
INTRODUÇÃO

A análise económica das instituições jurídicas adquiriu grande importância nos últimos anos e constitui um dos âmbitos mais frutíferos e promissores da Ciência Económica. Ainda que grande parte do trabalho realizado até ao momento se encontre influenciado pelos pressupostos tradicionais do paradigma neoclássico, e mais concretamente pelo uso da concepção meramente maximizadora em contextos de equilíbrio, as análises económicas sobre as instituições jurídicas colocam de uma forma clara, talvez até mais que em qualquer outro campo da economia, as dificuldades que derivam da utilização da análise tradicional. As instituições jurídicas encontram-se tão próximas aos factos da vida real que o uso das suposições tradicionais da análise económica apresenta muitas dificuldades. Noutras situações já tentámos alertar para o perigos que a nossa opinião supõem na abordagem neoclássica da análise das instituições jurídicas¹. Do nosso ponto de vista, é necessário, sem dúvida continuar o esforço realizado no campo da análise económica do direito, mas procurando utilizar uma metodologia menos restritiva do que a usada com carácter geral até à data e mais de acordo com o objectivo específico de investigação que lhe é próprio. Assim estimamos que a aplicação do conceito subjectivista, impulsionado pela Escola Austríaca em torno do conceito essencial da acção humana criativa ou função empresarial, dentro de um contexto de análise dinâmica dos processos gerais de interacção social, é a mais interessante e frutífera face ao desenvolvimento futuro da análise económica das instituições jurídicas.

Por outro lado, os estudos das instituições jurídicas realizados até agora tiveram, na sua maioria, implicações exclusivamente microeconómicas, entre outras razões porque os instrumentos analíticos utilizados foram os tradicionais da microeconomia neoclássica, que se trespassou, sem mais, à análise económica do direito. Isto é, por exemplo, o que sucedeu em relação à análise económica dos contratos e à responsabilidade civil, o direito concursal, a análise económica da família, e inclusivamente a análise económica do direito penal e da justiça. Muito poucos são os trabalhos que foram elaborados da análise económica de direito

1 Veja-se Jesús Huerta de Soto, “*La Methodenstreit, a abordagem austríaca face à abordagem neoclássica na Ciência Económica*”, *Actas do 5º Congresso de Economia de Castilla y León* (Avila, 28-30 de Novembro de 1996), Serviço de Estudos de Conselho de Economia e Finanças, Junta de Castilla e León, Valladolid 1997, pp. 47-83.

cujas principais implicações tenham correspondido ao campo da macroeconomia, estendendo-se também a esse âmbito a tradicional e prejudicial separação que durante décadas têm vindo a manter-se entre os aspectos micro e macro da Ciência Económica. E no entanto, isto não tem que ser necessariamente assim. Por um lado, não há apenas que reconhecer que a Ciência Económica constitui um todo unificado, no qual os aspectos macroeconómicos hão-de estar plenamente integrados nos seus fundamentos microeconómicos, mas que, além disso, e como tentaremos mostrar o presente livro, existem instituições jurídicas cuja análise económica dá lugar a uma série de implicações e conclusões de grande importância que recaem basicamente no campo da macroeconomia. Ou dito de outra forma, ainda quando a análise básica seja do tipo microeconómica, as suas conclusões e efeitos essenciais são de natureza macroeconómica. Rompe-se assim a profunda artificial separação que existe entre o campo da micro e da macroeconomia, alcançando-se assim no âmbito da análise económica do direito de dar um tratamento teórico unificado aos problemas jurídicos. Este, e não outro, é objectivo essencial da análise económica sobre o contrato do depósito irregular do dinheiro que, nas suas diferentes facetas, nos propomos realizar no presente livro. A nossa análise, além de pretender esclarecer sobre um dos âmbitos mais difíceis e confusos da Ciência Económica: o da teoria do dinheiro, do crédito bancário e dos ciclos económicos. Pode considerar-se solucionado, pelo menos desde o ponto de vista teórico, o problema do socialismo², e coloca de uma forma empírica de manifesto da impossibilidade do seu funcionamento, o principal desafio teórico para os cultivadores da Ciência Económica neste início do século é constituído, precisamente, pelos campo monetário, creditício e as instituições financeiras. Isto é assim, porque dado o carácter muito abstracto das relações sociais em que se vê implicado o dinheiro nas suas diferentes manifestações, as mesmas são muito difíceis de entender e o correspondente tratamento teórico é muito complexo. Além disso, no campo financeiro e monetário dos países ocidentais foi desenvolvido com carácter coactivo uma série de instituições, basicamente em torno do banco central, a legislação bancária, o monopólio de emissão de moeda e as leis de curso forçoso, que fazem com que o coração do sector financeiro de cada país se encontre plenamente regulado e, por essa razão, muito mais próximo do sistema socialista de planificação central que do que seria próprio de uma verdadeira economia de mercado. São, portanto, e como trataremos de mostrar neste livro, plenamente aplicáveis ao âmbito financeiro os argumentos em redor da impossibilidade do cálculo económico socialista que originariamente foram desenvolvidos pelos cultivadores da Escola Austríaca de Economia, quando demonstraram que era impossível organizar de forma coordenada a sociedade através de mandatos coactivos. Se a nossa tese for correcta, a impossibilidade do socialismo verificar-se-á também em relação ao sector financeiro, e a

2 Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, cálculo económico e função empresarial*, União Editorial, 4ª edição, Madrid 2010.

iniludível descoordenação a que dá lugar toda a intervenção estatal manifestar-se-ia no sector financeiro com toda a virulência de forma cíclica e recorrente nas sucessivas fases de auge e recessão que vêm a afectar, tradicionalmente, as economias mistas do mundo desenvolvido.

Por outro lado, todo o estudioso teórico que actualmente tente esclarecer as causas, o desenvolvimento e as soluções e possibilidades de prevenção dos ciclos económicos têm garantido a maior actualidade. Com efeito, no momento de escrever estas linhas (Novembro de 1997) está a produzir-se uma enorme crise financeira e bancária nos mercados asiáticos que ameaça estender-se à América Latina e ao resto do mundo ocidental. E tudo isto após vários anos de aparente “bonança” económica que se seguiram às graves crises financeiras e recessões económicas que assolaram o mundo no início da década dos anos noventa e, sobretudo, no final dos anos setenta do século passado. Além disso, até agora, a nível popular, político e também de opinião de uma maioria dos próprios teóricos da economia, não se conseguiu compreender quais são as verdadeiras causas destes fenómenos, cuja aparição sucessiva e recorrente constitui um pretexto contínuo que nas mãos dos políticos, filósofos e teóricos intervencionistas, se utiliza para condenar a economia de mercado e justificar uma crescente intervenção coactiva do Estado sobre a economia e a sociedade.

Por isso, e agora a partir do ponto de vista da doutrina liberal, possui também um grande interesse teórico ao analisar cientificamente o porquê dos ciclos económicos e, em particular, qual deveria ser o modelo ideal de sistema financeiro numa sociedade verdadeiramente livre. Os próprios teóricos liberais ainda não se puseram de acordo neste campo, existindo grande disparidades de opinião no que diz respeito a ser necessário manter o banco central ou se seria melhor substituí-lo por um sistema de banca livre e, neste último caso, a que tipo de normas no sentido material deveriam estar submetidos os agentes económicos que intervieram num sistema financeiro completamente livre. O banco central aparece, historicamente, como o resultado de uma série de intervenções coactivas por parte do governo, se bem que é certo que as mesmas tenham sido impulsionadas de forma determinante por diversos agentes do sector financeiro (concretamente pelos próprios bancos privados), que em muitas ocasiões consideraram necessário reclamar o apoio estatal para garantir a estabilidade dos seus negócios nas épocas de crise económica. Significa isso que o banco central é o inevitável resultado evolutivo da economia de mercado livre? Ou melhor, a forma peculiar de levar a cabo o negócio dos banqueiros privados, que a partir de um determinado momento histórico se corrompeu do ponto de vista jurídico, dando lugar ao desenvolvimento de uma actividade financeira que é incapaz de se manter sem a protecção de um empréstimo de última hora? Estas e outras questões têm um interesse teórico transcendental e devem ser objecto de uma análise cuidadosa. Em resumo, do que se trata é entre outros objectivos, desenvolver um programa de investigação que tenha como propósito elucidar qual deve ser o sistema financeiro e bancário de uma sociedade livre.

O trabalho de investigação que se apresenta neste livro pretende ser multidisciplinar. Nele teremos que nos apoiar não apenas no estudo da ciência jurídica e na história do direito, mas também na teoria económica, mais concretamente na teoria do dinheiro, do capital e dos ciclos económicos. Além disso, a nossa análise permitirá interpretar de forma distinta parte da história dos factos económicos relacionados com o mundo financeiro, e compreender melhor a evolução de determinadas correntes da própria história do pensamento económico, assim como o desenvolvimento de diversas da contabilidade e da prática do negócio bancário. São várias as ramificações e disciplinas do conhecimento que se devem combinar para entender adequadamente o fenómeno financeiro, e as mesmas serão estudadas sob uma tripla perspectiva, histórico-evolutiva, teórica e ética, que considero necessária para a correcta compreensão de qualquer fenómeno social.³

O presente livro foi estruturado ao longo de nove capítulos. No primeiro expõem-se a natureza jurídica do contrato de depósito irregular de dinheiro, estudando especialmente as suas principais características diferenciais no que diz respeito ao contrato de empréstimo ou mútuo. Além disso, este capítulo explica qual é a distinta lógica jurídica imanente a ambas instituições, a sua essencial incompatibilidade, e como a sua respectiva e diferente regulamentação parte de princípios universais e tradicionais do direito que tenham sido descobertos e se encontravam elaborados desde o direito clássico da tentação a que se viram submetidos os primeiros banqueiros de utilizar em benefício próprio o dinheiro dos seus depositantes. Neste processo têm também um papel protagonista a intervenção do poder político que, sempre ávido de conseguir novos recursos financeiros, recorre aos banqueiros que financiam depósitos alheios para se aproveitarem dos mesmos, concedendo-lhes todo o tipo de privilégios e, em especial, o que consiste em poder fazer uso em benefício próprio do dinheiro dos seus depositantes (com a condição, claro está, de que uma parte substancial de tal uso consista em emprestar os depósitos ao próprio poder político). Demonstra-se assim neste capítulo e em três partes distintas (a do mundo clássico grego e romano, a do ressurgimento da banca nas cidades italianas medievais, e a do renascimento da banca na Idade Moderna) o processo de corrupção dos princípios tradicionais do direito que regulamentam o contrato bancário de depósito irregular de dinheiro e os efeitos económicos a que o mesmo deu lugar.

No terceiro capítulo estudam-se, do ponto de vista jurídico, as diversas tentativas doutrinárias que se efectuaram para construir um novo tipo de contrato, no qual se pretendia enquadrar o contrato de depósito bancário de dinheiro, com a finalidade de justificar o empréstimo a terceiros por parte da banca das quantidades que são depositadas à ordem.

3 Expliquei a teoria dos três níveis de aproximação da problemática social em Jesús Huerta de Soto, *“Historia, ciencia económica y ética social”*, *Estudios de economía política*, Unión Editorial, 2ª edição, Madrid 2004, cap. VII, pp. 105-109.

O nosso objectivo neste capítulo é mostrar que estas tentativas ocorrem numa contradição lógica insolúvel, pelo que estão condenadas ao fracasso. Além disso, explicaremos como a prática privilegiada do negócio bancário, cuja evolução se analisa no capítulo anterior, permite compreender as profundas contradições e a pobreza teórica que existem no desenvolvimento doutrinal da natureza jurídica do contrato de depósito irregular de dinheiro que tem lugar desde a Idade Média até praticamente aos tempos actuais. Serão estudados com detalhe, pois, as diversas tentativas de construir uma figura jurídica *sui generis* que seja capaz de regular com carácter lógico e sem contradições o depósito bancário de dinheiro tal como hoje se pratica. A nossa conclusão é que tais tentativas não puderam ter êxito, pois a prática bancária actual baseia-se, precisamente, no incumprimento de princípios imanentes e tradicionais do direito de propriedade, que não se podem violar impunemente sem que se produzam importantes consequências negativas nos processos de interacção social.

Nos capítulos quarto, quinto, sexto e sétimo recolhe-se o núcleo de análises económicas do contrato de depósito bancário, tal e como esta instituição jurídica tem vindo a desenvolver-se ao longo da história, quer dizer usando, em violação dos princípios tradicionais de direito, um coeficiente de reserva fraccionária. Nestes capítulos explicaremos porque também é correcta no âmbito bancário essa grande intuição de Hayek, segundo a qual sempre que se viola um princípio tradicional de direito, mais cedo ou mais tarde, se acabam por produzir importantes consequências prejudiciais para a cooperação social; e assim analisaremos, desde o ponto de vista teórico, quais são os efeitos que sobre a criação de dinheiro, a coordenação intra e intertemporal do mercado, a função empresarial e os ciclos económicos têm na actual prática bancária de incumprir os princípios tradicionais do direito no contrato do depósito em dinheiro. A nossa conclusão é que as sucessivas etapas de auge, crise e recessão económica que afectam o mercado de maneira recorrente têm a sua origem, precisamente, na violação do princípio tradicional do direito em que deveria basear-se o contrato de depósito bancário de dinheiro e, portanto, no privilégio de que chegaram a usufruir os banqueiros, e que historicamente obtiveram dos governos por razões de mútuo interesse. Nesta parte estudaremos em detalhe a teoria do ciclo económico, efectuando também uma análise crítica das explicações alternativas que as escolas monetarista e keynesiana deram a este tipo de fenómenos.

O oitavo capítulo é dedicado ao estudo do banco central como prestamista de última instância. Trata-se de uma instituição que surge na sequência dos acontecimentos. São tão importantes e iniludíveis as consequências negativas que tem a violação dos princípios que hão-de reger o contrato de depósito de um modo irregular, que os banqueiros privados de imediato se apercebem que necessitam recorrer ao governo para que se estabeleça uma instituição que actue a seu favor, como prestamista de última instância e os apoie nas etapas de crise que a experiência diz sempre, que mais tarde ou mais cedo e de forma recorrente, se produzem. Tentaremos por isso, mostrar que o surgimento da banca central não é o resultado espontâneo

das instituições de mercado, mas que pelo contrário vem coactivamente imposto pelo governo e responde à procura de poderosos grupos de interesse. Neste capítulo analisa-se também o actual sistema financeiro baseado no banco central e se aplica o mesmo à análise económica sobre a possibilidade teórica do socialismo. Com efeito, o actual sistema financeiro baseia-se no monopólio por parte de um organismo governamental das principais decisões quanto ao tipo e quantidade de dinheiro e de crédito que se vai criar e injectar no sistema económico. Trata-se, por isso, de um sistema de “planificação central” do mercado financeiro e, por isso, altamente interventivo, e em grande medida “socialista”, que inexoravelmente se verá afectado pelo teorema da impossibilidade do cálculo económico socialista, segundo o qual é impossível coordenar qualquer área da sociedade, e em especial a financeira, mediante mandatos coactivos, dada a impossibilidade de que o órgão que rege (neste caso o banco central) possa chegar a fazer com a informação necessária e relevante que é necessária para isso. O capítulo termina com uma polémica análise recente sobre o banco central-banca livre, dizendo de uma forma clara que a maior parte dos actuais especialistas da banca livre não entenderam que a sua prescrição perde grande parte de virtualidade e peso teórico caso, juntamente com a mesma, não se exija aos princípios tradicionais do direito, quer dizer, ao exercício da banca com um coeficiente de caixa de 100%. E que a liberdade é inseparável do seu exercício responsável num marco baseado no restrito cumprimento dos princípios jurídicos tradicionais.

No nono e último capítulo propomos um modelo ideal e coerente do sistema financeiro que respeite os princípios tradicionais do direito e que se baseie, portanto, no exercício da banca com um coeficiente de caixa de 100%. Analisam-se igualmente os argumentos que a partir de diferentes pontos de vista foram dados e que estão em desacordo com a nossa proposta. Criticando, explicando e finalmente como se poderia levar a cabo com um mínimo de tensões a transição desde o sistema actual até ao ideal aqui proposto. Umhas considerações complementares em redor das vantagens do sistema financeiro que se propõem e a aplicação dos princípios estudados neste livro a certos problemas que pressionam o interesse prático(?), como podem ser a base da construção de um novo sistema monetário europeu, ou de um sistema financeiro moderno nas antigas economias socialistas, juntamente com um resumo das principais conclusões da obra, colocam um ponto final ao nosso trabalho.

Uma versão resumida da tese essencial deste livro foi exposta pela primeira vez numa conferência perante a Mont Pèlerin Society que teve lugar no Rio de Janeiro em Setembro de 1993, e que recebeu o apoio de James M. Buchanan, ao qual agradeço. Uma versão escrita desta conferência foi parcialmente publicada em espanhol na “Introducción Crítica” da primeira edição espanhola do livro de Vera C. Smith sobre “Los fundamentos de la banca central y de la libertad bancaria”⁴; posteriormente publicada em francês e em forma de

4 Vera C. Smith, *Fundamentos de la banca central y de la libertad bancaria*, Unión ditorial / Ediciones Aosta, Madrid 1993, pp.27-42.

artigo com o título de “Banque centrale ou banque libéré: le débat théorique sur les reserves fractionnaires”.⁵

Quero agradecer também à minha colega da Faculdade de Direito da Universidad Complutense de Madrid, a professora Mercedes López Amor, assim como à professora Alicia Valmada Ochaíta da Universidad de Castilla-La Mancha, a ajuda que me proporcionaram em relação à procura de fontes e bibliografia relativas ao tratamento que em direito romano recebeu o depósito irregular de dinheiro. Igualmente ao meu antigo professor Pablo Martín Aceña, de la Universidad de Alcalá de Henares, que me orientou no estudo da evolução da banca ao longo da Idade Média. Luís Reig, Rafael Manzanares, José Antonio de Aguirre, José Luís Feito, Rodrigo Hidalgo O.P., Richard Adamiak de Chicago e aos professores Murray N. Rothbard (q.e.p.d.) e Hans-Hermann Hoppe, da Universidade de Las Vegas em Nevada, Manuel Gurdíel da Universidad Complutense de Madrid, Pablo Vázquez da Universidad de Cantabria, Enrique Menéndez Ureña da Universidad Comillas, James Sadowsky de la Fordham University, Pedro Tenorio da U.N.E.D., Rafael Termes del I.E.S.E. (q.e.p.d.), Raimondo Cubedu de la Universidad de Pisa, Rafael Rubio de Urquía de la Universidad Autónoma de Madrid, José António García Durán da Universidad Central de Barcelona e o erudito José António Linage Conde, da Universidad de San Pablo-C.E.U., que me ajudou muito fazendo sugestões e colocando à minha disposição livros, artigos e referências bibliográficas raras sobre os temas bancários e monetários. Aos meus alunos dos cursos de doutoramento na Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, e em especial a Elena Sousmatzian, Xavier Sampedro, Luis Alfonso López García, Rúben Manso, Angel Luís Roríguez, César Martínez Meseguer, Juan Ignacio Funes, Alberto Recarte e Estabén Gándara, assim como aos professores Óscar Vara, Javier Aranzadi e Ángel Rodríguez, que me efectuaram inúmeras sugestões e fizeram um enorme esforço corrigindo erratas das diversas versões do manuscrito. A todos eles o meu sincero agradecimento e liberto-os, como é lógico, de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo final da obra.

Finalmente quero agradecer à Sandra Moyano, Ann Lewis e à Yolanda a sua grande colaboração e paciência no momento de passar à máquina e corrigir as diversas versões do manuscrito; e, sobretudo, agradeço como sempre à minha mulher, Sonsoles, a quem dedico este livro, a sua ajuda e compreensão assim como o contínuo estímulo e apoio recebido ao longo da sua preparação.

Formentor, 15 de agosto de 1997

Jesús Huerta de Soto

5 Jesús Huerta de Soto, “Banque centrale ou banque libéré: le débat théorique sur les reserves fractionnaires”, no *Journal des économistes et des études humaines*, Paris e Aix-en-Provence, vol. V, nº 2/3, Junho-Setembro de 1994, pp. 379-391. Este trabalho foi publicado em espanhol com o título de “La teoría del banco central y de la banca libre”, nos meus *Estudios de economía política*, ob. cit, cap. XI, pp. 129-143. Posteriormente foram publicadas outras duas versões deste artigo, uma em inglês, com o título de “A Critical Analysis of Central Banks and Fractional Reserve Free Banking from the Austrian School Perspective”, em *The Review of Austrian Economics*, vol. 8, nº 2, 1995, pp. 117-130; e outra em romeno, da autoria de Octavian Vasilescu, “Băncile centrale și sistemul de free-banking cu rezerve fracționare: o analiză critică din perspectiva Școlii Austriece”, *Polis: Revista de științe politice*, vol. 4, nº 1, Bucarest 19, pp. 145-157.