

Interessado: Duke Energy International Geração Paranapanema S/A.

Assunto: Recurso contra entendimento da SEP.

Diretor-Relator: Eli Loria

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela Duke Energy International Geração Paranapanema S/A ("DUKE"), protocolado em 23/07/07 e acostado às fls.01/10, contra o entendimento da SEP, manifestado por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 585/07, de 09/07/07 (fls.101/102 do Processo RJ2007/0005), no que se refere à possibilidade de conversão de ações ordinárias em preferenciais, a luz do artigo 7º do estatuto social da companhia⁽¹⁾ (fls.62/75 do Processo RJ2007/0005).

A DUKE entende que a eficácia do art. 7º do seu Estatuto Social resta, momentaneamente, prejudicada, em virtude da empresa manter a condição de companhia aberta.

A SEP, por seu turno, entende que o art. 19 ⁽²⁾ da Lei nº 6404/76 seria aplicável a todas as sociedades constituídas sob a forma de sociedade anônima, inclusive às companhias abertas, não havendo disposição legal em sentido contrário, observado o disposto no § 2º do art. 15⁽³⁾ da Lei nº 6404/76, bem como uma repartição eqüitativa e proporcional do limite ainda existente entre os acionistas ordinaristas que manifestarem intenção de converter suas ações em preferenciais.

A SEP solicitou à DUKE que informasse das providências a serem adotadas pela companhia no sentido de atender a sua interpretação da lei societária. A companhia ingressou com o presente recurso.

Este processo teve origem em reclamação de acionista detentor de ações ordinárias de emissão da DUKE, objeto do Processo CVM nº RJ2007/0005, que, em 20/12/06, enviou e-mail para a GOI-1, informando que na forma do estatuto da empresa, havia solicitado "a conversão de classe de suas ações" e que sua correspondência, de 08/12/06, encaminhada à companhia solicitando a conversão de suas ações ordinárias em preferenciais, nos termos do art. 7º do estatuto social, permanecia sem qualquer resposta, solicitando a CVM um posicionamento oficial e urgente (fls.01 do Processo RJ2007/0005). O acionista complementou sua correspondência em 07/03/07 (fls.46/48 do Processo RJ2007/0005).

Em 16/01/07 foi enviado ofício à empresa (OFÍCIO/CVM/SOI/GOI-1/Nº044/07 às fls.03) solicitando sua manifestação. A empresa protocolou resposta em 23/02/07 (fls.05/111 do Processo RJ2007/0005) informando que em 11/01/07, havia respondido ao acionista que a conversão pleiteada não seria possível pelo fato da mesma não encontrar abrigo na legislação vigente, nem tampouco na melhor jurisprudência da CVM, citando o julgamento do Processo CVM nº RJ2002/0584, realizado em 11/07/02.

Em 09/04/07 foi enviado novo ofício à empresa, OFÍCIO/CVM/SEPGEA-3/Nº408/07, às fls.50 do Processo RJ2007/0005, solicitando manifestação da companhia que se deu em 12/04/07 (fls. 58/61) trazendo o entendimento de que as ações ordinárias de companhia aberta devem obediência ao princípio de igualdade enquanto companhias fechadas podem ter classes diferentes de ações ordinárias, em função de vantagens ou preferências na forma do artigo 16, da Lei nº 6.404/76⁽⁴⁾.

Por meio do MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº092/07, de 27/04/07, acostado às fls. 76/83 do Processo CVM nº RJ2007/0005, o processo foi enviado à Procuradoria Federal Especializada da CVM, solicitando seu posicionamento a respeito e manifestando o entendimento da GEA-3 de que não há restrição legal à aplicação do disposto no art. 19 da Lei nº 6404/76 às companhias abertas, exceto o limite estabelecido no art. 15, § 2º, da mesma lei.

A PFE-CVM se manifestou por meio do MEMO/PFE-CVM/GJU-2 Nº 208/07, datado de 19/06/07 (fls. 84/88 do Processo RJ2007/0005).

A procuradora responsável se manifestou pela impossibilidade de conversão das ações ordinárias da DUKE em preferenciais por entender que o estatuto da empresa não estabelece critérios suficientemente isentos para seleção daqueles que terão direito à conversibilidade, sem que isso implique na criação de classes entre os ordinaristas.

A PFE-CVM, em despacho à manifestação da procuradora, discordou da parte final de sua manifestação por entender que a mesma " torna letra morta o disposto expresso e específico do art. 19" e que, na aplicação da regra, a companhia deverá zelar para que haja " uma repartição eqüitativa e proporcional do limite ainda existente entre os acionistas", caso um grupo de acionistas representando um número de ações superior ao possível requeiram a conversão.

A PFE juntou MEMO/CVM/GJU-2/nº45/02 (fls. 92/95 do Processo RJ2007/0005), de 12/03/03, no mesmo sentido, que analisou recurso da empresa Suzano Petroquímica S/A, Processo CVM nº RJ2002/0584, e comentou que "o trecho da decisão proferida pelo Colegiado na reunião de 11 de julho de 2002, citado pela companhia, refere-se ao relatório do Ilustre Relator, Diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos, e não à decisão de mérito, que, aliás, sem enfrentar diretamente o mérito da questão ora analisada, proveu o recurso, reformando a decisão da área técnica."

A DUKE aponta, em seu recurso, que a conversibilidade não é a pedido de acionista mas sim por decisão da Diretoria e, no caso de prevalecer o posicionamento da SEP, deveria ocorrer um sorteio dentre todos os acionistas ordinaristas.

Anoto que o acionista teve recurso indeferido pelo Colegiado, por maioria, em reunião de 28/06/07, em face da recusa, por parte da DUKE, de disponibilizar sua relação de acionistas.

VOTO

De início tratarei do precedente apontado, no âmbito do Processo CVM nº RJ2002/0584, julgado pelo Colegiado em reunião realizada em 11/07/02, que tratava de recurso da Suzano Petroquímica contra exigências formuladas pela SEP, quando do registro da companhia como aberta.

Esse caso tratava de registro de companhia aberta oriunda da incorporação de parcela de cindida de companhia aberta na forma do artigo 223, § 3º ⁽⁵⁾, da Lei nº 6.404/76, introduzido pela Lei nº 9.457/97/97.

O Diretor-Relator, na ocasião, trouxe em seu relatório as razões do Recorrente e as razões da GEA-3, ainda que não endossadas pela SEP (fls.15 Processo do Processo RJ2007/0005):

"5. A seguir são narrados os argumentos da Recorrente e da área técnica:

...

iii. art. 7º (item c da decisão recorrida):

Razões da Recorrente – O art. 19 da Lei nº 6.404/76 expressamente permitiria a conversão de ações ordinárias em preferenciais, sem qualquer distinção entre companhias abertas e fechadas, não sendo facultado ao intérprete criar restrição em relação ao que a lei não restringe.

Análise da GEA-3 – As ações ordinárias das companhias abertas não se enquadrariam no referido dispositivo legal, pois devem obediência ao princípio de igualdade entre as mesmas, somente sendo aplicável às ações ordinárias de companhia fechadas, que podem estabelecer classes diferentes em função de vantagens ou preferências, na forma do art. 16 da Lei nº 6.404/76. Se todas as ações tiverem o direito de serem convertidas em preferenciais, chegar-se-ia ao absurdo de extinguir a espécie ação ordinária, e se concedido somente a parte delas, estar-se-ia criando classes de ações ordinárias, o que é vedado por lei."

O Diretor-Relator, acompanhado pelo Colegiado, entendendo ser compulsório o registro da companhia como aberta e não fruto de subscrição pública, que "a CVM deveria aceitar o estatuto da companhia aberta que reproduzia o estatuto de outra companhia aberta" e reformou a decisão recorrida e entendendo descabida a exigência da SEP.

No caso acima, inicialmente a SEP manifestou o entedimento concordando com a GEA-3, através do OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-2/Nº 13/02 (objeto do recurso deferido pelo Colegiado) e, posteriormente, voltou atrás em sua decisão quanto à questão de possibilidade de conversão, entendendo ser necessário ouvir a PFE a respeito, que se posicionou contra o entendimento da GEA-3. Além disso, o Colegiado proveu o recurso, sem entrar no mérito da possibilidade (ou não) da conversão das ações ordinárias em preferenciais.

No meu entender, as disposições dos artigos 16 a 19 da lei societária devem ser lidas de forma sistemática e não isolada. Em verdade, o que está dito no artigo 19 só faz sentido se compreendido em conjunto com os demais dispositivos citados.

Assim, pelo artigo 19, para que uma ação preferencial de uma classe seja conversível em ação preferencial de outra classe, é necessário que a mesma pertença a uma classe a que o estatuto atribua a qualidade de "conversibilidade".

A lei societária, conforme o disposto em seu artigo 15, § 1º, determina que somente as companhias fechadas poderão ter suas ações ordinárias subdivididas em classes e, em consequência, não permite que as companhias abertas possuam classes de ações ordinárias.

Assim, no meu entender, a conversibilidade em ações preferenciais poderá constituir-se em fator de criação de classe de ações ordinárias na companhia fechada, consoante inciso I, do artigo 16, da Lei nº 6.404/76.

O assunto, inclusive, está tratado no Regulamento do BOVESPA MAIS, segmento especial do mercado de balcão organizado administrado pela BOVESPA, que exige para a concessão de autorização a companhias em fase de abertura de capital o estabelecimento "em seu Estatuto Social o direito de conversão das ações preferenciais em ordinárias, vedando a conversão das ações ordinárias em preferenciais" (grifei), ainda que não seja abordado no s regulamentos do Novo Mercado, Nível 1 e Nível 2.

Não obstante, quero esclarecer que a prática de converter ações ordinárias em preferenciais em companhias abertas não é inusual. Posso citar o AGE de 02/08/01 da então TELERJ, referente à incorporação de diversas empresas de telecomunicações, que deliberou permitir a conversão de ações ordinárias em preferenciais classe A, realizando rateio entre os ordinaristas interessados, na proporção de sua participação no capital social, até o limite previsto no artigo 15, § 2º, da lei societária.

Por outro lado, o estatuto da CESP – Companhia Energética de São Paulo, com as alterações introduzidas pela Assembléia Geral Extraordinária de 25/04/07, por exemplo, possui previsão estatutária de que os acionistas ordinaristas poderão converter suas ações ordinárias em ações preferenciais classe A e classe B da Companhia, em épocas a serem determinadas pelo Conselho de Administração, com limite de conversão de 3% do capital social, observado o limite de 2/3 (dois terços) do total das ações emitidas para ações preferenciais sem voto ou com voto restrito.

No entanto, mesmo que seja considerada possível a conversão de ações ordinárias em preferenciais em companhia aberta, a decisão da SEP de que " a Diretoria da Duke não pode arbitrariamente e sem motivos fundamentados, diante de manifestação de acionista da companhia de intenção de converter suas ações, não determinar indefinidamente o período de conversão previsto no art. 7º do estatuto social." não me parece encontrar respaldo no estatuto social da companhia que, em seu artigo 7º, inciso I, trata do assunto da seguinte forma: "...As conversões serão realizadas em épocas a serem determinadas pela Diretoria...".

Assim, no meu entender, o acionista que desejar a conversão deverá aguardar a determinação da ocasião pela Diretoria da DUKE.

Diante do exposto, entendo que são incompatíveis a condição de companhia aberta com a possibilidade de conversão de ações ordinárias em ações preferenciais e voto pelo deferimento do pleito da companhia e, em consequência, pela reforma da decisão da SEP.

Voto, ainda, no sentido de encaminhar o presente processo à SDM para que, em conjunto com a PFE-CVM, elabore minuta de Parecer de Orientação tratando do assunto.

É o Voto.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2007.

Eli Loria

Diretor-Relator

(1) "Estatuto social.

art. 7- Os acionistas, observadas as disposições legais, poderão:

converter ações da espécie ordinária em preferencial ou vice-versa, desde que integralizadas. As conversões serão realizadas em épocas a serem determinadas pela Diretoria, em períodos não inferiores a 15 (quinze) dias consecutivos, obedecidas as seguintes condições:

os acionistas deverão, para a utilização do benefício, ter gozado de todos os direitos referentes às ações possuídas e apresentar, no ato da conversão, os documentos de identidade;

em cada período de conversão de espécies, o acionista poderá formular pedidos de conversão de até 3% (três por cento) do capital social e o montante dos pedidos formulados não poderá exceder a 5% (cinco por cento) do capital social."

(2) art. 19. O estatuto da companhia com ações preferenciais declarará as vantagens ou preferências atribuídas a cada classe dessas ações e as

restrições a que ficarão sujeitas, e poderá prever o resgate ou a amortização, a conversão de ações de uma classe em ações de outra e em ações ordinárias, e destas em preferenciais, fixando as respectivas condições.

[\(3\)](#) art. 15 - § 2º - O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas. (redação dada pela Lei nº 10.303/01)

[\(4\)](#) Art. 16. As ações ordinárias de companhia fechada poderão ser de classes diversas, em função de:

I - conversibilidade em ações preferenciais;

II - exigência de nacionalidade brasileira do acionista; ou

III - direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

Parágrafo único. A alteração do estatuto na parte em que regula a diversidade de classes, se não for expressamente prevista, e regulada, requererá a concordância de todos os titulares das ações atingidas.

(redação dada pela Lei nº 9.457/97).

[\(5\)](#) Lei nº 6.404/76 com redação dada pela Lei nº 9.457/97 - art. 223- § 3º - Se a incorporação, fusão ou cisão envolverem companhia aberta, as sociedades que a sucederem serão também abertas, devendo obter o respectivo registro e, se for o caso, promover a admissão de negociação das novas ações no mercado secundário, no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da data da assembleia-geral que aprovou a operação, observando as normas pertinentes baixadas pela Comissão de Valores Mobiliários.