

Voto do Diretor Durval Soledade

Vou permitir-me discordar do voto do Relator; em minha opinião a empresa não está correta em negar o pedido de seu acionista.

A primeira razão alegada pela Duke para não efetivar o pedido do acionista é que o artigo 19 da Lei 6.404/76 (Lei das S/A) não se aplica às companhias abertas. Antes de entrar em seu argumento principal, a recorrente tergiversa sobre a possibilidade de conversão de preferenciais em ordinárias, o que aqui não está em questão.

Na tentativa de, ao que parece, não ignorar o princípio jurídico de que não cabe ao intérprete restringir o que a lei não o faz, diz a recorrente, por seus advogados, em 23/07/2007, que:

"20. Não há dúvida de que a vedação à possibilidade de conversão de ações ordinárias em preferenciais nas companhias abertas é tácita, e não expressa. Entretanto, ao estabelecer a necessidade de criação de classe específica de ações conversíveis (art.19) bem como permitir a criação de classes distintas **somente** em companhias fechadas (art.16), a Lei das S.A., mesmo que implicitamente, vetou a possibilidade da conversão ora pretendida nas companhias abertas" (grifo no original).

Entendo, para aclarar a questão, ser interessante transcrever o texto do art. 19 da Lei das S/A:

"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 ordinárias, e destas em preferenciais**, fixando as respectivas condições" (grifo meu).

Ora, a lei quando quer distinguir as normas que se aplicam somente às companhias abertas o faz expressa e fartamente – o próprio recorrente demonstra isso ao citar acima o art.16 da mesma lei - e, como pode ser lido pela transcrição, não o fez no artigo 19.

Tanto que é esse artigo que autoriza o movimento contrário, ou seja, quando os acionistas das empresas – por ex., para migrar para o Novo Mercado - convertem as ações preferenciais em ordinárias.

A recorrente, por seus advogados, no item 29 de sua petição, após reiterar que não é possível a conversão de ações em companhias abertas conclui:

"29(...) o acionista minoritário não teria **legitimidade** (grifo original) para pleitear a conversão de suas ações, como o está fazendo, devendo aguardar a provocação por parte da administração, que **poderia** (grifo meu) estabelecer períodos próprios para a conversão, nos moldes da legislação aplicável".

A meu ver, há outro subterfúgio quando diz que a conversão dar-se-á nos moldes da legislação aplicável. Qual seria ela? O único artigo da Lei das S/A que tem estipulações sobre a conversão de ações é o de número 19, acima transcrito, e que, como visto, não regula o exercício da conversão, apenas a faculta; deferindo ao estatuto - nesse caso - quais são as condições de exercício.

Sobre essa questão o estatuto da Duke dispõe o seguinte:

"Art. 7º- Os acionistas, observadas as disposições legais, **poderão** (grifo meu)":

I – 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:

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

(b) 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) de capital social."

Por conseqüente, o art. 7º do estatuto da Duke, em sua redação, inequivocamente: (a) estabelece a possibilidade de conversão das espécies de ações; e (b) a disciplina - atendendo ao art.19 da Lei das S/A.

Apenas uma questão menor: pela leitura do estatuto, não existe a Diretoria como órgão colegiado da Duke e, portanto, como capaz para deliberar sobre o momento da conversão como menciona o art. 7º do estatuto da companhia. Entretanto, isso não a impediria de deliberar sobre a conversão, tão-somente deve adotar, por analogia, as regras de convocação e deliberação do Conselho de Administração, constantes do art. 18 dos mesmos estatutos.

Os advogados da requerente nos itens 23 e 25, da petição datada de 23/07/2007, alegam que:

"23. Vale ressaltar que a conversão facultativa é somente o direito do acionista após manifestação do **competente** (grifo no original) provocador da conversão, de decidir se participará ou não da conversão, não devendo ser confundida com a legitimidade dada pelo Estatuto Social das companhias para provocar a conversão, que será discutida no capítulo abaixo. A conversão facultativa se opõe à conversão compulsória, que estabelece a obrigação da conversão de ações em determinadas situações que o Estatuto Social pode regular".

"25. Diante do acima demonstrado, mesmo que o Estatuto Social da Companhia autorize a conversão de ações ordinárias em ações preferenciais, **em períodos a serem determinadas exclusivamente pela Diretoria** (grifo meu), tal conversão não pode ser realizada pela impossibilidade de **criação de classes** de ações ordinárias, bem como pela **impossibilidade**, decorrente da análise do artigo 19 supracitado, da **generalização**, com o entendimento de que todas as ações de uma espécie são consideradas conversíveis" (os demais grifos estão na peça original).

Essas alegações, no mínimo desordenadas, dos advogados, pretendem - a meu juízo – confundir o que é nítido no artigo 7º do estatuto, já transcrito. Reitero que a interpretação, com clareza meridiana, do que se lê no *caput* desse artigo é que a conversão é uma faculdade dos acionistas da Duke. Tanto que o mencionado pelo o estatuto é: "Os acionistas, observadas as disposições legais poderão:" - como se pode comprovar pelo grifo que fiz no traslado do referido artigo. Cabendo, somente, à Diretoria da companhia estabelecer a época para a conversão".

Por oportuno, comentando o artigo 19 da Lei das S/A retro mencionado, o mestre Fran Martins leciona:

"Do mesmo modo, pode o estatuto prever a conversão de ações ordinárias em preferenciais. Essas conversões, entretanto, **ficam a depender da vontade do acionista** (grifo meu), a não ser que o estatuto taxativamente disponha que, em determinadas condições, será feita automaticamente a conversão".

(Fran Martins, Comentários à Lei das S/A, volume 1, pág. 127).

Quanto ao estabelecimento da época em que se dará a conversão outra questão se apresenta. Segundo os advogados da requerente ela unicamente ocorrerá(...) "**em períodos a serem determinados exclusivamente pela Diretoria**" – conforme pode ser constatado nos grifos que fiz na reprodução do item 25 da petição.

Essa incisiva conclusão dos advogados da companhia me leva a considerar, como seu corolário, é que a disposição dessa parte do art. 7º tem o caráter de uma condição meramente potestativa; e, como é cediço, privada de efeito. Tanto que essas são condições legalmente rejeitadas pelo Direito brasileiro, conforme, aliás, o art. 122 do Novo Código Civil:

"Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, **ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes**". (grifo meu).

Por meu entendimento, haja vista o art. 7º dos estatutos da Duke, a única razão a obstar o atendimento da solicitação do acionista seria que tal conversão acarretaria prejuízos à empresa.

Contudo, a companhia – quer na carta (de 11/02/2007) que enviou ao acionista que solicitou a conversão ou nas quatro vezes que se dirigiu a essa Comissão (em: 16/02/2007, 12/04/2007, e 12/07/2007, e ontem, dia 27/08/2007) - não fez, nem sequer uma vez, qualquer alegação nesse sentido. Atendo-se a somente à questão da legalidade da conversão de uma espécie de ação em outra. Em reforço de sua posição juntou, na sua manifestação de ontem, um específico parecer do emérito doutrinador Prof. Modesto Carvalhosa, do qual – respeitosamente – discordo.

Ressalto, ainda que entenda desnecessário, que o § 1º do art.154 da Lei das S/A estabelece que os administradores eleitos por grupo de acionistas têm deveres para com a companhia e com os demais acionistas, não podendo em nenhuma hipótese favorecer seus eleitores.

Outra ilação que se impõe: caso os acionistas controladores entendam que a emissão de ações preferenciais é prejudicial à empresa terão incorrido em abuso - conforme o art.117 da Lei das S/A - quando deliberaram emití-las, principalmente no vulto que o fizeram no último aumento de capital; agravado pelo fato de , também, deterem mais de 96% dessa espécie de ação.

Exatamente pelo questionamento dessa possibilidade de abuso de controlador, levantado pelo mesmo acionista em outra comunicação, a Duke, em correspondência que enviou em 16 de fevereiro de 2007 (fls. 33 a 35), a esta CVM relata o seguinte:

"Na Assembléia Geral Extraordinária (AGE) realizada em 23.8.2005, o capital social da Companhia foi aumentado de R\$ 120.001.000,00 para R\$ 2.136.376.403,80 com aprovação unânime dos presentes. Posteriormente, na AGE realizada em 05.12.2005, com aprovação igualmente unânime, procedeu-se à sua redução para os atuais R\$ 1.973.376.403,80. Como consequência do atual valor do capital social, e observado o disposto no inciso I (minha observação, esse é o item que explicita que o dividendo das ações preferenciais é de 10% sobre o capital próprio destas espécies de ações ), do artigo 32 de Estatuto Social - em vigor desde antes da privatização – os dividendos distribuídos a partir de agosto de 2005 deixaram de atingir montante suficiente para que detentores de ações ordinárias os recebessem." (sublinhados meus)

- e, nessa mesma carta, dois parágrafos após a este:

"Em resposta, a Duke Energy encaminhou e.mail ao Sr. Moureau em 06.12.2006 ressaltando que (i) todos os procedimentos necessários à realização das Assembléias Gerais da Companhia seguiram rigorosamente a Lei das Sociedades por Ações e (ii) os votos constantes das ordens do dia foram aprovados por unanimidade pelos presentes, tendo sido dada a oportunidade de manifestação aos mesmos, sem discriminação de espécie de ações e/ou quantidade detida".

Após outra digressão, a recorrente pondera – pela primeira vez acertadamente - que caso esta CVM resolva autorizar a conversão, o acionista não poderá efetivá-la para todas as suas ações, uma vez deter ele mais ações que a diferença entre ações ordinárias e preferenciais da Duke. Acrescenta - também, a meu ver, com razão - que tal direito só alcançaria 1.8% das ações ordinárias em circulação no mercado e, ademais, deveria: (a) ser estendido a todos os acionistas; e (b) realização por sorteio entre os que manifestarem o mesmo desejo.

O relatório da SEP confirma que somente 1.8% das ações ordinárias pode ser convertido em preferenciais para que se obedeça ao mandamento do § 2º do art. 15 da Lei das S/A - que estabelece que uma companhia somente possa ter 50% de ações preferenciais sem direito a voto.

A PFE - instada, pela SEP, a se manifestar – acolhe esse entendimento, conforme bem lançado despacho do Dr. José Eduardo Guimarães Barros no MEMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº 208/2007 (fls.89/91). O Dr.Alexandre Pinheiro, Procurador-Chefe, manifestou a sua concordância com esse despacho.

A SEP, pelo que depreendo de seu Relatório de Análise/CVM/SEP/GEA-3/Nº042/07, concorda com a solução apresentada pela recorrente de estender a oferta a todos os titulares das ordinárias em circulação no mercado e que se faça o sorteio ou o rateio entre os que manifestarem o desejo de convertê-las em preferenciais. O parecer do Prof. Modesto Carvalhosa, ontem apresentado, faz a opção pelo sorteio.

Por oportuno, gostaria de registrar o meu elogio ao Relatório que acima mencionei.

Portanto, pelas razões expostas, meu voto é pela manutenção da decisão da SEP.

Durval Soledade

Diretor