
AÇÕES ESCRITURAIS

José Augusto Pereira Zeka

Sumário: 1. Ação sem certificado – 2. Criação exclusiva do Estatuto
3. Ação mantida em conta de depósito – 4. Não é nova espécie ou forma de
ação – 5. Uma custódia diferente – 6. Ações em conta ou ações em conta de
depósito – 7. Totalidade do capital social em ações escriturais – 8. Classes em
ações escriturais – 9. Economia de custos – 10. Serviço privativo de institui-
ções financeiras – 11. Intromissão na economia interna das companhias – 12.
Conversibilidade – 13. Contrato de prestação de serviços – 14. Responsabili-
dade objetiva da companhia – 15. Direito subjetivo do interessado – 16. Di-
reito regressivo eventual – 17. Eliminação de registro nos livros obrigatórios
comuns – 18. Opção do legislador pelo depósito – 19. Livro especial de con-
tas – 20. Contrato de depósito extravagante (I) – 21. Contrato de depósito
extravagante (II) – 22. Contrato de depósito extravagante (III) – 23. Contrato
de depósito extravagante (IV) – 24. Contrato de depósito extravagante (V) –
25. A equiparação com o depósito bancário – 26. Função dupla da conta –
27. Ainda os livros da instituição financeira – 28. A objeção do depósito ficto
– 29. A conta como documento representativo – 30. Negociabilidade da ação
escritural – 31. O lançamento como ato escritural – 32. A causalidade do lan-
çamento – 33. Depósito regular quanto aos documentos comprobatórios –
34. Direito ao extrato da conta – 35. Inviabilidade da assemelhação estrita
com o depósito em conta-corrente bancária – 36. O caráter da ordem escrita
do alienante – 37. A instituição financeira em face do negócio alienativo.

1. As espécies são três (ordinárias, preferenciais, fruição); as formas também
são três (nominativas, endossáveis, ao portador); os tipos gerais são dois: a) ações com
certificado: 1. certificadas; 2. certificáveis; b) ações sem certificado: 1. escriturais (1).

(1) Eis um quadro sinóptico das ações: I) **Espécies:** a) ordinárias; b) preferenciais; c) fruição. –
II) **Classes:** a) os estereótipos legais (arts. 16 e 17, da lei 6.404/76). – III) **Formas:** a) nomina-
tivas; b) endossáveis; c) ao portador. – IV) **Modalidades:** a) ações integralizadas; b) ações não
integralizadas; c) ações em tesouraria. – V) **Tipos:** a) ações certificáveis: 1) ações registradas;
2) ações com certificado. b) ações não certificáveis: 1) ações escriturais. Este quadro sintetiza

Quadro sinóptico hoje possível por que introduzida a ação escritural. Em termos vernáculos, toda ação é escritural, por corresponder a escrito como documento (certificado), como anotação (registro). O qualificativo do art. 34 precisa que ação escritural é, simplesmente, a ação despojada do certificado de ação. Inoculou-lhe um tal caráter que se apresenta como algo mais do que a dispensa do certificado de ação, pois ações não escriturais podem existir sem recorrer ao certificado de ação. A ação escritural assinala mais singularmente que a ação não é certificável. Ou seja, a ação escritural não será certificada nem certificável: elimina o título formalizado; não haverá, sob nenhuma hipótese, a emissão de certificado, como padroniza o texto do art. 34, parte final (2).

2. A adoção de espécies e de formas, numa escala variada, pertence aos acionistas. Salvo legislação especial, a obrigatoriedade é substituída pela facultatividade. Assim acontece quanto aos tipos. O Estatuto, como expressão da vontade geral, incorporará ou não as ações escriturais. Deliberação dos acionistas que resolvem a aprovação e a alteração do Estatuto. Não se conhece nenhuma situação peculiar semelhante àquela que determina a adoção de ações nominativas, circunstância especial que torne obrigatória a ação escritural. Ela é meio técnico que a companhia empregará ou não segundo circunstâncias próprias. A lei molda o meio, aparelha o serviço especializado e deixa a escolha à sociedade anônima. O Estatuto retratará a escolha.

3. As ações são criadas quando constituída a companhia ou aumentado o capital social com novas ações; neste último caso, sem a mera elevação do valor das ações já existentes. O fato da existência da ação sem passar deste estágio não é peculiaridade da ação escritural, porque a companhia, mesmo que sejam certificáveis suas ações, conservará este estágio, se não expedidos, os competentes certificados. O registro da ação no livro próprio, por si só denota a existência da ação. A rigor, o arquivamento dos atos constitutivos da companhia ou a formalização da operação do aumento do capital social sem emissão de novas ações cria a ação, que é característica central da companhia.

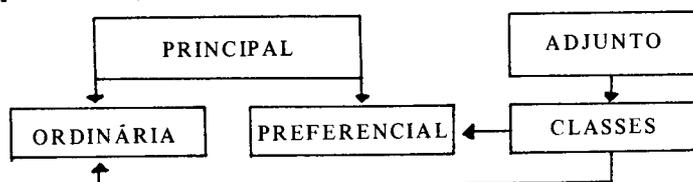
Este fato, aqui retratado mais uma vez, deve ser cuidadosamente descrito, compreendido e avaliado. Para se entender com a mínima margem de erro a indicação do art. 34 sobre ação escritural.

A ação não é criada por escrita especial. A ação não adquire tipo inconfundível porque dependente de escrituração particular. A ação é o que é como ação, tal como o Estatuto a modelou, ao se constituir a companhia, ao se transformar sociedade por ações, ao se aumentar o capital com novas ações. Esta ação, já criada, que existe antes, é levada à conta de depósito. A expressão usada pelo art. 34:

a estrutura positiva em matéria de ações. A adoção da nomenclatura "IV. modalidades" e "V. tipos" se justifica com a aceção estrita conferida aos termos anteriores (I, II e III). (2) Entretanto, o prejetista da nova lei de s.a. demonstrava alergia diante dos registros de ações, sugerindo, um pouco contraditoriamente, que todas as ações fossem endossáveis (Prof. ALFREDO LAMY FILHO, "A reforma da lei de sociedades anônimas", in "Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro", ano XI, 1972, n. 7, pág. 157).

“MANTIDA em conta de depósito”.

Em tese, o art. 34 não faz com que a ação escritural seja uma outra espécie de ação ou que se revista de uma nova forma; a ação — aponta o art. 34 a direção certa — apenas será “mantida” em conta de depósito. Teoricamente, a ação mantida em depósito poderá ser: a) ação ordinária; b) ação preferencial; c) ação de fruição. O texto do art. 34 assenta mais a base desta interpretação quando se refere, explicitamente, às várias “classes” de ações. Estas classes são adjuntos a duas espécies de ações (ordinárias e preferenciais). Estes adjuntos se prendem ao principal:



Se admitido o adjunto, envolvido está o principal.

4. A forma da ação merece adaptação, no sentido de que o art. 34 estabelece modo que reduz a ação escritural à forma nominativa. A ação deve ser mantida, se implantada no tipo escritural, na conta de depósito sempre em nome do titular. Evidente, pois, a nominatividade da ação escritural. Excluídas ficam, assim, a sugestão das duas formas alternativas: a) de ação endossável; b) de ação ao portador. Esta leitura do art. 34 desvia o intérprete do enquadramento positivo da ação escritural como nova espécie de ação ou como nova forma de ação (3).

5. A circunstância que acentua o caráter peculiar da ação escritural é o fato assinalado da manutenção da ação em conta de depósito. A ação é valor mobiliário. A ação é, em decorrência, bem móvel. A ação também é, graças à nominatividade exigida pelo art. 34, bem móvel infungível. O fato que a define é a guarda ou custódia das ações com terceiros. Veremos (infra) que o custodiante das ações não é a companhia nem o acionista. A custódia, entretanto, não se assemelhará àquela do art. 41 nem àquela que possibilita a criação de certificados de depósito de ações (art. 43). Não se identifica, igualmente, com o depósito simples da ação como valor mobiliário. O depósito, sem dúvida, é depósito regular e não irregular. O característico, porém, aparece na conta que este depósito torna possível. O depósito isolado, como fa-

(3) O Prof. RUBENS REQUIÃO vê na ação escritural “uma forma diferente de ação”, informando a opinião contrária do Prof. GERALDO VIDIGAL, lembrando que, em simpósio patrocinado pela ABRASCA, o Prof. EGBERTO LACERDA TEIXEIRA classificou a ação escritural como “subforma da ação nominativa” (“Curso de Direito Comercial”, 8ª edição, Saraiva, 1977, 2º volume, pág. 83). A análise positiva, aqui tentada, propõe que a classificação do sistema instituído pela lei n. 6.404/76 segue categorias bem específicas de espécies, classes e formas, que são rígidas e inextensivas. Esta sistematização conduziu a outra categoria, sob a modalidade de tipo, cujo critério definidor é a certificabilidade e a não certificabilidade como condição de sua existência, ou seja, a ausência completa de certificabilidade ou não. MODESTO CARVALHOSA, “Comentários à lei de sociedades anônimas”, ed. Saraiva, vol. 1º, 1977, classifica-a como subforma da ação nominativa (pág. 177).

to de custódia regular, nada mostraria de especial neste capítulo. O documento descritivo do depósito, sim, revela o traço especial que lhe dá o perfil. O documento, que serve de expressão para este depósito, se chama conta. As condições de registro, as averbações, as mutações, enfim, a propriedade e circulação da ação se exprimem nesta conta.

6. A conta é de depósito e não conta-corrente típica (4). O art. 35 positivará que a conta de depósito terá funções que são privativas de livros obrigatórios. O depósito, como fato de custódia, se justifica como do terceiro assumir o serviço destas ações. A função se diferencia, nitidamente, daquela do agente emissor de certificados, pois, "per definitionem", representa o antípoda deste. No entanto, a função de serviço múltiplo, que comporta atos excedentes do fato da custódia, adere ao agente do serviço de ações escriturais. Nota-se, conseqüentemente, algo mais do que o depósito. A denominação de ações em conta, não obstante ser mais generalizada, não padece do defeito de ambigüidade trazido pela relevância emprestada ao fato do depósito.

7. A disposição do legislador neste ponto foi a mais audaciosa. O Estatuto pode determinar que todas as ações da companhia sejam escriturais. A totalidade do capital social. Nenhuma distinção por espécie ou classe de ação. A companhia que se valer desta autorização estatutária, ao menos, economizará despesas com a contratação de agente emissor de certificados (5). Acrescentaremos que a companhia se poupará o trabalho da escrituração da maioria dos livros obrigatórios, os quais, por desuso, desaparecerão.

8. A faculdade do Estatuto é flexível. As ações mantidas em "conta de depósito" podem ser: a) as de uma única espécie e classe; b) as de duas espécies e classes, etc. A ação escritural por classe coexistirá com ações certificadas ou certificáveis. A companhia escriturará as ações não escriturais e terceiro escriturará as ações escriturais. A sociedade por ações organizará e guardará seus livros obrigatórios de ações; terceiro organizará e cuidará da "conta de depósito". A ação escritural por classes de ação ou expressiva de parte do capital social, em convivência com ações não escriturais, causa problemas de dualidade de regimes, de dualidade de escrituras e de dualidade de controles (6).

9. Os idealizadores desta novidade entre nós argumentam que as desvantagens do suposto dualismo pouco significam diante das vantagens da ação escritural. A ação

(4) "A sua transferência se faz por compensação, como se tratasse de uma conta bancária" - afirma o Prof. FRAN MARTINS, "Comentários à lei das s.a.", ed. Forense, 1977, vol. I, pág. 204, aproximação que se critica no texto. A compensação de créditos e débitos é forçada, por que há, sim, registro de aquisições ou de alienações com plena autonomia para fixar a posição acionária, que se reflete na conta única. O conceito de saldo escritural, para declarar que o titular da conta tem "x" ações num momento determinado, não se identifica com o conceito de saldo monetário apurável com o fechamento da conta-corrente bancária num instante dado.

(5) A economicidade de custos não parece previsível, segundo o Prof. DARCI ARRUDA MIRANDA JR., "Breves Comentários à lei de sociedades por ações", ed. Saraiva, 1977, pág. 53.

(6) Talvez seja a ação escritural uma "opção vazia", na expressão do Prof. FRAN MARTINS, op. cit. pág. 203.

escritural – não discrimina o art. 34 – é autorizável tanto para companhia fechada como para companhia aberta. Nestas últimas, o volume de certificados emissíveis chega, às vezes, a ser congestionante. Massa imensa de papéis em contínua rotatividade: a) emissão; b) conversão; c) circulação; d) agregados (ações bonificadas, etc.). O fluxo e refluxo de ações-papéis com o lançamento e recolhimento de certificados engarrafa os serviços da companhia e mesmo de terceiros especializados. A ação escritural se ajustaria magnificamente à tecnologia eletrônica com economia fabulosa de tempo e custos (7).

10. Este fácil ajustamento da ação escritural à técnica dos computadores e outras técnicas modernas de registro estatístico aperfeiçoou a ação escritural. O serviço, ao se aperfeiçoar, se especializa. Organizações se especializam nesta especialidade. A especialidade caberá no âmbito da competência das instituições financeiras. Dentro destas, naquelas que se especializam mais a fim de lograr a autorização formal da Comissão de Valores Mobiliários. A CVM estudará e selecionará as instituições financeiras capazes de prestar “serviços de ações escriturais”, em departamentos ou divisões, em serviço independente. O serviço de ações escriturais, com o art. 34, § 2º, passou a ser privativo das instituições financeiras especialmente autorizadas pela CVM.

11. A interferência das instituições financeiras nas companhias, no plano interno, suscitou críticas aos aspectos alarmantes do fenômeno (8). No plano externo – o da assistência financeira, o do financiamento, o das operações de crédito –, a interferência decorre do funcionamento do mercado financeiro, à medida que o capital industrial, comercial e produtivo se diferencia do capital financeiro. A interferência paulatinamente se intensifica até a interdependência, na qual a instituição financeira desempenha o papel predominante, dada sua envergadura e primazia dentro da formação econômica dos conglomerados.

Dois serviços esquematizados funcionalmente, a propósito de ações, revelam claramente a penetração da instituição financeira na atividade orgânica das companhias:

- 1º) serviço de Agente Emissor de Certificados;
- 2º) serviço de ações escriturais.

Outros serviços, no mesmo plano orgânico ou interno, se juntarão a estes dois, como o serviço de custódia de ações, da emissão de certificados de depósito de ações, de emissão de cédulas pignoratícias de debêntures, etc. A intimidade da instituição financeira com a companhia despertará tendências de participação e de controle, diretas ou indiretas. O processo, uma vez estimulado pela lei, é progressivo e tanto mais expansivo quanto mais dinâmico se apresenta. A crítica que profetiza a dominação maior das instituições financeiras não é literária por que antecipa os resultados do funcionamento dos novos mecanismos.

(7) Subordinação à tecnologia, diz o Prof. FRAN MARTINS, op. cit., n. 139, pág. 203.

(8) MODESTO CARVALHOSA, “A nova lei das sociedades anônimas” (Seu modelo econômico), Editora Paz e Terra, 1976, págs. 92/95.

12. A flexibilidade no campo das ações – como se testemunha a todo instante – incentivou a conversibilidade de ações, entre as espécies, entre as classes e entre as formas, numa filosofia pragmática que visa o máximo de mobilidade para o máximo de ajustamento às mudanças do mercado de capitais. Naqueles casos em que se incrementa a negociabilidade ótima, quanto mais negociações melhor, a exemplo das sociedades de capital aberto, os textos normativos proíbem restrições à livre conversibilidade das ações. A conversão das ações no tipo das ações escriturais deriva da realidade legal de existir a possibilidade de ações escriturais. Admitida, naturalmente, a conversibilidade das ações em ações escriturais. A coerência com o modelo do art. 34 ditou a regra do cancelamento dos certificados das ações convertidas. A conversão de ação não escritural em ação escritural supõe a existência anterior da ação não escritural. A existência anterior se prova com o Estatuto em vigor. A conversão das ações em ações do tipo escritural conduzirá à reforma do Estatuto. Não destoa da lógica do sistema, por exemplo, a autorização para, a qualquer momento, as ações não escriturais se converterem em ações escriturais com observância do modo pré-estabelecido no Estatuto.

Para não concorrerem contas de ações escriturais com certificados de ações, a lei preveniu:

- a) os certificados de ações, se expedidos, devem ser apresentados;
- b) os certificados de ações existentes devem ser cancelados.

Somente se apresenta o certificado devidamente expedido assim como se cancela somente o certificado “em circulação” (art. 34, § 1º). A quem o titular do certificado apresentará o título e quem o cancelará, se à companhia ou se à instituição financeira contratada, se a sociedade por ações ou se a instituição financeira, o § 1º, do art. 34, silencia, esperando que os intérpretes leiam o silêncio da lei. A companhia, se receber o certificado e se o cancelar, não invadirá competência da instituição financeira, e a instituição financeira, se o receber e o cancelar, utilizará delegação contida no serviço que presta.

13. A instituição financeira será contratada pela companhia e o contrato será o de prestação de serviços, fora ou dentro do modelo que a CVM estandarizará, por que a estardatização é a regra do nosso tempo. O contrato regerá os direitos e obrigações recíprocas das partes interessadas, aparentemente constrangidos apenas pelos limites legais.

14. Um destes limites legais é o que interdita a exclusão da responsabilidade da companhia. O contrato de serviço de ações escriturais é feito entre a s. a. e a instituição financeira. A instituição contratada – na parte “in eligendo” – se qualifica pela aprovação da CVM. Toda a matéria operacional, por força do contrato, passa à prestadora do serviço. A parte “in vigilando” pode ser bem ou mal regulada no contrato. O poder de contratar este serviço integra o poder de gestão ordinária. Cabe à Diretoria a iniciativa e realização da contratação. Após este preâmbulo, suponha-se: a) o contrato não prevê a cláusula de irresponsabilidade da companhia; b) o contrato

prevê a cláusula de irresponsabilidade da companhia. O serviço de ações escriturais é serviço exposto a falhas técnicas e humanas: a) erro de averbação; b) registro de transferência ilegal (v.g.). Com negligência ou má intenção da instituição financeira, por seus responsáveis ou prepostos. Ou sem desídia ou culpa da companhia, estranha ao realizar das operações e animada sua administração com boas intenções.

Na hipótese do contrato ter ou não ter a cláusula de não indenizar, a companhia, se acionada pela pessoa prejudicada, poderia se defender com a ausência de culpa (no caso de inexistir a cláusula de indenizar) ou com a isenção contratual (no caso de ter a cláusula de não indenizar).

A lei seguiu o padrão de responsabilidade objetiva ou da responsabilidade presumida "juris et de jure". Não aceitou:

- a) a validade das estipulações contratuais perante as partes contratantes e terceiros, dispensando formalidade de registro ou averbação do contrato, por exemplo, na CVM;
- b) o reconhecimento da responsabilidade unicamente na ocorrência de culpa em suas gradações possíveis;
- c) a separação, como questão de fato, entre a companhia contratante e a instituição financeira prestadora.

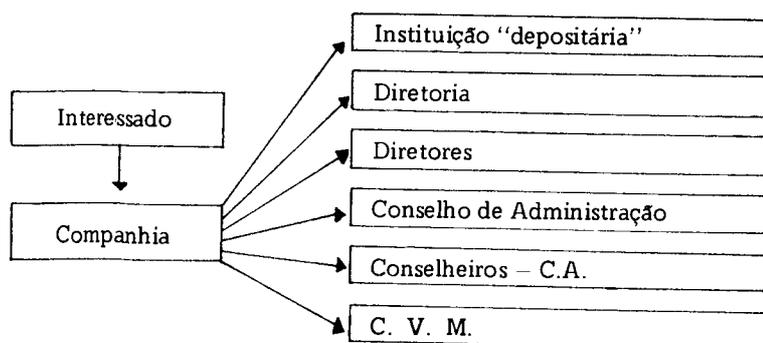
O sistema da s.a. se divorciou do sistema comum do direito privado neste tema. A responsabilidade civil é da companhia. O serviço natural deve ser da companhia. A companhia contrata terceiros (instituição financeira) por razões de sua própria conveniência. A instituição financeira é, equiparadamente, preposto da companhia, na função de "depositária" (expressão oficializada pela lei) ou de prestadora de serviço (expressão muito mais correta). Esta a maneira como a lei dispôs o assunto no art. 34, § 3º. Maneira análoga àquela das relações de proponente e preposto na responsabilidade civil; se manifestos "erros ou irregularidades", subtendido. Se houver prejuízo, quem responde é a companhia. A lei não escreve que a s.a. poderá responder, comprovada culpa ou má intenção.

15. Responde perante quem? O serviço de ações escriturais, como o serviço de ações em geral envolve acionistas e pessoas que se relacionam com acionistas, v.g.: adquirentes, cessionários, credores, etc. O § 3º, do art. 34, utilizou uma expressão muito ampla: "interessados". Acionistas, adquirentes, cessionários, credores, todos são interessados. Qualquer um deles, se prejudicado por erros ou irregularidades, se legitima para exigir reparação das perdas e dos danos. O acionista não é excluído deste direito, mesmo se, preventivamente, a contratação e o contrato de serviço merecer aprovação prévia ou referendo da assembléia geral. O acionista, com direito de voto, teria deliberado o exercício regular do serviço, através de execução normal do contrato de serviço e não o exercício irregular do serviço através da execução anormal do contrato respectivo. A responsabilidade, perante o interessado, não é responsabilidade da Diretoria ou do órgão administrativo que autorizou e firmou o contrato. Diante do interessado, cai a responsabilidade sobre a companhia como pessoa jurídica.

16. A companhia, ante os interessados, suporta sempre o peso da responsabilidade, ainda que não tenha contribuído para o erro ou irregularidade, mesmo se exerceu fiscalização e exigiu correção do erro ou sanação da irregularidade. Satisfeito o interessado com a composição de suas perdas e danos, a companhia, que pagou, adquire o direito de receber o que pagou, credora por força do pagamento, da instituição financeira responsável de direito e de fato pelo erro ou irregularidade. Hipótese legal estrita de direito de regresso que justifica, a favor da companhia demandada pelo interessado, o exercício do direito da denúncia da lide, na forma do art. 70, III, do Código de Processo Civil.

Para regredir sobre a instituição financeira, o art. 34, § 3º, alínea, sob uma redação meio equívoca, a direito regressivo eventual. O direito regressivo, ad instar do direito regressivo cambial, deveria se projetar como direito regressivo líquido, em face da responsabilidade presumida da companhia por erro ou irregularidade da instituição financeira contratada. Assim não quis o art. 34, § 3º, que abrangeu na fórmula do direito regressivo eventual a necessidade de separar os casos em que a companhia seja conivente com a instituição financeira. Reconheceria o direito regressivo unicamente se não comprometida a companhia com os erros e irregularidades da instituição financeira.

Se constatada a conivência, por exemplo, da Diretoria, ou de diretores isoladamente, ou do Conselho de Administração, ou de membros isolados do Conselho de Administração, a companhia contaria com direito regressivo em múltipla direção:



(9)

Reiterando a noção de depósito, o art. 34, § 3º, denomina a instituição financeira contratada de instituição depositária. O direito regressivo eventual do art. 34, §

(9) Culpa "in eligendo" da Comissão de Valores Mobiliários, segundo o Prof. FRAN MARTINS: "a companhia terá direito de ação contra a CVM, pelo fato de a autorização pressupor estar a instituição financeira capacitada a desempenhar, regularmente, o encargo que lhe é confiado" (op. cit., pág. 206).

3º, se limita à relação companhia/instituição depositária. A ação subsidiária na relação companhia/Diretoria, companhia/Diretores, companhia/Conselho de Administração ou companhia/conselheiros administrativos discreparia uns pontos desta ação regressiva, diferença não acadêmica por que influi na admissibilidade ou não da denúncia da lide.

17. Quando se entra no tema da propriedade e da circulação das ações escriturais, volta o esforço para caracterizar bem a natureza jurídica da chamada "conta de depósito" e a configuração legal da instituição financeira como "instituição depositária". Porque a conta de depósito centralizará as anotações escritas que se fazem, comumente, nos livros próprios, quando as ações não são escriturais. Livros para registro e para transferência de ações. Neste caso, se contratado o serviço da instituição financeira, os livros continuam com a companhia. Acontece que as ações escriturais prescindem dos denominados livros próprios. A conta de depósito vem se colocar no lugar destes livros. Toda a escrituração se desenrolará na conta de depósito. Esta conterá o registro de todas as vicissitudes da propriedade e transferência das ações escriturais. Portanto, a ação escritural elimina: a) certificado de ação; b) livros de registro da propriedade e da transferência das ações escriturais. A eliminação do certificado é diretamente declarada na lei; a eliminação dos livros próprios é indireta como decorrência da substituição dos assentos nos livros pelos assentos na conta de depósito.

18. Quando se deposita objeto com alguém há entrega da coisa (bens, valores, livros, documentos). Quem recebe a coisa em depósito a guarda e se obriga à devolução, cujo modo varia conforme a coisa seja fungível ou infungível. Este é o depósito convencional ou legal, apoiado em fato de contexto relativamente singelo.

No serviço da ação escritural ajustado com instituição financeira autorizada, o esquema da relação jurídica estabelecida por convenção não obedece este padrão de depósito regular ou irregular.

O legislador, entretanto, entendeu, decididamente, que sim, tanto que os artigos 34 e 35, com os respectivos parágrafos, empregam repetidamente, sem sinonímia ou expressão alternativa: a) conta de depósito; b) instituição depositária.

19. A companhia contrata a instituição financeira. A instituição financeira passa a manter para cada acionista conta individual. Esta conta individual é uma conta pessoal ou nominativa. Nesta conta:

- a) se registra a propriedade da ação escritural;
- b) se lança a transferência de propriedade da ação.

Não há referência alguma a cópia de registro e lançamento ou registro e lançamento em duplicata nos livros próprios da companhia. As contas são escritas em livros especiais (10) e próprios da instituição financeira, que não são, obviamente, os

(10) Prof. RUBENS REQUIÃO, op. cit. pág. 83.

livros próprios de sociedade por ações que ela deve possuir como companhia, se for também sociedade anônima. É livro de contas, em livro escrito ou em sistema de fichas ou folhas avulsas autenticadas e, ao final, encadernadas.

20. Se é depósito, indaga-se qual a coisa entregue à instituição financeira. O objeto do contrato é o serviço de ações escriturais. O que se entrega é o direito da instituição financeira abrir as contas em nome dos acionistas. Para abertura destas contas a instituição financeira se valerá das informações da companhia instruídas por comprovantes (atos constitutivos, assentamentos em livros próprios, certificados emitidos pela s. a. ou por agente emissor de certificados, atas da assembléia geral, boletins de subscrição, etc.). Pode haver e pode não haver a entrega da coisa que é a ação. A coisa que é a ação — a repetição visa a clareza — aparecerá sob duas formas principais:

- a) se certificada a ação, no certificado da ação;
- b) se não certificada a ação, no registro do livro próprio.

Em ambos os casos, consideremos a entrega da coisa que é a ação:

- a) deveria se efetivar na entrega dos certificados de ações pela companhia ou pelo agente emissor de certificados ou pelo titular à instituição financeira contratada;
- b) se efetivaria com a entrega dos livros próprios onde se fazem os registros ou com a entrega da relação oficial da companhia, por seu órgão competente, relativa a acionistas.

21. Mas, o certificado da ação (1º caso) não é depositado na instituição financeira. Ao contrário, se apresentado, deve ser cancelado. Os livros próprios (2º caso) não são depositados na instituição financeira. Pelo menos, os artigos 34 e 35 nada dizem sobre eles. Igual mutismo encontramos na lei quanto a relações oficiais de acionistas, etc. E estas listas não são a coisa-ação suscetível de depósito.

A conta, em si, não é objeto de depósito, ela deveria ser reflexo contábil da coisa entregue para depósito (11). Quem a cria e organiza é a instituição financeira, existindo como execução do contrato de serviço de ações escriturais.

22. A coisa seria, então, o serviço. O serviço, como tal, é mais uma atividade do que objeto-coisa. Antes de se avançar nesta direção, insistamos em lembrar que a ação, como ação, é direito. O registro no livro próprio, o certificado, o registro ou lançamento na conta apenas instrumentalizam este direito incorporado na ação. O depósito seria depósito de direitos. Noção que fomentaria pelejas doutrinárias e não ajudaria a compreender a precisão do depósito expresso na conta da ação escritural.

(11) "Equivoco fundamental" — na crítica do Prof. MODESTO CARVALHOSA, op. cit., pág. 179; a instituição financeira, a seu ver, é instituição administradora, deixando de explicar se esta exerce este segmento da administração por mandato, delegação, representação, etc.

Retornamos ao depósito do serviço, idéia, no mínimo, extravagante. O serviço é a atividade cujo objeto são os registros e lançamentos. A idéia de delegação, mandato, representação e outros consectários seria menos extravagante, se aplicada a esta atividade, a qual, em sua origem, é sempre responsabilidade da companhia.

23. A coisa entregue seria o registro ou o lançamento concebido como coisa-registro ou coisa-lançamento. Duas observações saltam de imediato na mente: a) o registro "a priori" (antes da conta escritural); b) o registro "a posteriori" (depois de existir a conta escritural). O registro "a priori" se encontraria no registro dentro do livro próprio – vimos que o livro não é entregue como condição de abertura da conta. O registro "a posteriori" se acha na própria conta e surge com a conta mesma. Meio tortuosa a tentativa de pensar que é feita a entrega do registro. Para se contornar o defeito desta idéia, corrigir-se-ia, dizendo ser a entrega da ação-registro ou a entrega do direito registrado como ação. Na realidade, o contrato de serviço permite à instituição financeira efetuar o registro dos direitos incorporados na ação, que consiste no registro da ação.

O problema da coisa entregue neste contrato de "depósito" permanece problema não resolvido com os conceitos do direito privado.

24. Característica central do depósito é a restituição da coisa entregue. A instituição depositária, ao termo do contrato, devolverá a coisa depositada. Pergunta-se: qual a coisa a devolver? Retorna o problema anterior da coisa entregue. A conta não é reentregue à companhia. A conta é encerrada ou extinta. Se o serviço ficar outra vez com a companhia ou se contratada nova instituição financeira autorizada, eis o que sucederá:

- a) se retomado o serviço pela companhia, não mais será serviço de ação escritural, cuja competência exclusiva a lei outorgou às instituições financeiras; a s.a. providenciará os registros novos nos livros próprios;
- b) se contratada outra instituição financeira autorizada, contas novas serão abertas.

Na prática, por conseguinte, nenhuma coisa será restituída. A companhia recuperará o direito de realizar registros ou de contratar o serviço de ação escritural com entidade autorizada.

25. Não se coteja o depósito de direito comum, item por item, na sistemática legal (Código Civil, Código Comercial) com o depósito desta conta ou o depósito nesta conta.

A exegese mais esforçada terminaria seu esforço de interpretação concluindo que o depósito especializa o depósito bancário moderno (12). Há o núcleo: entrega

(12) JOSÉ WASHINGTON COELHO, "A nova lei das s.a. interpretada", ed. Resenha Universitária, S.P., 1977, pág. 41.

efetiva de moeda, papel moeda, títulos de crédito, valores. E existem os serviços complementares, pelos quais o Banco movimentava os fundos (pagamentos de tributos, liquidação de contas, etc.). A dificuldade da equiparação ou da aproximação aparece exatamente no núcleo: a companhia não entrega à instituição financeira algo análogo à coisa-dinheiro ou à coisa-valor.

26. Declara o art. 25 que a propriedade se presume pelo registro na conta de depósito. A ação é dita como registrada e como depositada. A conta funciona para duplo efeito:

- a) o de registro – anotação do nome do titular, do número de ações, etc., etc. Este assento cria a titularidade. Enquanto não cancelado ou substituído por assento posterior, o nome assentado é o nome do titular. A presunção, no sistema, se transformou em elemento condicionador do registro acionário.
- b) o de depósito – as ações ficarão sob a guarda ou custódia da instituição financeira.

27. O registro se realiza “nos livros da instituição financeira”. Acima se advertiu que, se sociedade anônima a instituição financeira, os livros não são os livros obrigatórios da companhia como companhia. Os livros indicados pelo art. 35 serão livros para registros e lançamentos concernentes a ações escriturais. Livros que se escrituraram com as contas de depósito. Livros de contas de depósito de ações escriturais. Possivelmente, a CVM, considerando os sistemas e planos de contas, de certo alargará a inteligência dos “livros da instituição depositária” para incluir fichas, folhas avulsas e expedientes parecidos. Se não intervir, em sua função normativa regulamentadora, livros serão livros.

28. O depósito é relação complexa que se apoia no fato da entrega da coisa a outrem e no documento comprobatório da entrega. A conta registra a propriedade e não exprime a guarda da coisa ou título. A existência da ação é meramente escritural. Os números registrados e lançados formam a conta, que não funciona como conta-corrente contratual (13). Para não se intrometer com a conta-corrente, que é contrato bancário típico na modalidade que se compara, alvitrou-se a denominação conta de depósito.

O depósito, pelo que é como tradução de algo ou passagem concreta da posse da coisa, supõe a existência real da coisa e não a existência simbólica ou inferida. O máximo que a conta oferece é esta forma de existência. Com rigor, ao intelecto se torna artificial admitir depósito ficto. O documento comprobatório se hipostasia como a própria coisa depositada.

Imaginamos que a associação da idéia de depósito com a conta se originou da necessidade de responsabilizar firmemente a instituição financeira contratada: para

(13) Haveria “uma conta-corrente de ações”, na interpretação do Prof. MODESTO CARVALHO-SA (op. cit., págs. 179/180).

controlá-la com a severidade do regime a que se sujeita o depósito. Difícilmente, porém, se poderá efetivar a aplicação de pena do depositário infiel, porque a conta sempre existirá. A inexistência, erro ou irregularidade na conta não se interpreta como recusa injustificada de devolver a coisa depositada. O feitiço intimidativo da configuração legal é tão simbólico como a existência da coisa depositada.

29. A conta de depósito vale como documento do depósito. Conheçamos o depósito escritural com a entrega escritural e a restituição escritural. É documento **representativo** (14) por que a conta individual da ação quer dizer, no fato e no direito, que a ação se materializa naquela conta. Está, numa palavra, na conta de depósito. Não existe fora dela. A **representatividade** da conta permitirá a penhora, o penhor, a oneração da conta ou sua limitação como equivalente perfeito da penhora, penhor, oneração ou limitação da ação.

30. A ação escritural é ação como as ações de outra espécie, classe, forma e tipo. Inata nela a negociabilidade. A circulação negocial pode e deve envolvê-la. Sua criação se justifica, inclusive, por razões de rápida e eficiente documentação das alienações com mínimo emprego de papel. Cifras em lugar de certificados.

A transferência de ação escritural se concentra na conta, que continua a mesma conta de depósito, embora não o diga expressamente o art. 35, § 1º. Sob forma de **lançamento** se concretizará o assentamento na conta de transferência. Se alienadas todas as ações escriturais, encerrar-se-á a conta do alienante, que continua, se parcial a alienação. A conta adquirente recebe lançamento "A **CRÉDITO**" por que a conta, que é pessoal e individual, tem direito de dono sobre as ações lançadas. A conta alienante recebe o lançamento "A **DÉBITO**" por que a conta, que é pessoal e individual, não tem mais direito de dono sobre as ações lançadas. A conta-adquirente credora pode exigir as ações como suas. A conta-alienante devedora está em dívida ou deve as ações transferidas.

31. O art. 35, § 1º, reduz o lançamento nos "**LIVROS**" como no registro de propriedade (art. 35). O lançamento, designação do assento registrário, é lançamento causal. Quem efetua o lançamento é a instituição financeira e esta atua como terceiro.

Na relação negocial causadora da transferência não intervém a instituição financeira e nem a companhia. Uma e outra são terceiros na constituição do negócio jurídico alienativo.

Contudo, a instituição financeira não escreve livros de transferências de ações nominativas ou endossáveis, com termos de cessão de ações, com firmas das partes contratantes ou com endossos integrados pela assinatura do endossante e/ou

(14) Diferente do **recibo** da ação escritural, que não é título representativo (Prof. FRAN MARTINS, op. cit., pág. 211).

do endossatário, conforme o caso. A instituição financeira abre a conta em nome pessoal ou individual do acionista "depositante" e a instituição financeira movimenta a conta com lançamentos.

O **lançamento** é ato escritural da instituição financeira depositária, unilateral, sem intervenção coadjuvante no ato seja do alienante, seja do adquirente. O art. 35, § 1º, escolheu o termo lançamento para especializar:

- a) **unilateralidade do ato**: o autor dele é a instituição financeira depositária;
- b) **responsabilidade técnica do ato**: a instituição financeira depositária o realiza segundo o método adotado e em livros de sua exclusiva propriedade; estes livros não pertencem à companhia contratante nem ao acionista depositante.

32. O lançamento é **causal e não abstrato**: a) sua causa é o **negócio jurídico alienativo**; b) sua causa é o **ato alienativo**; c) sua causa é o **fato alienativo**; d) o lançamento deve se pautar pelo conteúdo do **documento hábil** que comprova o negócio jurídico alienativo, o ato alienativo ou o fato alienativo; e) a prova documental da alienação: I. ordem judicial; II. "ordem escrita do alienante"; III. "documento hábil".

A causalidade se afirma por duas conotações positivas da lei: 1ª) o lançamento se efetiva "**À VISTA**" do comprovante formal da alienação; "**à vista**" significa reprodução sintética ou analítica do mesmo, de acordo com o método de escrituração vigente na instituição financeira; "**à vista**" quer dizer que o lançamento não se fará sem a existência prévia e necessária do comprovante formal da alienação. 2ª) o documento comprobatório, judicial ou extrajudicial, será arquivado na instituição financeira, com o dever de custódia do documento.

33. Aqui, neste trecho, final do art. 35, § 1º, há obrigação de depósito para a instituição financeira. A disjuntiva "ou" e o singular do verbo "ficará" dizem que o arquivamento obrigatório inclui a ordem escrita do alienante, a ordem judicial, o documento hábil. A expressão "**documento hábil**" capta qualquer espécie de documento apto para prova do negócio jurídico, ato ou fato alienativo. A obrigação de guardar estes comprovantes formais faz da instituição financeira, neste detalhe do registro da transferência das ações escriturais, uma verdadeira depositária:

- a) há a entrega física ou real da coisa (papel-documento);
- b) há dever de guarda zelosa da coisa entregue (papel-documento);
- c) há a obrigação intrínseca e conata de restituir a coisa entregue (papel-documento).

Para o registro da propriedade, originariamente, não se assiste à entrega de algo semelhante, bastando, como se viu acima (retro e supra), lista oficial da companhia. O acionista lançado como adquirente tem direito:

- a) ação de depósito contra a instituição financeira depositária, se ocorrente a recusa de restituição do comprovante formal da aquisição, na hipótese de original ou único exemplar existente do documento.

Os problemas de transferência foram os que mais impressionaram o espírito reformista do legislador. A ação escritural veio para os resolver no todo ou em parte. Esta circunstância histórica, provavelmente, concorreu para, apesar de parcial ou de ser promenor de conjunto da técnica da ação escritural, o legislador qualificou a conta como conta de depósito.

34. O acionista, titular da ação escritural, goza do direito ao extrato (15). O estado comprova o estado presente da conta de depósito. O fornecimento do extrato da conta de depósito se dará: a) mensalmente: se o acionista solicitar; b) anualmente: se o acionista não solicitar.

O fornecimento mensal depende da movimentação da conta. O fornecimento anual independe da movimentação da conta. Movimentação da conta, a saber: a) registro de ações novas, de ações bonificadas; b) lançamento de aquisições; c) registro da conversão de debêntures em ações; d) registro da conversão de ações não escriturais em ações escriturais; e) registro da conversão de ações escriturais em ações não escriturais; f) registro de ônus, limitações, cláusulas, etc.; g) registro da propriedade individual de ações por extinção do condomínio, etc., etc.

Insera-se, neste item, observação sobre a conversibilidade em ambos os sentidos ou conversibilidade em mão dupla:

- a) as ações não escriturais podem ser convertidas em ações escriturais;
- b) as ações escriturais podem ser convertidas em ações não escriturais.

35. A decisão pela conta de depósito como receptáculo da ação escritural ou como forma de manifestação da ação escritural ou como engendradora da ação que existe somente na escrita, como escrita, foi confessada às claras pela Exposição (16).

A ação por “mero registro contábil” – diz o Expositor, que facilita extraordinariamente o curso desta ação. A inspiração foi aguçada pela conta-corrente bancária. A técnica dos bancos, tão eficiente e tão moldada para operações de massa, habilíssima na produção de atos de massa, serviu de modelo, conforme reconhece o Expositor: “... em contas de depósitos semelhantes aos depósitos bancários de moeda”.

Semelhança, pois impossível a identidade, faltando, como falta, materialidade na ação como há materialidade na moeda; ou seja, materialidade como algo coisificado. O direito que é ação dispõe de existência efetiva, mas não de existência coisificada, se não certificado ou registrado em livro próprio.

O depósito de ação em conta escritural excede o depósito comum regular ou irregular, ultrapassa mesmo o depósito bancário típico em conta-corrente.

(15) ROBERTO BARCELLOS MAGALHÃES, “A nova lei de sociedades por ações comentada”, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, ed. 1977, pág. 229.

(16) “Diário do Congresso Nacional”, Seção I, Suplemento, de 07.08.1976, pág. 6.



EXPEDIENTE:

FACULDADE DE DIREITO DA UFGO
Praça Universitária
CEP 74.000 – Goiânia – Goiás – Brasil

Solicita-se permuta.
On demande l'échange.
Si prega l'intercambio.
Exchange is solicited.
Man Bitter um Austausch.

- Os artigos assinados são de responsabilidade dos seus autores.
- Permite-se a transcrição das matérias. Pede-se citar a fonte.

Tiragem: 1.000 exemplares



Impresso nas Oficinas Gráficas da
Universidade Federal de Goiás
Goiânia - Goiás

Na sua formação, as duas contas se distinguem:

a) depósito em conta-corrente bancária:

1. há entrega real da coisa (dinheiro, valores, ordens de pagamento, etc.);
2. é conta-corrente contratada;
3. movimentável por ato individual do depositante com exercício fluente do direito à restituição.

b) conta de depósito de ação escritural:

1. não há entrega real de coisa (dinheiro, valor, ordem de pagamento, etc.);
2. não corre com saques e depósitos contínuos ou periódicos, apenas se lança para efeito de registro;
3. movimentável nos registros e lançamentos como ato unilateral da instituição financeira.

A semelhança aproximativa se reduz a serem as depositárias instituições financeiras. A técnica proposta subverte completamente o conceito de depósito do direito comum.

36. O Expositor valorizou a “ordem escrita do alienante” (art. 35, § 1º). A ordem, segundo o ditado da lei, deve ser do alienante, e, de conseguinte, é manifestação unilateral de vontade. O alienante dá ordem à instituição financeira que escritura tantas ações tais e tais de sua propriedade a débito de sua conta e a crédito da conta do adquirente individualizado. Ordem unilateral pessoal e ordem unilateral nominativa. Não há necessidade de firma ou assinatura do adquirente. O adquirente é indicado como o sacado nos títulos de apresentação com desnecessidade de aceite ou reconhecimento formal. A ordem é escrita e não verbal. Possivelmente, a CVM, sob o primado da estandarização, aprovará modelo desta ordem individual nominativa escrita, que pretende, no terreno da assemelhação com a conta-corrente bancária, se parecer ou se avizinhar da ordem ou saque que é o cheque, instrumento unilateral de disposição de fundos em estabelecimento de crédito.

A diferença se agudiza com o fato desta ordem escrita não tipificar um saque ou ordem de pagamento:

- a) é ordem para se escriturar a transferência;
- b) é documento idôneo de transferência dentro da instituição financeira, onde o adquirente forçosamente será, também, “depositante” (17);
- c) a instituição financeira depositária, como depositária da conta, deverá executar a ordem;
- d) é ordem do titular da ação à instituição financeira depositária a favor do adquirente.

(17) O Prof. FRAN MARTINS inicia com referência ao “virement” francês (op. cit. n. 139).

O adquirente, que não figurar na ordem escrita ou que não for o portador dela, pode se arrepender da aquisição, restando-lhe os meios ordinários de direito para formalizar e exercer a sustação do registro contábil.

37. O adquirente indicado, cujo nome a instituição financeira acolhe, apurada ou não a autenticidade da ordem escrita, receberá conta, que será aberta em seu nome como credor das ações, ou melhor, como titular das ações. O adquirente, teoricamente, não precisa intervir na ordem escrita ou no ato escritural de lançamento da transferência.

A instituição financeira não é obrigada a perquirir e sindicar a negociação efetiva entre o dador da ordem escrita, que é o alienante, e o beneficiário indicado da ordem, que é o adquirente. O documento hábil, nesta hipótese, já consiste na ordem escrita. Probabilidade, assim, de pessoa, sem saber ou querer, figurar como titular da ação escritural da companhia. Esta situação anômala, por excepcional, auxilia a entender por que o registro da propriedade é "juris tantum" ou gera titularidade presuntiva, presuntividade que marca, igualmente, o lançamento da transferência.