

---

## CAPÍTULO III

# AS TENTATIVAS DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DA BANCA COM RESERVA FRACCIONÁRIA

---

No presente capítulo, vamos fazer um estudo crítico das diversas tentativas da doutrina para justificar juridicamente o exercício da actividade bancária utilizando um coeficiente fraccionário de reserva. Isto é, vamos ver que argumentos foram propostos para sustentar juridicamente um contrato de depósito irregular de dinheiro em que o depositário possa utilizar, em benefício próprio, o dinheiro que recebeu em depósito à vista. Vamos analisar dois grandes tipos de justificação à luz da doutrina jurídica exposta no capítulo I e da análise económica que desenvolveremos nos próximos capítulos.

## 1

### INTRODUÇÃO

As doutrinas jurídicas que tentaram justificar o exercício da banca baseada num coeficiente de reserva fraccionário desenvolveram-se a reboque dos acontecimentos. Isto é, não se fundamentaram em princípios jurídicos preexistentes e em virtude dos quais se efectuaram alguns actos jurídicos. Pelo contrário, como vimos no capítulo anterior, a prática bancária foi desenvolvida infringindo princípios gerais do direito muito fáceis de entender e, em consequência de circunstâncias específicas que favoreceram e possibilitaram estas violações (avareza dos homens, dificuldades de controlo, necessidades financeiras dos governos, intervenção sistemática das autoridades e confusão decorrente do *depositum confessatum*, resultado da proibição canónica de juros). Como é lógico, o exercício de uma prática tão generalizada sem fundamentação jurídica não demorou a estimular os banqueiros e os teóricos a sentirem necessidade de encontrar uma justificação jurídica adequada. Esta necessidade foi reforçada pelo facto de, em quase todas as ocasiões, o governo ou as autoridades públicas terem acabado por ser os principais beneficiários das actividades bancárias fraudulentas. Por isso, não

é de estranhar que a intelectualidade se tenha visto impulsionada pelo poder político para encontrar justificação jurídica para as práticas que ambos consentiam e fomentavam, dada a tradicional simbiose existente entre os dois<sup>1</sup>.

E, na verdade, encontrar uma fundamentação jurídica adequada era essencial para a sobrevivência de toda a rede de interesses criados gerada pela actividade bancária com reserva fraccionária. Era claro, para qualquer pessoa medianamente educada, que estas práticas deveriam basear-se em algo mais do que na mera situação de facto. Não é suficiente saber que ela existe e afirmar, como faz Shepard B. Clough, que «os ourives chegaram a emprestar o dinheiro que lhes tinha sido entregue para guarda, partindo da teoria e da experiência de que só precisavam de dispor, em todos os momentos, dos montantes suficientes para satisfazer a procura corrente ou esperada dos seus depositantes. Estes costumes levaram-nos, pelo menos durante o século XVII, a emitir “promessas de pagamento”, ou seja, “notas de ourives” que, tal como as notas do banco actuais, circulavam de mão em mão. Estas “promessas de pagamento”, que podiam ser pagas usando os depósitos dos clientes, chegaram a ultrapassar o montante de dinheiro depositado. Desta forma, criou-se o crédito por emissão de papel — uma descoberta de grande transcendência.»<sup>2</sup> E não é suficiente porque, por muito «transcendental» que se considere a «descoberta» de que é possível utilizar fraudulentamente o dinheiro dos depositantes ou emitir certificados de depósito em montantes superiores aos realmente depositados, não deixa de ser evidente que estes actos partilham a mesma característica dos restantes actos criminais de apropriação indevida, que sempre foram objecto de análise doutrinal por parte dos especialistas em direito penal. A semelhança entre os dois conjuntos de pressupostos é, pois, tão evidente, que a doutrina não podia permanecer impassível perante a existência de semelhante irregularidade no âmbito da prática económica.

Assim, não surpreende que se tenham feito grandes esforços para tentar justificar o que parece completamente injustificável: que é legítima, do ponto de vista dos princípios gerais do direito, a apropriação indevida dos fundos depositados em custódia e a emissão de certificados de depósito em montantes superiores ao dinheiro realmente depositado. Não obstante, as partes interessadas (banqueiros e governos, basicamente) acharam tão importante encontrar uma justificação teórica que não passasse pela solução fácil de simplesmente declarar legal uma prática corrupta e criminosa (que é o que, em última instância, se acabou por fazer, apesar de todas as aparências e construções doutrinárias), que muitos juristas continuam a tentar conferir respeitabilidade jurídica a uma prática que se mantém até aos nossos dias.

1 Ver Bertrand de Jouvenel, «Los intelectuales europeos y el capitalismo», em Friedrich A. Hayek (ed.), *El capitalismo y los historiadores*, 2.ª ed., Unión Editorial, Madrid 1997, pp. 87-111.

2 Shepard B. Clough, *La evolución económica de la civilización occidental*, Edições Omega, Barcelona 1970, p. 127 (itálico acrescentado).

As tentativas de justificação doutrinal do contrato de depósito irregular com um coeficiente de reserva fraccionário podem ser classificadas em dois grandes grupos. O primeiro grupo é constituído por um conjunto de doutrinas que tentaram solucionar o problema equiparando o depósito irregular ao contrato de empréstimo ou mútuo. Depois de analisarmos este grupo de doutrinas, chegaremos à conclusão de que, do ponto de vista jurídico, tal equiparação é impossível. O segundo grupo, constituído pelos desenvolvimentos doutrinários mais modernos, começou por reconhecer que existem diferenças essenciais entre o empréstimo e o contrato de depósito irregular, e centrou os seus esforços na construção jurídica de um novo conceito de «disponibilidade», segundo o qual esta devia entender-se de forma «lata», no sentido de exigir apenas que os investimentos do banqueiro se realizem de forma «prudente» e sempre em conformidade com as normas administrativas da legislação bancária. Depois de analisar cuidadosamente este segundo grupo de doutrinas, chegaremos à conclusão de que, em última análise, implicam um regresso à tentativa fracassada de justificar a instituição equiparando-a ao mútuo ou empréstimo, pelo que padece dos mesmos vícios e contradições que vamos encontrar em relação ao primeiro grupo. No próximo capítulo, vamos explicar a razão por que a essência doutrinal da nova interpretação de disponibilidade (baseada na aplicação da «lei dos grandes números») é inadmissível do ponto de vista da teoria económica.

A conclusão a que chegamos é, pois, que as tentativas realizadas até agora para justificar juridicamente a prática bancária com reserva fraccionária no que respeita aos depósitos à vista fracassaram. Isto explica a constante ambiguidade doutrinal existente em relação aos contrários bancários deste tipo, os esforços desesperados para evitar um tratamento claro e explícito dos mesmos, a generalizada falta de transparência e, em última análise e uma vez que é impossível que do ponto de vista económico possa subsistir por si só, que a banca com reserva fraccionária tenha tido o apoio de um banco central que estabelece as normas administrativas e garante a liquidez necessária para evitar que toda a rede entre em colapso. No capítulo VIII, dedicado à banca central, faremos uma análise teórica de como a nacionalização do dinheiro e a legislação e controlo bancários emanados do banco central se revelaram incapazes de manter um sistema financeiro estável, que evitasse os ciclos económicos e prevenisse as crises bancárias. Assim, podemos concluir que o sistema de banca com reserva fraccionária, embora apoiado e protegido por um banco central, acabou também por fracassar.

No final deste capítulo, analisaremos uma série de novos tipos de contratos financeiros, alguns dos quais são muito semelhantes aos praticados pelos banqueiros em relação ao contrato de depósito, em particular, as diferentes operações financeiras envolvendo «contratos de recompra». Mostraremos que nestas operações se oculta, contrariando os princípios do direito, um verdadeiro contrato de depósito sempre que o acordo garante o pagamento de

um preço previamente estabelecido, independentemente do preço correspondente do mercado secundário à altura do acordo. Por último, veremos quais são as diferenças essenciais e profundas entre as operações financeiras relacionadas com a banca e as ligadas à instituição do seguro de vida. Na realidade, o seguro de vida surge como uma forma aperfeiçoada de verdadeira poupança, na qual se trocam bens presentes por bens futuros, com determinadas peculiaridades que o tornam especialmente atraente, mas que nunca envolvem a apropriação de depósitos à vista, a geração de créditos e a emissão de certificados sem a correspondente reserva. Iremos também analisar o efeito corruptor que tem sobre a instituição seguradora a recente tendência de obnubilar e confundir, sobretudo na legislação governamental, as tradicionais fronteiras jurídicas e técnicas existentes entre os dois tipos de instituição.

## 2

### A IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAR O DEPÓSITO IRREGULAR AO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO OU MÚTUO

#### **Razões para a confusão**

As tentativas de equiparar juridicamente o contrato de depósito irregular de dinheiro ao contrato de empréstimo ou mútuo são especialmente atraentes para aqueles que maiores benefícios tiram das práticas bancárias (banqueiros e governantes). Com efeito, no capítulo I, dedicado ao estudo da natureza jurídica de ambas as instituições, indicámos que o empréstimo implica a transferência não só da propriedade do bem, mas também da sua plena disponibilidade, pelo que o prestatário pode fazer pleno uso do mesmo, investindo-o, consumindo-o, etc. Considerando que isto é o que, em última análise, faz o banqueiro quando se apropria dos fundos depositados à vista, é evidente que, para ele, a solução jurídica ideal é a de equiparar o contrato de depósito irregular ao contrato de empréstimo. Além disso, existe um pretexto jurídico que, embora superficial e pouco rigoroso, foi utilizado com grande insistência para reforçar o argumento da equiparação. A saber, que uma vez que o contrato de depósito irregular consiste no depósito de bens fungíveis, dá-se sempre, pela sua própria essência e natureza, uma inevitável transferência de propriedade dos bens individuais (uma vez que são indistinguíveis). Assim, dado que em ambas as instituições (depósito e empréstimo) se transfere a propriedade, conclui-se automaticamente que *são naturalmente a mesma coisa*.

No capítulo I, vimos que esta argumentação é falaciosa, superficial e confusa. De facto, embora seja verdade que em ambas as instituições se transfere a propriedade, não é menos verdade que, no que diz respeito a uma das suas características essenciais — a disponibilidade do bem —, o conteúdo dos contratos é *radicalmente* distinto. Com efeito, enquanto no contrato de empréstimo se transfere a plena disponibilidade e propriedade do bem, a própria essência do contrato de depósito irregular obriga a que o *objectivo de guarda ou custódia seja preponderante*. Assim, embora teoricamente possa considerar-se que se transfere a propriedade do bem fungível, na prática, esta transferência é muito limitada, uma vez que a sua guarda ou custódia exige a permanente a disponibilidade do respectivo *tantundem* a favor do depositante. Desta forma, embora a transferência de propriedade possa não ser um elemento distintivo entre ambas as instituições, a diferença entre a disponibilidade do que se entrega constitui o elemento essencial de distinção entre a natureza jurídica de cada contrato.

Poderia estranhar-se que os juristas que optaram por tentar equiparar o contrato de depósito ao contrato de mútuo ou empréstimo não se tivessem apercebido de uma diferença tão óbvia. A equiparação é tão forçada e os argumentos utilizados tão pobres, que surpreende que um certo sector da doutrina tenha tentado defendê-la. No entanto, existe uma razão histórica de tipo doutrinal que explica o porquê desta tentativa. Trata-se do já comentado advento do *depositum confessatum*, uma construção jurídica que surgiu durante a Idade Média como resultado das tentativas de contornar a proibição canónica de juros. Embora já tenhamos demonstrado que a proibição canónica de juros e o desenvolvimento da actividade bancária com reserva fraccionária têm muito pouca relação directa, a instituição do *depositum confessatum* funcionou com um factor de forte ligação indirecta entre eles. Sabemos já que, desde o direito romano, o depositário era obrigado a pagar juros se, depois de violar a essência do contrato de depósito baseada na custódia dos bens e de se apropriar dos depósitos, não fosse capaz de devolver os fundos no momento em que o depositante os solicitasse. Então, independentemente das outras acções civis e penais previstas (a *actio depositi*<sup>3</sup> e a *actio furti*), como é lógico, era interposta, com carácter adicional, uma acção para obter os juros de mora e da correspondente perda da disponibilidade que se verificava para o depositante até à altura em que os seus fundos fossem devolvidos pelo depositário. Compreende-se, por isso, que na Idade Média fosse conveniente vestir de depósito o que não era senão um contrato de empréstimo para justificar a legalidade e legitimidade da cobrança de juros. Assim, os banqueiros começaram, de forma sistemática, a realizar operações em que

3 Convém recordar que nos contratos de depósito irregular de dinheiro, por se tratar de contratos de depósito, é aplicável a *actio depositi directa*, conceito desenvolvido pelo direito romano em virtude do qual cabe ao depositante decidir, em qualquer momento, quando deverá o seu depósito ser devolvido. Esta disponibilidade é tão óbvia que este puro direito de crédito do depositante chega a ser considerado equivalente ao da sua propriedade sobre o dinheiro depositado (uma vez que existe uma disponibilidade plena e imediata sobre o *tantundem* do que depositou).

as partes declaravam de forma expressa que estavam a efectuar um contrato de depósito, e não um contrato de empréstimo. Contudo, como diz o adágio latino, *excusatio non petita, accusatio manifesta*. De facto, num depósito verdadeiro não era necessário declarar expressamente nada, pelo que tal declaração, quando efectuada, não servia para mais do que revelar que, em última instância, se pretendia esconder a existência de um contrato de empréstimo ou mútuo. O objectivo do disfarce era evitar as tremendas proibições canónicas do empréstimo com juros e permitir um número elevado de verdadeiras transacções de crédito, muito necessárias do ponto de vista económico e social.

O desenvolvimento do *depositum confessatum* obnubilou as muito claras diferenças existentes entre o contrato de depósito irregular e o contrato de mútuo ou empréstimo. Fosse qual fosse o posicionamento teórico a respeito da proibição canónica da usura, o desenvolvimento do *depositum confessatum* levou, quase inevitavelmente, à «natural» identificação entre os contratos de depósito e os contratos de mútuo. Para os teóricos que quisessem descobrir e expor todos os casos de violação da proibição canónica e ocultação de juros, tudo o que soasse a «depósito» pareceria, à partida, suspeito. Neste caso, a solução mais clara e eficiente seria identificar automaticamente depósitos como mútuos ou empréstimos e condenar todos os casos ao pagamento de juros, independentemente da sua aparência jurídica externa. Paradoxalmente, os moralistas mais «liberais», embora defendendo a existência jurídica do depósito e, portanto, a legitimidade da cobrança de juros de mora, não deixavam de notar que tal depósito equivalia, em última instância, a um empréstimo, pelo que era permitido o uso e consumo do dinheiro para investimento por parte do banqueiro. Estes autores procuravam não só justificar a cobrança de juros, mas também legitimar uma instituição que tornava possíveis os mesmos actos de investimento ou de troca de bens presentes por bens futuros que, pela sua essência, eram possíveis através do contrato de empréstimo e muito necessários para a indústria e para o comércio. Esta foi a posição mantida pela maioria dos juristas durante a Idade Média e também, como vimos no capítulo anterior, por membros da Escola de Salamanca, como Luis de Molina, para quem o contrato de depósito irregular de dinheiro não é senão um «empréstimo precário», no qual se transfere a propriedade (o que, como sabemos, é admissível) e a plena disponibilidade (o que, como sabemos, é inadmissível e contrário à própria essência do depósito) do dinheiro a favor do banqueiro depositário.<sup>4</sup>

Além disso, e como já vimos, o banqueiro e economista irlandês Richard Cantillon, nas acções civis e penais em que se viu envolvido depois de se apropriar indevidamente dos

4 Ver Luis de Molina, *Tratado sobre los cambios*, edição e introdução de Francisco Gómez Camacho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990, Disputa 408, 1022 d., p. 138. Como vimos, Juan de Lugo e, em menor grau, Domingo de Soto partilham a opinião de Molina. Os restantes membros da Escola de Salamanca, em especial o doutor Saravia de la Calle, como bons e sérios juristas profundamente fiéis à tradição romana, mostraram-se contrários ao exercício da banca com reserva fraccionária, apesar das pressões que sofreram e das práticas que observavam.

títulos de valores que lhe tinham sido depositados como bens fungíveis mediante um contrato de depósito irregular durante a onda especulativa criada em França pelo sistema de John Law, tentou defender-se com a única justificação doutrinal que até então se tinha desenvolvido em favor da sua posição: que por ser um contrato de depósito «irregular», ou seja, considerando os títulos bens fungíveis, dava-se a plena transmissão tanto da propriedade como da disponibilidade do bem, o que legitimava a apropriação, venda e uso para especulação Bolsa dos títulos, sem que isso constituísse crime ou causasse qualquer prejuízo aos seus depositantes.<sup>5</sup>

A argumentação jurídica utilizada pela defesa de Richard Cantillon é a mesma que tinha sido desenvolvida teoricamente em relação ao depósito irregular de dinheiro (e não o depósito irregular de títulos). Por isso, é indubitável que se se considerava adequada e justificada do ponto de vista jurídico a identificação entre o contrato de depósito de dinheiro e o de mútuo, devia considerar-se o mesmo, *mutatis mutandis*, em relação aos restantes depósitos de bens fungíveis e, particularmente, em relação aos depósitos de títulos de valores como bens indistinguíveis. Assim, é preciso realçar que qualquer análise doutrinal que considere ilegal a plena transferência da propriedade e da disponibilidade dos títulos de valores num depósito irregular constitui, em última instância, uma poderosíssima argumentação contra o depósito irregular de dinheiro com reserva fraccionária. Este facto foi constatado pelo grande mercantilista espanhol Joaquín Garrigues, segundo o qual «o raciocínio desenvolvido até agora leva-nos a afirmar que quando entrega os seus títulos ao banco, o cliente tem como intenção contratar um depósito bancário, mas, imediatamente depois de fazermos esta afirmação, eis que nos surge outro contrato com uma finalidade económica semelhante, em que também se verifica a entrega de um bem fungível (dinheiro) ao banco e serviço de caixa por parte deste. Dirão os defensores da conta corrente que se trata de outro contrato peculiar a que não se chama depósito nos documentos bancários e que surte os mesmo efeitos jurídicos da conta corrente de valores; nomeadamente a transferência da propriedade para o banco e a devolução do *tantundem* por parte deste.»<sup>6</sup> Apesar da forçada e pouco convincente argumentação usada por Garrigues para tentar mostrar que estes dois depósitos são distintos, é óbvio que

5 Ver F. A. Hayek, «Richard Cantillon (1680-1734)», em *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, em *The Collected Works of F.A. Hayek*, vol. III, ob. cit., p. 159; e o já clássico artigo de Henry Higgs, «Richard Cantillon», em *The Economic Journal*, vol. I, Junho de 1891, pp. 276-284. E Antoin E. Murphy, *Richard Cantillon: Entrepreneur and Economist*, Clarendon Press, Oxford 1986.

6 Sobre este tema, ver as pp. 194 y ss. de «Dictamen de Joaquín Garrigues», do livro *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, obra ya citada, pp. 159-209. Muitos dos argumentos incluídos neste livro notável contra a tese de que se transmite a plena disponibilidade no depósito irregular de títulos, como bens fungíveis que são, portanto, directamente aplicáveis na crítica da mesma doutrina em relação ao depósito irregular de dinheiro como bem fungível e serão trazidos à colação no nosso estudo sempre que seja conveniente.

ambos os contratos de depósito irregular de bens fungíveis (seja de dinheiro, seja de títulos) são essencialmente idênticos, pelo que se se aceita a transferência plena da disponibilidade para um (o depósito de dinheiro), também deve aceitar-se para o outro. Desta forma, não se pode negar a legitimidade jurídica de um (o depósito de títulos) sem se negar a do outro (o depósito de dinheiro).<sup>7</sup> Podemos concluir, portanto, que os argumentos jurídicos utilizados por Cantillon em sua defesa decorrem das teorias relacionadas com o contrato de depósito irregular de dinheiro, que, sendo consideradas válidas, legitimariam tanto a evidente burla cometida por Cantillon como o conjunto de comportamentos irregulares e fraudulentos realizados mais tarde com os contratos de depósito irregular de títulos nos outros países. Particularmente em Espanha pela banca catalã, que levou a cabo estas actividades, cujo carácter foi correcta e unanimemente considerado fraudulento e criminoso pela doutrina espanhola até pleno século XX.<sup>8</sup>

### A doutrina equívoca da *Common Law*

A doutrina de equiparação entre o contrato de depósito irregular de dinheiro e o contrato de empréstimo ou mútuo prevaleceu também na *Common Law* anglo-saxónica por meio da criação jurisprudencial no sistema de *binding case*. A este propósito, convém notar que desde finais do século XVIII e ao longo da primeira metade do século XIX, foram interpostas várias acções judiciais em que os depositantes, depois de se verem impossibilitados de obter a devolução dos seus depósitos, acusaram os seus banqueiros de apropriação indevida e fraude no exercício das suas obrigações de custódia. Porém, infelizmente, as decisões da jurisprudência britânica acabaram por ser vítimas da pressão da prática bancária, dos banqueiros e do próprio governo, e determinaram que não existia diferença entre o contrato de depósito irregular de dinheiro e o contrato de empréstimo, pelo que o uso, em benefício próprio, do dinheiro dos depositantes não constituía apropriação indevida.<sup>9</sup> De todas as decisões juris-

7 O contrário seria cair em contradição lógica inadmissível. Contradição em que, no entanto, cai Florencio Oscáriz Marco, para o qual os depósitos avulsos não constituem um depósito irregular «porque não há possibilidade de usá-los e ainda menos de dispor deles, mas apenas de os misturar», ao passo que nos depósitos de outro bem fungível (o dinheiro) considera que se transfere a possibilidade de uso e a disponibilidade, o que converte os depósitos em «empréstimos». A este erro conceptual, Oscáriz acrescenta um erro terminológico, pois o «pretensão caso único» de depósitos avulso que analisa num comentário à Sentença do Tribunal Supremo espanhol sobre o depósito de azeite efectuado por alguns comerciantes desse produto (STS de 2-7-1948) corresponde ao caso mais paradigmático de depósito de bem fungível ou irregular imaginável. Ver Florencio Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, ob. cit., pp. 110-112.

8 Ver *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, ob. cit.

9 Esta corrente jurisprudencial contrasta com a corrente correcta que se formou depois da declaração de que era fraudulenta a actividade dos depositários de grão americanos que na década de sessenta

prudenciais, vale a pena destacar a sentença emitida pelo juiz Lord Cottenham, em 1848, no caso de *Foley contra Hill* e outros. Neste caso, o juiz chega à errônea conclusão de que «the money placed in the custody of a banker is, to all intents and purposes, the money of the banker, to do with it as he pleases. He is guilty of no breach of trust in employing it. He is not answerable to the principal if he puts it into jeopardy, if he engages in a haphazard speculation; he is not bound to keep it or deal with it as the property of his principal, but he is, of course, answerable for the amount, because he has contracted, having received that money, to repay to the principal, when demanded, a sum equivalent to that paid into his hands.»<sup>10</sup> Com este tipo de sentenças, não surpreende que Richard Cantillon tenha fugido da França para a Inglaterra, onde a prática financeira era muito mais permissiva e, como vimos, as decisões jurisprudenciais acabariam por seguir uma tese idêntica à sua linha de defesa. Pelo contrário, a Europa continental era ainda fortemente influenciada pela tradição jurídica romana, que tinha fundamentado impecavelmente a natureza do depósito irregular de dinheiro, centrando-a na obrigação de custódia e na ilegitimidade da apropriação, por parte dos bancos, dos fundos neles depositados. Compreende-se, pois, o receio de Richard Cantillon. Fugiu da Europa continental numa altura em que o Banco de Amsterdão mantinha ainda todo o seu prestígio operando com um coeficiente de reserva de 100 por cento e em que se começava a reconstruir a figura do depósito irregular a partir das suas raízes jurídicas clássicas (que deslegitimavam o exercício bancário com reserva fraccionária). Além

---

do século XIX se apropriaram de parte dos depósitos de grão que tinham em custódia e os usaram para especular no mercado de Chicago. Perante tão desconcertante facto, Rothbard pergunta-se: «why did grain warehouse law, where the conditions — of depositing fungible goods — are exactly the same... develop in precisely the opposite direction? ... Could it be that the bankers conducted a more effective lobbying operation than did the grain men?». Ver Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1994, p. 43. Em Espanha seguiu-se esta mesma doutrina jurisprudencial no que respeita aos depósitos avulso de azeite nos lagares. (Ver a Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 2 de Julho de 1948, apesar do erro terminológico a que nos referimos na nota 7.)

10 Ver a nota da p. 73 de E.T. Powell, *Evolution of Money Markets*, Cass, Londres 1966, bem como os comentários a esta sentença realizados por Mark Skousen no seu *The Economics of a Pure Gold Standard*, Praxeology Press, The Ludwig von Mises Institute, Auburn University, Alabama, 1977, pp. 22-24. A tradução deste parágrafo da sentença de Lord Cottenham para português podia ser a seguinte: «O dinheiro colocado em custódia de um banqueiro é, para todos os efeitos e propósitos, o dinheiro do banqueiro, com o qual pode fazer o que quiser. Ele não é culpado de quebrar qualquer tipo de obrigação de confiança se o empregar. Tão-pouco responde perante o depositante se o colocar em risco ou se o implicar em especulações perigosas; não é obrigado a guardá-lo ou a tratá-lo como se fosse propriedade do depositante, mas responde, obviamente, pelo montante recebido, que deverá devolver ao depositante quando este o solicitar, uma vez que se vê envolvido num contrato assim que recebe o dinheiro. Antecedentes desta decisão de Lord Cottenham foram a sentença de Sir William Grant de 1811 no caso *Carr contra Carr*, bem como a emitida cinco anos depois no caso *Devaynes contra Noble*. Ver J. Milnes Holden, *The Law and Practice of Banking, vol. I, Banker and Customer*, Pitman Publishing, Londres 1970 pp. 31-32 e 52-55

disso, já se tinha tornado claro o fracasso de todos os sistemas bancários baseados na reserva fraccionária (falência sistemática dos bancos europeus da baixa Idade Média, dos bancos de Sevilha e de Itália dos séculos XVI e XVII e do sistema de Law na França do século XVIII), sendo que os juízes proferiam regularmente sentenças contra a apropriação por parte dos banqueiros dos fundos em depósito (e que, como sabemos, se estendem até pleno século XX tanto na França como em Espanha).

Realce-se que, pelo menos em relação à instituição que aqui nos ocupa, o sistema da *Common Law* anglo-saxónica provou ser uma garantia menos eficiente para a defesa do direito de propriedade e a correcta regulação da cooperação social do que a constituída pelo sistema jurídico da Europa continental. Isto não significa que o sistema continental na sua última versão kelseniana e positivista seja superior à *Common Law*, mas que esta foi, frequentemente, inferior ao direito romano, entendido este como sistema consuetudinário e evolutivo, impulsionado pela análise lógica, exegética e doutrinal dos juristas da escola clássica romana. Ou, dito de outra forma, que o sistema da *Common Law* anglo-saxónica dá demasiada importância ao carácter vinculativo das opiniões estritamente jurisprudenciais, que, em muitas ocasiões, são mais influenciadas por circunstâncias particulares do caso a ser julgado e pela aparente prática mercantil que acreditam observar, do que pela análise sopesada, lógica e exegética que devia ser efectuada com base nos princípios jurídicos essenciais. Em suma, o direito anglo-saxónico é um direito excessivamente jurisprudencial, ao passo que o direito continental, na sua versão do direito romano, é um direito misto jurisprudencial e doutrinal.

### **A doutrina dos Códigos Civil e Mercantil espanhóis**

Um sector da doutrina espanhola tentou também manter a equiparação do contrato de depósito irregular de dinheiro ao contrato de empréstimo. Com base em alguns artigos dos Códigos Civil e Mercantil, este grupo de teóricos considera que o depósito irregular não é reconhecido como figura separada na legislação espanhola e que, por isso, não é mais do que um mero contrato de empréstimo ou mútuo. No entanto, nem do ponto de vista do direito positivo espanhol se torna clara a equiparação entre o contrato de depósito irregular e o contrato de empréstimo. Pelo contrário, tal associação é muito duvidosa e incerta e, na verdade, a maioria dos teóricos espanhóis modernos concluíram, em consonância com a construção clássica, que mesmo do ponto de vista do actual direito positivo espanhol, uma coisa é o contrato de empréstimo e outra bem distinta é o contrato de depósito irregular.

Para justificar a equiparação dos dois tipos de contrato, os teóricos referem frequentemente o artigo 1768 do Código Civil espanhol. Segundo este artigo, «quando o depositário tem permissão para usar ou servir-se da coisa depositada, o contrato deixa de ser de depósito e converte-se em empréstimo ou comodato. A permissão não deve ser assumida, deve ser

provada». De acordo com este artigo, se se entender «uso» no seu sentido mais geral ou lato, então, uma vez que todos os depósitos irregulares implicam uma transferência de propriedade do bem *in individuo* e, logo, do «uso» indistinto do bem fungível, o contrato de depósito irregular converter-se-ia sempre, *ipso facto*, em empréstimo ou mútuo. Mais adiante vamos analisar mais aprofundadamente os diferentes casos em que pode considerar-se haver «transmissão do uso», mas, por agora, adiantaremos apenas que, como já vimos no capítulo I, uma coisa é a transmissão da propriedade e do uso entendido no seu sentido genérico, e outra coisa completamente distinta é saber se se mantém ou não a plena disponibilidade do *tantundem* a favor do depositante. Considerando que o conteúdo do artigo 1768 pretende apenas distinguir se o *tantundem* se mantém ou não sempre ao dispor do depositante, seria perfeitamente admissível a existência de um contrato de depósito irregular radicalmente distinto do contrato de empréstimo no âmbito do direito positivo espanhol. Na verdade, o artigo 1770 do mesmo Código Civil parece sugerir esta segunda interpretação, ao estabelecer que «o bem depositado será devolvido com todos os seus produtos e acessões. Consistindo o depósito em dinheiro, o disposto no artigo 1724 a respeito do mandatário será aplicado ao depositário». Ou seja, o próprio Código Civil parece aceitar a existência de um depósito de dinheiro que não seja um empréstimo. Como correctamente assinalam José Luís Albacar e Jaime Santos Briz «perante esta disparidade — quiçá antonímica — de disposições legais (aquela que podemos chamar clássica e a moderna), é de realçar que hoje parece prevalecer a dos que consideram que as figuras do mútuo e do depósito irregular são distintas, ao ponto de não faltar quem defenda que, nestes casos, nos encontramos perante um tipo de depósito: o depósito irregular, que é uma figura atípica e complexa».<sup>11</sup>

O tratamento dado ao depósito irregular pelo Código de Comércio espanhol poderia também parecer contraditório e prestar-se a ambas as interpretações. Com efeito, no artigo 309 estipula-se que «sempre que, com o consentimento do depositante, o depositário fizer uso dos bens depositados, seja para negócios, seja para operações solicitadas pelo depositante, cessarão os direitos e as obrigações do depositante e do depositário, devendo ser observadas as regras e disposições aplicáveis ao empréstimo mercantil, à comissão ou ao contrato que tiverem celebrado em substituição do depósito». Parece, portanto, existir um certo paralelismo entre o artigo 309 do Código de Comércio e o artigo 1768 do Código Civil. No entanto, no artigo 307 do Código de Comércio, que regula os depósitos em dinheiro, é dito que «quando os depósitos em dinheiro forem constituídos sem especificação

11 José Luis Albácar López e Jaime Santos Briz, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid 1991, tomo VI, p. 1770. A compilação civil de Navarra também se refere, na lei 554 no final do seu título XII, ao depósito irregular, da seguinte forma: «Quando no depósito de coisa fungível se ordena ao depositário, expressa ou tacitamente, possibilidades de uso, será aplicado o disposto para o empréstimo de dinheiro nas leis 532, 534 3 535.» Verificamos que neste caso se repete quase literalmente o conteúdo do artigo 1768 do Código Civil espanhol.

da moeda ou num invólucro não fechado nem selado, o depositário será responsável pela sua conservação e segurança nos termos estabelecidos pelo parágrafo segundo do artigo 306». E o parágrafo segundo do artigo 306 diz que «na conservação do depósito, o depositário será responsável por quaisquer danos e prejuízos que os bens depositados sofram por má-fé ou negligência sua, bem como dos que provenham da natureza ou defeitos dos bens, se nestes casos não tiver tomado as medidas necessárias para evitar ou remediar os danos, *notificando o depositário logo que se tiverem manifestado*». (Itálico acrescentado.) Assim, considerando o último parágrafo do artigo 307 juntamente com o segundo parágrafo do artigo 306, o próprio Código Comercial aceitaria plenamente a figura do contrato de depósito irregular de dinheiro, estipulando claramente que o depositário tem a obrigação de guarda e custódia a favor do depositante, tendo até de avisar imediatamente o depositante em caso de dano, menosprezo ou defeito do dinheiro fungível depositado. Ainda assim, o artigo 310 do Código de Comércio confere um *ius privilegium* aos banqueiros, legalizando a apropriação dos fundos recebidos em depósito ao estabelecer que «não obstante o disposto nos artigos anteriores, os depósitos feitos nos bancos, nos armazéns públicos, nas sociedades de crédito ou em quaisquer outras companhias serão regidos, em primeiro lugar, pelos estatutos das mesmas, em segundo, pelas prescrições deste Código e, por último, pelas regras do direito comum que são aplicáveis a todos os depósitos». A natureza do privilégio «odioso» a favor dos banqueiros e demais sociedades semelhantes é óbvia, uma vez que, mesmo do ponto de vista do direito positivo espanhol poderia considerar-se que, de acordo com o já citado artigo 306 do Código de Comércio, qualquer pessoa que não fosse banqueiro ou afim e que usasse o dinheiro que lhe tivesse sido entregue por meio de um depósito irregular cometeria uma violação da obrigação de custódia e guarda e, logo, um crime de apropriação indevida. Isto já não acontecerá em relação aos banqueiros, se se der o caso de os seus estatutos estipularem a possibilidade de utilização e apropriação dos fundos dos depositantes para as suas próprias actividades comerciais. No entanto, o conteúdo deste artigo 310 do Código do Comércio, e, em geral, o estilo de redacção dos estatutos e contratos bancários, não são nada claros. Pelo contrário, este tipo de documentos costuma ser ambíguo e confuso,<sup>12</sup> o que explica

12 É curioso observar que os bancos espanhóis, na especificação das condições gerais dos seus diferentes contratos de conta corrente, evitam o uso do termo «depósito», uma vez que temem as consequências jurídicas desse tipo de contrato (especialmente que se considere que se apropriam indevidamente dos fundos que neles se depositam). Tão-pouco utilizam a classificação de «empréstimo» ou «crédito» porque, embora se encontram cobertos se se classificar de empréstimo o depósito irregular de dinheiro que os clientes efectuam, é evidente que do ponto de vista comercial seria muito mais difícil a captação de passivos em forma de depósitos se o público em geral estivesse ciente de que quando abre uma conta corrente está, na realidade, a efectuar um empréstimo ao banco e não um depósito. Assim, os bancos preferem manter a actual ambiguidade e confusão, dado que saem, sem qualquer dúvida, a ganhar da actual situação de pouca claridade contratual, enquanto conservarem o privilégio de poder utilizar um coeficiente de reserva fraccionário e tiverem o apoio do banco central sempre que tenham dificuldades de liquidez. No entanto, os próprios bancos acabam por

que a interpretação jurisprudencial do direito positivo espanhol tenha ditado sentenças até pleno século XX (como, por exemplo, a de 21 de Junho de 1928 do Tribunal Supremo e outras já citadas no capítulo I) que defendiam a tese de que a lei positiva espanhola obrigava os banqueiros a manter sempre à disposição dos depositantes o valor total dos depósitos (*tantundem*), o seja, um coeficiente de caixa de 100 por cento.

Por último, resta-nos mencionar os artigos VII e VIII dos estatutos do Banco de Espanha relativos aos depósitos. O artigo VII estabelece, nos seus primeiros parágrafos, que «as dependências por ele autorizadas poderão receber em depósito moedas de curso legal na nação ou notas do próprio banco». O artigo VIII diz que «a responsabilidade do banco como depositário consistirá em devolver o mesmo montante em dinheiro nacional que tiver sido depositado». O artigo X, relativo às contas correntes, tem mais ou menos o mesmo conteúdo: «o banco poderá abrir e gerir contas correntes ou de valores mobiliários de pessoas naturais ou jurídicas e de corporações ou entidades devidamente representadas, cuja solicitação seja cuidadosamente analisada e aceite pela instituição. As contas ordinárias de dinheiro poderão receber moedas e notas de curso legal, cheques e outros documentos relacionados com outras contas correntes... para cada tipo de conta corrente, o banco fornecerá os livros de cheques de que o titular necessite; e por meio de cheques, devidamente autorizados,

---

acusar-se na classificação jurídica das operações que realizam. Por exemplo, a sexta condição geral do Banco Bilbao-Vizcaya, estabelecida para a negociação de aplicações, diz que: «Independentemente do número de diferentes contas ou operações do cedente, seja em dinheiro, valores, avais, garantias ou outra espécie de documento em que estejam representados, assim como o conceito que nelas figure... fica o banco autorizado a compensá-las com os créditos ou por qualquer título que prefram contrair, incluindo qualquer espécie ou qualidade de depósito... a presente condição será aplicável até às operações e créditos que o cedente detenha contra o Banco antes da presente negociação. E, em relação à definição de depósito à vista representado nos denominados «livros de poupança», enquanto o do Banco Bilbao-Vizcaya os classificava como «o título justificativo do seu crédito representativo do direito que assiste ao titular de solicitar e obter o reembolso total ou parcial do saldo a seu favor», o Banco Hispano-Americano vai ainda mais longe, estabelecendo que o livro «constitui o título nominativo intransferível *da sua propriedade*». Como vemos, neste último caso, o banco, sem se aperceber, classifica a relação do contrato de depósito de relação de domínio, o que, diga-se, está muito mais próximo da realidade jurídica da instituição, dada a manutenção da disponibilidade a favor do depositante, do que a própria consideração de que se trata de um mero direito de crédito sobre o montante de dinheiro depositado. Ver, a propósito, Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., pp. 368-379, notas de rodapé 31 e 36. Apesar de tudo, Garrigues assinala que a banca privada não se refere ao contrato de depósito de dinheiro pelo nome, mas, em vez disso, costuma chamar contas correntes aos depósitos à vista, como se deriva da análise dos formulários de entrega de fundos e das condições gerais para o funcionamento da conta, dos extractos, da comunicação de saldos, etc. Além disso, esta relutância em falar de «depósito de dinheiro» comprova-se também nos balanços dos bancos, que nunca mencionam esta rubrica, estando a coluna correspondente do passivo incorporada sob o rótulo «Credores», com o subtítulo «Contas correntes à vista», onde são contabilizados os depósitos irregulares de dinheiro. Assim, do ponto de vista jurídico e contratual, os bancos, com o consentimento das autoridades financeiras, procuram e tendem a ocultar a verdadeira natureza da actividade que desenvolvem, especialmente a terceiros e a clientes.

pagará os montantes e devolverá os títulos debitando-os dos saldos respectivos. Contra as contas correntes, serão também admissíveis os cheques ao portador, à ordem, nominativos e cruzados.» Como se pode ver, estes artigos dos estatutos do Banco de Espanha e, em geral, os do resto do banco, regulam apenas o funcionamento da conta de depósito irregular de dinheiro e da conta corrente do ponto de vista do depositante, mas mantém-se sempre a confusão e a ambiguidade sobre se tal dinheiro se encontra guardado e disponível no banco ou se o banco é expressamente autorizado pelo depositante a apropriar-se dele e a investi-lo nos seus negócios particulares. É preciso recorrer ao artigo 180 do Código de Comércio para perceber qual era o verdadeiro sentido original da legislação mercantil espanhola a este respeito. De facto, o artigo 180 estipula que «os Bancos conservarão dinheiro nos seus cofres equivalente a pelo menos a quarta parte dos depósitos e contas correntes em dinheiro e das notas em circulação.» Este coeficiente, que tradicionalmente foi utilizado como um instrumento de política monetária pelo banco central espanhol, e cuja reduzida percentagem está actualmente fixada em 2 por cento, é o culminar do *ius privilegium* a favor da banca, a única instituição expressamente autorizada, no direito positivo espanhol, a violar as obrigações de custódia do contrato de depósito irregular de dinheiro, uma vez que lhe é permitido que se aproprie, em benefício próprio, do dinheiro dos seus depositantes para os seus investimentos e negócios particulares. Embora seja a única disposição que faz com *que os banqueiros não sejam culpados do ponto de vista do direito positivo em vigor em Espanha*, a regulação do coeficiente de reserva não impede, de forma nenhuma, a ausência de justificação jurídica do contrato de depósito bancário tal como ele é praticado, nem, como é lógico, os efeitos económicos negativos que tem na sociedade a violação dos princípios tradicionais do direito de propriedade que regem o depósito irregular de dinheiro e que iremos estudar nos próximos capítulos (distorção da estrutura produtiva, geração de etapas sucessivas e recorrentes de auge e recessão económica, fomento de maus investimentos generalizados, geração de desemprego massivo e manutenção de um sistema financeiro privilegiado que é incapaz de garantir um desenvolvimento económico livre de convulsões).

### **Crítica da equiparação entre o contrato de depósito irregular de dinheiro e o contrato de empréstimo ou mútuo**

Embora seja o instrumento perfeito para justificar a actividade bancária com reserva fraccionária, a equiparação doutrinal entre os depósitos irregulares e os contratos de empréstimo ou mútuo de dinheiro é tão grosseira que nunca chegou a ser aceite pelos mercantilistas de maior prestígio. Assim, Joaquín Garrigues, embora pareça querer defender, sem mais, a doutrina da equiparação, acaba por se aperceber de que a mesma não é justificável, concluindo que, apesar dos possíveis argumentos do direito positivo (artigo 1768 do Código

Civil e 309 do Código de Comércio já mencionados) que poderiam justificar a identificação entre o contrato de empréstimo ou mútuo e o depósito irregular, «continua a haver algumas razões que nos levam a considerar o contrato como depósito e não como empréstimo (por exemplo, a livre disponibilidade a favor do depositante, o facto de ser o depositante que toma a iniciativa do contrato, os juros baixos, etc.).»<sup>13</sup> Curiosamente, Joaquín Garrigues não desenvolve as suas razões, que menciona de passagem, e começa de imediato a tentar construir a teoria baseada na reinterpretação do conceito de disponibilidade, que estudaremos na secção seguinte. No entanto, considerando o que já verificámos no capítulo I deste livro, teria sido muito interessante saber o que Garrigues poderia e deveria ter dito em relação aos argumentos contra a identificação de ambos os contratos, que vamos considerar agora mais detidamente.<sup>14</sup>

### A causa ou motivação distinta de ambos os contratos

O argumento mais importante e definitivo a favor da distinção entre o contrato de depósito irregular e o contrato de empréstimo ou mútuo radica na diferença fundamental entre a *causa* ou *motivação* de cada um. Trata-se de uma razão fundamental de tipo jurídico

13 Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 363 (itálico acrescentado).

14 É estranha a pressa com que os mais notáveis especialistas espanhóis de direito mercantil começaram a tentar justificar a actividade bancária com um coeficiente de reserva fraccionária, usando, como veremos adiante, o artifício de redefinir o conceito de disponibilidade, sem, antes, estudarem detidamente os argumentos que impossibilitam a equiparação entre o contrato de depósito irregular e o contrato de empréstimo. É como se Garrigues tivesse consciência de que a redefinição que vai ser proposta supõe implicitamente a manutenção da identidade entre o depósito e o contrato de empréstimo (pelo menos do ponto de vista daquele que o recebe, ou seja, o banqueiro), pelo que não há necessidade de uma argumentação profunda contra a equiparação entre o depósito e o empréstimo, uma vez que essa argumentação poderia ter um efeito de ricochete contra a doutrina a propor. Refira-se que esta postura é muito compreensível num autor tão prestigiado, que contava entre os seus principais clientes com os bancos e banqueiros do país e que pensaria duas vezes antes de pôr em perigo o seu prestígio e bom nome académico colocando em dúvida a legitimidade de uma instituição tão poderosa, arraigada na prática e sustentada pela autoridades públicas como é o negócio bancário com um coeficiente fraccionário de reserva. Além disso, durante os anos em que Garrigues exerceu a sua actividade doutrinal, não pode contar com mais do que com a sustentação da teoria económica que, perdida no marasmo das doutrinas keynesianas (ver a nota 20), justificava qualquer sistema, facilitista que fosse, de expansão de crédito, uma vez que se considerava, erroneamente, que viria a redundar em benefício do desenvolvimento da «actividade económica». Durante estes anos de deserto doutrinal no que diz respeito à teoria económica, a única defesa que restava aos processos de interacção social perante a prática bancária teria sido a manutenção dogmática dos princípios básicos do depósito irregular. Estes, no entanto, foram muito debilmente defendidos pelo sector maioritário da doutrina e não tardou a que fossem abandonados. Apesar de todas estas circunstâncias adversas a leitura do tratado de Garrigues e de outros que se dedicam ao mesmo tema continua a transmitir a impressão inconfundível de que, para justificar o injustificável, se efectuam raciocínios e malabarismos jurídicos muito forçados para tentar dar aparência jurídica a uma actividade que não é mais do que um grosseiro privilégio antijurídico outorgado pelo governo.

(relacionada com a chamada *causa*<sup>15</sup> dos contratos) que, por sua vez, está intimamente ligada ao diferente *motivo* subjectivo<sup>16</sup> pelo qual as partes decidem efectuar um qualquer contrato. Assim, existe uma simbiose entre a concepção subjectivista em que se funda a teoria moderna<sup>17</sup> e o ponto de vista que tem sobretudo em atenção os diferentes fins objectivos ou subjectivos das partes para efectuar um ou outro tipo de contratos.

No capítulo I, estudámos as diferenças essenciais e irreconciliáveis entre o contrato de depósito irregular de dinheiro e o contrato de empréstimo ou mútuo de dinheiro. Pois bem, em última instância, todas estas diferenças poderiam ser encontradas na distinta causa ou motivação de cada contrato. Assim, como no contrato de empréstimo se trocam sempre bens presentes, cuja disponibilidade é perdida pelo prestamista, por bens futuros, que o prestatário deverá entregar com um montante acrescido em forma de juros (precisamente como pagamento pela perda inexorável da disponibilidade dos bens presentes quando estes são transferidos do prestamista para o prestatário), no caso do depósito irregular de dinheiro, o objectivo ou causa do contrato é radicalmente distinto. Neste caso, não se trocam bens presentes por bens futuros nem o depositante tem o mínimo desejo de perder a imediata disponibilidade do bem que deposita. Assim, o elemento essencial no contrato de depósito irregular não é, como no caso do contrato de empréstimo, a transferência da disponibilidade, mas, pelo contrário, a custódia ou guarda do *tantundem*, que constitui a causa jurídica ou motivação básica essencial para o depositante entrar no contrato. Por isso, não existe um prazo, sendo o dinheiro depositado «à vista», ou seja, com a possibilidade de levantamento em qualquer momento. Se se informasse o depositante de que o seu contrato é um empréstimo ao banco e de que, portanto, perde a disponibilidade do bem, ele não iria, certamente, efectuar o contrato como se de um depósito se tratasse e, muito provavelmente, optaria por manter o dinheiro em seu poder. Desta forma, não existe a mais pequena dúvida de que a causa ou motivação jurídica de cada um dos contratos é radicalmente distinta e que tentar

15 Recorde-se, por exemplo, o tratamento jurídico sobre a causa dos contratos incluído em Jean Dabin, *La teoría de la causa*, ob. cit.

16 Para Antonio Gullón «a equiparação entre depósito irregular e mútuo não deixa de ser um artificio que entra em conflito com a verdadeira vontade das partes. O depositante de dinheiro, por exemplo, não pensa conceder um empréstimo ao depositário. Procura o mesmo que no depósito regular, a custódia do bem e ter sempre a disponibilidade do mesmo. Consegue atingir melhor estes objectivos com o depósito irregular do que com o regular, porque com este está sujeito à perda por caso fortuito, que será suportada por si e não pelo depositário, ao passo que no depósito irregular, este é um devedor de um bem, que como tal nunca perece» (itálico acrescentado). Citado por José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, volume II, José María Bosch Editor, 3.ª edição, Barcelona 1995, p. 270.

17 Esta concepção subjectivista é a base da lógica da acção sobre a qual se constrói todo o edifício da teoria económica, de acordo com a Escola Austríaca de Economia fundada por Carl Menger. Ver, a propósito, o meu artigo artículo «Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austríaca de Economía», publicado em Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid 1994, pp. 17 55.

misturá-los é tão impossível como misturar água com azeite, dada a diferença fundamental que existe entre os dois.

Os teóricos que pretendem equiparar o contrato de depósito irregular ao contrato de empréstimo não se apercebem de que com a sua posição doutrinal ignoram a verdadeira causa ou motivo que leva as partes a assinarem o contrato. E, por muitas declarações mais ou menos ocas que façam sobre a identidade dos dois contratos, acabam inevitavelmente por esbarrar no mesmo muro jurídico: a radical e essencial diferença na causa jurídica que motiva cada um dos contratos. Por conseguinte, não podem fazer mais do que afirmar que cada uma das partes do contrato de depósito bancário de dinheiro *pensa* que efectua contratos «distintos». Ou seja, *os depositantes entregam o dinheiro como se se tratasse de um depósito e os banqueiros recebem-no como se se tratasse de um contrato de empréstimo*. Ora, que tipo de contrato é este em que cada um dos lados da mesma moeda parte de uma causa jurídica essencialmente diferente? Ou, dito por outras palavras: como é possível que, por meio do mesmo contrato, cada uma das partes pretenda manter a disponibilidade sobre o mesmo montante simultaneamente?<sup>18</sup> É evidente que os depositantes entregam o seu dinheiro com a vontade de manter a plena disponibilidade sobre ele (depósito de dinheiro «à vista»),<sup>19</sup> ao passo que o banco aceita o depósito com o propósito não de conservar em custódia 100 por cento do *tantundem* em todos os momentos, mas de utilizar a maior parte em empréstimos e negócios particulares. Este fenómeno de «dupla disponibilidade» não podia ser ignorado por Garrigues, que obviamente, o acha inquietante e confuso do ponto de vista jurídico.<sup>20</sup> De

18 Francisco Belda, seguindo Luis de Molina e Juan de Lugo, acredita poder solucionar esta contradição com a óbvia e superficial afirmação de que «cada um dos dois tem o direito de ver a operação do ângulo que mais lhe convier», sem se aperceber de que, por existir uma diferença essencial e contradição entre a causa que leva cada parte a entrar no contrato, o problema é muito distinto: não se trata de cada um considerar o contrato como mais lhe convenha, mas de o cumprimento do objectivo ou causa de um (o investimento de fundos por parte do banqueiro) impossibilitar o cumprimento efectivo do objectivo ou causa do outro (a custódia, guarda e continua disponibilidade do dinheiro). Ver Francisco Belda, S.J., «Ética de la creación de créditos según la doctrina de Molina, Lesio y Lugo», *Pensamiento*, ob. cit., pp. 64 y 87. Ver também Florencio Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, ob. cit. nota 83, p.48.

19 O facto de às vezes os depositantes receberem juros em nada prejudica a causa essencial do depósito (guarda ou custódia de dinheiro). E, na verdade, «o que é doce nunca amargou», pelo que o depositante ingénuo ao qual se oferecem juros não hesitará em aceitá-los se continuar a ter confiança no banqueiro. Mas no caso de um verdadeiro depósito, o depositante efectuará o contrato, mesmo que não recebesse juros e tivesse, ainda, de pagar os gastos de custódia, sem que este facto fundamental se desvirtue pelo pagamento *contra natura* de juros aos depositantes e indique que os banqueiros estão a fazer um uso indevido do dinheiro que receberam em depósito.

20 Ressalte-se que a única referência teórica recolhida por Garrigues no seu livro *Contratos bancarios* é, precisamente, o *Treatise on Money* de Keynes, que cita expressamente pelo menos duas vezes no texto principal (pp. 357 e 358) e outras nas notas de rodapé (pp. 352 e 357, notas de rodapé 1 e 11 respectivamente). Com esta fundamentação teórica não surpreende a confusão que se observa em todo o tratamento que Garrigues faz da figura do depósito irregular. Parece que a sua aguçada intuição

facto, para Garrigues, a característica mais extraordinária do depósito bancário de dinheiro na sua versão actual (que não exige 100% de coeficiente de caixa) consiste, precisamente, no facto de haver *simultaneamente* uma dupla disponibilidade do dinheiro: a favor do banco e a favor do cliente. E acrescenta que é precisamente esta dupla disponibilidade que torna difícil a configuração jurídica do contrato, porque a disponibilidade a favor do depositante, característica do depósito, *não se harmoniza bem* com a disponibilidade a favor do banco.»<sup>21</sup> Em vez de dizer que a configuração jurídica do contrato é difícil, seria mais correcto dizer que é juridicamente impossível, dada a radical diferença existente entre estes dois tipos de negócio jurídico. Por isso, mais do que uma disponibilidade e a outra «não se harmonizarem bem», trata-se de as duas serem mutuamente exclusivas de forma fundamental.<sup>22</sup> Este desconcerto de Joaquín Garrigues torna-se ainda mais patente quando numa nota de rodapé<sup>23</sup> cita as sentenças do Tribunal de Paris que estudámos no capítulo I e que definem a obrigação estrita de custódia e do coeficiente de caixa de 100 por cento para os bancos e que Garrigues classifica de «afirmações surpreendentes». Mas, o que também não deixa de ser surpreendente é que Garrigues não se tenha apercebido de que a sua própria análise leva inevitavelmente à conclusão de que os dois contratos são diferentes e que, por isso, qualquer equiparação entre o contrato de depósito irregular e o contrato de empréstimo é impossível. Ao ler o tratamento que Garrigues faz dos contratos de depósito bancário de dinheiro, não podemos deixar de pensar que o próprio Garrigues está, de certo modo, com a «consciência pesada» por efectuar uma análise jurídica tão forçada para tentar justificar o injustificável: a pretensão existência de um contrato de depósito irregular de dinheiro que juridicamente, e de acordo com os princípios e a lógica do direito, permita que o banqueiro dele disponha livremente, ou seja, o exercício da actividade bancária com um coeficiente de reserva fraccionário.

jurídica aponta para um lado (o adequado e correcto) e o que lê no tratado de Keynes o leva para outro lado completamente distinto.

21 Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 367, (itálico acrescentado). Surpreende que Garrigues não se tenha apercebido de que, em termos económicos, a dupla disponibilidade significa que «it becomes possible to create a fictitious supply of a commodity, that is, to make people believe that a supply exists which does not exist». Ver William Stanley Jevons, *Money and the Mechanism of Exchange*, D. Appleton & Co., Nova York 1875 e Kegan Paul, Londres 1905, p. 210. Na minha opinião, fazer crer o público de que existe um *stock* de bens fungíveis que na realidade não existe é a prova definitiva da ilegitimidade de todo o depósito irregular (ou seja, de bens fungíveis) na qual se admita a manutenção de um coeficiente de reserva fraccionária (ou seja, inferior a 100 por cento).

22 Garrigues, com a sua habitual facilidade de expressão argumentativa, conclui que neste contrato «o banco dispõe do dinheiro como se fosse seu e o cliente dispõe do dinheiro apesar de não ser seu». A solução deste paradoxo aparentemente é muito simples, porque embora o cliente tenha deixado de ser proprietário do dinheiro, conserva o direito de exigir a guarda ou custódia do *tantundem* em todos os momentos, ou seja, um coeficiente de caixa de 100 por cento, de acordo com a natureza ontológica e essencial do contrato de depósito irregular de dinheiro já explicada no capítulo I. Ver Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 368.

23 Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., nota de rodapé 31 nas pp. 367-368.

## A tese do acordo tácito ou implícito

Difícil de aceitar é também o argumento de que, de acordo com o estabelecido no artigo 1768 do Código Civil, existe uma espécie de «acordo tácito» ou implícito nos contratos de depósito irregular, em virtude do qual os depositantes autorizam o banqueiro a utilizar o dinheiro por eles depositado. E é difícil de aceitar, em primeiro lugar, porque o artigo 1768 fala de «usar ou servir-se da coisa depositada», e nós já sabemos que não é a possibilidade de uso que transforma o contrato de depósito de dinheiro num contrato de depósito irregular. Esta possibilidade é inerente a todos os depósitos de bens fungíveis, que, pela sua própria natureza, não podem ser individualizados, pelo que pode considerar-se que, de alguma forma, se dá a transferência da propriedade e, logo, da possibilidade de uso por parte do depositário. Não obstante, como já vimos, esta transferência de propriedade e de possibilidade de uso deve entender-se num sentido puramente *genérico*. Não sendo possível reconhecer as unidades individuais entregues, pode considerar-se, sem dúvida, que se transmite a propriedade e a possibilidade de uso desses bens específicos. Isto, no entanto, e como é lógico, é perfeitamente compatível com a exigência de manutenção contínua de 100 por cento do coeficiente de caixa, ou seja, a custódia ou guarda do *tantundem* à disposição do depositante, que constitui a obrigação do banqueiro sobre a qual se fundamenta a causa essencial do contrato de depósito. Ou seja, a transferência da possibilidade de uso não é o que determina a natureza típica e essencial do contrato de depósito irregular, mas sim o carácter fungível do que se deposita e o objectivo por que se realiza o contrato. Pode haver transferência da possibilidade de uso sem necessariamente estarmos perante um depósito irregular, como é o caso, por exemplo, do contrato de mútuo ou empréstimo, que têm, como já sabemos, uma causa ou motivação jurídica radicalmente distinta (não só a transferência da propriedade e do uso, mas também a da disponibilidade do bem, que é simultaneamente perdida pelo prestamista). Assim, e de acordo com Coppa-Zuccari, recorrer a uma pretensa autorização (expressa ou tácita) do depositante para converter o contrato de depósito irregular num empréstimo ou mútuo é desnecessário e inexacto. Desnecessário na medida em que todo o contrato de depósito irregular implica, pela sua própria natureza, a transferência da propriedade e da possibilidade de uso do bem (compatível, como é óbvio, com a obrigação fundamental de manter em caixa um coeficiente de 100 por cento do *tantundem*). Inexacto porque, embora se transfira a possibilidade de uso do bem, isso não modifica a causa original do contrato, que não é senão a guarda ou custódia do *tantundem*.<sup>24</sup> De facto, existem três possibilidades lógicas quanto à pretensa autorização, expressa ou tácita, para usar o bem depositado. Analisemo-las aturada e separadamente.

<sup>24</sup> Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, ob. cit., p. 132.

*Em primeiro lugar*, pode-se considerar que a imensa maioria dos depositantes não está consciente de que quando efectua um depósito do seu dinheiro num banco, está, ao mesmo tempo, a autorizar o banco a usar, em benefício próprio e nos seus negócios particulares, o dinheiro que deposita. Podemos afirmar com segurança que a grande maioria dos depositantes efectua um depósito à vista considerando, de boa-fé, que, na verdade, é isso que está a fazer: um contrato de depósito irregular cujo objectivo essencial é transferir a guarda ou custódia do seu dinheiro para o banqueiro. Simultaneamente, o banco recebe sempre o dinheiro como se se tratasse de um empréstimo ou um mútuo, ou seja, considerando que a disponibilidade do bem lhe é transferida integralmente e que, portanto, pode usá-lo nos seus negócios particulares. Torna-se, pois, evidente que a causa ou motivação do negócio efectuado por cada uma das partes do contrato não é coincidente: uma faz o contrato considerando que se trata de um depósito e, baseada nessa assumpção, entrega o dinheiro; a outra recebe-o como se se tratasse de um empréstimo ou mútuo e, com base nisso, investe-o. Encontramos, portanto, perante um caso evidente de *error in negotio*, que é um erro respeitante à natureza do negócio e que produz<sup>25</sup> a sua nulidade absoluta. Talvez a muitos esta conclusão possa parecer extrema ou desproporcionada, mas não parece fácil chegar a outra com base nos argumentos e princípios jurídicos inerentes aos contratos que estamos a analisar.<sup>26</sup>

*Em segundo lugar*, suponhamos que um determinado grupo de clientes dos bancos (ou mesmo, para efeitos dialécticos, todos eles) realiza o contrato de depósito irregular sabendo (e aceitando plenamente) que uma parte importante do dinheiro que deposita será utilizado pelos bancos para investimentos, empréstimos, etc. Este conhecimento e esta pretensa autorização não minimizam, de forma alguma, o objectivo ou a causa essencial do contrato para estes clientes, que continua a ser entregar o seu dinheiro para guarda ou custódia, ou seja, realizar um contrato de depósito irregular de dinheiro. Neste caso, temos de considerar que, do ponto de vista técnico e jurídico, o contrato que pensam ter celebrado é impossível. E isto acontece porque ao aceitarem a disponibilidade a favor do banqueiro, os depositantes perdem a disponibilidade eles próprios, que é precisamente a causa ou objecto essencial do contrato. Além disso, no capítulo V, a teoria económica, mostrar-nos-á que, utilizando um coeficiente de reserva fraccionário, é *impossível*, através da assinatura massiva de contratos e da «lei dos grandes números», assegurar o cumprimento de todas as solicitações dos de-

25 Ver Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, ob. cit., pp. 107-108. O próprio Hernández-Tejero dá o exemplo seguinte, que é perfeitamente aplicável ao caso presente: «se uma pessoa entrega a outra um bem em depósito e aquela que o recebe pensa tratar-se de um mútuo ou empréstimo, não haverá nem depósito nem mútuo.»

26 E tudo isto sem que seja necessário argumentar que não se pode assumir a permissão ou autorização para utilizar o bem, mas que deve demonstrar-se que ela existe em cada caso. Não parece fácil que, na maioria dos contratos de depósito à vista realizados por particulares, fosse possível fazer essa demonstração.

positantes para a completa devolução dos depósitos. Não podemos entrar já em pormenor na nossa tese, baseada no reconhecimento de que o sistema bancário actual gera créditos sem resguardo de poupança efectivo que promovem o mau investimento dos recursos e dão lugar a activos empresariais mal investidos, que não têm valor ou cujo valor é reduzido, não sendo, portanto, capazes de equilibrar as contas de depósito correspondentes nos balanços bancários. Disto resulta a recorrente insolvência dos bancos e, em concreto, a impossibilidade revelada por estes para fazer frente aos seus compromissos (sem apoio externo do banco central).

Além disso, admitindo para efeitos dialécticos que seria possível aplicar a «lei dos grandes números» na prática bancária, torna-se evidente que o contrato de depósito com reserva fraccionária passaria a ser um contrato aleatório,<sup>27</sup> no qual o cumprimento dos deveres do banco seria um acontecimento incerto, que dependeria das circunstâncias particulares de cada contrato. A aleatoriedade do contrato tem origem, precisamente, em considerar que há uma determinada probabilidade de que uma proporção de depositantes superior ao coeficiente de caixa mantido se dirija ao banco para levantar os seus depósitos e se veja impedida de o fazer. Os primeiros a chegar têm a possibilidade de recuperar o seu dinheiro, mas, a partir de certa altura, os restantes não. Não parece que seja objectivo dos depositantes, nem sequer nesta segunda hipótese, efectuar um contrato aleatório dependente da contingência que acabámos de descrever. Assim, a conclusão lógica deste segundo caso é a de que ou não existe contrato, uma vez que o seu objecto é impossível (sem um coeficiente de caixa de 100 por cento, é impossível assegurar que o banqueiro será sempre capaz de cumprir os seus compromissos) ou que a pretensa autorização dada pelos depositantes carece de validade jurídica, porque a causa essencial continua a ser a guarda do bem, e esta exige, inevitável e obrigatoriamente, a custódia de 100 por cento do *tantundem*.<sup>28</sup>

Existe uma incompatibilidade natural entre o contrato de depósito irregular legitimamente constituído e que tem como causa a custódia ou guarda daquilo que se deposita e a autorização para que os depositários utilizem, em benefício próprio, o dinheiro que recebem. Estes depositários, os banqueiros, recebem fundos, que se comprometem a devolver logo que os titulares das contas correntes os solicitem, mas, depois de os receberem, usam-nos para fazer investimentos, conceder empréstimos e realizar negócios que os imobilizam e, em muitas

27 Sobre os contratos aleatórios, ver Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, ob. cit., pp. 350-352. É preciso relevar que a natureza aleatória de um contrato de depósito irregular de dinheiro com reserva fraccionária e no qual se cumpra a «lei dos grandes números» (o que é, por certo, impossível) é um argumento secundário e subsidiário em relação às restantes razões que apontamos contra tal contrato.

28 Recordemos a forma como Saravia de la Calle condenava os depositantes que negociavam com bancos sabendo que iam utilizar o seu dinheiro em negócio particulares. Ver as pp. 94-96 do Capítulo II.

circunstâncias, impedem a sua devolução. Assim, a pretensa autorização, expressa ou tácita, para que os banqueiros utilizem, em benefício próprio, o dinheiro que recebem tem pouca importância se se mantiver intacta a causa essencial do contrato — o depósito do dinheiro para custódia. Neste caso, a pretensa autorização seria irrelevante, devido à sua incompatibilidade com a causa do contrato, e, portanto, *tão nula e carente de eficácia do ponto de vista jurídico, como qualquer contrato em que uma das partes autorizasse que a outra a enganasse ou aceitasse por escrito o engano em prejuízo próprio*. Como afirmou o grande civilista espanhol Felipe Clemente de Diego tão adequadamente, um contrato de depósito irregular em que seja permitido ao depositário ter um coeficiente de reserva fraccionário e, logo, utilizar em benefício próprio para os seus negócios particulares parte dos fundos recebidos em depósito, não passa de uma aberração jurídica, uma vez que na sua essência contradiz os princípios universais do direito. Para Felipe Clemente de Diego, não há dúvidas de que este contrato «tem o inconveniente de nos conduzir à descoberta de um monstro, que, pela sua natureza, carecerá de viabilidade jurídica, como as criaturas humanas com malformações essenciais (*muestra prodigia*), às quais o Direito romano não reconhecia personalidade jurídica, princípio que é expresso de forma mais moderada no Artigo 30 do Código Civil espanhol: “para efeitos civis, só serão considerados *nascidos* os fetos que tiverem *figura humana...*”. Na verdade, todo o ser tem a sua própria natureza. E quando não se encontra nele, mas é extraída de outros seres com os quais tem uma relação de semelhança mais ou menos próxima, a verdadeira natureza do ser parece fugir e desaparecer e deixar de o envolver, reduzindo-o a um ser híbrido, monstruoso, no limiar do não-ser.»<sup>29</sup> Seria difícil expressar de forma mais precisa e mais sucinta a incompatibilidade essencial e a contradição lógica insolúvel existente entre o contrato de depósito irregular de dinheiro e o contrato de empréstimo. Clemente de Diego conclui o seu argumento criticando as «tentativas de converter essa oposição radical (entre o contrato de depósito irregular e o de empréstimo) numa unidade que dê origem a um novo contrato, que não seria nem um nem outro, mas, antes, os dois ao mesmo tempo; coisa impossível, porque os seus termos são mutuamente exclusivos». Tal contrato não pode existir e é ontologicamente impossível.

29 «Dictamen del señor de Diego (Felipe Clemente)», em *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, ob. cit., pp. 370-371. É verdade que Felipe Clemente de Diego pronuncia estas palavras em resposta ao argumento dos banqueiros que pretendiam defender a validade do contrato de depósito irregular de títulos de valores com um coeficiente de reserva fraccionário, no qual se permitiria ao depositário ter a plena disponibilidade dos bens depositados, tal como acontece com o depósito irregular de dinheiro. No entanto, como já referimos, os argumentos a favor ou contra uma ou outra instituição são idênticos, dado que em ambos os casos se trata de um contrato irregular de bens fungíveis, cuja natureza jurídica, causa, objecto e circunstâncias são as mesmas. Também Pasquale Coppa-Zuccari realça a natureza contraditória do contrato de depósito bancário de dinheiro que, tal e como foi «legalizado» pelos governos não é nem um depósito nem um empréstimo, «La natura giuridica del deposito bancario», *Archivio giuridico* «Filippo Serafini», vol. IX (nova série), Modena 1902, pp. 441-472.

Como comentário final a esta segunda possibilidade, acrescenta-se que a contradição é tão evidente que os banqueiros, nos contratos, condições gerais e formulários das operações que realizam, evitam sempre explicitar exactamente qual é a natureza do contrato, da obrigação de custódia ou guarda que adquirem e se receberam ou não autorização por parte do depositante para investirem, em proveito próprio, os fundos que recebem em depósito. Tudo é expresso de forma vaga e confusa, pelo que não seria imprudente alegar que falta o compelto e perfeito consentimento dos depositantes, porque não há dúvida de que a ambiguidade, complexidade e obscuridade do contrato tolham a visão do cliente, que, de boa-fé, pensa que o que está a fazer é um verdadeiro contrato de depósito. E, se o valor e eficácia da entrega de um bem depende do acto ou título com o qual a mesma se realiza, então, torna-se claro que é importante que o acto ou contrato seja bem definido e determinado pelo seu nome, que as suas condições sejam bem reguladas e que ambas as partes estejam bem cientes das suas consequências legais. Não clarificar todos estes aspectos, ou especificá-los de forma incompleta, implica uma evidente ambiguidade, mantida pelos banqueiros, cujas possíveis consequências legais desfavoráveis deveriam recair sobre eles e não sobre a parte que entrou no contrato de boa-fé, pensando que a sua causa essencial era a de simples custódia ou guarda do dinheiro depositado.

*Em terceiro lugar*, e último, podemos considerar que, se esse for o seu desejo, os depositantes teriam a possibilidade de modificar a sua intenção original ao fazer o depósito, trocando o contrato que a princípio era de depósito irregular de dinheiro por um contrato de mútuo ou empréstimo, no qual acordem a perda da disponibilidade do bem e a sua transferência para o banqueiro durante um prazo definido e em troca de juros. Isto constituiria uma verdadeira *novação* do contrato, que passaria de um depósito irregular a um empréstimo. A *novação* estaria submetida às disposições gerais do direito sobre este tipo de modificações contratuais. Trata-se de uma possibilidade jurídica absolutamente legítima, mas que na prática é muito pouco utilizada. Além disso, paradoxalmente, quando se produzem *novações* na prática bancária, o seu objectivo é, normalmente, o oposto. Ou seja, em muitas ocasiões da prática bancária, converte-se num contrato de depósito irregular por meio da correspondente *novação* o que originariamente era, sem qualquer dúvida, um contrato de mútuo ou empréstimo (embora se designasse por depósito «a prazo», por implicar uma verdadeira transmissão da disponibilidade do bem ao banqueiro durante um prazo ou tempo determinado). É o que acontece quando, para manter os seus recursos ou atrair mais, os banqueiros, por escrito ou verbalmente, *sotto voce* ou publicamente, oferecem ao titular da conta a possibilidade de «a prazo» retirar o seu dinheiro em qualquer momento sem penalizações ou com uma penalização pequena. Tendo estes depósitos «a prazo» (que aparentemente são mútuos ou empréstimos) sido efectuados pelos seus titulares com o fim subjectivo e primário de entregar o seu dinheiro para guarda ou custódia, estaríamos perante um claro caso de depósito

irregular de dinheiro, independentemente da sua aparência exterior. Além disso, na medida em que a causa ou motivação essencial do contrato seja a troca de bens presentes por bens futuros mediante o pagamento de juros, encontrar-nos-íamos perante um verdadeiro contrato de «depósito» a prazo que, do ponto de vista legal, seria indiscutivelmente um mútuo ou empréstimo capaz de ser novado ou convertido num depósito irregular de dinheiro por acordo expresso das partes contratantes.<sup>30</sup>

Em suma, seja qual for o ângulo pelo qual se olhe, o contrato de depósito irregular de dinheiro não pode se equiparado ao contrato de mútuo ou empréstimo. Ambos são, na sua essência, incompatíveis e a existência da operação bancária do depósito à vista com reserva fraccionária só pode ser explicada por ter começado a ser consentida e depois deliberadamente legalizada pelo poder político, apesar do seu carácter de «monstro» ou «aberração jurídica».<sup>31</sup> No entanto, o facto de se utilizar uma figura jurídica, que segundo Clemente de Diego é tão «monstruosa», na prática das relações entre os seres humanos não pode deixar de ter consequências económicas e sociais negativas. Nos próximos capítulos explicaremos a razão por que a banca com reserva fraccionária é responsável pelas crises e recessões que afectam o sistema económico de forma recorrente, constituindo este um argumento adicional contra a legitimidade do contrato de depósito bancário, mesmo quando ambas as partes estão plenamente de acordo. Além disso, explica-se assim a impossibilidade de assegurar a devolução destes depósitos em qualquer altura sem que se crie toda uma superestrutura organizativa de carácter público, denominada banco central, que, depois de assegurar o monopólio da emissão de papel-moeda e estabelecer o seu curso legal, garanta a criação de toda a liquidez necessária para fazer frente às necessidades pontuais de tesouraria que os bancos privados possam ter. No capítulo VIII, iremos analisar como tudo isto deu origem ao surgimento de uma política monetária centralizada, que, pelas mesmas razões que explicam a impossibilidade teórica de coordenar a sociedade por meio de medidas coercivas (socialismo e intervencionismo), está condenada, em última instância, ao fracasso. De facto, os bancos centrais e a política monetária dos governos são os principais responsáveis pela inflação crónica que, em graus diferentes, afecta as economias ocidentais, bem como pelas

30 Não partilhamos a doutrina segundo a qual, do ponto de vista jurídico, os «depósitos» a prazo não são contratos de empréstimo ou mútuo, uma vez que tanto na sua essência económica como na jurídica, reúnem todos os requisitos essenciais que vimos para o empréstimo ou mútuo no capítulo I. Entre os autores que tentam justificar que os «depósitos» a prazo não são empréstimos ou mútuos destaca-se José Luis García Pita y Lastres na sua obra «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», ob. cit., e especialmente as pp. 991 e ss., cujos argumentos sobre este tema concreto não nos parecem muito convincentes.

31 Ou seja, a banca com reserva fraccionária contraria os princípios tradicionais do direito e só se mantém como resultado de um acto intervenção coerciva estabelecido por um mandato ou privilégio previsto na legislação administrativa, do qual não podem tirar proveito outros agentes económicos e que expressamente declara que é legal que os banqueiros mantenham um coeficiente de reserva fraccionária (artigo 180 do Código de Comércio).

fases sucessivas e recorrentes de picos artificiais e de recessões económicas que provocam tantos transtornos sociais. Mas, para já, prossigamos com a nossa análise jurídica.

### 3

#### UMA SAÍDA EM FALSO: A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DISPONIBILIDADE

A convicção do sector mais qualificado da doutrina de que é impossível conciliar dois contratos incompatíveis entre si, como o de depósito irregular de dinheiro e o contrato de empréstimo, juntamente com o facto de a maior parte dos contratos sobre os quais se sustenta o negócio bancário actual serem depósitos à vista e, portanto, contratos de depósito irregular de dinheiro, levou a que se tentasse elaborar construções jurídicas alternativas que tornassem possível compatibilizar a existência do contrato de depósito irregular com o exercício bancário «tradicional», ou seja com coeficiente de reserva fraccionário. Pretendeu-se encontrar a solução para este problema «redefinindo» o conceito de disponibilidade. De facto, para um sector da doutrina, a disponibilidade pode não entender-se no seu sentido estrito (coeficiente da caixa de 100 por cento ou guarda e custódia constante do *tantundem* ao dispor do depositante), mas no seu sentido «lato», como a solvência «genérica» do banco para fazer face aos seus compromissos, o uso «prudente» do dinheiro em investimentos, evitando especulações arriscadas e as correspondentes perdas, a manutenção de coeficientes de liquidez e de investimentos adequados e, em suma, o cumprimento de toda uma meticulosa legislação administrativa sobre a actividade bancária que, juntamente com o pretenso funcionamento da «lei dos grandes números» a respeito da abertura de contas de depósito e levantamento de depósitos à vista, pudesse assegurar, em última instância, o pleno cumprimento dos compromissos assumidos quanto à devolução, em qualquer momento, do dinheiro dos depositantes.

Assim, para Garrigues, a obrigação de manter os depósitos disponíveis para os depositantes «torna-se uma obrigação de diligência, que consiste no emprego prudente e cuidadoso dos montantes recebidos, de forma que o banco esteja sempre em condições de devolvê-los ao cliente.»<sup>32</sup> Garrigues acrescenta ainda, seguindo o exemplo de Lalumia, que o depositário não seria «obrigado a manter o *tantundem*, mas apenas a empregá-lo de forma prudente e líquida para estar sempre em condições de restitui-lo quando tal fosse solicitado».<sup>33</sup> O banco

32 Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 375.

33 *Ibidem*, p. 365.

precisaria apenas de manter em caixa dinheiro suficiente para satisfazer os «prováveis» pedidos dos seus clientes, pelo que Garrigues conclui que «no depósito bancário, o elemento de custódia é substituído pelo elemento técnico do cálculo de probabilidades de levantamentos de depósitos. Por sua vez, este cálculo de probabilidades depende de depósitos bancários em grande escala.»<sup>34</sup>

É muito importante notar que o próprio Garrigues reconheça que toda esta doutrina «se vê obrigada a substituir o conceito tradicional de custódia por um conceito *ad hoc*, cuja solidez é mais do que duvidosa».<sup>35</sup> E tem razão Garrigues quando considera «forçada» esta reinterpretação do conceito de disponibilidade feita pela doutrina (embora ele próprio acabe por aceitá-la). De facto, a tese de que, no contrato de depósito irregular, a obrigação de custódia consiste apenas em fazer uso «prudente» dos recursos, de forma que o banco mantenha a solvência necessária para pagar as suas dívidas, é insustentável. O uso prudente dos recursos é um princípio que deve manter-se em toda a acção humana e, em particular, em todo e qualquer contrato de *empréstito* (não de depósito) em que sejam utilizados recursos que é necessário devolver depois de um prazo fixado, se de facto se quiser cumprir esta obrigação (sentido do termo solvência).<sup>36</sup> No entanto, como sabemos, a causa do contrato de depósito irregular é diferente da do contrato de empréstito, uma vez que consubstancia uma exigência sensivelmente diferente: a custódia ou guarda do bem em todos os mo-

34 Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 367. José Luis García Pita y Lastres defende a mesma tese no seu trabalho «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», ob. cit., onde conclui que «dadas as circunstâncias, em vez de considerar a “disponibilidade” um simples direito a reclamar a imediata restituição, devemos vê-la como um conjunto de comportamentos e actividades económico-financeiras que tendem a fazer com que seja possível efectuar a restituição» (p. 990), bem como o seu trabalho «Depósitos bancarios y protección del depositante», en *Contratos bancarios*, ob. cit., pp. 119-266. Na mesma linha, Eduardo María Valpuesta Gastaminza diz que «o banco não tem obrigação de guardar o bem depositado. Antes, a custódia converte-se mais numa obrigação de administração prudente dos recursos, próprios e alheios, e na disponibilidade dos mesmos, que é também assegurada por meio de normas administrativas coercivas (nível de risco que se pode assumir, coeficiente de caixa, etc.)» Ver «Depósitos bancarios de dinero: libretas de ahorro» en *Contratos bancarios*, Enrique de la Torre Saavedra, Rafael García Villaverde e Rafael Bonardell Lenzano (eds.), Editorial Civitas, Madrid 1992, pp. 122-123. A mesma doutrina foi defendida recentemente em Itália por Angela Principe na sua obra «La responsabilità della banca nei contratti di custodia», Editorial Giuffrè, Milán 1983. Por fim, merece destaque o ponderado e actualizado tratamento de Pedro Luis Serrera Contreras, «El contrato de depósito mercantil», Marcial Pons, Madrid 2001, especialmente as pp. 120-147.

35 Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 365.

36 E isto sem que seja preciso argumentar que o critério padrão de «prudência» não é aplicável ao caso presente; um banco pouco «prudente» pode ser bem sucedido nas suas especulações e conservar a sua solvência. Do mesmo modo, um banqueiro muito prudente pode ser muito afectado pela crise de confiança sistemática que surge inexoravelmente depois do *boom* artificial que é gerado pelo sistema de actividade bancária exercida com uma reserva fraccionária. De pouco vale a prudência, portanto, se se viola a única condição que pode assegurar o cumprimento dos compromissos do banco em todos os momentos (o coeficiente de caixa de 100 por cento).

mentos. Assim, se os depositantes tentarem levantar os seus depósitos e o banco não tiver liquidez, independentemente de, em última instância, ser solvente e capaz de pagar depois de convertidos os investimentos em dinheiro, a obrigação essencial do contrato de depósito é claramente violada, uma vez que se obriga um dos contratantes (o depositante), que fez o contrato pensando que o seu objectivo essencial era a guarda ou custódia e a disponibilidade imediata do bem, a converter-se em algo completamente diferente: prestamista forçado, que perde a imediata disponibilidade dos seus bens, vendo-se, contra a sua vontade, obrigado a esperar, durante um prolongado período de tempo, que o banco seja liquidado mais ou menos ordenadamente e lhe possa pagar.

Uma vez que os conceitos de solvência e de uso prudente dos recursos não são suficientes para modificar o significado essencial de disponibilidade no contrato de depósito irregular, podíamos pelo menos pensar que o problema poderia ser resolvido por meio do cálculo de probabilidades e da «lei dos grande números» a que Garrigues faz referência. Contudo, como já discutimos acima, mesmo que existisse uma regularidade estatística que tornasse possível o cálculo de probabilidades neste campo (o que não é certamente o caso, como mostraremos nos próximos capítulos), o contrato deixaria de ser de depósito para converter-se num contrato aleatório em que a possibilidade de obter a restituição imediata do bem depositado dependeria da maior ou menor probabilidade de que um número suficiente de depositantes não fosse retirar os seus depósitos do mesmo banco ao mesmo tempo.

No capítulo V defenderemos que não é possível aplicar o cálculo objectivo de probabilidades aos actos humanos em geral, e em particular aos relacionados com o depósito irregular. Isto acontece porque a própria instituição, juridicamente contraditória, de depósito irregular sem obrigação de custódia, ou seja, com reserva fraccionária a favor do banco, gera, por si mesma, processos económicos que fazem com que os empréstimos e os investimentos realizados pelos bancos com os depósitos que criam ou de que se apropriam tendam, de uma forma geral, a ser pouco sensatos, porque, em última instância, se financiam com uma expansão do crédito sem aumento prévio da poupança real. Estes processos dão origem ao inevitável surgimento de crises económicas e à diminuição da solvência dos bancos e da confiança dos depositantes nos mesmos, o que leva à retirada massiva dos depósitos. Qualquer actuário sabe que, por razões de «risco moral» (*moral hazard*), tecnicamente não podem segurar-se as consequências de um evento que não sejam completamente independentes da existência do próprio seguro. Ora, nos próximos capítulos, mostraremos que o próprio sistema bancário com reserva fraccionária (ou seja, baseado no depósito irregular de dinheiro em que não se mantenha em caixa 100 por cento do *tantundem* disponível para os depositantes) gera *endógena*, inevitável e recorrentemente recessões económicas que, regularmente, fazem com que seja necessário liquidar projectos de investimento, devolver empréstimos e levantar depósitos de forma massiva. Por isso, o sistema baseado no depósito irregular com reserva fraccionária,

instituição que Clemente de Diego classificava de «aberração» ou «monstro jurídico», tem como resultado inevitável a insolvência dos banqueiros e à respectiva incapacidade de fazer frente ao compromisso de devolver os depósitos que lhes forem pedidos, mesmo que mantenham um coeficiente de caixa suficientemente elevado. Esta é precisamente a razão pela qual a grande maioria dos bancos privados que não cumpriam a obrigação de custódia de 100 por cento do *tantundem* acabaram por falir até à altura em que exigiram e conseguiram a criação de um banco central,<sup>37</sup> prestamista de última instância, disposto a conceder-lhes toda a liquidez necessária nos sucessivos momentos de apuro causados pela instabilidade do próprio sistema de reserva fraccionária.

Desta forma, a redefinição do conceito de disponibilidade é um salto para o vazio. Por um lado, os banqueiros continuam a receber depósitos como se se tratasse de empréstimos, e, portanto, fazendo uso dos mesmos para os seus investimentos e negócios particulares, enquanto os depositantes continuam a efectuar depósitos com a intenção essencial de transferir a guarda ou custódia do seu dinheiro ao mesmo tempo que o mantém disponível. Ou seja, a contradição da lógica jurídica mantém-se inalterada apesar da tentativa forçada de redefinir o conceito de disponibilidade. Por outro lado, do ponto de vista estrito do direito privado e de acordo com os ensinamentos da teoria económica, a orientação genérica de uso «prudente» dos recursos e de aplicação do «cálculo de probabilidades» não só não é suficiente para se assegurar que, em todas as circunstâncias e tendo um coeficiente de reserva fraccionária, os bancos podem efectuar todas as devoluções que lhes forem solicitadas, como gera, ciclicamente, um inevitável processo de perda de confiança nas instituições bancárias e de conseqüente retirada massiva e extraordinária de depósitos. *A confirmação definitiva de tudo o que acabámos de dizer reside no facto de a instituição bancária não ter sido capaz de sobreviver com um coeficiente de reserva fraccionário (ou seja, violando a obrigação estrita de custódia) sem a existência de um banco público central que, estabelecendo normas de curso legal e a obrigatoriedade do papel-moeda, pudesse criar, a partir do nada, a liquidez necessária em momentos de apuro.* Só uma instituição juridicamente legítima pode manter-se no mercado sem necessidade de privilégios nem de apoios administrativos do Estado e única e exclusivamente graças à utilização voluntária dos seus serviços pelos cidadãos, efectuada dentro do quadro das normas abstractas do direito civil.

37 Rothbard descreve o papel protagonista que os banqueiros privados, em especial J. P. Morgan, tiveram na criação da Reserva federal Americana e que explica da seguinte forma: «J.P. Morgan's fondness for a central bank was heightened by the memory of the fact that the bank of which his father Junius was junior partner —the London firm of George Peabody and Company— was saved from bankruptcy in the Panic of 1857 by an emergency credit from the Bank of England. The elder Morgan took over the firm upon Peabody's retirement, and its name changed to J. S. Morgan and Company.» Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, ob. cit., pp. 90-106, e em especial a nota 22 da p. 93.

Resta comentar a redefinição da disponibilidade entendida como o cumprimento por parte dos bancos privados de todo o tecido de legislação administrativa de natureza bancária em troca do apoio do banco central como prestamista de última instância. No entanto, esta exigência também é artificial e transfere a problemática da impossibilidade de definição jurídica de um depósito bancário com reserva fraccionária da órbita jurídica privada (onde é impossível conciliar as duas) para a órbita pública, ou seja, para o campo do direito administrativo e do puro voluntarismo *através do qual o poder político pode legalizar qualquer instituição, por mais juridicamente monstruosa que pareça*. Curioso e paradoxal é que todo o sistema financeiro se faça depender da supervisão do estado (que historicamente foi o primeiro a beneficiar dos lucros obtidos pelo incumprimento da obrigação de custódia nos contratos de depósito de dinheiro), pois, como assinalou F. A. Hayek «a história do tratamento de dinheiro por parte do governo tem sido um incessante exemplo de fraude e logro e engano. Neste respeito, os governos revelaram-se muito mais imorais do que qualquer instituição privada que tenha distribuído diferentes tipos de dinheiro em situação de concorrência podia ter sido.»<sup>38</sup> Com isto, Hayek quer dizer que, embora pareça que o tecido bancário actual se pode manter, apesar da sua inconsistência jurídica, graças ao apoio do estado e de uma instituição bancária oficial que gera a liquidez necessária para ajudar os bancos com dificuldades (em troca do cumprimento de um emaranhado de legislação administrativa, constituído por inumeráveis directivas e circulares *ad hoc* e muito pouco transparentes), não é possível evitar, em última instância, as inexoráveis consequências negativas para a cooperação social provocadas pela violação dos princípios tradicionais do direito de propriedade. Assim, por exemplo, poderá ser assegurada a devolução de depósitos, pelo menos teoricamente (mesmo mantendo um coeficiente de reserva fraccionário, assumindo que o banco central dá o apoio necessário). No entanto, não será possível assegurar-se que o poder aquisitivo das unidades monetárias não sofra grandes variações em relação ao depósito original. De facto, desde que se formaram os sistemas monetários modernos, anualmente e com pequenas diferenças de grau, fomos flagelados por uma grave inflação crónica, que reduziu em grande medida o poder aquisitivo da unidade monetária que era devolvida aos depositantes. Além disso, há ainda a considerar os efeitos da descoordenação social intra e intertemporal que o actual sistema financeiro, baseado no coeficiente de reserva fraccionário para a banca privada e na coordenação da política monetária por parte de um banco central, tem sobre as economias modernas. Estes efeitos consistem na repetição de fases sucessivas de *boom* artificial e recessão económica com altas taxas de desemprego, que tanto prejudicam o desenvolvimento harmonioso e estável das nossas sociedades.

38 F.A. Hayek, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, University of Chicago Press, 1989, pp. 103–04.

Verificamos, pois, que nos âmbitos bancário e monetário volta a ser demonstrada a tese seminal de Hayek segundo a qual sempre que se viola uma regra tradicional de conduta, seja por meio de coerção directa do governo, seja por meio da concessão governamental de privilégios especiais a certas pessoas ou entidades, ou ainda por meio de uma combinação de ambos (como acontece com o caso do depósito irregular de dinheiro com reserva fracionária), mais cedo ou mais tarde acabarão por surgir as inevitáveis consequências danosas e indesejadas, para grande prejuízo do processo espontâneo de cooperação social. A norma tradicional de conduta violada no caso do negócio bancário é, como vimos em pormenor nestes três capítulos, o princípio geral do direito segundo o qual, no contrato de depósito irregular de dinheiro, a *custódia e guarda* — causa e elemento essencial em todos os depósitos — deverá materializar-se na exigência de que se mantenha sempre uma reserva de 100 por cento do dinheiro fungível recebido. Assim, qualquer uso desse dinheiro, particularmente para concessão de empréstimos, implica uma violação desse princípio e um acto ilegítimo de apropriação indevida. Ao longo da história, os banqueiros não demoraram a ficar tentados a violar a mencionada norma tradicional de conduta, usando em benefício próprio o dinheiro dos seus depositantes, como vimos em vários exemplos do capítulo II. Isto começou a ser feito de forma envergonhada e em segredo, pois os banqueiros tinham ainda consciência da iniquidade de tais acções. Só mais tarde, depois de obterem do governo o *privilégio* de utilizar em benefício próprio o dinheiro dos depositantes (geralmente na forma de empréstimos, muitas vezes concedidos em primeiro lugar ao próprio governo), conseguiram que a violação do princípio tradicional do direito se efectuasse de forma aberta e legal. A constituição jurídica do privilégio é grosseira e normalmente efectua-se por meio de uma mera disposição administrativa que autoriza os banqueiros, e apenas os banqueiros, a manterem um coeficiente de caixa reduzido.

Desta forma inicia-se a relação de cumplicidade e a coligação de interesses que já é tradicional que exista entre governos e bancos e que explica as relações de «compreensão» e «cooperação» íntimas existentes entre os dois tipos de instituição e que se mantêm até hoje, com pequenas variações, em todos os países ocidentais. Na verdade, banqueiros e governos cedo se aperceberam de que o incumprimento dos princípios tradicionais do direito em relação ao depósito dava azo a uma actividade financeira altamente lucrativa para eles. Esta actividade tornava necessária, no entanto, a existência de um prestamista de última instância, o banco central, que proporcionasse a necessária liquidez nos momentos de apuro, que a experiência mostrava acontecerem sempre, mais tarde ou mais cedo. Contudo, as consequências sociais negativas deste *privilégio* concedido aos banqueiros (mas a nenhum outro indivíduo ou entidade) não foram completamente compreendidas até ao momento em que as teorias monetária e de capital tivessem avançado suficientemente dentro da ciência económica para serem capazes de explicar o surgimento recorrente de ciclos económicos. Como veremos nos próxi-

mos capítulos, em particular a Escola Austríaca demonstrou que tentar perseguir o objectivo teoricamente contraditório (do ponto de vista jurídico-contratual e técnico-económico) de oferecer um contrato constituído por elementos essencialmente incompatíveis entre si, e que simultaneamente procure combinar as vantagens dos contratos de empréstimo ou mútuo (em especial a que consiste na possibilidade de obter juros dos «depósitos» realizados) com as do contrato de depósito irregular de dinheiro (que, por definição, deverá permitir ao depositante a retirada dos seus fundos a qualquer momento) provocará, mais tarde ou mais cedo, inevitáveis ajustes espontâneos, que começam por assumir a forma de expansões da oferta monetária (materializadas na criação de créditos que não correspondem a um aumento efectivo da poupança voluntária), inflação, má alocação generalizada dos escassos recursos produtivos da sociedade a nível microeconómico e, em última instância, recessão, rectificação dos erros causados pela expansão do crédito na estrutura produtiva e desemprego massivo. Os próximos capítulos serão dedicados ao estudo aprofundado de todas estas questões do ponto de vista da teoria económica. Porém, antes disso, é necessário terminar o nosso estudo analisando outras instituições jurídicas relacionadas com os depósitos bancários.

Para concluir esta secção, recapitulamos no quadro seguinte sete possibilidades distintas de classificação jurídica do contrato de depósito bancário do ponto de vista inerente a cada instituição (e não, como é natural, do ponto de vista do direito positivo que, como sabemos, pode dar força legal a qualquer coisa).

#### Quadro III-1 - Sete Possibilidades de Classificação Jurídica do Contrato de Depósito Bancário com Reserva Fraccionária

1. Há engano ou fraude: delito de apropriação indevida e o contrato é nulo (origem historicamente viciada do depósito bancário com reserva fraccionária).
2. Não há engano, mas há *error in negotio*: contrato nulo.
3. Não há *error in negotio*, mas cada parte mantém a sua causa típica no contrato: contrato nulo por ter causas essencialmente incompatíveis.
4. Mesmo que se aceite a incompatibilidade de causas incompatíveis, o contrato é nulo por ser impossível o seu cumprimento (se não existir um banco central).
5. Argumento subsidiário: mesmo que a «lei dos grandes números» fosse válida (o que não é o caso), tratar-se-ia de um *contrato aleatório* (não seria nem de depósito nem de empréstimo).
6. A implementação do contrato depende de uma mandato administrativo (*privilégio*) e do apoio de um *banco central* que nacionalize o dinheiro e crie liquidez.
7. Em todo o caso, o contrato é nulo por causar graves prejuízos a terceiros (crises económicas agravadas pelo banco central), muito superiores aos danos causadas pelo falsificador de dinheiro.

## 4

O DEPÓSITO IRREGULAR DE DINHEIRO, AS OPERAÇÕES  
COM ACORDO DE RECOMPRA E OS CONTRATOS DE  
SEGURO DE VIDA

A análise que desenvolvemos nestes três capítulos sobre a natureza jurídica do contrato de depósito irregular tem, entre outras coisas, a virtude de constituir um guia seguro capaz de ajudar a identificar, entre a rica e dinâmica variedade de contratos existentes no trânsito jurídico do mundo real, quando nos encontramos perante verdadeiros contratos de empréstimo, de depósito irregular em que se cumpre a obrigação de custódia e de contratos de natureza contraditória ou, até, fraudulenta. Este é um guia importante, uma vez que o engenho humano não conhece limites na hora de tentar contornar, fraudulentamente e em prejuízo de terceiros, os princípios tradicionais do direito em benefício próprio. Este perigo é especialmente grave quando os princípios jurídicos não são adequadamente definidos nem defendidos pelas autoridades públicas, sobretudo numa área, como a financeira, que é muito abstracta e difícil de entender para a maior parte dos cidadãos.

**As operações com acordo de recompra**

Sempre que observemos que, como no depósito de dinheiro, se pretende oferecer a disponibilidade imediata do bem depositado aos clientes com o objectivo de facilitar a captação de fundos,<sup>39</sup> para utilizar em investimentos, negócios, etc., devemos pôr-nos em guarda, independentemente da forma jurídica com que se constitua a operação. Por exemplo, em certos contratos com acordo de recompra, uma das partes compromete-se a recomprar à outra, em qualquer momento em que esta o solicite, um título, direito ou activo financeiro a um preço predefinido pelo menos igual ao originalmente pago. Nestes casos, a intenção é, à revelia da lei, ocultar um verdadeiro contrato de depósito irregular de dinheiro, no qual uma das partes contratantes tem como objectivo essencial assegurar a disponibilidade imediata do bem, e a outra, o conhecido e contraditório objectivo de obter recursos monetários para investir em negócios distintos. Em suma, estamos perante operações, muitas vezes fraudulentas, nas quais o «captador» profissional de recursos pretende convencer os «clientes» a entregar os

---

39 Em muitas operações «irregulares» é assegurada a disponibilidade contínua com o fim de convencer o cliente de que não precisa de renunciar à mesma nem fazer o sacrifício que a poupança exige. Esta prática facilita enormemente a captação de fundos, especialmente quando o cliente é ingénuo e se deixa tentar, como em qualquer logro ou embuste, com a possibilidade de obter lucros elevados sem qualquer sacrifício ou risco.

seus activos financeiros, de forma fácil e descomprometida, em troca da promessa essencial de que o seu dinheiro se manterá disponível e será devolvido sempre que o desejem (por meio do citado «acordo de recompra»).

Aproximamo-nos de uma figura semelhante, quando, como acontece frequentemente na prática, de forma mais ou menos explícita, uma instituição (por exemplo, um banco) se dedica, de modo sistemático, a manter ou «cuidar do» valor das suas acção na Bolsa, realizando uma série de operações financeiras que enviam ao mercado a mensagem de que existe compra «generalizada» dos títulos a preços determinados. Se é assim, e na medida em que o público geral acredita que é, encontramos-nos perante uma operação em que, em última instância, um contrato de depósito irregular de dinheiro se constitui por meio do investimento em títulos, obrigações ou acções cuja liquidez no mercado está implicitamente «assegurada» de forma constante por uma instituição que inspira confiança.<sup>40</sup> Não surpreende, portanto, que muitas crises bancárias tenham tido origem, mais do que numa retirada massiva de depósitos, na venda massiva de acções do banco em questão, que se supunha constituírem um refúgio do dinheiro com uma disponibilidade imediata quase assegurada. Quando começam a surgir dúvidas sobre a solvência do banco, os títulos representativos da sua propriedade são os primeiros a ser vendidos de forma massiva, fazendo com que seja impossível que o banco continue a cumprir o seu compromisso implícito de manter o valor dos títulos em Bolsa. Pelo menos até à data, estas vendas massivas resultaram do facto de o apoio indiscriminado dos bancos centrais, que garantem liquidez aos bancos privados em momentos de apuro, não se ter alargado até ao ponto em que pudesse permitir a quotização *continua* das acções em Bolsa. As mais recentes crises bancárias ocorridas na Espanha e em outros países, demonstraram que, em última instância, os únicos «depositantes» que saíram a perder foram os próprios accionistas.

Há muitos outros casos «de fronteira» que poderiam ser mencionados. Por exemplo, o de sociedades financeiras ou de gestão de bens, que, para incentivar a subscrição de títulos, se «comprometem» a recomprá-los ao preço original quando os titulares o desejem e em geral o de todas as operações com acordo de recompra em que o preço de recompra esteja predefinido e não seja o preço do momento em que se tenta vender no correspondente mercado secundário.<sup>41</sup> Assim, caberá ao juízo analítico do jurista e ao do economista estu-

40 Levando este raciocínio até às últimas consequências, poderia considerar-se que todo o mercado bolsista constituiria verdadeiros depósitos se o estado garantisse sempre a criação da liquidez necessária para manter os índices de preços do mercado bolsista. Por razões de imagem pública, os governos e os bancos centrais empenharam-se em perseguir este objectivo e política, pelo menos pontualmente.

41 Outro caso de verdadeiros depósitos simulados é o das cessões temporárias com pacto de recompra à vista, que se constituem como um empréstimo do cliente à entidade bancária tendo como garantia títulos de valores, normalmente de dívida pública, para o caso de incumprimento por parte do prestatário. O empréstimo acarreta juros a uma taxa previamente acordada até uma data especificada e é reembolsável antes dessa data mediante um simples pedido do prestamista. Se esta opção

dar a correspondente operação económico-financeira e decidir exactamente de que tipo de operação se trata e a sua verdadeira natureza e consequências, à luz dos princípios jurídicos estudados nestes três primeiros capítulos e das implicações económicas que estudaremos nos seguintes.<sup>42</sup> Esta análise alcançaria uma importância vital se algum dia, no futuro, se chegasse a privatizar completamente o actual sistema financeiro, baseado no monopólio de um banco central, e se estabelecesse um sistema de banca livre submetido aos princípios gerais do direito. Neste caso, o actual emaranhado de normas administrativas sobre a banca seria substituído por algumas disposições simples e claras incluídas nos Códigos Civil, Mercantil e Penal, cujo objectivo primordial seria assegurar a manutenção do princípio estrito de custódia (coeficiente de caixa de 100 por cento) em relação não só aos contratos de depósito irregular de dinheiro à vista, mas também a quaisquer outras operações económico-financeiras em que a motivação essencial dos participantes fosse a custódia e guarda dos seus depósitos. Nestas utópicas circunstâncias (por agora), a análise que aqui propomos ajudaria a que os juízes e juristas pudessem orientar-se dentro da complexíssima e rica variedade de contratos e operações que surgem constantemente na realidade económico-financeira, fazendo com

---

de cancelamento antecipado for accionada, o montante a pagar é calculado juntando os juros do montante original à taxa acordada até à data em que a opção tiver sido accionada. Para o cliente, esta operação é idêntica a um empréstimo garantido por títulos de valores combinado com a aquisição de uma opção de compra americana. Uma opção de compra é um contrato que confere o direito, não a obrigação, de comprar ou vender numa data ou até uma data particular determinada quantidade de um activo. Se o direito é de compra, a opção denomina-se *Call*, se é de venda, *Put*; se o direito dura até uma data específica, trata-se de uma opção «americana», se se refere a uma data em particular, trata-se uma opção europeia. O comprador do direito compensa a outra parte por meio do pagamento de um prémio no momento de celebração do contrato. O cliente accionará a sua opção apenas se as taxas de juro pagas em novos depósitos a prazo cujo prazo de vencimento seja igual ao seu superarem as taxas negociadas originalmente. Não accionará a opção se as taxas de juro caírem, mesmo que precise da liquidez, porque, em condições normais, terá a possibilidade contrair um empréstimo para o que resta do contrato, entregando como garantia os títulos de valores. Algumas instituições chegam a oferecer estes contratos acompanhados de serviços de caixa típicos de contas correntes, de maneira que o cliente pode usar cheques ou pagar contas por débito directo. Os bancos usam este contrato como forma de especular com títulos, dado que o público os financia e os resultados ficam em seu poder. Agradeço ao professor Ruben Manso a informação que me proporcionou sobre este tipo de operação.

42 Outra pergunta interessante é como determinar, na prática, a partir de que momento é que os empréstimos a prazo muito curto se convertem em depósitos. Embora a regra geral seja clara (deve prevalecer a intenção subjectiva das partes e, depois de vencido, qualquer empréstimo se converte num depósito que exige um coeficiente de caixa de 100 por cento até ao levantamento), por razões práticas é necessário estabelecer um limite temporal (um mês? uma semana? Um dia?) a partir do qual os empréstimos concedidos à banca deverão ser considerados verdadeiros depósitos. No que diz respeito aos chamados meios secundários de intercâmbio, que não são dinheiro mas podem liquidar-se muito facilmente, o que faz com que ao seu preço de mercado acresça um prémio, consultar Ludwig von Mises, *Human Action*, ob. cit., pp. 464-467.

que fosse possível identificarem em que casos estas operações seriam ou não tipificadas como nulas e/ou criminais pelas disposições gerais de ordem civil ou penal.<sup>43</sup>

Em todo o caso, e como teremos oportunidade de aprofundar mais adiante, devemos evitar uma atitude interessadamente derrotista, comum no sector financeiro e que consiste em pensar que o engenho humano será capaz de encontrar fórmulas cada vez mais sofisticadas e originais de contornar fraudulentamente os princípios universais do direito, pelo que estes, na prática, nunca serão observados nem defendidos. E devemos evitar esta postura derrotista, porque a proliferação de formas engenhosas de violar esses princípios radica, precisamente, no facto de as autoridades públicas os terem sempre definido e defendido de forma extremamente confusa, ambígua e contraditória, fazendo com que não exista uma consciência generalizada da importância do seu cumprimento. As concepções e valores dos cidadãos foram sendo corrompidos até ao ponto em que se começou a considerar que os contratos de depósito irregular com reserva fraccionária eram legítimos. Se os princípios jurídicos gerais voltassem a ser compreendidos e respeitados, o número de comportamentos irregulares reduzir-se-ia de forma significativa (especialmente se os poderes públicos tentassem realmente controlar e defender de forma efectiva os correspondentes direitos de propriedade). Por outro lado, o facto provado de que o engenho humano procura continuamente novas formas de quebrar a lei e defraudar terceiros não diminui, de forma alguma, a transcendental importância de um conjunto de princípios claros que sirvam de guia aos cidadãos e orientem as autoridades na sua irrenunciável actividade de definição e defesa do direito de propriedade.

### O caso particular do contrato de seguro de vida

O contrato de seguro de vida é o exemplo típico de uma instituição jurídica muito antiga, muito bem elaborada quanto à sua essência e conteúdo jurídico e perfeitamente fundamentada numa prática actuarial, económica e financeira, que, em tempos recentes, alguns tentaram utilizar para organizar operações muito parecidas com o depósito irregular de dinheiro com coeficiente de reserva fraccionário, em grave prejuízo da evolução e da tradicional solvência da instituição do seguro de vida, e defraudando os pretensos «assegurados-depositantes».

De facto, antes de mais é importante começar por compreender que o contrato de seguro de vida não tem nada que ver com o contrato de depósito irregular de dinheiro. O seguro de vida é um *contrato aleatório*, mediante o qual uma das partes, o contratante tomador do seguro, se compromete a pagar o *prémio* ou preço da operação e, em troca, a outra parte,

43 No modelo que propomos, e que estudaremos mais detidamente no último capítulo deste livro, o controlo do banco central e dos seus funcionários desapareceria, sendo substituído pelo do juiz, que, desta forma, recuperaria o máximo prestígio e protagonismo na aplicação dos princípios gerais do direito, inclusivamente na área financeira.

a companhia de seguros, compromete-se a pagar prestações determinadas em caso de falecimento ou sobrevivência do segurado dentro de um prazo predeterminado no contrato. Dá-se, portanto, uma perda total da disponibilidade dos prémios que o tomador do seguro paga,<sup>44</sup> disponibilidade essa que se transfere integralmente para a companhia de seguros. Desta forma, todos os seguros de vida envolvem uma troca de bens presentes e certos por bens futuros e incertos (uma vez que o pagamento dos mesmos depende de um evento aleatório, como é o falecimento ou sobrevivência do segurado). O contrato de seguro de vida é, portanto, equiparável a uma operação de poupança (na qual se renuncia à propriedade e disponibilidade de bens presentes em troca da propriedade e disponibilidade de bens futuros), mas de uma forma de *poupança aperfeiçoada*, dado que permite receber um montante considerável a partir do momento em que o contrato entra em vigor, se se der o caso de o evento aleatório previsto acontecer (por exemplo, o falecimento do segurado). Esse capital que se recebe em caso de falecimento só poderia ter-se acumulado por meio de qualquer outro método de poupança tradicional (operações tradicionais de mútuo ou empréstimo) depois de um período de muitos anos. Ou seja, graças aos contratos de seguro de vida, o cálculo de probabilidades relacionado com as tabelas de mortalidade e sobrevivência e o princípio do mutualismo ou da repartição das perdas ou sinistros entre todos os segurados que sustentam a instituição, *é possível dispor desde o primeiro momento, em caso de ocorrência do evento previsto, de um montante de dinheiro significativo que só depois de muitos anos poderia ser acumulado por meio de outros métodos.*

Além disso, o seguro de vida é um contrato a longo prazo, que incorpora componentes complexas de tipo financeiro e actuarial e que exige um investimento prudente de recursos significativos, cuja disponibilidade é transferida a entidades profissionais (companhias e mútuas de seguros), que devem constituir e investir as provisões matematicamente calculadas como necessárias para poder fazer frente ao pagamento futuro dos compromissos assumidos. Diz-se que estas provisões são «matemáticas», porque é possível calcular, com uma probabilidade de erro ínfima, o montante de dinheiro necessário para poder pagar todas as prestações garantidas, em função do cálculo de probabilidade em relação aos falecimentos e sobrevivências previstas nas tabelas de mortalidade (que são elaboradas com um elevado grau de fiabilidade e constância para a maior parte das populações ocidentais). Mais tarde, analisaremos as diferenças radicais existentes, do ponto de vista económico-financeiro, entre o

---

44 Uma vez que o seguro de vida implica uma poupança disciplinada durante um período de muitos anos, é muito mais difícil de vender do que outros produtos que se vendem com a garantia de que o dinheiro do cliente ficará continuamente à sua disposição. Por isso, os seguros de vida são vendidos através de custosa estrutura de agentes comerciais, ao passo que o público faz por si só e de moto próprio depósitos nos bancos. As companhias de seguros promovem e encorajam a poupança voluntária e de longo prazo, ao passo que os bancos criam créditos e depósitos do nada sem necessidade de que ninguém se sinta obrigado a sacrifícios prévios para poupá-los.

seguro de vida e o contrato de depósito irregular com reserva fraccionária. Este, ao contrário do que acontece com o seguro de vida, não permite a aplicação do cálculo de probabilidades, uma vez que não existe uma independência completa entre a existência da instituição (banca com reserva fraccionária) e os fenómenos recorrentes de retirada massiva de depósitos.

O direito de renúncia existente em algumas modalidades de seguro de vida surge como uma complexidade adicional. Este direito consiste na possibilidade de os segurados rescindirem o contrato e obterem o valor matemático de liquidação do seu seguro em dinheiro. Alguns especialistas defenderam a tese de que, nas modalidades em que existe o direito à renúncia, nos encontramos numa situação muito semelhante à do contrato de depósito irregular de dinheiro com reserva fraccionária.<sup>45</sup> Contra esta opinião, deve argumentar-se que dar-se ou não uma operação encoberta de depósito irregular dependerá, em última análise, da verdadeira motivação, intenção ou causa subjectiva do contrato realizado. Se, como é hábito nos contratos *tradicionais* de seguro de vida, o contratante tiver a intenção de manter o seguro até ao fim do prazo e não estiver ciente de que tem o dinheiro depositado à vista e de que o pode usar em qualquer momento accionando a correspondente cláusula de renúncia, então é evidente que não se tratará de um depósito irregular, mas de um simples contrato de seguro de vida tradicional. Este tipo de contrato é vendido com a ideia de que a renúncia é uma solução de «último recurso», que só se deve accionar em circunstâncias de extrema necessidade familiar que impeçam continuação do pagamento de uma operação tão necessária para a tranquilidade de todos os seus membros.<sup>46</sup>

Contudo, devemos reconhecer que, sobretudo em tempos mais recentes, se tem observado uma pressão constante dos bancos e outras instituições financeiras para obnubilar, apagar e confundir as fronteiras e diferenças essenciais que tradicionalmente distinguiam o contrato de seguro de vida dos contratos bancários de depósito.<sup>47</sup>

45 Murray N. Rothbard, «Austrian Definitions of the Supply of Money», em *New Directions in Austrian Economics*, Louis M. Spadaro (ed.), Sheed, Andrews & McMeel, Kansas City 1978, pp. 143-156, e em especial as pp. 150-151.

46 Além disso, o exercício de renúncia costuma implicar uma penalização financeira significativa para o segurado, que resulta da necessidade que a empresa tem de amortizar os elevados custos de aquisição suportados durante o primeiro ano do contrato de seguro. A tendência para reduzir estas penalizações é uma indicação clara de que a operação deixou de ser um seguro de vida tradicional, tendo-se tornado um depósito bancário simulado.

47 Como veremos no final do capítulo VII, John Maynard Keynes teve um papel importante na corrupção dos princípios tradicionais da instituição do seguro de vida durante os anos em que trabalhou como presidente da *National Mutual Life Assurance Society* (1921-1938), importante entidade inglesa de seguros de vida. Durante a sua presidência, não só promoveu uma política «activa» de investimento orientada para o rendimento variável (contrariando a prática tradicional), como defendeu critérios pouco ortodoxos para a valorização dos activos (a preços de mercado) e até a distribuição de lucros aos segurados através de bónus financiados por pretensos «ganhos» na bolsa, que na realidade não tinham sido conseguidos. Todos estes ataques de Keynes aos princípios tradicionais do sector puseram a sua empresa em grandes dificuldades quando se deu o *crash* da bolsa de 1929 e começou

Assim, começaram a aparecer no mercado verdadeiras operações de depósito de dinheiro disfarçadas de seguros de vida. O principal argumento de venda destas operações aos clientes é o de que estes não precisam de comprometer-se numa operação de poupança de longo prazo, envolvendo pagamentos regulares, uma vez que os fundos entregues à companhia de seguros poderão ser recuperados a qualquer altura sem penalizações ou outros gastos (e até com juros). Uma das razões por que se disfarçou estas operações de seguros de vida prende-se com o objectivo de obter as tradicionais vantagens fiscais que os poderes públicos de quase todos os países desenvolvidos concedem às instituições seguradoras pelo muito benéfico efeito que estas têm na promoção da poupança e da previdência *voluntárias* de grandes camadas da população e, logo, no crescimento e desenvolvimento económico sustentado e não inflacionário do país. Desta forma, foram constituídos «seguros de vida» fantasma em massa, que não eram senão depósitos camuflados e que o público fazia sem reservas, pensando que, a qualquer momento, o seu dinheiro poderia ser recuperado sem penalizações se se desse o caso de dele precisarem ou simplesmente de pretenderem transferi-lo para outra instituição financeira. A confusão que esta situação causou foi grande. Por exemplo, montantes referentes a depósitos bancários foram incluídos nas estatísticas oficiais de prémios de seguros (apesar de serem operações alheias às instituições seguradoras e que nada tinham que ver com ela), o que, na grande confusão vivida no mercado, levou à perda de prestígio e de clareza das operações tradicionais de seguros de vida.<sup>48</sup>

Felizmente, tudo está a voltar a entrar nos eixos e, tanto as companhias de seguros privadas tradicionais como as autoridades públicas estão a começar a aperceber-se de que não há nada pior para a instituição do seguro de vida do que fomentar a confusão entre o seguro de vida e o depósito bancário. Começa a reconhecer-se que todos saíram a perder da confusão

---

a Grande Depressão, o que levou os seus colegas do conselho de administração a questionar a sua estratégia e a desavenças internas que redundaram na demissão de Keynes em 1938, porque, segundo ele, não acreditava que «it lies in my power to cure the faults of the management and I am reluctant to continue to take responsibility for them». Ver John Maynard Keynes, *Collected Writings*, volume XII, Macmillan, Londres 1983, pp. 47 y 114-254. E também Nicholas Davenport, «Keynes in the City», em *Essays on John Maynard Keynes*, Milo Keynes (ed.), Cambridge University Press, Cambridge 1975, pp. 224-225.

48 Em suma, criou-se uma ilusão, segundo a qual os aparentes crescimentos desorbitados nas vendas de seguros de vida não eram verdadeiros, uma vez que, na realidade, correspondiam a operações radicalmente distintas e alheias à instituição, como a do depósito bancário com reserva fraccionária. Assim, estes números perdem completamente a sua espectacularidade se, em vez de serem comparados com os números referentes ao seguro de vida tradicional (muito mais modestos, uma vez que implicam o sacrifício e o compromisso a longo prazo de poupança e previdência para a família), forem comparados com os números globais referentes aos depósitos bancários de cada país (em cujo caso ficam reduzidas a uma parte não muito significativa). Se as estatísticas sectoriais considerarem única e exclusivamente os verdadeiros seguros de vida, a perspectiva pela qual se vêm os números voltará a ser a apropriada, desaparecendo a ilusão em que todos (e em primeiro lugar a administração pública) pretendiam viver.

entre estes dois tipos de contrato: a instituição tradicional do seguro de vida, que perdeu grande parte das vantagens fiscais que detinha e que foi alvo de intervenções e controlo crescente do banco central e das autoridades monetárias dos diferentes países; os clientes, que tomaram seguros de vida pensando que funcionavam como depósitos bancários e *vice-versa*; os bancos, que, em muitas ocasiões, captaram recursos procedentes de verdadeiros depósitos (disfarçados de seguros de vida), que imediatamente pretenderam investir a longo prazo, pondo em perigo a sua solvência; e, por último, as autoridades públicas de supervisão, que foram perdendo controlo sobre a instituição do seguro de vida, cujos contornos ficaram muito pouco claros e que foi, em grande medida, englobada por outra (a bancária), que lhe era alheia e cuja fundamentação jurídica e económica deixa muito a desejar, como podemos observar.