

Parecer não atualizado

Sumário (adicionado ao documento original)

Exposição e Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

I - Conceito de Ação

II - Ação Como Valor Mobiliário

III - Ação Nominativa Como Valor Mobiliário

IV - Ação Escritural Como Valor Mobiliário

V - Natureza das Relações entre a Companhia e os Acionistas e a Instituição Financeira que Escritura as Ações

VI - Natureza da Conta de Depósito Aberta em Nome de Cada Acionista

Resposta

PARECER JURÍDICO

Ações Escriturais. Natureza de Valor Mobiliário.
Conta Conjunta de Depósito de Ações Escriturais.
Natureza e Efeitos.

EXPOSIÇÃO E CONSULTA

1. "A Lei nº 6.404 de 15.12.1976, em seus artigos 34 e 35, prevê a adoção estatutária da ação escritural, a ser mantida em conta de depósito, em nome de seus titulares, na instituição designada, sem emissão de certificados.

2. É praxe bancária a aceitação de depósito em "conta-conjunta", constituindo uma obrigação solidária, regulada pelo artigo 896 e seguintes do Código Civil Brasileiro, na qual os depositantes (ou credores) são designados sob a forma "fulano e/ou sicrano".

3. A Lei de Sociedades por Ações, por outro lado, dispõe (par. único do art. 28) que

"quando a ação pertencer a mais de uma pessoa os direitos por ela conferidos serão exercidos pelo representante do condomínio".

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

4. Em face do exposto, a Consulente pergunta:

I – não estando prevista na Lei nº 6.404/76 outra forma de propriedade comum se não o de condomínio, é possível a constituição de conta de depósito de ações escriturais sob a forma da conta conjunta acima mencionada? Em caso afirmativo,

II - à vista do disposto no artigo 901 do Código Civil, em caso de falecimento de um dos depositantes, como ficaria definido:

- a) o direito do sobrevivente no tocante às ações mantidas em conta de depósito;
- b) o direito dos sucessores do falecido, em relação à mesma conta.

III - para exonerar a empresa e a instituição financeira depositária de qualquer responsabilidade, qual o comportamento ou medidas legais a serem seguidas:

- a) no momento da constituição da conta-conjunta;
- b) em caso de falecimento de um dos depositantes".

PARECER

1. A Lei nº 6.404/76 criou a ação escritural regulando-a em diversos preceitos, dentre os quais destacamos os seguintes:

a) o estatuto da companhia pode autorizar ou estabelecer que as ações de sua emissão (de todas as classes ou apenas de uma ou mais delas) sejam mantidas em contas de depósito em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão dos certificados (art. 34); quando a forma escritural for adotada no curso da existência da companhia, a conversão das ações em escriturais depende da apresentação e do cancelamento dos certificados em circulação (art. 34, § 1º);

b) a instituição depositária fornecerá ao acionista extrato da conta de depósito das ações escriturais, sempre que solicitado, ao término de todo o

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

mês em que for movimentada e, ainda que não haja movimentação, ao menos uma vez por ano (art. 35, § 2º);

c) a propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta de depósito das ações aberta em nome do acionista nos livros da instituição depositária (art. 35);

d) a transferência da ação escritural opera-se pelo lançamento efetuado pela instituição depositária, em seus livros, a débito da conta de ações do alienante e a crédito da conta de ações do adquirente, à vista de ordem escrita do alienante, ou de autorização ou ordem judicial, em documento hábil que ficará em poder da instituição (art. 35, § 1º);

e) o penhor da ação escritural e outros ônus que a gravarem serão averbados nos livros da instituição financeira e anotados no extrato da conta de depósito fornecido ao acionista (art. 39, § 1º; art. 40, III e par. único);

f) a companhia responde pelas perdas e danos causados aos interessados por erros ou irregularidades no serviço de ações escriturais, sem prejuízo do eventual direito do regresso contra a instituição depositária (art. 34, § 3º).

2. A expressão "escritural" qualifica a ação na sua natureza de valor mobiliário, ou título de crédito. É nova forma que a ação pode revestir, além das tradicionais (nominativa, endossável e ao portador). Seu regime legal resume-se aos preceitos da Lei nº 6.404/70. Por conseguinte, a elaboração conceitual do novo instituto e a explicitação do seu regime jurídico hão de fundar-se no conceito e natureza da ação de sociedade e na teoria geral dos títulos de crédito.

3. A resposta à Consulta requer, especificamente, a determinação (a) da natureza jurídica das relações que se estabelecem entre a companhia, seus acionistas e a instituição financeira e (b) da função e natureza das contas que a instituição financeira abre em nome de cada acionista.

A lei conceitua como contrato de depósito as relações entre a companhia, seus acionistas e a instituição financeira designada para escriturar as ações: as ações escriturais são "mantidas em contas de depósitos" na

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

instituição financeira e essas "contas de depósito" são abertas em nome de cada acionista.

Essa definição da instituição financeira como "depositária das ações" foi criticada, durante a discussão do anteprojeto da lei, pelo professor GERALDO VIDIGAL, com os seguintes argumentos:

"A ideia de ação escritural nasceu exatamente do funcionamento da moeda escritural, como ocorre dos depósitos que esclareceram o critério da presunção de sua transferência. Ao revés, a conta de depósito supunha um corpo a ser depositado, objeto do depósito: posso depositar em um banco moeda circulante e faço dessa forma nascer moeda escritural. Parece sem sentido, no entanto, a referência à "conta de depósito de ações escriturais" quando a ação escritural não existe ao realizar-se a operação a que o anteprojeto chama depósito, quando "depósito" de que trata o anteprojeto supõe a inexistência ou precisa destruição do corpo representando o que será depositado. Não se suponha que a crítica seja meramente acadêmica. É da essência dos contratos de depósito o direito do depositante à exibição do bem depositado. No caso da ação escritural, no entanto, não há bem corporal a ser exibido pelas instituições financeiras se os interessados ajuizarem ação de depósito. Será sempre possível à instituição financeira efetuar lançamento em conta, em nome do titular da ação escritural e extrair então o extrato de conta -- mas não há como assemelhar o litígio, que nesse caso se trava ou que se projeta na ação de depósito" (apud RUBENS REQUIÃO "Comentários a Lei das S.A., Saraiva, 1980, vol. I, págs. 245 e 246).

RUBENS REQUIÃO, na obra citada, endossa a crítica nos seguintes termos:

"Com efeito, a referência dos artigos 34 e 35 à conta de depósito levo à indagação se a lei não pretendeu induzir que a instituição da ação escritural pressuponha sempre a existência inicial do certificado de ação nominativa, endossável ou ao portador. A corporificação das ações nos certificados daria, só então, ensejo a conta de depósito dessas ações. Mas isso parece não ter ocorrido, pois senão as ações escriturais teriam perdido muito de sua razão de ser, ou seja, as suas vantagens primordiais ressaltadas na Exposição de Motivos".

"Essas ações prescindem, na verdade, desde a emissão, do certificado. Não necessitam elas, para sua criação, de passar pelo crivo do certificado,

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

podendo assim ser emitidas pela companhia originariamente. Isso demonstra que na operação não se usa o "depósito". A instituição financeira encarregada do serviço de lançá-las nos seus livros especiais não criou, como poderia ter feito, um livro social para elas, no mecanismo da sociedade anônima" (pág. 246).

E MODESTO CARVALHOSA (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Saraiva, São Paulo, vol. I) assim se manifesta sobre a questão:

"Fala a lei em "depósito", em "conta de depósito" e em "instituição, depositária" (art. 35). Ao fazê-lo, comete uma série de equívocos fundamentais. Em primeiro lugar, porque, sendo as ações escriturais bens incorpóreos, não podem ser objeto de depósito. Em segundo, porque a conta de depósito supõe, evidentemente, um bem corpóreo a ser depositado, no qual constitui o seu precípua objeto. Em terceiro lugar, porque é da essência dos contratos do depósito o direito do depositante a exibição do bem depositado. Ora, se a ação escritural pressupõe a existência de certificado, não haverá bem depositado, passível de conta de depósito e muito menos de contrato dessa espécie (pág. 179).

"Não se pode, outrossim, falar, como faz a lei, em "instituição" depositária. O contrato cujo a companhia e a instituição, sendo por objeto as ações escriturais, é de prestação de serviços de administração e nunca de depósito. A instituição presta serviços de lançamento da propriedade das ações e sua transferência. A relação contratual é direta entre a companhia e a instituição não sendo parte o acionista.

"Cabe ao acionista, no entanto, embora estranho à relação contratual, receber da instituição administradora extrato de conta corrente (print-out) e comprovante de propriedade da ação (statement of registered ownership). Os lançamentos são feitos em contas correntes e não em contas de depósito, como -- sempre erroneamente -- fala a lei" (págs. 179 e 180).

As razões arguidas contra o "depósito de ações escriturais" são, portanto, as seguintes: (a) somente bem corpóreo móvel pode ser objeto de depósito, (b) somente é possível falar em depósito de ação enquanto esta se acha corporificada em certificado, (c) ação escritural é bem incorpóreo porque não admite emissão de certificado e (d) é da essência do contrato de depósito o direito do depositante à exibição e restituição do bem depositado, o que é impossível no caso de ação escritural.

4. A Consulta pressupõe o contrato de depósito nas relações entre a instituição que escritura as ações e o acionista, pois versa sobre a aplicação à conta de depósito de ações escriturais de preceito geral do Código Civil sobre solidariedade ativa em obrigações. Sua resposta requer, por isso, a análise jurídica do conceito de ação e da conta de ações escriturais, a fim de verificar -- ponderando as críticas acima transcritas -- se ocorre na hipótese, efetivamente, um depósito, e, em caso afirmativo, só as peculiaridades desse depósito são compatíveis com normas gerais do contrato de depósito e do direito de obrigações.

Nessa análise examinaremos a seguir (a) o conceito de ação, (b) sua natureza de valor mobiliário, ou título de crédito, (c) a natureza corpórea dos títulos de crédito, (d) inclusive dos títulos com a forma nominativa, e (e) se o conceito de bem corpóreo aplica-se também às ações escriturais.

I - Conceito de Ação

5. A expressão "ação de sociedade" é empregada com dois significados diferentes: (a) do conjunto padronizado de direitos de participação societária e (b) de certificado em que esse conjunto de direitos é incorporado.

6. O conceito próprio de ação é o de conjunto dos direitos e obrigações que integram uma posição padronizada de sócio.

Ação é conceito peculiar aos tipos de sociedade em que (a) os direitos e obrigações dos sócios são organizados em conjuntos padronizados, definidos independentemente das pessoas que são seus titulares, e (b) esses conjuntos são, através do recurso técnico-jurídico da sua "incorporação" em valores mobiliários, considerados como bens móveis corpóreos -- objeto de direitos reais -- cuja circulação obedece a lei própria, que varia com a forma que revestem.

7. Em todo os tipos de sociedade comercial, com exceção da companhia e da comandita por ações, a definição dos direitos de participação que integram cada posição de sócio faz-se em função de determinadas pessoas. São conjuntos de direitos personalizados, no sentido de que somente podem ser identificados por referência a seus titulares, que são os figurantes nas relações jurídicas nascidas do contrato social. E não são necessariamente iguais, nem

padronizados, no sentido de que cada posição do sócio compreenda iguais direitos em termos de porcentagem ou fração dos lucros ou do acervo social, ou de voto nas deliberações sociais.

Nas sociedades por ações, os direitos de participação dos acionistas são a priori organizados em unidades padronizadas, ou quotas-partes iguais, sem ter em conta o número ou o nome dos acionistas. O total dos direitos que cabem a todos os sócios é dividido no estatuto em partes iguais, imutáveis em relação à sociedade (Lei nº 6.404/76, art. 28). A cada ação corresponde, portanto, iguais direitos de participação, em termos de porcentagem ou fração do total.

A igualdade dos direitos de participação compreendidos nas ações da mesma classe é da essência da companhia. A lei admite três espécies de ações (ordinárias, preferenciais e de fruição) e mais de uma classe em cada espécie. A igualdade é exigida apenas dentro de cada classe, mas a norma do § 1º do artigo 109 da Lei nº 6.404/76, que a impõe, é cogente, e não admite disposição estatutária em contrário.

8. A ação, no sentido de conjunto de direitos e obrigações, é um complexo unitário, indivisível e incindível: (a) a padronização dos direitos de sócio estabelecida no estatuto não pode ser modificada (a não ser mediante alteração estatutária) e (b) os direitos que integral esse conjunto, embora possam ser analisados como elementos distintos, não são destacáveis e atribuíveis a diferentes sujeitos (salvo no caso de usufruto, expressamente autorizado pela lei).

Os elementos que compõem a ação são direitos e obrigações, e não objetos de direitos; mas para diversos efeitos a lei considera a ação como objeto de direito. Analisada como bem jurídico, separadamente do documento que a incorpora, a ação é bem imaterial, pois direitos e obrigações são ideias, ou objetos de pensamento; mas, como veremos a seguir, esse conjunto de direitos e obrigações existe corporificado em documentos, e por isso a lei o submete ao regime dos bens materiais.

9. A palavra ação é usada também para significar "o certificado ou título de ação". Esse uso, embora impróprio, justifica-se porque é da natureza da ação (no sentido de conjunto de direitos e obrigações) a sua incorporação em

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

valor mobiliário, ou título de crédito; mas o conceito de documento no qual se acha incorporado um direito não se confunde com o do próprio direito.

A ação, embora objetivada em documento, não tem sua existência subordinada a esse documento; pode existir transitoriamente sem estar incorporada em documento, como no momento da criação da sociedade -- antes da abertura do livro de "Registro de Ações Nominativas" ou da emissão de certificados -- ou no caso de destruição desse livro ou certificado.

Mesmo em linguagem vulgar, o conceito próprio de ação não se confunde com o do seu certificado: em geral os certificados são títulos múltiplos, que representam diversas ações; quando nos referimos à venda de um determinado número de ações, significamos a quantidade de conjuntos de direitos e obrigações, e não de certificados; e os negócios e cotações nas bolsas de valores têm por objeto um número de ações no sentido de conjuntos de direitos e obrigações, e não de certificados.

II - Ação Como Valor Mobiliário

10. É da essência do conceito de ação a característica de ser objetivada em valor mobiliário, ou título de crédito. É essa característica que -- ao lado da padronização -- distingue a ação do quinhão ou quota social.

A definição da ação como valor mobiliário consta do artigo 2º da Lei nº 6.385/1976, e a expressão "valor mobiliário" significa espécie dos títulos de crédito que são instrumentos financeiros de aplicação de capital de risco ou de empréstimo a prazo longo.

Títulos de crédito são documentos que "corporificam" direitos, possibilitando a circulação desses direitos segundo regime semelhante ao da circulação dos bens corpóreos móveis.

Em sentido próprio, são títulos de crédito apenas os que conferem direitos de crédito -- como a letra de câmbio, a nota promissória, o warrant etc.; mas a expressão também é usada (em sentido amplo) para significar toda a classe dos documentos que desempenham a função de corporificar direitos.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

Nessa classe incluem-se títulos que conferem (a) direitos de crédito, como a letra de câmbio, a nota promissória, os títulos da dívida pública, as debêntures, os warrants, a letra imobiliária, o certificado de depósito bancário, as duplicatas etc., (b) direitos de exclusão sobre mercadorias, como os conhecimentos de depósito de armazéns gerais e de carga, e (c) direitos de participação, como as ações, as partes beneficiárias e os bônus de subscrição.

11. O uso da expressão "títulos de crédito" nesse sentido amplo deve-se principalmente à doutrina italiana, mas não é generalizado. O direito alemão usa a expressão "papel-valor" e na França prevalece a distinção entre "effets de commerce" e "valeurs mobilières".

Entre nós, J.X. CARVALHO DE MENDONÇA usou a expressão "títulos de crédito" para abranger todas as espécies de títulos (de crédito, de participação e de mercadorias), e esse uso é hoje bastante difundido (J. EUNÁPIO BORGES, Títulos de Crédito, Forense, Rio, 1975; FRAN MARTINS, Títulos de Crédito, Forense, 2^a Edição, 1977). A legislação em vigor não contém tratamento unitário dos títulos de crédito, e a expressão de origem francesa "valor mobiliário" difundiu-se entre nós principalmente a partir da Lei nº 4.728/1965, que disciplinou os mercados de capitais definindo o "sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários".

Pode-se dizer que hoje predomina na doutrina brasileira o uso da expressão "títulos de crédito" no sentido genérico da categoria de documentos acima referida, da qual os "valores mobiliários" constituem espécie.

12. Para os fins da resposta à Consulta, o que importa destacar na noção genérica dos títulos de crédito é a sua função de instrumento para facilitar a circulação de direitos, ao assegurar-lhe condições de certeza e segurança jurídicas (ALDERTO ASQUINI, Titoli di Credito, Padova, 1966, fls. 32 e seguintes; FEDERICO MARTORANO, Novíssimo Digesto Italiano, verbete Titoli di Credito (Diritto Privato), vol. XIX, págs. 324 e 325; TULLIO ASCARELLI, Teoria Geral dos Títulos de Crédito, Saraiva, São Paulo, 2^a Edição, 1969, págs. 5 e 6).

Título de crédito foi o instrumento inventado e aperfeiçoado pelo direito comercial para aplicar à circulação de direitos o regime de circulação da propriedade dos bens corpóreos móveis, muito mais simples e seguro para

o adquirente do que a cessão civil de direitos. A comparação dos dois regimes põe em evidência a inadequação da cessão civil como meio de circulação de direitos em economia de alta intensidade de trocas.

O cessionário, porque adquire direito de modo derivado, está sujeito ao risco dos defeitos do título do cedente e às exceções que o devedor podia opor a este (Código Civil, art. 1.082); tem o ônus da prova para legitimar-se perante o devedor, e precisa notificá-lo (Código Civil, art. 1.068) e registrar o instrumento da cessão (Código Civil, arts. 1.067 e 1.035), se quiser evitar a possibilidade de o devedor de boa-fé pagar validamente ao cedente (Código Civil, art. 1.071), ou de o cedente transferir novamente o crédito a terceiros (Código Civil, art. 1.070).

A aquisição de coisa móvel, diferentemente, completa-se por simples tradição, e o adquirente não precisa observar nenhuma formalidade para evitar o risco de nova alienação a terceiro pelo antigo proprietário, pois a alienação pressupõe a posse da coisa; essa posse é protegida pelo direito, e como domínio é senhorio sobre a coisa, o adquirente exerce o direito sem necessidade de justificar seu título, a não ser contra terceiro reivindicante. A segurança jurídica na circulação das coisas móveis é maior nos sistemas jurídicos que adotam o princípio de que "a posse de boa-fé vale título" e admitem a aquisição a non domino. Esse é o princípio adotado no regime da circulação dos títulos de crédito mesmo nos ordenamentos jurídicos -- como o brasileiro -- que o não aceita para as demais coisas móveis.

13. Os títulos de crédito são documentos nos quais são declarados ou descritos direitos, que variam conforme a espécie do título. Esse documento (ou certificado) funciona como veículo do direito, segundo lei própria de circulação que varia com a forma do título. A posse do certificado legitima o exercício do direito nele declarado e a aquisição do direito é consequência da aquisição da propriedade do certificado.

O título de crédito permite a aplicação a direitos do regime de circulação das coisas móveis graças à conexão criada entre a titularidade do direito e a propriedade de um documento. Daí a expressão "incorporação do direito no documento", que representa (figurativamente) a ação de dar forma corpórea ao direito, em que consiste a criação do título de crédito: o direito descrito no título é destacado da relação jurídica de que se tenha originado

(dita fundamental), passa a ser elemento de nova relação jurídica (dita cartular) nascida com a criação do título, e pode ser exercido por qualquer pessoa que se torne possuidor do documento segundo sua lei de circulação.

14. A construção conceitual-jurídica dos direitos de crédito baseou-se no seu protótipo, que foi a letra de câmbio. Daí ser igual a identificação, como características do direito cartular, a literalidade (a letra do título define o conteúdo do direito), a abstração (independência de causa) e a autonomia (configuração própria, separada ou distinta, no patrimônio do possuidor do título, como direito adquirido originariamente, e não de modo derivado).

Nem todos os títulos de crédito apresentam, entretanto, o mesmo grau de literalidade e abstração que a letra de câmbio. Assim, por exemplo, a ação de sociedade não é título literal -- os direitos de participação que confere são definidos pelo estatuto social e alguns deles podem ser modificados ou suspensos por deliberação da Assembleia Geral; e o conhecimento de carga não é abstrato, mas continua vinculado ao contrato de transporte que está na sua origem. Mas todos participam da característica comum da autonomia, essencial à certeza e segurança na circulação do direito, porque coloca o adquirente de boa-fé a salvo (a) das exceções oponíveis pelo sujeito passivo da relação jurídica contra os proprietários anteriores do título e (b) da reivindicação por terceiros.

15. Juridicamente, título de crédito é objeto de direito composto, formado de um bem imaterial (o direito objetivado e incorporado no documento) e outro bem material (o papel usado para criar o título). A criação do título tem por efeito "corporificar" ou "materializar" o direito: o sistema jurídico considera o título de crédito como bem corpóreo móvel, e essa classificação diz respeito ao direito enquanto incorporado no documento, e não apenas ao papel do documento.

A ação (no sentido de conjunto dos direitos e obrigações), quando considerada separadamente no documento que a corporifica, é um bem imaterial; mas é da essência da ação que ela exista incorporada em documentos, ou seja, na condição jurídica de bem material. É sob essa forma que (salvo transitoriamente, nas hipóteses antes mencionadas) se apresenta ao observador e é regulada pela lei. Por isso, a lei a considera como bem corpóreo móvel, objeto de propriedade e de outros direitos reais.

16. A doutrina designa como "lei de circulação" a definição dos atos mediante os quais se opera a transferência da posse do título de crédito em condições de legitimar o exercício do direito nele incorporado. Essa lei varia com a forma do título: é a tradição do documento, no título ao portador; uma declaração apostada no próprio título (endosso) seguida da tradição, nos títulos à ordem; e a inscrição do nome do novo titular feita pelo sujeito passivo em seus livros, nos títulos nominativos.

Segundo essas leis de circulação, somente nos títulos ao portador e à ordem a circulação dos direitos (no sentido da sua transferência de uma pessoa para outra) pressupõe a circulação física do certificado no qual o direito se acha incorporado: nos nominativos, a circulação jurídica ocorre (pela inscrição em livro do sujeito passivo) independentemente do certificado, cuja função é apenas probatória, pois não incorpora o direito.

17. A classificação como bem corpóreo móvel das ações que revestem a forma ao portador ou à ordem é matéria pacífica, mas o fato de o certificado da ação nominativa ter função apenas probatória tem levado alguns autores a negarem às ações nominativas a natureza de títulos de crédito. E como a forma escritural é uma variante da nominativa, para o fim da fundamentação da resposta à consulta é importante precisar a natureza jurídica da ação nominativa.

III - Ação Nominativa Como Valor Mobiliário

18. A natureza da ação nominativa como título de crédito tornou-se matéria praticamente pacífica na Itália a partir da elaboração doutrinária de CESARE VIVANTE (*Trattato di Diritto Commerciale*, 3^a Edição, Vallard, Milano, 1904, vol. III, págs. 206 e seguintes). Esse é também o entendimento da doutrina moderna francesa (GEORGES RIBERT e RIBERT ROBLOT, *Traité Elementaire du Droit Commercial*, 8^a Edição, Librairie General, Paris, 1976, vol. II, pág. 11; MICHEL DE JUGLART e BENJAMIN IPPOLITO, *Traité du Droit Commercial*, 3^a Edição, Montchrestin, vol. II, pág. 294 e seguintes) e que predomina na doutrina brasileira (J.X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, vol. 5º, 2^a parte, 6^a Edição, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1960; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades Por Ações*, 2^a Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1953, vol. I, nº 95; PONTES DE

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Borsoi, 1972, vol. XV, pág. 273, parágrafo 3.788; JOÃO EUNÁPIO BORGES, Títulos de Crédito, Forense, Rio de Janeiro, 1975, pág. 32; FRAN MARTINS, Ob. cit., vol. I, pág. 29).

19. Não obstante, THEÓPHILO DE AZEREDO SANTOS (Manual de Títulos de Crédito, 1975, Pallas, Rio de Janeiro, pág. 450), analisando a ação como título de crédito, conclui que: "a nosso ver, as ações ao portador são títulos de crédito, isto é, são documentos necessários no exercício do direito literal e autônomo neles contido. Já as ações nominativas são meros documentos atributivos da qualidade de sócio, título de crédito impropriamente dito". E em artigo sob o título "Natureza Jurídica das Ações de Sociedades" (Revista Forense, vol. 169, pág. 497), afirmou que "incluir as ações nominativas entre os títulos literais, completos ou formais, abstratos e constitutivos de crédito é, a nosso ver, erro palmar".

A natureza da ação nominativa como título de crédito foi também posta em dúvida por MODESTO CARVALHOSA (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Saraiva, São Paulo, vol. I), nos seguintes trechos:

"Não mais sendo necessariamente representada por um título (certificado) coloca-se também a questão momentosa de tratar se a ação é um título de crédito ou não. De plano fica eliminada essa problemática no que diz respeito as ações escriturais por lhes faltar o requisito fundamental do documento através do qual pudesse o direito inerente à ação ser exercido" (pág. 157).

"As demais formas de ações representadas por títulos endossáveis e ao portador constituem valores mobiliários corpóreos. Sendo bens móveis, a elas aplica-se com propriedade jurídica a denominação "valores mobiliários", entendíveis estes como interesses, patrimoniais, constantes de um certificado transferível e negociável, que outorga, a seu titular, os direitos inerentes a sua qualidade de sócio. Os certificados das nominativas também são valores mobiliários, muito embora não atribuam ao titular da ação qualquer direito frente à companhia" (57).

"O problema da natureza jurídica da ação não encontra ainda uma solução unânime da doutrina. A questão torna-se mais complexa quando se sabe que não há uma natureza jurídica comum a todas as ações, em face da diversividade das formas de que se revestem. Não se pode, outrossim, deixar de considerar a existência de ações que não se encontram materializadas em

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

um documento, como pode ocorrer com as nominativas e que, necessariamente, ocorre com as escriturais" (pág. 104).

"O direito positivo estrangeiro costuma considerar as ações em geral como títulos do crédito, apesar das divergências doutrinárias: (idem)".

"Apesar de grande parte de nossa doutrina afirmar que a ação, qualquer que seja a forma que, estiver revestida, tem a natureza de título de crédito, não se nega a natureza complexa da ação à medida em que pode também ser considerada título corporativo, título de sócio ou de massa, ou título que legitima a ação" (pág. 104).

"É, entretanto, imprescindível distinguir-se a ação pela sua forma e pelas regras de transmissão a que, em cada caso, são submetidas, para se estabelecer a sua natureza ou não de título de crédito ... Sob esse ponto de vista, os certificados representativos das ações endossáveis são documentos atributíveis da qualidade de sócio. E o certificado das nominativas não é documento constitutivo de direitos, representando apenas, um comprovante do registro da ação no livro próprio da companhia" (págs. 104 e 105).

PHILOMENO J. DA COSTA (Anotações às Companhias, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980), vai mais longe e nega, claramente, a natureza de títulos de crédito às ações nominativas e escriturais:

"Contudo, se a transferência depende de registro nos livros sociais, transferindo-se mesmo os seus direitos sem exibição do papel(ação), esse não é mais o documento necessário para o exercício de um direito literal autônomo, que nele se contém. Também, quando o estatuto social impõe limitações a circulação das ações nominativas (art. 36), estas, por mais esta razão, não são títulos de crédito. A ação nominativa, com mais forte razão aquela que tem estatutariamente a sua circulação restringida, não são documentos de legitimação, mas a categoria é menos evoluída nos papeis encarados como títulos de créditos em potencial mais afastados; ..." (pág. 202).

"Em síntese: as ações têm em geral a natureza jurídica de título de crédito; excetuam-se àquelas nominativas e sobretudo estas com a sua circulação restringida, que são comprovantes, mais as ações escriturais, que são registros" (pág. 203).

20. Essas opiniões sobre a natureza das ações nominativas, quando tem por objeto a ação como valor mobiliário (e não o certificado da ação nominativa), são improcedentes e precisam ser refutadas porque negam à ação nominativa característica essencial à funcionalidade das sociedades por ações, que é a circulabilidade dos conjuntos de direitos e obrigações dos sócios com a certeza e segurança jurídicas próprias dos direitos incorporados em títulos de crédito.

As dúvidas sobre a natureza jurídica da ação resultam, em geral, de confusões conceituais decorrentes dos diferentes significados com que são empregados as palavras "ação" e "títulos de crédito".

Como referido, ação pode significar (a) o complexo de direitos e obrigações que integra cada posição padronizada de acionista ou (b) o certificado que serve de veículo para sua circulação; e quando se nega à ação nominativa a natureza de título de crédito, é indispensável explicitar que essa proposição é verdadeira em relação ao certificado da ação, e não à própria ação. É inquestionável que o certificado da ação nominativa não é título de crédito segundo a definição clássica de VIVANTE, de documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. Essa afirmação não implica, entretanto, em excluir a ação nominativa (no sentido do complexo de direitos e obrigações incorporado em documento, sujeito à lei de circulação dos títulos nominativos) do regime jurídico dos títulos de crédito, considerado no seu aspecto essencial de instrumento técnico cuja função é alcançar, na circulação dos direitos, o grau de certeza e segurança jurídicas próprio do regime de circulação dos seus bens corpóreos móveis.

21. Em sentido próprio, título de crédito é o documento cuja posse legítima o exercício do direito do crédito nele incorporado. Nesse sentido, nem mesmo os certificados de ações ao portador e endossáveis são títulos de crédito, posto que conferem direitos de participação, e não de crédito. Mas a ação é inquestionavelmente classificada entre os títulos de crédito no sentido genérico da expressão, que compreende os títulos de participação e de mercadorias.

Para as imprecisões conceituais que estão na origem das objeções à aplicação de regime jurídico dos títulos de crédito a todas as formas de ações, inclusive a nominativa, contribuem (a) a denominação do instituto, que

enfatiza o aspecto instrumental do documento que incorpora direitos, em prejuízo da noção fundamental de regime especial de circulação de direitos, distinto do regime geral da cessão civil, e (b) o fato de os protótipos dos títulos de crédito serem documentos separados e volantes, que passam de mão em mão.

A noção essencial do instituto dos títulos de crédito não é, entretanto, qualquer aspeto relativo às características dos documentos que incorporam direitos, mas o regime de circulação de direitos como se fossem coisas móveis, que se torna possível através do grau de objetivação desses direitos alcançado mediante sua incorporação em documentos.

22. Direito subjetivo é ideia que representa modelo de comportamento permitido a certa pessoa (o sujeito ativo) e que implica faculdade de exercer poder jurídico sobre outrem. Os direitos subjetivos e as obrigações são, tal como as normas genéricas sociais, ideias, ou símbolos mentais, que somente existem na mente dos indivíduos que as pensam; mas têm a objetividade própria das ideias culturais, porque existem simultaneamente na mente de diversos indivíduos e podem ser conhecidas por qualquer um a partir de sinais verbais, impressos em objetos culturais ou transmitidos pela própria ação das pessoas.

Objetivar o direito significa transformar a ideia do direito em objeto real, que pode ser conhecido por qualquer um porque existe no mundo objetivo, externo à mente do sujeito que pensa.

O grau de objetivação dos direitos varia com sua natureza e as espécies de sinais através dos quais podem ser conhecidos.

Os direitos reais que se exercem mediante posse direta de coisa móvel têm maior grau de objetividade que os de obrigação ou de participação porque (a) a posse da coisa é sinal suficiente para revelar sua existência e (b) podem ser exercidos independentemente da cooperação de terceiros.

Os direitos de obrigação e de participação pressupõem cooperação de terceiros e somente podem ser conhecidos através de sinais verbais ou impressos em objetos culturais. Os direitos dessa natureza nascidos de um contrato verbal somente são conhecidos pelas partes e eventuais testemunhas

do contrato, e têm grau mínimo de objetividade porque terceiros somente podem conhecê-los através de comunicações dessas pessoas. Os nascidos de negócio jurídico documentado já apresentem maior grau de objetividade porque se acham formalizados em signos escritos, que podem ser compreendidos por qualquer um que leia o documento. Esse grau de objetividade aumenta se o instrumento do contrato é levado a registro público, que lhe dá publicidade, tornando o conhecimento do direito acessível a qualquer um.

Essa diferença de grau de objetividade segundo a natureza do direito explica por que somente mediante prévio aumento do grau de objetividade dos direitos de obrigação e de participação é possível alcançar, na sua circulação, a certeza e segurança jurídicas próprias da circulação das coisas móveis.

23. A incorporação do direito no título ao portador ou à ordem foi o expediente inventado pelo direito comercial para "coisificar" ou "materializar" o direito subjetivo, possibilitando sua circulação como acessório de um objeto material.

A incorporação do direito em título nominativo utiliza a mesma técnica, apenas com forma diferente: o direito é objetivado mediante inscrição em livro próprio do sujeito passivo, e não o certificado fornecido ao titular, que tem função meramente probatória da inscrição; e a circulação do direito processa-se mediante inscrição do adquirente no livro do sujeito passivo, ao invés de mediante tradição (ou endosso de tradição) no certificado.

Os direitos incorporados em certificados ao portador ou à ordem ou em livros do sujeito passivo têm, por conseguinte, o mesmo grau de objetivação e a mesma natureza jurídica, e são por isso submetidos ao mesmo regime de circulação. O que varia, segundo a forma do título, é o ato que caracteriza a transferência da legitimidade para exercer o direito objetivado, ou seja, a lei de circulação do título.

As opiniões que negam à ação nominativa a natureza de títulos de crédito baseiam-se na diferença de função que têm os certificados de títulos ao portador e à ordem e os certificados de títulos nominativos. Resultam,

portanto, do erro de analisar o certificado da ação nominativa como se esse fosse o documento que objetivasse o direito. O título de crédito nominativo, no sentido do documento que incorpora o direito, não é o certificado (que tem função apenas probatória), mas a folha do livro em que o sujeito passivo escreve o nome do titular do direito. Sob o aspecto da corporificação do direito, não há nenhuma diferença entre o título ao portador e o nominativo: essa corporificação se processa, em ambas as hipóteses, mediante aposição de signos escritos em documentos -- o certificado do título ao portador e o livro de inscrição do título nominativo. O que varia é a forma de transferência do direito: no caso de título ao portador, cujo documento é avulso e volante, a transferência do direito corporificado opera-se pela tradição do documento; no caso de título nominativo, cuja expressão material continua na posse do sujeito passivo, a transferência do direito corporificado opera-se mediante novo ato de corporificação do direito, independentemente da tradição de objeto material.

É certo que o título nominativo não tem a mesma "mobilidade física" que o título ao portador; mas a função da taxinomia jurídica dos bens é definir o regime jurídico a que estão sujeitos, e não sua natureza física. A forma nominativa permite atribuir ao direito corporificado o mesmo grau de objetividade que a ao portador, e por isso o direito classifica como bens corpóreos móveis tanto a ação nominativa quanto a ao portador.

IV - Ação Escritural Como Valor Mobiliário

24. A ação escritural é, tal como a nominal, valor mobiliário, ou título de crédito: é conjunto de direitos e obrigações corporificado em documentos que a lei submete ao regime das coisas móveis, objeto de propriedade e de outros direitos reais.

A técnica de objetivação do direito é a mesma na ação nominal e na escritural, com a diferença apenas da pessoa que escritura e dos documentos nos quais a ação é corporificada:

a) na forma nominativa, é a própria companhia que escritura livros especiais criados pela lei de sociedades por ações com esse fim; na forma escritural é a instituição financeira que faz lançamentos na sua escrituração comercial;

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

b) na forma nominativa, a corporificação se dá na folha (ou parte da folha) do livro de "Registro de Ações Nominativas"; na escritural, dá-se nas folhas (ou fichas) do livro "Razão" em que a instituição depositária registra a conta de depósito de ações aberta em nome de cada acionista.

A função da conta de depósito que a instituição financeira abre, em seus livros, em nome de cada acionista é a mesma do "Livro de Registro de Ações Nominativas": a propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta de depósito das ações.

A função do extrato da conta fornecida pela instituição depositária ao acionista é a mesma do certificado da ação nominativa: é documento probatório dos registros efetuados (na conta de depósito ou no livro de "Registro de Ações Nominativas").

A lei de circulação das ações escriturais é praticamente a mesma das nominativas:

a) o termo de transferência das ações nominativas assinado pelo cedente e pelo cessionário é substituído, nas ações escriturais, pela ordem escrita de transferência que o titular da conta de depósito dá à instituição financeira;

b) a transferência da ação nominativa pode proceder-se mediante averbação de título judicial ou extrajudicial; a das ações escriturais também pode ter fundamento em autorização ou ordem judicial;

c) a transferência da propriedade da ação escritural opera-se por lançamento feito pela instituição depositária em seus livros, que corresponde à inscrição do termo de transferência no livro de "Registro de Ações Nominativas" ou da averbação, no mesmo livro, de outro título de transferência.

A constituição de direitos reais e outros ônus sobre as ações escriturais opera-se pela averbação nos livros da instituição financeira, que corresponde à averbação no livro de "Registro de Ações Nominativas".

E -- tal como ocorre com a ação nominativa -- a legitimação do acionista para participar das Assembleias Gerais pressupõe apenas prova de

identidade (embora o estatuto social possa exigir a apresentação ou prévio depósito de comprovante expedido pela instituição financeira depositária).

Não pode haver dúvidas, portanto, que a ação com forma escritural é, tal como a nominativa, ao portador e à ordem, valor mobiliário, ou espécie de título de crédito, submetida ao regime jurídico dos bens corpóreos móveis.

V - Natureza das Relações entre a Companhia e os Acionistas e a Instituição Financeira que Escritura as Ações

25. Reconhecida a natureza de bem corpóreo móvel das ações escriturais, cabe verificar se a natureza das relações jurídicas entre a companhia, seus acionistas e a instituição financeira encarregada de escriturar as ações pode ser conceituada -- como o faz a Lei nº 6.404/76 -- como contrato de depósito.

Na classificação dessas relações jurídicas são importantes os seguintes aspectos:

- a) a instituição financeira somente pode corporificar em seus livros as ações de determinada companhia quando esta, mediante alteração do estatuto social, adota a forma escritural e designa a instituição financeira encarregada de manter a escrituração;
- b) as ações que tomam a forma escritural são, portanto, "recebidas" da companhia, posto que a instituição financeira somente corporifica ações mediante lançamento em sua escrituração quando recebe autorização da companhia, que corresponde à tradição de bens corpóreos; o significado jurídico desse "recebimento" das ações é o mesmo quer lhe sejam entregues sob a forma de títulos ao portador ou endossáveis (a serem cancelados quando da conversão em forma escritural), quer simbolicamente, sob forma de lista dos acionistas e respectivas quantidades de ações, para que a instituição financeira abra em seus livros a escrituração das ações;
- c) a instituição financeira tem o dever de "guardar" as ações corporificadas na sua escrituração; e como são os lançamentos dessa escrituração que definem a propriedade das ações, assume responsabilidade idêntica à do depositário de qualquer bem corpóreo móvel;

d) a instituição financeira tem o dever de restituir a ação escritural (i) se a companhia, mediante alteração do estatuto social, modifica a forma de suas ações ou substitui a instituição financeira designada para manter suas ações escriturais, ou (ii) quando a forma escritural é autorizada -- e não determinada -- no estatuto, se o acionista pede a conversão de suas ações de escriturais em outra forma;

e) a restituição das ações escriturais pode (i) tomar forma real, de entrega de certificado ao portador ou endossável, emitido pela própria instituição financeira (se esta desempenha simultaneamente a função de agente emissor de certificado, nos termos do artigo 27 da Lei nº 6.404/76) ou recebido de companhia para ser entregue ao acionista que pediu a conversão de forma, ou (ii) processar-se simbolicamente, mediante entrega à companhia dos documentos de encerramento de todas as contas dos acionistas, a fim de que esta efetive a conversão das ações.

Essa descrição mostra que as relações entre a companhia e a instituição financeira são, exatamente, as que caracterizam o contrato de depósito. Esse contrato nasce por acordo entre a companhia -- e não cada um de seus acionistas -- e a instituição financeira. É a companhia que negocia o depósito das ações escriturais, nos termos da lei e em benefício do seu corpo social.

VI - Natureza da Conta de Depósito Aberta em Nome de Cada Acionista

26. O depósito de ações escriturais apresenta peculiaridades que exigem do intérprete da lei a adaptação à hipótese das normas gerais do contrato de depósito. Essas peculiaridades resultam, principalmente, das características da ação como valor mobiliário, cuja natureza corpórea pressupõe os registros da escrituração da instituição financeira, e do fato de essa escrituração desempenhar as funções que a lei atribui, no caso de ação nominativa, aos livros de "Registro de Ações Nominativas" e de "Transferência de Ações Nominativas".

Por força de disposições legais expressas, a propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta do depósito das ações, aberta em nome do acionista no livro da instituição depositária (art. 35); sua

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

transferência opera-se pelos lançamentos efetuados pela instituição depositária a débito da conta do alienante e a crédito da conta de ações do adquirente (art. 35, § 1º); e a constituição de ônus sobre essas ações opera-se mediante averbação nos livros da instituição financeira (art. 39, § 1º, e art. 40, III).

Os efeitos que a lei atribui aos registros contábeis em que a instituição financeira depositária mantém a escrituração das ações revelam que a "conta de depósito" aberta em nome de cada acionista não tem a natureza de registro contábil de crédito pecuniário dos acionistas, mas equivale à folha no livro de "Registro de Ações Nominativas".

A "conta conjunta de depósito bancário", referida na Consulta, é registro contábil de obrigação da instituição financeira nascida de depósito de dinheiro efetuado por duas ou mais pessoas, que são credores solidários da obrigação.

Devido à natureza peculiar da conta de depósito de ações escriturais, o efeito da sua abertura em nome de dois ou mais acionistas não é o reconhecimento, pela instituição financeira, de obrigação em que há credores solidários, mas a instituição de condomínios das ações escrituradas na conta. A movimentação dessa conta rege-se, portanto, pelas normas da lei de sociedades por ações relativas ao condomínio de ações, e não pelos preceitos do Código Civil relativos à solidariedade ativa de obrigações.

RESPOSTA

Com fundamento nas razões acima expostas, assim respondemos às questões da Consulta:

1^a - O registro de ações escriturais em conta aberta em nome de mais de um acionista tem por efeito tornar condomínios de cada uma das ações nela registradas todas as pessoas cujo nome constar da conta.

2^a - Somente com observância das normas legais que regulam o condomínio de ações deverá a instituição financeira escriturar a alienação ou oneração de ações registradas em conta aberta em nome de dois ou mais acionistas.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

3^a - A conta de depósito de ações tem por função registrar a propriedade das ações e não créditos dos titulares das ações contra a instituição financeira depositária; por isso, não tem aplicação à hipótese o disposto no artigo 901 do Código Civil, que regula a solidariedade ativa em obrigações.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 1980