restrição ao direito de eleger membros do conselho fiscal (e de administração), durante o período em que fosse conferido o direito de voto, decorreria da própria lei, o que afastaria a incidência da regra do art. 109. E isto porque, nos artigos citados, a lei utiliza, em geral, dois conceitos: ações *com direito a voto*, sem especificar se ordinárias ou preferenciais (e portanto abrangendo estas últimas, quando tenham direito de voto), e ações *preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito* (1). Veja-se a redação da Lei:

"Art. 141. *omissis*...

§ 4º Terão direito de eleger e destituir um membro e seu suplente do conselho de administração, em votação em separado na assembléia-geral, excluído o acionista controlador, a maioria dos titulares, respectivamente:

I - de **ações** de emissão de companhia aberta **com direito a voto**, que representem, pelo menos, 15% (quinze por cento) do total das ações com direito a voto; e

II - de ações **preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito** de emissão de companhia aberta, que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social, que não houverem exercido o direito previsto no estatuto, em conformidade com o art. 18.

§ 5º Verificando-se que nem os titulares de **ações com direito a voto** e nem os titulares de **ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito** perfizeram, respectivamente, o quorum exigido nos incisos I e II do § 4º, ser-lhes-á facultado agregar suas ações para elegerem em conjunto um membro e seu suplente para o conselho de administração, observando-se, nessa hipótese, o quorum exigido pelo inciso II do § 4º."

(grifou-se)

"Art. 161. *omissis*

§ 2º O conselho fiscal, quando o funcionamento não for permanente, será instalado pela assembléia-geral a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) das **ações com direito a voto**, ou 5% (cinco por cento) das **ações sem direito a voto**, e cada período de seu funcionamento terminará na primeira assembléia-geral ordinária após a sua instalação.

omissis

§ 4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas:

a) os titulares de **ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito**, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os **acionistas minoritários**, desde **que representem**, em conjunto, **10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto**;

b) ressalvado o disposto na alínea anterior, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea a, mais um."

(grifou-se)

Parece-me, contudo, que não há base clara para, a luz dessa redação, incluir *a priori* os acionistas titulares de ações preferenciais às quais seja concedido temporariamente o direito de voto do art. 111 da Lei, no conceito de acionistas *com direito a voto* a que se referem, respectivamente, os §§ 2º e 4º do art. 161.

Sobre o tema, colhe-se a autorizada lição de Alfredo Lamy Filho:

"Com efeito, a ação preferencial não se converte em ordinária com o não pagamento de dividendos. Apenas adquire, transitoriamente, o direito de voto, que perderá tão logo seja restabelecida a normalidade das vantagens econômicas que lhes foram asseguradas: **mantém todos os privilégios com que foi criada**, a preferência dos dividendos, que se farão valer tão logo a situação financeira da companhia o permita; **o direito de eleger, em separado, um membro do conselho fiscal (art. 161, §4º, alínea a)**; e, se lhe houver sido assegurada alguma vantagem política (eleição, em separado, de administradores, nos termos do art. 18 da Lei) continua no gozo integral dessas vantagens. Portanto, ação preferencial, mesmo quando adquire direito de voto, continua ação preferencial, sujeita à sua lei e no gozo de seus privilégios".

(Parecer: Oferta Pública por Alienação de Controle e as Ações Preferenciais com Direito de Voto por não Pagamento de Dividendos, *in* A Lei das S.A., com José Luiz Bulhões Pedreira, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª ed., 1996, Vol. II, p. 640 – grifou-se)

Adicionalmente, a redação do art. 111 da Lei 6.404/76 parece fazer diferença entre o *direito de voto* e o *direito a seu exercício*, estabelecido temporariamente. Veja-se a redação da norma:

Art. 111. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no artigo 109.

§ 1º As **ações preferenciais sem direito de voto** adquirirão o **exercício** desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.

§ 2º Na mesma hipótese e sob a mesma condição do § 1º, as ações preferenciais **com direito de voto restrito terão suspensas as limitações ao exercício desse direito.**

§ 3º O estatuto poderá estipular que o disposto nos §§ 1º e 2º vigorará a partir do término da implantação do empreendimento inicial da companhia."

(grifou-se)

Em suma: as ações preferenciais *sem direito a voto* adquirem temporariamente o direito de votar, **mas não se tornam ações preferenciais com voto**, pois tal direito é temporário, cessando quando do pagamento dos dividendos.

É preciso, contudo, temperar a afirmação de que as ações preferenciais sem direito a voto conservam todos os seus direitos. Esse temperamento é imperativo quando os titulares de tais ações preferenciais assumirem, temporariamente, o poder de comando da companhia, elegendo a maioria de seus administradores.

Nesses casos, parece-me bastante claro que os acionistas titulares de ações preferenciais que elegerem a maioria dos administradores **não poderão** exercer o direito de eleição de membros do conselho fiscal ou de administração destinados à minoria, devendo tal prerrogativa ser outorgada aos **demais** acionistas titulares de ações preferenciais, aplicando-se, portanto, o Parecer de Orientação 19 da CVM.

Também me parece importante ressaltar que outros direitos eventualmente conferidos pelo Estatuto às ações preferenciais sem voto, que não se constituam em direitos essenciais, a teor do art. 109 da Lei, poderão eventualmente cessar, enquanto perdurar o direito de exercer o voto por força do art. 111. Isto dependerá, naturalmente, do exame dos casos concretos.

Com estas observações, estou de acordo com a conclusão do voto da Diretora Relatora.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2005

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente

[\(1\)](#) Como se viu da transcrição, a lei também utiliza as expressões "*ações sem direito de voto*" e "*acionistas minoritários*", mas sem pertinência com o debate deste caso.