

Doutrina

ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA¹

SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA

A análise jurídica da economia é o contraponto à análise econômica do Direito. A conhecida e muito válida análise econômica do Direito cuida de enxergar a justiça com os olhos da eficiência e da conveniência econômica.² A análise jurídica da economia, igualmente necessária mas inédita, consiste em observar a economia na busca do que é admissível, justo, correto e equilibrado.

The legal analysis of the economy is the counterweight to the economic analysis of Law. The well-known and necessary economic analysis of Law is a way of looking at the justice through the eyes of efficiency and economic convenience. The legal analysis of the economy, which is also necessary but unprecedented, consists of looking at the economy in a search for what is acceptable, fair, correct and balanced.

1. Introdução. 2. Economia e mercado. 3. Diferentes agentes (sujeitos de direito) no mercado. 4. Dinheiro como fator necessário ao exercício das atividades praticadas no mercado. 5. Dinheiro como resultado das atividades econômicas. 6. Moeda real e moeda escritural. 7. Mecanismo de funcionamento dos bancos: depósitos e empréstimos. 8. Expansão da base monetária (inflação) a partir das práticas bancárias. 9. Escolas econômicas de Keynes (keynesiana) e de Mises (austriaca). 10. As crises econômicas como resultado das práticas bancárias (sucessivos depósitos e empréstimos) e da expansão monetária. 11. Risco sistêmico. 12. O papel do BIS (1930) e do Comitê da Basileia de Supervisão Bancária (1974) no sistema financeiro internacional. 13. Reflexões jurídicas acerca do depósito bancário e do mútuo. 14. O depósito bancário, o propósito do depositante-correntista e o direito do consumidor. 15. Mecanismos para evitar a ampliação da base monetária (inflação) e para assegurar a confiabilidade no sistema financeiro nacional. 16. Método paliativo, artificial e ineficiente de controle da inflação: elevação da taxa básica de juros. 17. Juros nos empréstimos de dinheiro aos entes públicos: taxa Selic. 18. Aplicação irregular e ilícita dos recursos do FGC. 19. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução

O mais importante na vida e no mundo são as pessoas, em torno delas e para elas se

1. www.analisejuridicadaeconomia.com; www.legalanalysisofeconomics.com. Estudo desenvolvido com bolsa da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

voltam todos os ramos da ciência. Direito e economia não fogem à regra; ambos devem

2. “A maior parte dos juristas e economistas, ao utilizar a expressão Análise Econômica do Direito, se refere, comumente, à aplicação de métodos econômicos – da microeconomia em especial – a questões legais.”

“É possível fixar o começo da escola moderna de Análise Econômica do Direito no ano de 1961, com a

zelar pela segurança, tranquilidade e felicidade das pessoas, individualmente e em coletividade, em qualquer tempo e de todas as formas.

A história, contudo, revela que Direito e economia, quase sempre desconectados, têm falhado na estruturação de sistemas monetários sólidos e confiáveis, suficientes a evitar que uns, os mais favorecidos, se aproveitem de outros, que não tiveram as mesmas oportunidades em sua formação.

O modelo econômico atual, marcado por sucessivas crises, têm conduzido as pessoas a “perdas” e “sofrimento”, em diferentes países e tempos.³

Simultaneamente, sem resistência firme, lúcida e fundada de economistas e juristas, a indústria (produção) e o comércio (circulação) de bens e serviços também vem cedendo espaço para as atividades meramente especulativas (especulação), em evidente prejuízo da “função social” da economia e do “pleno emprego”.⁴

A reversão deste panorama desolador depende de estudos sólidos:

(1) que envolvam análise conjunta da economia e do Direito: a análise econômica do Direito, já conhecida e muito válida, cuida de enxergar a Justiça com os olhos da eficiência e da conveniência econômica. A análise

publicação dos artigos ‘The Problem of Social Cost’ e ‘Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts’ de Ronald Coase e Guido Calabresi, respectivamente. Todavia, o nome em inglês do movimento, ‘Law and Economics’, somente foi dado por Henry Manne (estudante de Coase) na década de 1970, quando tomou a iniciativa de construir um ‘Center for Law and Economics’, atualmente se encontra na ‘George Mason Law School’ (in http://pt.wikipedia.org/wiki/Análise_econômica_do_direito, consultada em 9.1.2012).

3. Há registro de problemas desta natureza nos anos de 1341 a 1346. Cf. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 60 e 91.

4. CF: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; (...) VIII – busca do pleno emprego; (...)”.

jurídica da economia, inédita e igualmente necessária, consiste em observar a economia na busca do que é admissível, justo, correto e equilibrado;

(2) que analisem tanto a Doutrina clássica quanto a moderna: aqueles que afirmam dedicar-se exclusivamente à modernidade, como forma de justificar o pouco ou nenhum estudo dos dados históricos, da Doutrina tradicional e dos Princípios fundamentais, não podiam imaginar que, na atualidade, o contrato de depósito bancário fosse tornar-se o centro da atenção dos economistas e a principal forma de compreender as sucessivas crises que vem assolando o mundo;

(3) que não se impressionem com indicadores econômicos momentâneos e artificiais: o crescimento econômico exagerado e desequilibrado, que geralmente provoca euforia momentânea e satisfação com os governantes da época, pode se tornar insustentável, além de provocar crise e gerar sofrimento, se não houver proporcional poupança e investimento das pessoas e dos governos.⁵

(4) que percebam a estreita conexão entre decisões e atitudes isoladas (micro) com o contexto maior (macro): tal como há o ponto de conexão entre a micro e a macroeconomia, há ocasiões nas quais uma decisão singular (micro Direito) serve de pilar, de base, de alicerce para fixar o padrão ético, moral e jurídico da coletividade de pessoas (macro Direito). Portanto, há momentos em que o Direito é muito maior do que um caso ou uma decisão; mas confunde-se com o destino ou com o futuro.

(5) que estejam comprometidos com o bem de todos, em detrimento dos interesses de poucos: a economia somente pode seguir até os limites que lhe sejam impostos pelo Direito. Nesta linha, os economistas não podem enxergar suas teorias como remédios e a população como cobaia; os juristas tampouco.

5. In <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2010/05/21/economia-brasileira-pode-estar-voando-alto-demais-diz-economist.jhtm>, consultado em 21.5.2010.

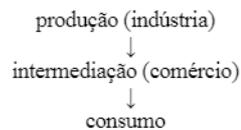
Logo, nenhum deles deveria lastrear opiniões em suas próprias vaidades ou na conveniência de qualquer corrente política.

Os estudos econômicos acerca do Direito são vários e amplamente conhecidos. Os esforços dos juristas sobre a economia são mais raros; e quanto à moeda e aos sistemas financeiros, pode-se dizer quase inexistentes. Estes temas são abordados em obras relacionadas às ciências econômica e da administração. Poucos ou nenhum são os trabalhos voltado à análise jurídica da economia, da moeda e dos sistemas financeiros, tendo o Direito e a justiça como preocupação.

O ineditismo e a falta de esforços anteriores são, simultaneamente, a maior dificuldade e a principal razão deste estudo. Trata-se, aqui, da fundação de nova linha de pesquisa e de trabalho, acadêmico e prático, a nível interno e internacional: a *Análise Jurídica da Economia*.

2. Economia e mercado

Economia é “a ciência social que estuda a produção, distribuição e consumo de bens e serviços”,⁶ desenvolvidas à partir da conjugação de três fatores: (1) insumos;⁷ (2) mão de obra;⁸ e (3) recursos financeiros, próprios ou de terceiros. As atividades se inserem na cadeia produtiva, que apresenta a seguinte seqüência:



6. “O termo *economia* vem do grego *oikos* (casa) e *nomos* (costume ou lei) ou também gerir, administrar: daí ‘regras da casa’ (lar) e ‘administração da casa’” (in <http://pt.wikipedia.org/wiki/Economia>, consultada em 23.4.2010).

7. Os insumos englobam a matéria-prima, o maquinário, os recursos tecnológicos e outros elementos como água e energia.

8. Nesta esfera estão incluídos aqueles que desenvolvem trabalho manualmente; os operadores das máquinas; os que gerenciam as atividades produtivas e os pesquisadores, que agregam conhecimento à produção.

O termo “mercado” é utilizado para demarcar ambientes, das mais variadas dimensões, nos quais são praticadas as atividades econômicas.⁹

3. Diferentes agentes (sujeitos de direito) no mercado

No mercado, em seu sentido mais amplo, atuam:

- como agente normativo e fiscalizador, regulando e supervisionando a prática das atividades econômicas: o Estado, através das pessoas jurídicas estatais (entes públicos);¹⁰
- como agentes econômicos propriamente ditos, exercitando a indústria, o comércio, a prestação de serviços e o consumo: as pessoas naturais e as pessoas jurídicas não estatais, sem e com participação do Estado.

As pessoas jurídicas não estatais geralmente se estruturam sob a forma de fundações,¹¹ associações ou sociedades.¹² A

9. No mercado central de uma cidade, p. ex., alguns empresários comercializam mercadorias; outros alugam vagas de estacionamento; e bancos oferecem serviços de caixa eletrônico para saque de dinheiro. De outra sorte, a Bolsa de Valores de Nova York é um dos ambientes onde são negociados títulos e valores mobiliários emitidos nos diferentes continentes. No mercado mundial de veículos, por sua vez, a produção e a comercialização não estão centradas em determinados locais, mas são praticadas em todo o mundo.

10. José Enrique Gomá Salcedo, *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, p. 297.

11. As fundações decorrem do destaque de patrimônio, por ato de vontade de instituidor, para determinada finalidade, descrita em seu estatuto. Cf. José Enrique Gomá Salcedo, *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, p. 296.

12. As associações e as sociedades também decorrem de ato de vontade de seus fundadores. Contudo, não resulta de destaque patrimonial, mas da comunhão de objetivos de seus associados ou sócios. As atividades, tanto da associação, quanto da sociedade, devem proporcionar lucros, na medida em que prejuízos sucessivos certamente as conduziram à insolvência ou à falência. Todavia, enquanto na associação os lucros não podem ser distribuídos aos associados, na sociedade a partilha dos resultados pode e deve ocorrer. Neste ponto reside a diferença entre a associação e a sociedade. Na primeira, não há propósito lucrativo dos associados; os lucros têm, necessariamente, que ser reaplicados na associação. Na

grande maioria delas não apresenta o Estado como instituidor ou sócio; decorrem exclusivamente de iniciativa privada. Contudo, existem aquelas marcadas pela participação estatal; é o caso das fundações públicas, das empresas públicas (cuja integralidade das cotas ou ações é de titularidade do Estado) e das sociedades de economia mista (nas quais o Estado detém apenas parte das cotas ou ações da sociedade).

É nítida a distinção da atuação do Estado e das pessoas jurídicas não estatais (sem e com participação do Estado). O primeiro atua regulando e fiscalizando o mercado; as outras (mesmo aquelas com participação do Estado) efetivamente praticam atividades econômicas. É o caso, por exemplo, do Banco Central de diferentes países, responsável pela normatização e supervisão do mercado monetário e financeiro, no qual atuam os bancos, tanto aqueles decorrentes exclusivamente de iniciativa privada, quanto aqueles com participação do Estado (bancos públicos e de economia mista).

4. Dinheiro como fator necessário ao exercício das atividades praticadas no mercado

A prática das atividades econômicas exigem recursos financeiros. No âmbito da produção e da distribuição, a compra dos insumos e a remuneração da mão de obra dependem de dinheiro. O consumo também exige recursos financeiros para pagamento do preço dos bens ou serviços.

O Estado também precisa de dinheiro para custeio dos gastos públicos, necessários à regulação e à fiscalização das atividades desenvolvidas no mercado.

Há aqueles que dispõem de recursos próprios; todavia, grande parte dos agentes econômicos e dos Estados recorre a recursos

segunda, os sócios têm propósito lucrativo; consequentemente, os resultados são partilhados entre eles.

financeiros de terceiros para desenvolverem suas atividades (*endividamento*). A contratação de empréstimo junto aos bancos é a forma mais utilizada de obtenção de dinheiro.¹³

5. Dinheiro como resultado das atividades econômicas

O exercício das atividades econômicas pode gerar resultado positivo (*superavit*) ou negativo (*deficit*), conforme a receita supere ou não os custos¹⁴ e as despesas:¹⁵

| | |
|-----|---------------|
| | Receita |
| (-) | Custo |
| | Lucro Bruto |
| (-) | Despesas |
| | Lucro Líquido |

Se o resultado¹⁶ apurado através da operação contábil-aritmética for positivo, houve lucro; se for negativo, ocorreu prejuízo.¹⁷

Atualmente, a maior parte do dinheiro apurado a título de lucro líquido, resultado

13. Os Estados e as sociedades anônimas de capital aberto, todavia, também podem buscar recursos financeiros através da emissão de títulos e ações, nos mercados de valores mobiliários.

14. "Lucro Bruto é a diferença entre a Receita e o Custo (...) sem considerar" "despesas administrativas, de venda e financeiras." "O Lucro Bruto, após cobrir o custo da fabricação do produto (ou o custo da mercadoria adquirida para revenda, ou o custo do serviço prestado), é destinado à remuneração das despesas de vendas, administrativas e financeiras, bem como à remuneração do governo (Imposto de Renda) e dos [empresários] (Lucro Líquido)" (José Carlos Marion, *Contabilidade Básica*, p. 84).

15. "A Despesa é todo sacrifício, todo esforço da empresa para obter Receita." "Despesas de vendas abrangem desde a promoção do produto [ou serviço] até a sua colocação junto ao consumidor. (...) Despesas administrativas são aquelas necessárias para administrar (dirigir) a empresa. (...) Despesas financeiras são as remunerações aos capitais de terceiros, tais como juros pagos ou incorridos, comissões bancárias (...) etc." (José Carlos Marion, *Contabilidade Básica*, pp. 70 e 85).

16. O resultado é apurado a cada exercício, que é o "período a que se referem as demonstrações financeiras" (José Carlos Marion, *Contabilidade Básica*, p. 43).

17. Lucro: Receita > Custo e Despesas; Prejuízo: Receita < Custo e Despesas.

do exercício das atividades econômicas, é depositado em contas bancárias, ao menos inicialmente. Depois, os titulares do dinheiro optam entre: (a) reinvesti-lo em suas atividades econômicas; (b) mantê-lo depositado, à vista ou à prazo, em instituição bancária; (c) utilizá-lo para o consumo de bens ou serviços; (d) direcioná-lo a diversos outros investimentos, como as ações, os demais títulos e valores mobiliários e os fundos de investimento; e (e) canalizá-lo para o mercado de derivativos.¹⁸

6. Moeda real e moeda escritural

Os bens distinguem-se em imóveis¹⁹ e móveis.²⁰ Uma casa, por exemplo, é bem imóvel; enquanto um veículo automotor é móvel. O Direito também diferencia bens materiais ou tangíveis e imateriais ou intangíveis, conforme tenham ou não existência física.²¹ Por exemplo: o *hardware* (suporte físico) é bem material, enquanto o *software* (programa de computador) é imaterial.²²

A moeda (dinheiro) se insere dentre os bens móveis fungíveis, na medida em que pode “substituir-se por outros da mesma es-

pécie, qualidade e quantidade”.²³ Nas contas bancárias, por exemplo, não se depositam determinadas notas ou moedas, mas uma quantia de dinheiro.

O debate gira em torno da *natureza material ou imaterial do dinheiro*, porque, cada dia mais, a transferência de moeda e o pagamento do preço das mercadorias ou dos serviços implementam-se por meios eletrônicos (sem a entrega física de nota ou moeda real).

Recorde-se que as principais acepções da palavra moeda são: “medida de câmbio”; “unidade de conta”; e “divisa de curso legal de um Estado”.²⁴

Em tempos remotos, a inexistência de moedas fazia com que as pessoas interessadas no intercâmbio de bens ou de serviços o fizessem exclusivamente através de permuta (bem por bem; serviço por serviço; bem por serviço). Trocava-se, por exemplo, batatas por laranjas. O escambo dependia, pois, da coincidência de interesses dos envolvidos na operação de escambo. Neste contexto, a moeda surgiu como “medida de câmbio”, porque passou a ser o elemento troca por bens ou serviços. O pagamento das batatas e das laranjas passou a ser implementado em dinheiro.

A moeda também é “unidade de conta”, porque servia e serve de referência para a avaliação de bens e serviços.²⁵ Os valores ou preços, por exemplo, de carros ou de mensalidades escolares, são fixados em unidades monetárias.

23. CC: “Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

24. “La moneda es una pieza de un material resistente, normalmente de metal acuñado en forma de disco, que se emplea como medida de cambio (dinero) por su valor legal o intrínseco y como unidad de cuenta. También se llama moneda a la divisa de curso legal de un Estado. La ciencia que estudia las monedas se denomina Numismática” (in <http://es.wikipedia.org/wiki/Moneda>, consultada em 10.6.2010).

25. Nelson Lobo de Barros, *Moeda, Crédito, Bancos e Ciclos*, p. 15.

18. “Un instrumento financiero derivado es, desde una perspectiva económica, aquel cuyo valor depende del valor o precio de otra variable subyacente básica negociada en otro mercado independiente (acciones, obligaciones o bonos, divisas o mercancías)” (Ángeles Cuenca García, *Régimen Jurídico de las Opciones sobre Acciones en el Mercado Español de Opciones y Futuros*, pp. 5-6).

19. CC: “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

20. CC: “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

21. “Così, ad esempio, si distingue tra bene materiale e bene immateriale. Quest’ultimo bene consiste in un’idea intesa come risultato di un processo creativo, anche elementare (...) (c.d. *corpus mysticum*) che si estrinseca in un elemento materiale (c.d. *corpus mechanicum*)” (Francesco Galgano, *Manuale di Diritto Privato*, p. 189).

22. A ciência contábil prefere os termos tangível e intangível para distinguir os bens. Cf. José Carlos Marion, *Contabilidade Básica*, p. 30.

Desde passado distante, a moeda funciona como “divisa de curso legal do Estado”, a quem compete: (a) exercer o monopólio da cunhagem da moeda; (b) assegurar sua circulação e aceitação no território nacional; (c) controlar a quantidade de moeda em circulação.²⁶

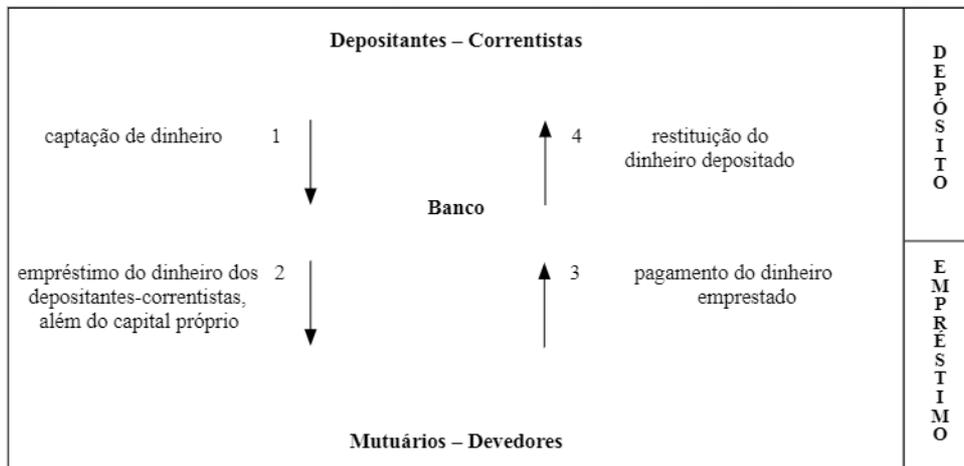
Ocorre que a moeda real (notas e moedas metálicas cunhadas pela autoridade monetária de cada país) convive no mercado com quantidade crescente de dinheiro escritural (produzido a partir da prática bancária), o que compromete o monopólio estatal de fabricação de moeda e dificulta o controle da quantidade de dinheiro em circulação.

7. Mecanismo de funcionamento dos bancos: depósitos e empréstimos

Alguns detêm dinheiro obtido como resultado das atividades econômicas; outros precisam de dinheiro para exercê-las. No ponto de interseção estão os bancos.²⁷

Por um lado, os bancos funcionam como depositários do dinheiro dos depositantes-correntistas (operações passivas). Por outro, emprestam recursos aos mutuários-devedores (operações ativas).²⁸

Portanto, os bancos atuam como intermediários financeiros, remunerados pela diferença entre os juros que recebem pelos



empréstimos que concedem e aqueles que se obrigaram a pagar aos depositantes (*spread bancário*).

Da conjugação destas duas atividades (depósito e empréstimo de dinheiro) resulta a produção de moeda escritural e a larga ampliação da base monetária do país.

8. Expansão da base monetária (inflação) a partir das práticas bancárias

Nos diversos países, há, em circulação, moeda real (notas e moedas metálicas)

26. Nelson Lobo de Barros, *Moeda, Crédito, Bancos e Ciclos*, p. 339.

cunhadas pela autoridade monetária (que, em geral, é o Banco Central). Assim, o aumento da quantidade desta espécie de dinheiro em circulação em cada país (*inflação*) depende da fabricação de mais notas e moedas pelo próprio Estado.

27. Lei 4.595/1964: “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

28. “Institución bancaria es ‘toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven apa-

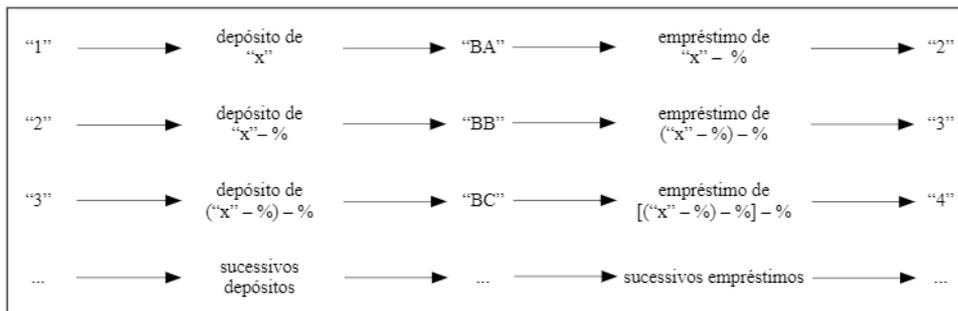
Contudo, a realidade demonstra que, ao lado do dinheiro real, há quantidade crescente de dinheiro escritural (não corporificado em notas e moedas metálicas), produzido exclusivamente à partir da prática bancária (sucessivas operações de depósito e empréstimo).

O mecanismo de expansão da base monetária do país (inflação), a partir do aumento da quantidade de moeda escritural em curso, em decorrência da prática bancária, tem início, por exemplo, com o depositante “1” promovendo o depósito de “x” em conta de sua titularidade na instituição bancária “BA” que, por sua vez, empresta tais recursos financeiros a “2”, exceto determinado percen-

tual, que não pode ser emprestado (reserva fracionária).

O devedor “2” recebe e deposita o dinheiro (“x” – %) em conta-corrente bancária de sua titularidade no banco “BB”, que empresta tais recursos financeiros a “3”, exceto determinado percentual, que não pode ser emprestado (reserva fracionária).

O devedor “3” recebe e deposita o dinheiro [(“x” – %) – %] em conta-corrente bancária de sua titularidade no banco “BC”, que empresta tais recursos financeiros a “4”, exceto determinado percentual, que não pode ser emprestado (reserva fracionária); e assim sucessivamente:



Constata-se, pois, que o depósito original de “x” (moeda real) proporciona, através de sucessivas operações de empréstimo e depósito, a criação artificial de moeda escritural. O depósito inicial é designado por “primário” e os sucessivos por “secundários ou derivados”.

Em moeda real, houve apenas o depósito inicial de “x”, implementado por “1”

rejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza²⁹. Se trata, como vemos, de un concepto funcional que no tiene en cuenta la estructura jurídica de la entidad sino su actividad típica y habitual: la interposición en el crédito indirecto, es decir, la captación de fondos reembolsables del público para la concesión de crédito por cuenta propia” (Jose Carlos Gonzáles Vázquez, “Régimen común a las entidades de crédito”, in Alberto Alonso Ureba e Julian Martínez-Simancas y Sanchez, *Derecho del Mercado Financiero*, p. 33).

no “BA”. Entretanto, no mercado, passou a existir quantidade muito maior de dinheiro escritural (inflação), denominado por alguns economistas de “meio fiduciário”, que não foi cunhado pela autoridade monetária do país.

O processo de expansão da base monetária tem enormes proporções, na medida em que envolve, simultaneamente, múltiplos depósitos, empréstimos e bancos. *Ao longo do tempo, o montante de moeda escritural passa a ser muito superior ao dinheiro real em circulação.*²⁹

Por esta razão, acumular um milhão de dólares (ser um milionário) no passado era algo muito mais difícil do que em tempos atuais, nos quais a lista daqueles que

29. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 176.

acumulam as maiores riquezas é composta por pessoas que detêm bilhões (bilionário). Contudo, tais fortunas não têm lastro em notas ou moedas metálicas; se todos os titulares de dinheiro depositado pleitearem a restituição de tais quantias, os bancos não estarão aptos a atendê-los.

Ainda assim, *o dinheiro escritural (meio fiduciário) é um “substituto monetário perfeito”, na medida em que, apesar de “não se encontrar completamente respaldado por unidades físicas no caixa do banco” (notas e moedas metálicas), o titular está autorizado a fazer, no mercado: saques, pagamentos, transferências, etc.*³⁰

Os governos dos países, através das autoridades monetárias, não costumam reprimir esta prática; ao contrário, são coniventes com ela, por quatro razões. Primeiro: a multiplicação do dinheiro escritural, ainda que sem lastro em notas e moeda metálica, propicia aumento significativo da riqueza de várias pessoas, que podem lançar mão de sua fortuna escritural para adquirir bens, contratar serviços, adquirir ações em bolsa³¹ e, também, financiar campanhas eleitorais. Segundo: a enorme quantidade de moeda escritural em circulação faz com que os cidadãos pensem que a economia vai muito bem, atribuindo o suposto “êxito” aos governantes da época. Terceiro: os bancos retribuem o benefício que

30. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 150-152.

31. “Cuando se inicia por el sector bancario una política de expansión crediticia (...) se produce un crecimiento general continuo y muy importante de los índices bursátiles. En efecto, la creación de nuevo dinero en forma de créditos bancarios llega en seguida a la bolsa de valores y produce un movimiento al alza de las cotizaciones que es puramente especulativo, y que, con carácter general, en mayor o menor medida, afecta a la mayoría de los títulos, y puede seguir creciendo mientras dure la expansión crediticia y ésta se mantenga a un ritmo acelerado.” “(...) es la manifestación más inequívoca de que se está verificando una expansión crediticia (...) que alimenta un *boom* artificial que inexorablemente terminará desembocando en una grave crisis bursátil” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 360).

lhes foi outorgado através de empréstimos ao Estado, para pagamento de despesas e gastos governamentais crescentes.³² Quarto: o próprio Estado pode, mediante a constituição de bancos estatais ou de economia mista, praticar e beneficiar-se da multiplicação da moeda escritural.³³

9. Escolas econômicas de Keynes (keynesiana) e de Mises (austriaca)

As duas principais escolas econômicas, keynesiana e austriaca, lastreadas nas ideias de seus precursores, John Maynard Keynes³⁴ e Ludwig von Mises,³⁵ se enfrentam acerca do papel do dinheiro e da expansão monetária no âmbito do processo produtivo e da economia.

A Escola Keynesiana recomenda o crescimento constante e elevado da quantidade de dinheiro no mercado, o que provocaria o aumento do consumo e, conseqüentemente, da produção e dos índices econômicos,³⁶ de modo permanente. A lógica proposta por Keynes é a seguinte: 1º) a ampliação da base monetária propicia o aumento do consumo e dos investimentos em valores mobiliários (como as ações); 2º) o aumento da procura

32. “En diversas circunstancias históricas la expansión crediticia se ha utilizado como instrumento para ayudar a financiar el déficit en los presupuestos del Estado. Esto se puede llevar a cabo bien mediante la instrucción dada a los bancos para que adquieran, con parte de la expansión crediticia que generan, títulos de deuda pública; bien haciéndose el Estado directamente deudor de los bancos” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 36 e 371).

33. “Además, veremos cómo, en otras circunstancias, las autoridades no sólo han concedido privilegios a los banqueros para que actuaran impunemente a cambio de favores explícitos, sino que incluso han creado bancos de titularidad pública para aprovecharse directamente de los correspondientes beneficios” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 37).

34. In http://es.wikipedia.org/wiki/John_Maynard_Keynes, consultada em 23.7.2010.

35. In http://es.wikipedia.org/wiki/Ludwig_von_Mises, consultada em 23.7.2010.

36. John Maynard Keynes, *The General Theory and After: a Supplement*, p. 24.

(consumo) tem como consequências: a elevação dos preços dos produtos, serviços e valores mobiliários (lei da oferta e da procura³⁷); e o incremento da produção (para atender a demanda), através de empreendimentos, custeados pela grande quantidade de dinheiro disponível no mercado; 3^a) consequentemente, os indicadores demonstram extraordinário crescimento econômico, em decorrência: da elevação constante da quantidade de dinheiro; da satisfação dos vendedores com os preços elevados pagos pelos compradores de seus bens e serviços; dos reduzidos índices de desemprego; dos altos níveis apresentados pelo mercado de valores mobiliários; e do aumento crescente da produção para atender a demanda.

O modelo teórico traçado por Keynes não aponta restrições à ampliação da base monetária do país, operada através da sistemática bancária. Ao contrário, quando detectam problemas de ordem econômica, o remédio prescrito pelos keynesianos é a produção e disponibilização de quantidade ainda maior de dinheiro no mercado.

A lógica da Escola de Keynes é profundamente criticada pelos seguidores da outra corrente,³⁸ que vislumbram crises cíclicas

37. “Em economia, a Lei da Oferta e Procura, também chamada de Lei da Oferta e da Demanda, é a lei que estabelece a relação entre a demanda de um produto - isto é, a procura - e a quantidade que é oferecida, a oferta. A partir dela, é possível descrever o comportamento preponderante dos consumidores na aquisição de bens e serviços em determinados períodos, em função de quantidades e preços. Nos períodos em que a oferta de um determinado produto excede muito à procura, seu preço tende a cair. Já em períodos nos quais a demanda passa a superar a oferta, a tendência é o aumento do preço” (in http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_da_oferta_e_da_procura, consultada em 27.7.2010).

38. “Se entiende ahora que los teóricos monetaristas carezcan de una adecuada teoría del ciclo económico y consideren que las crisis y depresiones se deben tan sólo a una ‘contracción monetaria’, diagnóstico ingenuo y superficial que confunde la causa con el efecto, pues, como ya sabemos, las crisis económicas son resultado de la distorsión que sobre la estructura productiva generan previamente la expansión crediticia y la inflación, a lo largo de un complejo proceso que luego se manifiesta en

como resultado da elevação desenfreada da quantidade de dinheiro no mercado.³⁹ A lógica proposta pela Escola Austríaca de Economia é a seguintes: 1^a) a ampliação da base monetária propicia o aumento artificial e exagerado do consumo; 2^a) o aumento da procura (consumo) tem como consequências: a elevação dos preços dos produtos, serviços e valores mobiliários (lei da oferta e da procura); e o incremento da produção, através de empreendimentos inviáveis, desenvolvidos apenas em razão do excesso de dinheiro ofertado pelos bancos no mercado;⁴⁰ 3^a) a oferta excessiva de bens e serviços provoca a saturação do mercado e a consequente redução do consumo. Vários empreendimentos implementados para atender a demanda crescente restam frustrados. Os preços dos produtos, serviços e valores mobiliários caem, provocando perdas patrimoniais para aqueles que os ad-

forma de crisis, contracción de tipo monetario y recesión. Achacar las crisis a una contracción monetaria es tan erróneo como achacar el sarampión a la fiebre y erupción cutánea que el mismo produce, y sólo puede entenderse que se mantenga esta explicación de los ciclos por la metodología cientista, ultraempírica y carente de teoría temporal del capital que es propia de la macroeconomía monetarista” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 410-411).

39. “Nosotros, por el contrario, sabemos que el automatismo matemático que se encuentra en la base del concepto del multiplicador nada tiene que ver con los procesos reales que se producen en la estructura productiva. La expansión crediticia generará una inversión que dará lugar a un aumento en el precio de los factores de producción y, posteriormente, a un aumento más que proporcional en el precio de los bienes y servicios de consumo.

“Aunque la renta bruta en términos monetarios aumente como consecuencia de la inyección del nuevo dinero creado por el sistema bancario, el multiplicador, por su carácter mecánico y macroeconómico, es incapaz de recoger los efectos de distorsión de la estructura productiva que la expansión crediticia siempre genera y, por consiguiente, oculta la mala inversión generalizada de recursos que a la larga empobrece (y no enriquece, como piensa Keynes) a toda la sociedad” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 434-435).

40. “La rebaja del interés viene a falsear el cálculo empresarial. Pese a que no hay una mayor cantidad de bienes de capital disponibles, inclúyense en los cálculos parámetros que serían procedentes sólo en el supuesto de

quiriram por preços artificiais e exagerados; 4º) a crise se instala e aumentam os níveis de inadimplência dos empreendedores e dos consumidores, que têm dificuldade de pagar os empréstimos obtidos junto aos bancos; 5º) conseqüentemente, as instituições bancárias não conseguem restituir o dinheiro que receberam em depósito e quebram. Os efeitos se estendem a todo o sistema financeiro; 6º) os indicadores revelam recessão econômica, em decorrência: da falência do sistema financeiro; da frustração dos compradores por terem comprado bens e contratado serviços por preços artificiais e exagerados; dos crescentes índices de desemprego; dos baixos níveis apresentados pelo mercado de valores mobiliários; e da retração da produção.⁴¹

O diagnóstico da Escola Austríaca⁴² é que a economia vem apresentando sucessivos ciclos, marcados por crises diversas em todos os cantos do mundo, provocadas pelo aumento desenfreado da quantidade de dinheiro no mercado, operada através da sistemática bancária.⁴³ Os adeptos desta corrente sustentam que a maneira de evitar as crises consiste em: (1) constante postura financeira austera (poupança) por parte do Estado e dos particulares, de modo a evitar gastos e consumo exagerados, próprios dos períodos de euforia econômica (*boom*, em inglês; *burbuja*, em espanhol; *bolha*, em português); (2) minimizar o aumento da

quantidade de moeda escritural (inflação), mediante a imposição de limites rigorosos aos empréstimos bancários, de modo que, no mercado de cada país, o dinheiro em circulação seja real, acumulado pelas pessoas e pelo Estado, através de suas atividades regulares e de poupança;⁴⁴ (3) a atribuição de confiabilidade aos sistemas bancários nacionais, através de mecanismos visando à proteção dos depositantes-correntistas.

Constata-se, pois, que os entendimentos propostos pelas duas correntes econômicas são absolutamente divergentes, tanto no diagnóstico como no tratamento.

10. As crises econômicas como resultado das práticas bancárias (sucessivos depósitos e empréstimos) e da expansão monetária

A severa crise do mercado de ações de 1929 (“*crack* da Bolsa de Nova Iorque”) e a recente crise do setor imobiliário de 2008 (*subprimes*) exemplificam a direta vinculação das depressões econômicas com: (a) o aumento exagerado da quantidade de moeda escritural (inflação) no mercado; e (b) as quebras em cadeia de diversas instituições bancárias.

Nos anos de 1919 a 1929, os sucessivos depósitos e empréstimos bancários fizeram aumentar muito a quantidade de moeda escritural disponível no mercado, o que fez com que os bancos passassem a emprestar vultosas quantias, a juros módicos, para a compra de ações (*margin transactions*). Os próprios títulos adquiridos serviam de garantia da operação. A procura exagerada fez com que o preço das ações se elevasse artificialmente, *sem lastro em seu real valor; que pode ser apurado mediante a divisão do valor do patrimônio líquido da companhia (incluindo os bens incorpóreos, como clientela, marca, etc.) pelo número das ações representativas de seu capital*. Após o período de euforia

haber aumentado las existencias de bienes de capital. El resultado, conseqüentemente, induce a error. Los cálculos hacen que parezcan rentables y practicables negocios que no lo serían si el tipo de interés no se hubiera rebajado artificialmente mediante la expansión crediticia. Los empresarios se embarcan en la realización de tales proyectos. La actividad mercantil se estimula. Comienza un periodo de auge o expansión (*boom*)” (Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, 8ª ed., p. 656).

41. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 208, 209, 297, 415, 656.

42. Quatro dos adeptos da Escola Austríaca foram contemplados com o Prêmio Nobel de economia: F. A. Hayek, Milton Friedman, James Tobin y Maurice Allais. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 557-558.

43. Ludwig von Mises, *La Acción Humana: Tratado de Economía*, 8ª ed., pp. 687-688.

44. Friedrich A. Hayek, *Profits, Interest and Investment*, pp. 169-170.

(boom), as ações voltaram a cair a patamar bem inferior ao valor pelo qual vinham sendo adquiridas. Consequentemente, os devedores tomaram-se inadimplentes perante os bancos, aos quais restava apenas receber as ações, com reduzido valor, em pagamento de parte do débito. Recorde-se que o dinheiro escritural que as instituições bancárias haviam emprestado para a compra de ações fora captado junto aos depositantes-correntistas. Portanto, a inadimplência dos devedores-mutuários, no âmbito do contrato de empréstimo, dificultou a restituição do dinheiro recebido em depósito e provocou a quebra de diversos bancos.⁴⁵

O mesmo ocorreu nos anos 2000 a 2007, no mercado imobiliário.⁴⁶ Os sucessivos depósitos e empréstimos bancários nos anos anteriores fizeram aumentar muito a quantidade de moeda escritural disponível, o que propiciou que as instituições financeiras passassem a emprestar vultosas quantias, a juros reduzidos, para a compra de imóveis (*subprimes*), que serviam de garantia da operação. A procura exagerada fez com que o preço dos imóveis se elevasse artificialmente, *sem lastro em seu real valor, que pode ser apurado à partir do custo de sua construção (incluindo o terreno e a remuneração da construtora)*. Após o período de euforia, o valor dos imóveis caiu a patamar bem inferior àquele pelo qual haviam sido comprados. Consequentemente, os devedores tomaram-se inadimplentes perante as instituições bancárias, às quais restava receber os imóveis, com reduzido valor, em pagamento de parte do débito. A inadimplência dos devedores-mutuários, no âmbito do contrato de empréstimo, dificultou a restituição do dinheiro recebido em depósito e provocou a quebra de diversas instituições bancárias.⁴⁷

45. In *eh.net/encyclopedia/article/smile.1920s.final*, consultada em 27.3.2011.

46. *Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, New York, BBS Public Affairs, 2011, pp. xv/xxviii.

47. Richard A. Posner, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cam-

Diante de ambas as crises, o principal remédio utilizado foi aquele prescrito pela Escola de Keynes: a injeção de mais moeda, inclusive pelo Estado, no mercado. Na depressão de 1929, o aporte de dinheiro para a compra das ações conhecidas como *blue chips* consistiu em tentativa frustrada de reverter artificialmente a derrocada do mercado de ações.⁴⁸ Em 2007, também não foi possível afastar os efeitos da crise, mediante a injeção de dinheiro, principalmente público (do Estado), na compra de participação (integral ou parcial) em empresas em dificuldades financeiras, principalmente instituições bancárias ou assemelhadas.⁴⁹

11. Risco sistêmico

A inadimplência massiva dos devedores no âmbito dos empréstimos celebrados com os bancos pode colocá-los em dificuldade para devolver o dinheiro aos depositantes-correntistas. Recorde-se que a sistemática bancária envolve sucessivas operações de depósito e empréstimo:

O depositante “1” promove o depósito de “x” em conta de sua titularidade na instituição bancária “BA” que, por sua vez, empresta tais recursos financeiros a “2”, exceto determinado percentual, que não pode ser emprestado (reserva fracionária).

O devedor “2” recebe e deposita o dinheiro (“x” – %) em conta-corrente bancária de sua titularidade no banco “BB”, que empresta tais recursos financeiros a “3”, exceto determinado percentual, que não pode ser emprestado (reserva fracionária).

O devedor “3” recebe e deposita o dinheiro [(“x” – %) – %] em conta-corrente bancária de sua titularidade no banco “BC”,

bridge, Massachusetts and London, England, Harvard University Press, 2009, p. 315.

48. Cf. Harold Bierman Jr., *The 1929 Stock Market Crash*, in *http://eh.net/encyclopedia/article/Bierman.Crash*, consultada em 22.3.2011.

49. *http://pt.wikipedia.org/wiki/crise_dos_subprime*, consultada em 25.3.2011.

que empresta tais recursos financeiros a “4”, exceto determinado percentual, que não pode ser emprestado (reserva fracionária); e assim sucessivamente.

Portanto, o risco no ambiente bancário é sistêmico:

Se os devedores “4” tomarem-se inadimplentes junto ao BC, este não terá condições de restituir o dinheiro que recebeu de “3” em depósito e quebrará.

Em decorrência da falência de BC, os devedores “3” não terão condição de pagarem seus débitos junto ao BB, que também não conseguirá devolver o dinheiro que recebeu de “2” em depósito e quebrará.

Da mesma forma, por causa da falência de BB, os devedores “2” tornar-se-ão inadimplentes junto ao BA, que também não conseguirá devolver o dinheiro que recebeu de “1” em depósito e quebrará.

O impacto é *incontinenti*, porque as operações nos sistemas bancários atuais são implementadas automaticamente, através de mecanismos informatizados (câmaras de compensação e sistemas eletrônicos de pagamentos).

12. O papel do BIS (1930) e do Comitê da Basileia de Supervisão Bancária (1974) no sistema financeiro internacional

Diante da crise de 1929, precisamente em 1930, foi criado o BIS – Bank for International Settlements, que “é a mais antiga entidade financeira internacional e continua sendo o principal centro para a cooperação internacional entre bancos centrais”. As atividades são desenvolvidas “através de reuniões regulares na Basileia” (Suíça), envolvendo “experts dos bancos centrais e outras agências”.⁵⁰

O BIS engloba: (a) o Comitê da Basileia de Supervisão Bancária, que visa à melhorar

50. <http://www.bis.org/about/history.htm>, consultada em 27.8.2010.

os instrumentos de fiscalização bancária no mundo, a partir do intercâmbio de experiências e técnicas entre os bancos centrais dos países;⁵¹ (b) o Comitê sobre o Sistema Financeiro Internacional (*Committee on the Global Financial System*), que tem o objetivo de identificar problemas potenciais do mercado financeiro, recomendando medidas para preveni-los;⁵² (c) o Comitê sobre os Sistemas de Pagamento (*Committee on Payment and Settlement Systems*), que dedica-se a analisar e aprimorar os sistemas de pagamentos e compensações utilizados no mercado financeiro mundial;⁵³ (d) o Comitê Irving Fisher sobre Estatísticas, que é a sede de discussões sobre estatísticas pertinentes aos bancos centrais dos Estados, funcionando em parceria com o Instituto Internacional de Estatística;⁵⁴ e (e) o Instituto de Estabilidade Financeira, que auxilia os órgãos de supervisão do mercado financeiro dos países a tornarem seus sistemas mais eficientes.⁵⁵

A criação do Comitê da Basileia de Supervisão Bancária, no âmbito do BIS, em 1974, foi muito importante para o estabelecimento “de regras, instituições e procedimentos” no sistema financeiro internacional. Trata-se de organismo formado por representantes dos Bancos Centrais de diversos países, que dita normas, sem cunho imperativo ou coercitivo, em matéria bancária;⁵⁶ seu principal objetivo é “manter a estabilidade e a confiança no sistema financeiro, reduzindo o risco de perda dos depositantes”,⁵⁷ inclusive

51. <http://www.bis.org/bcbs/>, consultado em 16.8.2010.

52. <http://www.bis.org/cgfs/index.htm>, consultado em 16.8.2010.

53. <http://www.bis.org/cpss/index.htm>, consultado em 30.8.2010.

54. <http://www.bis.org/ifc/index.htm>, consultado em 30.8.2010.

55. <http://www.bis.org/fsi/aboutfsi.htm>, consultado em 30.8.2010.

56. <http://www.bis.org/bcbs/history.htm>, consultado em 16.8.2010.

57. “In drawing up these core principles for effective banking supervision the following precepts

mediante o aprimoramento da supervisão exercida pelos bancos centrais sobre as instituições bancárias.⁵⁸

Dois normativos editados pelo Comitê da Basileia merecem destaque, porque estreitamente vinculados à proteção dos depositantes no sistema financeiro. Primeiro: o acordo Basileia II (“Basel II”),⁵⁹ editado em 1988, que estabelece os níveis mínimos de dinheiro que os bancos devem manter em seus cofres (sem emprestar a terceiros), estabelecidos a partir de cálculo de probabilidades, de modo a minimizar os riscos decorrentes da atividade bancária;⁶⁰ a versão revisada destas normas foi publicada em julho de 2006.⁶¹ Segundo: os *Core Principles for Effective Banking Supervision*, contendo 25 Princípios que devem nortear a fiscalização das instituições bancárias em todo o mundo,⁶² foram editados em 1997, como resultado de trabalho desenvolvido com a colaboração das autoridades monetárias de vários países, inclusive não membros; a versão revisada foi publicada em outubro de 2006.⁶³ Note-se que as regras não são exaustivas; ou seja, contém apenas o mínimo que deve ser observado no controle dos bancos.⁶⁴

As normas ditadas pelo Comitê da Basileia são incorporadas ordenamentos

are fundamental: (...) the key objective of supervision is to maintain stability and confidence in the financial system, thereby reducing the risk of loss to depositors and other creditors” (*Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basle Committee on Banking Supervision, set./1997, in <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010).

58. <http://www.bis.org/bcbs/>, consultado em 16.8.2010.

59. <http://www.bis.org/publ/bcbsca.htm>, consultado em 30.8.2010.

60. <http://www.bis.org/publ/bcbs107.htm>, consultado em 30.8.2010.

61. <http://www.bis.org/publ/bcbsca.htm>, consultado em 30.8.2010.

62. <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

63. <http://www.bis.org/Re/bcbs/history.htm>, consultado em 16.8.2010.

64. <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

jurídicos nacionais pelas autoridades monetárias de cada país, geralmente os bancos centrais, às quais também cumpre fiscalizar as atividades dos bancos com atuação em seus territórios.⁶⁵

13. Reflexões jurídicas acerca do depósito bancário e do mútuo

As principais operações bancárias (depósito e empréstimo), atualmente monitoradas pelo BIS, pelo Comitê da Basileia e pelos bancos centrais dos diversos países, não são recentes.

Há registro de depósitos de dinheiro em banco desde a Babilônia e o Egito; posteriormente também na Grécia e em Roma. Na Idade Média, há referências a depósitos dos Estados e da Igreja em instituições bancárias.⁶⁶ Contudo, a massificação destas operações ocorreu no século XIX.⁶⁷

Os juriconsultos romanos foram os primeiros que discutiram acerca da natureza jurídica do depósito de dinheiro.⁶⁸ Sob os auspícios do Imperador Justiniano (anos 528-533 d.C), os mais conceituados juristas clássicos cuidaram de compilar o Direito romano “em quatro livros (as *Instituições*, o *Digesto*, o *Código* ou *Codex* y as *Novelas*) que (...) são conhecidos com o nome de *Corpus Iuris Civilis*”.⁶⁹ No *Digesto*, Ulpiano conceitua o depósito; distingue suas duas modalidades: regular e irregular (Apartado III do Livro XVI); e destaca que, em ambas, a obrigação do depositante é de guardar a coisa que lhe foi entregue, mantendo-a sempre à disposição

65. <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

66. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 38-39.

67. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 351-354.

68. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 351-353.

69. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 28.

dos depositantes (parágrafo 2 do número 7 do Título III do Livro XVI). Papiniano, por sua vez, informa que o depósito de dinheiro ensejava a emissão de um certificado (parágrafo 24 do Título III do Livro XVI). Por fim, Celso aponta que a apropriação indevida do bem depositado pelo depositário configurava furto (Libro XLVII, Título II, número 78).⁷⁰

Na linha traçada pelo Direito Romano, a Doutrina e a Jurisprudência modernas seguem conceituando, regulando e interpretando o contrato de depósito, além de distinguirem suas duas modalidades, regular e irregular, conforme o bem entregue à guarda do depositário seja infungível ou fungível.

Depósito (do latim *depositum*) é o contrato através do qual o depositante entrega ao depositário coisa móvel, para que a guarde e a devolva tão logo o depositante peça sua restituição. “O depósito, por tanto, sempre se celebra conforme o interesse do depositante”, que tem a “disponibilidade da coisa” e pode pedir sua restituição “em qualquer momento”.⁷¹

No depósito regular, “recebe o depositário um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame”.⁷² Ocorre, por exemplo, quando alguém (depositante) entrega seu veículo (bem) para a guarda em estacionamento (depositário), pagando determinada quantia ao depositário, como remuneração pelo depósito. No depósito irregular, o depositário está obrigado “a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.⁷³ É

o caso, por exemplo, de alguém (depositante) que entrega uma tonelada de milho em grão (gênero, qualidade e quantidade do bem) a outrem (depositário) para guarda, mediante o pagamento de determinada quantia ao depositário, como remuneração pelo depósito.⁷⁴

Também é irregular o depósito bancário, no qual alguém (depositante) entrega ao banco (depositário) determinada quantidade de dinheiro (gênero, qualidade e quantidade do bem) para guarda. O contrato se concretiza com a entrega do dinheiro à instituição financeira. Todavia, no depósito bancário, o depositante geralmente não remunera o depositário. Ocorre o contrário: o banco paga juros ao depositante.⁷⁵⁻⁷⁶

Por vezes, o depositante necessita dispor do dinheiro prontamente. Assim, os recursos financeiros são confiados à instituição financeira em depósitos à vista. Outras vezes, o dinheiro permanece sob a guarda do banco por mais tempo, geralmente sob a forma de depósitos à prazo (inclusive em conta de poupança).⁷⁷ Em todas as hipóteses, o propósito maior e inequívoco do depositante, no âmbito do contrato de depósito bancário, é a segurança, obtida quando “desprende-se da guarda de seu próprio dinheiro”,⁷⁸ transferindo-a ao banco. O risco de perda dos recursos financeiros (através de roubo,

74. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito*, t. XLII, 2ª ed., §§ 4.664, 2, e 4.665, 1, pp. 369-371.

75. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 374, 375 e 3788.

76. Acerca das implicações criminais no âmbito dos depósitos regular e irregular, alguns autores sustentam que: no primeiro, resta configurado o crime de apropriação indébita “em qualquer tempo, sempre que o depositante provar que o depositário usou” o bem objeto do depósito; no segundo, tal tipo penal somente resta configurado “se o depositário ficar em mora de restituir a quantia ou a quantidade depositada”. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito*, t. XLII, 2ª ed., §§ 4.664, 2, e 4.665, 1, pp. 369-371.

77. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 136.

78. José Luis Garcia Pita y Lastres, in Ubaldo Nieto Carol, *Contratos Bancarios y Parabancarios*, pp. 933-934.

70. Ildelfonso L. García del Corral, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, p. 837. In Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 29-30.

71. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 11.

72. CC: “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

73. CC: “Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”.

por exemplo) passa à instituição bancária, que tem a obrigação de devolver a quantia (*tantundem*), que recebeu em depósito.⁷⁹ A restituição, obrigação fundamental do depositário,⁸⁰ implementa-se mediante a entrega do dinheiro ao próprio depositante (saque) ou a terceiro por ele indicado (pagamentos e transferências).⁸¹

Note-se que a captação do dinheiro pelos bancos geralmente não ocorre de uma só vez, mas através de vários depósitos. A restituição, da mesma forma, implementa-se por meio de diversos saques, pagamentos ou transferências. Estas múltiplas operações são lançadas em conta-corrente contábil, que é o “reflexo aritmético do contrato de depósito”.⁸² O registro dos depósitos (+) e dos saques, pagamentos ou transferências (-) em conta-corrente, bem como a disponibilização de extratos e informes, de forma ininterrupta, aos depositantes-correntistas,⁸³ são obrigações

acessórias do banco, no âmbito da “relação de depósito”.⁸⁴

De modo a propiciar nítida separação entre o dinheiro do banco e dos depositantes-correntistas, o regime contábil bancário brasileiro impõe que os recursos financeiros próprios sejam registrados no patrimônio líquido da instituição bancária; diversamente, o dinheiro recebido dos depositantes é lançado, de forma discriminada e individualizada, na conta-corrente contábil de cada um deles, como depósito de terceiros: à vista, à prazo, e em poupança.⁸⁵

Ainda assim, diferentes razões e fundamentos, de ordem histórica, prática, econômica e jurídica, resultaram a estruturação de variadas teses (quatro, basicamente) acerca do contrato de depósito bancário.⁸⁶

A primeira corrente é formada por aqueles que não vislumbram diferença entre

79. Juan Madrazo Leal, in Adolfo Sequeira, Enrique Gadea e Fernando Sacristán, *La Contratación Bancaria*, pp. 563-564.

80. “La obligación de restitución se eleva así a obligación fundamental (...). Lo característico del depósito a la vista es que la obligación de restitución se pone en movimiento tan pronto como el depositante exija la restitución” (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 375).

81. Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 355.

82. Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 359-360.

83. Mensalmente, a instituição bancária deve emitir demonstrativos e extratos dos recursos depositados enviando-os aos seus titulares, conforme estabelece o *Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil* n. 1.527, de 25.9.2000:

“1. É vedada às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a cobrança de remuneração pela prestação dos seguintes serviços: (...) f) Fornecimento de um extrato mensal contendo toda a movimentação do mês; (cf. Resolução 2.303, art. 1º, VI; e Resolução 2.747, art. 2º)”.

Anualmente, o banco deve emitir demonstrativo especial dos recursos financeiros depositados para que os depositantes - correntistas possam incluir na declaração de seus rendimentos os recursos depositados na instituição bancária, conforme determina a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 121, de 28.12.2000: “Art. 1º. As instituições financeiras, as

sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades seguradoras, as entidades de previdência privada e as demais fontes pagadoras deverão fornecer a seus clientes, pessoas físicas e jurídicas, informe de rendimentos financeiros, conforme disposto nesta Instrução Normativa”.

84. “La cuenta corriente bancaria puede aparecer como un pacto accesorio, integrado en la relación de depósito, como acto de cumplimiento de una obligación del depositario – la obligación de disponibilidad (...) convirtiendo el saldo contable en una puesta a disposición del depositante de ‘dinero bancario’” (José Luis García Pita y Lastres, in Ubaldo Nieto Carol, *Contratos Bancarios y Parabancarios*, p. 953).

85. COSIF – Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional n. 39, de 5.4.1999, editado pelo Banco Central do Brasil:

“Capítulo: Normas Básicas – 1

“Seção: Recursos de Depósitos, Aceites Cambiais, Letras Imobiliárias e Hipotecárias, Debêntures, Empréstimos e Repasses – 12

“1 – Depósitos à Vista (...);

“2 – Depósitos a Prazo (...);

“3 – Depósitos de Poupança (...).”

86. “Esta doctrina parte de la base de la autonomía conceptual del depósito irregular como entidad jurídica distinta del préstamo, tema sobre el cual se ha discutido mucho en la doctrina. La discusión doctrinal en torno a la autonomía moderna del depósito irregular ha sido empeñadísima” (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 262).

os depósitos de dinheiro à vista e à prazo; ambos teriam a natureza de depósito irregular,⁸⁷ porque o objetivo principal da entrega dos recursos financeiros ao banco, a prevalecer sobre qualquer outro, seria a segurança do depositante-correntista, assegurada através da guarda do dinheiro pela instituição bancária (depositária).⁸⁸

A segunda tese é defendida por aqueles que também não diferenciam os depósitos de dinheiro à vista e à prazo; contudo, entendem que ambos, apesar de identificados como depósito, teriam a natureza jurídica de empréstimo (mútuo). Assim, ao promover a entrega dos recursos financeiros, os depositantes não estariam depositando recursos financeiros no banco, mas emprestando dinheiro à instituição bancária.⁸⁹

Há aqueles que, da mesma forma, não distinguem os depósitos de dinheiro à vista e à prazo, mas defendem que ambos não poderiam ser classificados nem como depósito; nem como empréstimo (mútuo), consistindo em contrato *sui generis*.⁹⁰

Por fim, os integrantes da quarta corrente diferenciam os depósitos à vista e à prazo,

87. “En sentido favorable a esta autonomía se pronuncian Vidari (*Corso di Diritto Commerciale*, 1893, IV, n. 3.912), Arcangeli (*Studi di Diritto Bancario*, Perugia, 1906, p. 16), Ascarelli (*Termini Emiliana*, 1927, II, p. 73), Molle (*Per la Qualificazione Giurudica del Deposito Bancario*, B.B.T.C., 1948, I, pp. 7 y ss.)” (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 262).

88. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito*, t. XLII, 2ª ed., §§ 4.664, 2, e 4.665, 1, pp. 369-371.

89. “Es opinión (...) (Fiorentino, *Operazioni Bancarie*, cit., p. 176; Simonetto, *I Contratti di Credito*, cit., p. 334; Dalmartello, *I Contratti delle Imprese Commerciali*, cit., p. 243; Messineo, *Operazioni*, cit., p. 553; Molle, *I Contratti Bancari*, cit., p. 92) que el deposito irregular debe encuadrarse en la categoría de los contratos de crédito; por la doctrina alemana, v. Geiger, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft*, Friburg, 1962” (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 262).

90. “(...) tendremos que llegar a la conclusión, tan frecuente en Derecho mercantil, de que estamos en presencia de un contrato *sui generis*, que no es ni préstamo ni depósito, aunque se siga llamando depósito” (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 377).

atribuindo-lhes, respectivamente, as naturezas de depósito e empréstimo (mútuo).⁹¹

Recorde-se que empréstimo é a “cedência de algo por algum tempo”,⁹² “para uso e posterior devolução”,⁹³ quando envolve bem fungível, como o dinheiro, denomina-se mútuo. O depósito, por sua vez, significa “colocar bens ou coisas de valor sob a custódia de uma pessoa (...) que se faz responsável por elas”.⁹⁴

Portanto, o mútuo (empréstimo de dinheiro) e o depósito irregular (de dinheiro) se distinguem, ao menos, sob dois aspectos:⁹⁵ (a) os principais objetivos do mutuante e do depositante;⁹⁶ e a disponibilidade sobre o dinheiro.⁹⁷

91. “Así, por ejemplo, Von Schey (*Die Obligationsverhältnisse d. oesterr. Privatrechts*, Viena, 1895, p. 351), Coppa-Zuccari (‘La natura giuridica del deposito bancario’, en *Arch. Giurid.*, 1902, g. 454 e *Il Deposito Irregolare*, Modena, 1901, pp. 95 y ss.), Greco (*Le Operazioni di Banca*, Padova, 1930, pp. 131 y ss., y *Corso di Dir. Bancario*, Padova, 1936, p. 160), Simoncelli (‘Contributo alla teoria della custodia nel Dir. civ. It.’, en *Riv. It. per le Scienze Giuridiche*, 1892, p. 39), Bracco (*I Depositi a Risparmio*, Padova, 1939, p. 96, nota 1), Bo (‘Note sul deposito irregolare’, en *Dir. e pratica comm.*, 1941, pp. 17 y ss.), La Lumia (*I Depositi Bancari*, Torino, 1913, p. 110) distingue entre depósitos a la vista o con breve plazo de aviso, a los cuales califica de depósitos irregulares, y los depósitos con vencimiento fijo o con largo plazo de aviso, a los cuales califica como préstamos fructíferos” (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 362).

92. In <http://pt.thefreedictionary.com/empréstimo>, consultado em 28.6.2010.

93. *Diccionario de la Real Academia Española*, p. 1.179.

94. In <http://pt.thefreedictionary.com/deposito>, consultado em 28.6.2010.

95. “(...) los Bancos quieren poder compensar sus propias deudas procedentes de los depósitos de dinero con sus créditos frente a los depositantes y que proceden de otro título. Efectivamente, nuestro Código civil declara que no procede la compensación cuando alguna de las deudas provinieren de depósito (art. 1.200)” (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 360-370).

96. “(...) a remissão do Código Civil, art. 1.280, a regras jurídicas sobre o mútuo (não a todas, a despeito da referência aos arts. 1.256-1.264), não faz contrato de mútuo o contrato de depósito irregular (...). Há o *depositum irregulare*, que é depósito, e não mútuo: o depositante pode exigir, a qualquer tempo, o objeto do depósito, embora os riscos tenham passado, todos, ao

No mútuo, ao emprestar dinheiro ao mutuário, o mutuante tem o objetivo principal de aferir de lucro, mediante o recebimento de juros. No depósito, ao entregar o dinheiro ao depositário, o depositante visa primordialmente à segurança, proporcionada pela guarda ou custódia; a percepção de juros consiste, quando muito, objetivo secundário.⁹⁸

No mútuo, para obter lucro, o mutuante abre mão da disponibilidade sobre o dinheiro. No depósito, o depositante, por segurança, sempre mantém a disponibilidade imediata sobre o dinheiro, ainda que compartilhada com o banco.⁹⁹ Estas diferenças entre mútuo e depósito irregular foram reconhecidas, por exemplo, em minuciosa decisão da Supre-

depositário” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito*, t. XLII, 2ª ed., §§ 4.664, 2, e 4.665, 1, pp. 369-371).

97. “O depósito (...) no sentido econômico significa a troca de um bem ou um serviço presente por um bem ou um serviço no futuro. Assim, dificilmente seria possível incluir a referida operação no conceito de crédito. (...) O depósito de dinheiro de nenhuma forma significa que o depositante haja renunciado a disponibilidade imediata que ele detém.”

“The deposit (...) in the economic sense means the exchange of a present good or a present service against a future good or a future service. Then it is hardly possible to include the transactions in question under the conception of credit. (...) The depositing of the money in no way means that he has renounced immediate disposal over the utility that it commands” (Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit*, pp. 300-301).

98. Carvalho Santos, referindo-se a Paul Pont, Windscheid, Scheinder e Frick, além de Carvalho de Mendonça, sustenta que “os elementos que melhor distinguem o depósito irregular do mútuo são os fins econômicos que lhe servem de base, o que vale dizer, em última análise, que a intenção das partes é que determina quando seja um e quando seja outro o contrato. De fato, assim acontece. No depósito irregular, o fim principal do contrato é a guarda da coisa, constituindo o uso apenas um fim accidental e acessório; ao passo que no mútuo o uso é o fim principal e direto da convenção” (Carvalho dos Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVIII, pp. 61-62).

99. “(...) não obstante sua proximidade com o mútuo, deste difere pelo poder reconhecido ao depositante de recobrar a coisa *ad nutum* (Código Civil, art. 1.265), uma vez que o depositário há de estar, a todo momento, em situação de restituir o recebido, mantendo à disposição daquele coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 4ª ed., n. 247, pp. 316-317).

ma Corte brasileira no RE 86.257-RJ, que ponderou que “é amplamente dominante na doutrina brasileira a opinião (...) de que (...) o depósito irregular (...) não se confunde com o mútuo” e que a regra que manda aplicar aos contratos de depósito irregular as normas do mútuo “não afasta a aplicação a eles de normas do depósito, como a da obrigação de restituir *ad nutum* do depositante”.¹⁰⁰

No caso dos depósitos bancários, o fato de os bancos emprestarem a devedores-mutuários os recursos financeiros que recebem dos depositantes-correntistas fez com que grande parte dos autores passasse a reconhecer e a sustentar a dupla disponibilidade sobre o dinheiro, a favor do depositante e do banco, simultaneamente. Por um lado, existe sempre a disponibilidade imediata a favor do depositante-correntista que, em qualquer momento, pode recorrer ao banco e retirar quantidade de dinheiro equivalente àquela que originariamente lhe entregou.¹⁰¹ Por outro lado, os bancos emprestam a terceiros (devedores-mutuários) o dinheiro que recebem em depósito. Esta é considerada “a característica mais destacada do depósito bancário”.¹⁰²

Assim, apesar dos diversos entendimentos acerca da natureza jurídica do contrato de depósito bancário, a Doutrina, com raras exceções, reconhece a obrigação fundamental a cargo dos bancos: a restituição do dinheiro aos depositantes.¹⁰³

Jesús Huerta de Soto apresenta uma curiosidade sobre alguns dos autores que defendem a tese contrária: “John Law, Ri-

100. STF, RE 86.257-RJ, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves – “Ementa: Depósito irregular. Ação de depósito. – Não nega vigência ao art. 1.280 do Código Civil o entendimento de que a remissão que esse dispositivo faz aos arts. 1.256 a 1.264 do mesmo Código não transforma o depósito irregular em mútuo. – Recurso extraordinário não conhecido”.

101. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 363.

102. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 367-368.

103. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 360 e 378.

chard Cantillon e Henry Thornton foram banqueiros”. Os três emprestaram os recursos financeiros dos depositantes a terceiros; a inadimplência dos devedores aumentou significativamente em momento de crise; a falta de pagamentos dos débitos fez com que o banco não tivesse condições de restituir o dinheiro aos depositantes; e “todos eles quebraram”.¹⁰⁴ No caso de Richard Cantillon, a apropriação indevida de ativos dos depositantes, “motivou que se interpusessem múltiplas querelas criminais e demandas civis” contra ele, que defendeu-se dizendo: *que recebeu “bens fungíveis” em depósito; que, portanto, sua prática “não constituía um verdadeiro depósito, senão uma operação de crédito que trasladava a completa propriedade e disponibilidade dos mesmos em favor do banqueiro”; e que estava “perfeitamente legitimado a efetuar” aquele tipo de operação, apropriando-se do dinheiro e conferindo a ele a destinação que melhor lhe aprouvesse.*¹⁰⁵

*Este entendimento, além de antiético, propiciaria prática leviana e ilícita. O propósito de ludibriar os depositantes-correntistas seria nítido: os bancos receberiam e tratariam o dinheiro como se fosse mútuo, eliminando a disponibilidade em favor do depositante, mas seguiriam chamando os contratos de depósito, porque, se utilizassem o termo “empréstimo”, os depositantes, que tem a segurança como objetivo principal, tenderiam a não lhes entregar os recursos financeiros para guarda.*¹⁰⁶

14. O depósito bancário, o propósito do depositante-correntista e o direito do consumidor

O assédio dos bancos aos depositantes-correntistas não é recente. No passado, os

104. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 92.

105. F. A. Richard Hayek, *Cantillon (1680-1734)*, cap. XIII – “The Trend of Economic Thinking”, p. 284.

106. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 107.

banqueiros saíam para as praças e ruas, com mesa, cadeira e livro, na busca dos clientes, “aos quais ofereciam serviço de contabilidade e caixa, implementando pagamentos por ordem e conta deles e inclusive pagando juros por tais depósitos”.¹⁰⁷ Portanto, não é recente o objetivo dos bancos de captar o máximo de dinheiro dos depositantes-correntistas (depósito irregular) para emprestá-lo a devedores-mutuários.

Os procedimentos de captação de clientes (depositantes-correntistas), através da oferta da guarda do dinheiro e dos diversos serviços acessórios pelos bancos, evidencia que a relação estabelecida entre as partes também sujeita-se ao Direito do consumidor e ao Direito constitucional (nos países onde a proteção do consumidor está prevista na Constituição). No Brasil, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram o entendimento no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às atividades bancárias.¹⁰⁸

O Princípio da informação, regra basilar do Direito do consumidor, consubstanciado nos arts. 4º, 6º e 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, impõe que os depositantes-correntistas (clientes do banco) sejam informados “quanto a seus direitos e deveres”, bem como sobre “os riscos” oriundos do depósito bancário.¹⁰⁹

107. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 72.

108. STF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, ADI 2.591-DF ED, j. 14.12.2006 – “Ementa: Art. 3º, § 2º, do CDC – Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/1988. Art. 170, V, da CB/1988. Instituições Financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente”.

STJ, Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

109. Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo

Ocorre que os bancos não têm se desincumbido do dever de informação; a maioria dos depositantes-correntistas não tem consciência de que parte do dinheiro que depositam em um banco poderá ser emprestada a terceiros, em benefício da instituição bancária;¹¹⁰ pensam que mantêm a plena e exclusiva disponibilidade sobre o dinheiro.

Nesta linha, sob o prisma do Direito do consumidor, o fato de o banco emprestar os recursos financeiros que recebe do depositante-correntista, instituindo a dupla disponibilidade sobre o dinheiro (a favor do depositante e do banco, simultaneamente), sem informar o consumidor acerca desta prática, é de questionável licitude.

Também sob o prisma do Direito do consumidor, é absoluta e inquestionável a ilicitude da tese de que o depósito bancário teria a natureza de mútuo. Chamar a operação de depósito, para atrair os clientes, mas tratá-

-la como mútuo, eliminando a disponibilidade em favor dos depositantes-correntistas, é conduta imoral, antiética e inescrupulosa.

Com o objetivo de legitimar a exclusiva e livre disponibilidade do banco sobre o dinheiro, alguns autores chegam a sustentar que, ao promoverem o depósito, os depositantes estariam tacitamente provocando a convalidação do depósito bancário em mútuo e abdicando de sua disponibilidade sobre o dinheiro.

A tese não tem nenhuma pertinência: primeiro, porque encontra resistência no art. 147 do Código Civil¹¹¹ e nos arts. 30, 31, 37, § 3º, e 66 do Código de Defesa do Consumidor;¹¹² e segundo, porque a autorização tácita estaria em *confronto com o propósito do depositante (consumidor), que é, acima de tudo, a segurança, que lhe é garantida através da guarda ou da custódia*¹¹³ de seus recursos financeiros.¹¹⁴⁻¹¹⁵

tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes Princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...) IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; (...).”

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta (...) sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...)”

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...) por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; (...)”

110. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 114.

111. CC: “Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

112. CDC: “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) § 3º. Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

“Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.”

113. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 113-114.

114. Carvalho dos Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVIII, pp. 61-62.

Para que o depósito de dinheiro em banco (depósito bancário) fosse convertido em empréstimo de dinheiro ao banco (mútuo), seria indispensável que o depositante-correntista (consumidor) fosse informado pela instituição bancária, abrisse mão de sua disponibilidade sobre o dinheiro¹¹⁶ e concordasse expressamente com a transformação.¹¹⁷

115. TJMG, EI 000.203.942-8/01, Rel. Des. Antônio Hélio Silva – “Ementa: No contrato de depósito bancário, o banco não tem plena disponibilidade sobre o dinheiro dos seus depositantes, pois obriga-se a devolvê-lo, tão logo lhe seja solicitado pelo depositante, o que toma possível a sua restituição na falência, conforme expressa o art. 76 do Decreto-lei n. 7.661/1945.

“Voto do Desembargador Antônio Hélio Silva: O depositante, ao fazer um depósito bancário, acredita que possui duas opções, a saber, ou manter, indefinidamente, o depósito de seus recursos, enquanto deles não necessitar, ou sacar, a qualquer momento, os recursos depositados, quando assim desejar, mesmo nas aplicações de prazo certo, em cuja hipótese o capital aplicado teria que ser entregue, como mera perda dos rendimentos.

“Assim, não pode prevalecer o entendimento de que o depositante transfere a propriedade de seus recursos para o Banco, isto porque a vontade do cliente, de transferir a titularidade de seus recursos, não pode ser presumida, diante dos princípios constitucionais do não confisco e da plena propriedade. No caso dos autos, vontade de transferir não houve, tanto que o autor está pleiteando a devolução de seus recursos.

“O entendimento de que há transferência da propriedade no depósito bancário consiste em verdadeira afronta também ao princípio constitucional da proteção ao consumidor, pois, possibilita enriquecimento sem causa, onera de forma absoluta o depositante consumidor do serviço bancário, e retira a segurança do depositante ou investidor, que o legislador buscou proteger não só com a Lei 6.024/1974, mas também com a Lei 8.078/1990.

“Ora, ninguém em sã consciência deposita o dinheiro conseguido com seu suor, com seu trabalho, com venda de seus bens, ou outros meios lícitos, sabendo que a propriedade está sendo transferida ao banco, e sem pedir qualquer garantia.

“Desta forma, se o depositante não desejou nem sabia da transferência da titularidade do dinheiro, porque não era razoável nem racional que assim entendesse, deveria ser previamente cientificado, em cláusula bem destacada, quer em comunicado escrito do banco, quer no contrato de abertura de conta, desta condição grave, que, sem dúvida, interfere e compromete a vontade de contratar, conforme determina o art. 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor.”

116. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 4ª ed., n. 247, pp. 316-317.

Ainda assim, há autores que sustentam que a anuência do depositante não seria suficiente à conversão do depósito bancário em mútuo, se as demais cláusulas do contrato continuam prevendo “a liberdade de disponibilidade a favor do depositante, o fato de ser este quem toma a iniciativa do contrato e a modicidade dos juros” que recebem.¹¹⁸

Destaque-se, ainda, que as autoridades monetárias dos diversos países (Bancos Centrais), principais responsáveis por assegurar o cumprimento do Princípio da informação do consumidor no mercado financeiro: (a) chamam de depósito, não de mútuo (empréstimo), a relação contratual estabelecida entre os depositantes-correntistas; e (b) não exoneram os bancos de sua obrigação fundamental, a restituição do dinheiro aos depositantes,¹¹⁹ em decorrência da dupla disponibilidade (a favor do depositante e do banco, simultaneamente).

15. Mecanismos para evitar a ampliação da base monetária (inflação) e para assegurar a confiabilidade no sistema financeiro nacional

Existem diferentes mecanismos de controle da expansão de moeda escritural (inflação) e de atribuição de confiabilidade ao sistema bancário nacional. Também há um método paliativo.

Os principais mecanismos são: **(1)** sistema de coeficiente de caixa de 100%; **(2)** sistema de 100% de lastro; **(3)** sistema de reserva fracionária; **(4)** manutenção de determinado nível de capital próprio em suas

117. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 363.

118. “Pero aun en este caso persisten algunas razones que inducen a seguir considerando el contrato como depósito y no como préstamo (por ejemplo, la libertad de disponibilidad a favor del depositante, el ser éste quien toma la iniciativa del contrato, la modicidad del interés, etc.)” (Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 363).

119. Joaquin Garrigues, *Contratos Bancarios*, pp. 360 e 378.

atividades; **(5)** critérios rigorosos para o empréstimo do dinheiro pelos bancos; **(6)** fundo para garantia da restituição do dinheiro aos depositantes; **(7)** reconhecimento do direito de restituição do dinheiro aos depositantes (inclusive mediante vinculação da carteira de créditos da instituição financeira).

Os cinco primeiros são preventivos, porque atuam no momento em que os depósitos ocorrem; os dois últimos funcionam na hipótese de insolvência bancária.

(1), (2) e (3) decorrem de recomendações dos economistas adeptos às diferentes correntes; **(4), (5) e (6)** consistem em orientações do Comitê da Basileia;¹²⁰ **(7)** resulta da experiência jurídica falimentar.

(1) e (2). Os sistemas de coeficiente de caixa de 100% e de 100% de lastro para o depósito são semelhantes em alguns aspectos e, sob o prisma da economia, se contrapõem ao sistema da reserva fracionária.¹²¹

De acordo com o sistema de coeficiente de caixa de 100%, o montante recebido em depósito pelos bancos não pode ser emprestado, permanecendo integralmente sob a custódia da instituição bancária, de modo a assegurar a restituição integral do dinheiro aos depositantes a qualquer tempo. No segundo mecanismo, o dinheiro depositado nos bancos pode ser emprestado. Para tanto, as instituições bancárias devem manter lastro em ouro, em montante correspondente a todos os recursos financeiros recebidos em depósito (100%).¹²² Portanto, nas duas modalidades, a

reserva implementada pela instituição bancária corresponde à integralidade (100%) da quantia que recebeu; na primeira em dinheiro; na segunda sob a forma de lastro real. Este sistema evita a o aumento da quantidade de moeda escritural (inflação) à partir da prática bancária (sucessivos depósitos e empréstimos).

Adeptos da Escola Austríaca de Economia, quatro deles contemplados com o prêmio Nobel de economia, recomendam a adoção destes mecanismos; contudo, apenas no depósito bancário à vista.¹²³ Deste modo, a expansão monetária (inflação) reduziria; o risco de sucessivas crises seria minimizado; e os bancos estariam aptos, a qualquer tempo, a restituir o dinheiro que receberam em depósito à vista, reforçando a confiabilidade dos depositantes-correntistas no sistema financeiro.¹²⁴

(3) O sistema de reserva fracionária veda que determinada fração do dinheiro recebido pelos bancos em depósito seja emprestado, devendo permanecer sob a guarda da própria instituição bancária ou ser repassado ao Banco Central, conforme estabeleça a legislação do país.

123. A Lei de Peel, que serviu de referência para os sistemas bancários de diversos países modernos, editada na Inglaterra em 1844, proibiu a emissão dos então chamados “bilhetes sem respaldo”; entretanto, não vetou o depósito bancário sem lastro, o que fez fracassar a tentativa de conter o aumento desgovernado e ilimitado da quantidade de moeda escritural no mercado. Foi neste contexto que Ludwig von Mises, em 1912, sugeriu ajustes na Lei de Peel e na legislação dos demais países, de modo a que a imposição de lastro também atingisse 100% dos depósitos bancários à vista. Cf. Ludwig von Mises, in Richard M. Ebeling, *Essays by Ludwig von Mises*, pp. 90-91.

124. “(...) ya en nuestro siglo, economistas muy distinguidos como Ludwig von Mises y otros, y al menos cuatro Premios Nobel de Economía (F. A. Hayek, Milton Friedman, James Tobin y Maurice Allais) han defendido en algún momento el establecimiento del coeficiente de caja del 100 por cien para los depósitos a la vista efectuados en la banca” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 557-558 e 210-211).

120. <http://www.bis.org/bcbs/history.htm>, consultado em 16.8.2010.

121. F. A. Hayek, *El Nacionalismo Monetario y la Estabilidad Internacional*, p. 82.

122. “The banks would be obliged at all times to maintain metallic backing for all notes – except for the sum of those outstanding which are not now covered by metal – equal to the total sum of the notes issued and bank deposits opened. That would mean a complete reorganization of central bank legislation. By this act alone, cyclical policy would be directed in earnest toward the elimination of crises” (Ludwig von Mises, in Percy L. Greaves, *On the Manipulation of Money and Credit*, Percy L. Greaves (ed.), New York, Freemarket Books, 1978, pp. 167-168).

O percentual, fixado a partir de estudo de probabilidade,¹²⁵ deve ser suficiente para satisfazer os pedidos de restituição (saques ou transferências) implementados diariamente pelos depositantes-correntistas.¹²⁶ A fração pode variar para os depósitos à vista e à prazo (que inclui aqueles em poupança); a tendência é que sejam maiores no caso dos primeiros, porque a restituição do dinheiro geralmente é pleiteada pelo depositante em menos tempo. No Brasil, optou-se por estabelecer limites máximos para o repasse *compulsório* (100% para os depósitos à vista e 60% para os depósitos à prazo).¹²⁷

Quanto maior o percentual da reserva fracionária, menos dinheiro poderá ser emprestado pelo banco. Duas são as consequências. Primeiro: a instituição bancária

125. "El elemento de la custodia viene a ser sustituido en el depósito bancario por el elemento técnico del cálculo de probabilidades respecto de las retiradas de los depósitos. Este cálculo de probabilidades descansa a su vez en el carácter de operaciones en masa que tienen los depósitos bancarios" (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 375).

126. Diariamente, os depositantes solicitam restituição de parte de seus recursos financeiros aos bancos. Este fato provoca a falsa impressão de que haveria movimentação efetiva de dinheiro entre o Banco Central e a instituição bancária, a título de restituição do percentual repassado "compulsoriamente". Todavia, não é o que ocorre, porque, a cada dia, os bancos não apenas devolvem dinheiro, mas também recebem novos depósitos, de modo que os números se compensam, fazendo com que haja apenas a transferência eletrônica da diferença entre o Banco Central e as instituições bancárias.

127. Lei 4.595/1964: "Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: (...) III – determinar o recolhimento de até 100% (cem por cento) do total dos depósitos à vista e de até 60% (sessenta por cento) de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo: a) adotar percentagens diferentes em função: 1 – das regiões geoeconômicas; 2 – das prioridades que atribuir às aplicações; 3 – da natureza das instituições financeiras; b) determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido reaplicados em financiamentos à agricultura, sob juros favorecidos e outras condições por ele fixadas".

estará em melhores condições para atender os pedidos de restituição (saques e transferências) dos depositantes-correntistas. Segundo: haverá redução mais expressiva do ritmo de ampliação da quantidade de moeda escritural (inflação) produzida a partir da prática bancária (sucessivos depósitos e empréstimos).

O mecanismo da reserva fracionária é visto como eficiente e suficiente pelos adeptos da Escola Keynesiana e rechaçado por aqueles vinculados à Escola Austríaca de Economia, ao menos no caso dos depósitos à vista.¹²⁸

(4) O quarto método, calcado em normas ditadas pelo Comitê da Basileia de Supervisão Bancária, consiste na imposição aos bancos de que mantenham determinado nível de capital próprio em suas atividades, de modo a que, em caso de perdas, estas sejam absorvidas pela instituição bancária, antes de se atingir os recursos financeiros dos depositantes.¹²⁹

Assim, além do dinheiro capitado através de depósito, os bancos são obrigados a manter determinado volume de recursos financeiros próprios, aportados previamente por seus acionistas, cujo nível mínimo é estabelecido pela autoridade monetária de cada país, observados os parâmetros traçados pelo

128. Maurice Allais, "Les conditions monétaires d'une économie de marchés: des enseignements du passé aux réformes de demain", *Revue d'Économie Politique* 3/326, mai-jul/1993.

129. "In 1988, the Committee decided to introduce a capital measurement system commonly referred to as the Basel Capital Accord. This system provided for the implementation of a credit risk measurement framework with a minimum capital standard of 8% by end-1992. Since 1988, this framework has been progressively introduced not only in member countries but also in virtually all other countries with internationally active banks. In June 1999, the Committee issued a proposal for a revised Capital Adequacy Framework. The proposed capital framework consists of three pillars: minimum capital requirements, which seek to refine the standardized rules set forth in the 1988 Accord; supervisory review of an institution's internal assessment process and capital adequacy; and effective use of disclosure to strengthen market discipline as a complement to supervisory efforts" (in <http://www.bis.org/bcbs/history.htm>, consultado em 16.8.2010).

Comitê da Basileia. O objetivo é “reduzir o risco de perda dos depositantes, credores e outros investidores”.¹³⁰

(5) O risco de inadimplência é inerente à atividade bancária de empréstimo de dinheiro. Para reduzir os índices de devedores-mutuários que não pagam o que devem, o Comitê da Basileia dita normas estabelecendo que os bancos observem critérios rigorosos para emprestar o capital próprio e o dinheiro captado junto aos depositantes-correntistas.¹³¹ A celebração de mútuo apenas com aqueles que efetivamente tenham condições de pagar seus débitos reduz o percentual de mutuários inadimplentes e, conseqüentemente, afasta o risco de não haver dinheiro para restituir aos depositantes.¹³²

A principal regra produzida pelo Comitê da Basileia sobre este tema (*Core Principles for Effective Banking Supervision*) contém vários Princípios, sendo três os de maior relevância: o primeiro estabelece que os bancos devem ter “critérios bem definidos para a concessão de créditos”, o que inclui a definição da fonte dos recursos que o mutuário pretende utilizar para pagamento de seu débito. O segundo dispõe que as instituições bancárias devem limitar a quantidade de dinheiro que será disponibilizada para um mesmo mutuário ou pessoas vinculadas a ele. O terceiro determina que os bancos mantenham “processo bem definido” de “aprovação

de novos créditos, bem como de aditivos, renovações e refinanciamento de créditos já existentes”.¹³³ A norma também recomenda que os bancos centrais imponham aos bancos o cumprimento de regras contábeis definidas, de modo a que os livros e documentos dos bancos sejam transparentes e claros.¹³⁴

(6) O sexto mecanismo, que visa à afastar ou reduzir o prejuízo dos depositantes, também ditado pelo Comitê da Basileia,¹³⁵ consiste no fundo garantidor, que enquadra-se no modelo de *seguro-garantia*,¹³⁶ no qual “o segurador se obriga, perante o segurado, mediante o pagamento de certa quantia, a lhe garantir a indenização dos prejuízos resultantes dos riscos previstos”.¹³⁷ Nesta linha, o fundo (segurador) se obriga perante o depositante (segurado), mediante o repasse de certa quantia (prêmio) pelo banco (ordenador), a lhe restituir total ou parcialmente os recursos que depositara na instituição bancária (indenização) que quebrou (risco).¹³⁸

133. *Principles for the Assessment of Banks' Management of Credit Risk, Core Principles for Effective Banking Supervision - 2006 Review*, in <http://www.bis.org/publ/bcbs129.pdf>, consultado em 16.8.2010.

134. *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basle Committee on Banking Supervision, set./1997, in <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

“Principle 22 – Accounting and disclosure: Supervisors must be satisfied that each bank maintains adequate records drawn up in accordance with accounting policies and practices that are widely accepted internationally, and publishes, on a regular basis, information that fairly reflects its financial condition and profitability” (*Core Principles for Effective Banking Supervision – 2006 Review*, in <http://www.bis.org/publ/bcbs129.pdf>, consultado em 16.8.2010).

135. *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basle Committee on Banking Supervision, set./1997, in <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

136. Decreto-lei 73/1966: “Art. 3º. Consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias”.

137. Domingos Afonso Kriger Filho, *O Contrato de Seguro no Direito Brasileiro*, p. 15.

138. Iran Siqueira Lima, *Mercado Financeiro: Aspectos Históricos e Conceituais*, pp. 61-62.

130. *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basle Committee on Banking Supervision, set./1997, in <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

131. *Principles for the Management of Credit Risk*, set./2000, in <http://www.bis.org/publ/bcbs75.htm>, consultado em 16.8.2010.

132. “Si se trata del riesgo que afecta a la ‘seguridad’ del activo/pasivo financiero, la ‘disponibilidad’ supondrá el equivalente de la solvencia, que se logrará a través de una inversión prudente de los fondos depositados; de los recursos propios y ajenos de la Entidad de crédito; una inversión lo suficientemente líquida como para estar el banco, en todo momento, en situación de restituir aquella suma” (José Luís Garcia Pita y Lastres, in Ubaldo Nieto Carol, *Contratos Bancarios y Parabancarios*, p. 906).

Note-se que, na garantia, o garantidor se compromete a adimplir, em favor do beneficiário, obrigação do ordenador.¹³⁹ É o que ocorre *in casu*. O banco tem obrigação legal e contratual de restituir ao depositante a quantia que recebeu em depósito à vista ou à prazo. Contudo, tal obrigação será adimplida, total ou parcialmente, pelo fundo, na hipótese de quebra da instituição bancária. Três figuras estão envolvidas: ordenador (o banco, que repassou recursos ao fundo, durante o período que estava em funcionamento); segurador-garantidor (o fundo, que restitui parcial ou totalmente o dinheiro depositado no banco, na hipótese de quebra); e beneficiário (os depositantes). Ao adimplir a obrigação de restituir o dinheiro, o fundo sub-roga-se¹⁴⁰ nos direitos dos depositantes junto ao banco quebrado (massa liquidanda ou falida),¹⁴¹ contra quem pode voltar-se em regresso. Para tanto, é indispensável que comprove que efetivamente restituiu o dinheiro aos depositantes.

As regras ditadas pelo Comitê da Basileia de Supervisão Bancária estabelecem

139. Câmara Internacional do Comércio: “Qualquer garantia ou outro instrumento escrito, emitido ou firmado pelo Garantidor em favor do Beneficiário, através do qual o Garantidor, em caso de inadimplemento, se compromete: I – a pagar ou satisfazer qualquer reivindicação ou direito a reparação de danos, compensação ou outra obrigação financeira até o valor da garantia; ou II – a pagar ou satisfazer tal reivindicação ou direito até o valor da garantia, de acordo com a opção do garantidor para adimplir ou cumprir o contrato ou qualquer obrigação contratual”.

140. “Por subrogação entende-se a ‘transferência dos direitos de credor para aquele que solveu a obrigação ou emprestou o necessário para solvê-la’. Segundo essa definição, compreende-se que há casos em que, não sendo a obrigação solvida pelo devedor, outra pessoa a solveu. Os direitos que tinha o credor quanto à prestação passam desse modo, para aquele que, em lugar do devedor, efetuou referida prestação, extinguindo-se, assim, a obrigação em relação ao credor primitivo, mas continuando o vínculo obrigacional entre o devedor e aquele que substituiu o credor” (Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 14ª ed., p. 26).

141. CC: “Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”.

que o repasse, pela coletividade dos bancos em funcionamento, de pequeno percentual do dinheiro recebido em depósito¹⁴² “é obrigatória ao invés de voluntária” e o fundo garantidor é criado e gerido por órgão do governo, pelo Banco Central ou por associação de bancos.¹⁴³

A extensão da cobertura do risco pelo fundo garantidor varia conforme as regras vigentes em cada país, que definem o valor máximo ou o percentual do dinheiro depositado que o fundo garantidor disponibilizará aos depositantes, em caso de quebra da instituição bancária. Os limites podem ser estabelecidos em valor (máximo de US\$ 50.000,00, por exemplo) ou percentual (20% independente do montante depositado, por exemplo). A oscilação pode ocorrer nos dois modelos, mediante a elevação do valor máximo ou do percentual; é possível até mesmo que a cobertura seja integral, abarcando todo o montante depositado. Na prática, o modelo mais utilizado pelos países é o do limite de valor, geralmente não muito elevado.¹⁴⁴

No Brasil, o mecanismo do fundo para garantia da restituição do dinheiro aos depositantes é exercitado pelo FGC – Fundo Garantidor de Créditos, estruturado sob a forma de associação, formada pelos bancos em funcionamento.¹⁴⁵ Atualmente, a cober-

142. http://www.bis.org/publ/bcbs156_es.pdf, consultado em 1.7.2010.

143. <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

144. <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010.

145. Estatuto Social do FGC – Fundo Garantidor de Créditos brasileiro:

“Capítulo I – Da Denominação, do Objeto, da Sede e do Prazo

“Art. 1º. O Fundo Garantidor de Créditos – FGC é uma associação civil sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, regida pelo presente estatuto e pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis. Parágrafo único. O FGC não exerce qualquer função pública, inclusive por delegação.

“Art. 2º. O FGC tem por objeto prestar garantia de créditos contra as instituições associadas, referidas no art. 6º, nas hipóteses de: I – decretação da interven-

tura do risco tem o valor máximo de R\$ 70.000,00.¹⁴⁶

(7) O sétimo mecanismo, atrelado aos objetivos do BIS e do Comitê da Basileia de Supervisão Bancária de “manter a estabilidade e a confiança no sistema financeiro, reduzindo o risco de perda dos depositantes”¹⁴⁷ resulta da experiência jurídica falimentar. Trata-se de providência que cabe aos órgãos legislativos, administrativos e judiciários de cada país, de modo que, durante o processo de liquidação ou falência da instituição bancária, o dinheiro recuperado pela massa (liquidanda ou falida) seja destinado prioritariamente à restituição aos depositantes.

O direito à restituição do dinheiro depositado no banco, no caso de quebra (liquidação extrajudicial ou falência), pode constar de dispositivo legal expreso, fazendo

ção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição associada; II – reconhecimento, pelo Banco Central do Brasil, do estado de insolvência de instituição associada que, nos termos da legislação em vigor, não estiver sujeita aos regimes referidos no inciso I; III – ocorrência de situações especiais, não enquadráveis nos incisos I e II, mediante prévio entendimento entre o Banco Central do Brasil e o FGC.

“Parágrafo único. O FGC, por efetuar o pagamento de dívidas de instituições associadas, tem o direito de reembolsar-se do que pagou nos termos do art. 346, inciso III, do Código Civil” (in http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=20, consultado em 16.11.2010).

146. Regulamento do FGC – Fundo Garantidor de Créditos brasileiro: “Art. 2º. São objeto da garantia proporcionada pelo FGC os seguintes créditos: (...) § 2º. O total de créditos de cada pessoa contra a mesma instituição associada, ou contra todas as instituições associadas do mesmo conglomerado financeiro, será garantido até o valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais)” (valor alterado pela Resolução 3.931 do CMN, de 3.12.2010) (in http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=179, consultado em 12.1.2012).

147. “In drawing up these core principles for effective banking supervision the following precepts are fundamental: (...) the key objective of supervision is to maintain stability and confidence in the financial system, thereby reducing the risk of loss to depositors and other creditors” (*Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basle Committee on Banking Supervision, set./1997, in <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?noframes=1>, consultado em 16.8.2010).

desaparecer fortes embates doutrinários e jurisprudenciais, em diversos países, acerca da natureza jurídica do contrato de depósito bancário, da propriedade do dinheiro e do direito do depositante de pleitear a devolução dos recursos financeiros.

Na Europa, por exemplo, há notícia de decisões, na França e na Espanha, determinando a restituição do dinheiro aos depositantes, antes do pagamento dos credores, no caso de quebra da instituição bancária depositária.¹⁴⁸ Na Inglaterra, diversamente, os Tribunais parecem tratar os depositantes como credores, sem qualquer preferência

148. “(...) un fallo del Tribunal de París de 12 de junio de 1927 condenó a un banquero por el delito de apropiación indebida por haber utilizado, siguiendo la práctica común bancaria, los fondos que había recibido en depósito de su cliente. Otro fallo del mismo Tribunal, de 4 de enero de 1934, mantuvo la misma posición. (...) Igualmente, y al producirse en España la quiebra del Banco de Barcelona, el Juzgado de Primera Instancia del norte de esa capital, ante la reclamación de los cuentacorrentistas del banco que demandaban ser clasificados en la quiebra como titulares de un depósito, dictó una sentencia en la que reconocía a los imponentes como depositantes, y por tanto su carácter preferente de acreedores de dominio. La sentencia se basó en que el derecho de los bancos a hacer uso del dinero de las cuentas corrientes en metálico está forzosamente limitado por la obligación de tener de una manera constante los fondos de dichas cuentas a disposición del cuentacorrentista, por lo que esta limitación legal en la disponibilidad impedía admitir que los fondos depositados en una cuenta corriente pudieran ser considerados por el Banco como de su exclusiva pertenencia. Aunque el Tribunal Supremo español no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el caso concreto de la quiebra del Banco de Barcelona, una sentencia de nuestro más alto Tribunal de 21 de junio de 1928 llegó a una conclusión muy semejante concluyendo que “según los usos y costumbres mercantiles reconocidos y admitidos por la jurisprudencia, el contrato de depósito de dinero consiste en la imposición de cantidades, que quien la recibe, si bien no contrae la obligación de conservar para el imponente el mismo metálico o valores entregados, sí debe tener a su disposición el importe de lo entregado, a fin de devolvérselo, total o parcialmente, en el momento en que el interesado lo reclame, no adquiriendo en su virtud el que los posee la libre disposición de las mismas, ya que, obligado a reintegrarlas en el momento que se le pidan, ha de conservar constantemente numerarios suficientes para satisfacerlas” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, pp. 16-17).

(quirografários).¹⁴⁹ No Brasil, há decisões em ambos os sentidos, sendo o Banco Central o principal opositor dos depositantes.¹⁵⁰

149. "The basic principle is that the relationship created by the deposit of money with a bank by a customer is that of debtor and creditor. Money, when paid into a bank, ceases to be the money of the depositor; it is the bank's money to deal with as its own. One consequence of this is that on the bank's insolvency the depositor's rights are generally those of an unsecured creditor, even in the case of a 'trust' account" (William Blair QC, in Ross Cranston, *European Banking Law: the Banker-Customer Relationship*, p. 12).

150. STJ, REsp 501.401-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito: "Ementa: Instituição bancária. Falência. Restituição do depósito. Art. 76 da Lei de Falências. 1. No contrato de depósito bancário o depositante não tem a cobertura do art. 76 da Lei de Falências. 2. Recurso especial conhecido e provido."

TJMG, ACi 1.0024.05.878443-0/002(1), Rel. Des. Caetano Levi Lopes: "Ementa: Embargos infringentes em apelações cíveis. Habilitação de crédito. Depósito em conta-corrente bancária. Natureza. Restituição devida. Embargos infringentes acolhidos. 1. A relação jurídica que tem por objeto o numerário depositado em conta-corrente bancária tem natureza jurídica de contrato de depósito porque a propriedade continua com o depositante. Este pode, sem qualquer prazo ou aviso prévio, exigir a restituição, além de não receber remuneração. 2. Em decorrência da natureza mencionada, tem pertinência, por analogia *iuris*, a aplicação da Súmula n. 417 do egrégio Supremo Tribunal Federal. Assim, no caso de falência, é devida a restituição. 3. Embargos infringentes conhecidos e acolhidos para negar provimento à apelação e manter a sentença que julgou procedente a pretensão inicial".

Voto do Des. Nilson Reis: "O pedido de restituição refere-se a depósito bancário efetuado pelo apelado, na qualidade de correntista do banco falido.

"Especificamente, no depósito bancário, há certas particularidades, dentre elas, a obrigação do banco em restituir, *ad nutum*, o valor depositado. Neste sentido, a instituição depositária adquire apenas o gozo da quantia depositada, o que lhe possibilita efetuar empréstimo a terceiros, mas com disponibilidade, portanto, limitada sobre a mesma, isto é, deve restituí-la *ad nutum*, assim que requisitada pelo depositante. Em outras palavras, a propriedade/titularidade do depositante prevalece na sua disponibilidade sobre a do depositário (instituição bancária/financeira). A instituição bancária é, então, guardiã do dinheiro, que é do depositante, do correntista."

TJMG, EI 000.203.942-8/01, Rel. Des. Antônio Hélio Silva: "Ementa: Falência – Depósito Bancário – Restituição – Possibilidade. No contrato de depósito bancário, o banco não tem plena disponibilidade sobre o dinheiro dos seus depositantes, pois obriga-se a devolvê-lo, tão logo lhe seja solicitado pelo depositante, o que

16. Método paliativo, artificial e ineficiente de controle da inflação: elevação da taxa básica de juros

Existe um método paliativo de controle da expansão de moeda escritural (inflação), tão artificial quanto ineficiente, muito utilizado em países em desenvolvimento: a elevação da taxa básica de juros, que serve de norte para as operações de empréstimo bancário.

Nesta sistemática, a elevação dos juros provoca o aumento do custo do empréstimo bancário de dinheiro, fazendo com que, temporariamente, menos operações

torna possível a sua restituição na falência, conforme expressa o art. 76 do Decreto-lei 7.661/1945".

Voto do Des. Antônio Hélio Silva: "O depositante, ao fazer um depósito bancário, acredita que possui duas opções, a saber, ou manter, indefinidamente, o depósito de seus recursos, enquanto deles não necessitar, ou sacar, a qualquer momento, os recursos depositados, quando assim desejar, mesmo nas aplicações de prazo certo, em cuja hipótese o capital aplicado teria que ser entregue, como mera perda dos rendimentos.

"Assim, não pode prevalecer o entendimento de que o depositante transfere a propriedade de seus recursos para o Banco, isto porque a vontade do cliente, de transferir a titularidade de seus recursos, não pode ser presumida, diante dos princípios constitucionais do não confisco e da plena propriedade. No caso dos autos, vontade de transferir não houve, tanto que o autor está pleiteando a devolução de seus recursos.

"O entendimento de que há transferência da propriedade no depósito bancário consiste em verdadeira afronta também ao princípio constitucional da proteção ao consumidor, pois, possibilita enriquecimento sem causa, onera de forma absoluta o depositante consumidor do serviço bancário, e retira a segurança do depositante ou investidor, que o legislador buscou proteger não só com a Lei 6.024/1974, mas também com a Lei 8.078/1990.

"Ora, ninguém em sã consciência deposita o dinheiro conseguido com seu suor, com seu trabalho, com venda de seus bens, ou outros meios lícitos, sabendo que a propriedade está sendo transferida ao banco, e sem pedir qualquer garantia.

"Desta forma, se o depositante não desejou nem sabia da transferência da titularidade do dinheiro, porque não era razoável nem racional que assim entendesse, deveria ser previamente cientificado, em cláusula bem destacada, quer em comunicado escrito do banco, quer no contrato de abertura de conta, desta condição grave, que, sem dúvida, interfere e compromete a vontade de contratar, conforme determina o art. 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor."

financeiras desta natureza sejam praticadas. Consequentemente, haveria a diminuição do ritmo da expansão da quantidade de moeda escritural (inflação), produzida à partir da sistemática bancária (sucessivos depósitos e empréstimos).

Este sistema é artificial, porque não reduz diretamente a quantidade de dinheiro que os bancos dispõem para empréstimo, como nos mecanismos do coeficiente de caixa de 100%; de 100% de lastro; e de reserva fracionária. A elevação da taxa de juros somente faz desestimular e desencorajar temporariamente as pessoas de recorrerem a empréstimo bancário. Em momento imediatamente posterior, a grande quantidade de recursos financeiros disponíveis para empréstimo faz com que a taxa de juros volte a cair expressivamente (lei da oferta e da procura), provocando aumento, ainda mais intenso, da inflação.

Este método paliativo também é absolutamente ineficiente quanto aos propósitos de assegurar segurança aos depositantes-correntistas e atribuir confiabilidade ao sistema bancário nacional. É que, durante o período em que a taxa de juros do empréstimo bancário permanece elevada: é grande a dificuldade do devedor de pagar o que deve; e é alto o risco de inadimplência.

17. Juros nos empréstimos de dinheiro aos entes públicos: taxa Selic

Os Estados, principalmente aqueles que não primam pelo controle de suas contas (gastam mais do que arrecadam) e não praticam a poupança, precisam recorrer ao empréstimo de dinheiro para custeio dos gastos públicos.

A captação dos recursos geralmente implementa-se em dois ambientes (o internacional e o nacional), através de dois mecanismos (a emissão de títulos da dívida pública ou a obtenção de empréstimos).

Nesta linha, os Estados, pessoas de Direito internacional público, podem obter dinheiro emprestado junto a outros Estados

ou Organizações Internacionais (endividamento externo).

Por outro lado, o Estado, através das pessoas jurídicas estatais (entes públicos de Direito interno),¹⁵¹ pode: (a) emitir títulos da dívida pública e distribuí-los nos mercados nacional ou externos¹⁵² ou obter recursos através de empréstimo (mútuo) celebrado com bancos nacionais (endividamento interno).

Estes fatos desencobrem duas realidades.

Primeira: Os juros que a República Federativa do Brasil paga nos empréstimos (mútuo) contratados no ambiente internacional, ou mesmo nos títulos da dívida pública lançados no exterior, são módicos, se comparados à taxa SELIC, que é a taxa básica de juros que o Estado brasileiro, através da União e demais entes públicos, desembolsa na captação de dinheiro no mercado interno.

Consequentemente, a opção pelo endividamento interno em detrimento do externo custa muito mais caro ao Brasil, que deixa de implementar investimentos necessários em “saúde, educação, assistência social, agricultura, segurança pública, cultura, urbanismo, habitação, saneamento, gestão ambiental, ciência e tecnologia, organização agrária, energia e transportes” para pagar juros, apurados com base na taxa SELIC, às instituições financeiras com sede no Brasil.¹⁵³

151. José Enrique Gomá Salcedo, *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, p. 297.

152. *O mecanismo é semelhante ao da emissão e distribuição de ações pelas companhias abertas, como meio de captação de recursos.*

153. “Os trabalhos do grupo da auditoria cidadã ainda apuraram que desde 2005, o governo brasileiro vem resgatando antecipadamente títulos da dívida externa, foram US\$ 15,5 bilhões ao FMI, US\$ 1,7 bilhão ao Clube de Paris, resgate de US\$ 6,64 bilhões de títulos Bradies e troca de US\$ 4,4 bilhões de títulos C-Bond por A-Bond, mas por outro lado, houve emissão de um trilhão de reais em títulos da dívida interna, o que significa que a dívida externa esta sendo trocada por dívida interna, e com o agravante de as taxas de juros destes últimos serem maiores que os títulos resgatados antecipadamente, em média 19,1% ao ano em 2005 contra 4% do FMI e média de 6% dos Bradies. (...) Assim, comprova-se a

Segunda: O Estado brasileiro, através da União e demais entes públicos, obtém recursos emprestados, mediante o pagamento de juros com base na taxa SELIC, e os aporta em bancos estatais, como o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento e a CEF – Caixa Econômica Federal.¹⁵⁴ Estes, por sua vez, emprestam vultosas quantias do dinheiro a grupos econômicos privados, *escolhidos discricionariamente pelos dirigentes da instituição financeira (independente de licitação), com a incidência de taxas de juros inferiores à SELIC*; foi o que ocorreu, em larga escala, nas privatizações promovidas pelo governo brasileiro no passado. Esta prática provoca prejuízo ao país e enriquece as instituições privadas beneficiadas com os empréstimos.

Portanto, além de artificial e ineficiente, a elevação da taxa básica de juros, como método paliativo de controle da expansão de

má gestão dos recursos públicos uma vez que recursos financeiramente mais baratos estão sendo resgatados antecipadamente enquanto há emissão de novos títulos com custos elevados e em maior número. (...)

“Ainda segundo Carneiro (2006) outro trabalho realizado é o acompanhamento do orçamento da União a fim de apurar uma comparação entre os gastos com o serviço da dívida e os gastos com as áreas sociais. Em 2005, por exemplo, os gastos totais com a dívida interna e externa somaram R\$ 139 bilhões de reais enquanto os gastos com saúde, educação, assistência social, agricultura, segurança pública, cultura, urbanismo, habitação, saneamento, gestão ambiental, ciência e tecnologia, organização agrária, energia e transportes somou R\$ 99 bilhões. E mesmo com todos estes pagamentos, a dívida interna continua a subir e chegou ao patamar de R\$ 1,109 trilhão em julho de 2006. Deste modo a parcela da população que necessita destes gastos sociais é a que mais ‘paga’, pois suas condições de sobrevivência são muito prejudicadas pelo alto custo da dívida, enquanto a parcela da população que compra os títulos da dívida não tem interesse que a dívida acabe, pois continua a financiar o Estado e consequentemente, mantém e aumenta seu padrão de vida” (Wickert, *Crise. Endividamento Externo no Brasil: Origens e Consequências (1964-2006)*, in <http://tcc.bu.ufsc.br/Economia293379>).

154. “Además, veremos cómo, en otras circunstancias, las autoridades no sólo han concedido privilegios a los banqueros para que actuaran impunemente a cambio de favores explícitos, sino que incluso han creado bancos de titularidad pública para aprovecharse directamente de los correspondientes beneficiarios” (Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, p. 37).

moeda escritural (inflação), traz distorções nas contas públicas, compromete investimentos estatais importantes para a população e consiste em mecanismo de transferência disfarçada de dinheiro público para grupos econômicos privados.

18. Aplicação irregular e ilícita dos recursos do FGC

No Brasil, o fundo para garantia da restituição do dinheiro aos depositantes, constituído por recomendação do Comitê da Basileia, estruturou-se sob a forma de associação (sem fins lucrativos), formada pelos bancos em funcionamento no país: o FGC – Fundo Garantidor de Créditos.¹⁵⁵

No início 2010, o FGC dispunha de cerca de 26 bilhões de reais (R\$ 26.000.000.000,00)¹⁵⁶ para aplicar na atividade que consiste em seu objeto social, qual seja, “prestar garantia de créditos contra as instituições associadas” (seguro-garantia), restituindo àqueles que depositaram dinheiro nos bancos associados o montante de até R\$ 70.000,00,¹⁵⁷ na hipótese de “decretação da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição associada”.¹⁵⁸

155. http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf?no_frames=1, consultado em 16.8.2010.

156. In http://www.fgc.org.br/libs/download_arquivo.php?ci_arquivo=140, consultado em 12.1.2011.

157. Regulamento do FGC – Fundo Garantidor de Créditos brasileiro: “Art. 2º. São objeto da garantia proporcionada pelo FGC os seguintes créditos: (...) § 2º. O total de créditos de cada pessoa contra a mesma instituição associada, ou contra todas as instituições associadas do mesmo conglomerado financeiro, será garantido até o valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais)” (valor alterado pela Resolução 3.931 do CMN, de 3.12.2010) (http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=179, consultado em 12.1.2012).

158. Estatuto Social do FGC – Fundo Garantidor de Créditos brasileiro:

“Capítulo I – Da Denominação, do Objeto, da Sede e do Prazo

“Art. 1º. O Fundo Garantidor de Créditos – FGC é uma associação civil sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, regida pelo presente

Considerando que sua atividade é eminentemente securitária (seguro-garantia), o FGC deveria submeter-se à regulação do CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados e à fiscalização da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, reservando os recursos recebidos dos bancos associados (prêmio) para indenização dos depositantes-correntistas, no caso de quebra do banco associado (sinistro).

Contudo, isso não vem ocorrendo, na medida em que o FGC: (a) vem emprestando grande parte do dinheiro (o estatuto não contempla o empréstimo de dinheiro no objeto do FGC); (b) sem a cobrança de juros; (c) a sociedades não bancárias e que sequer são associadas ao FGC; (d) a fundo perdido (a maior parte dos recursos é lançada como perda nos documentos contábeis do FGC); (e) independente da “decretação da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência”; e (f) sem vinculação direta do dinheiro emprestado à restituição àqueles que haviam depositado dinheiro no banco.

Portanto, no Brasil, o FGC já comprometeu e deve continuar comprometendo elevado percentual das reservas destinadas à indenização daqueles que depositaram seus recursos nos demais bancos do país, nas hipó-

estatuto e pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis.

“Parágrafo único. O FGC não exerce qualquer função pública, inclusive por delegação.

“Art. 2º. O FGC tem por objeto prestar garantia de créditos contra as instituições associadas, referidas no art. 6º, nas hipóteses de: I – decretação da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição associada; II – reconhecimento, pelo Banco Central do Brasil, do estado de insolvência de instituição associada que, nos termos da legislação em vigor, não estiver sujeita aos regimes referidos no inciso I; III – ocorrência de situações especiais, não enquadráveis nos incisos I e II, mediante prévio entendimento entre o Banco Central do Brasil e o FGC.

“Parágrafo único. O FGC, por efetuar o pagamento de dívidas de instituições associadas, tem o direito de reembolsar-se do que pagou nos termos do art. 346, inciso III, do Código Civil” (in http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=20, consultado em 16.11.2010).

teses de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

Esta prática ocorreu no episódio do Banco Panamericano S/A, no qual 3,8 bilhões de reais (R\$ 3.800.000.000,00),¹⁵⁹ dos 26 bilhões de reais (R\$ 26.000.000.000,00) que o FGC mantinha reservado para indenizar os depositantes das diversas instituições bancárias brasileiras,¹⁶⁰ foi emprestado¹⁶¹ para a Silvio Santos Participações Ltda.¹⁶²

Posteriormente, em junho de 2011, noticiou-se que o FGC voltaria a emprestar 800 milhões de reais (R\$ 800.000.000,00), para que o Banco BMG S/A adquirisse o controle do Banco Schahin S/A.¹⁶³ *Revelando que tal prática se repetirá e passará a ser constante*, o FGC divulgou, em novembro de 2011, o empréstimo de 3 bilhões de reais (R\$ 3.000.000.000,00) ao Banco Cruzeiro do Sul S/A.¹⁶⁴

Diante destas práticas, é evidente a insuficiência do FGC para afastar o “risco de perda dos depositantes” e evitar a perda de confiabilidade no sistema financeiro nacional.

19. Conclusões

As pessoas estão acostumadas a assistir notícias, principalmente aquelas atinentes à economia e às finanças, sem em nada compreendê-las. Firmam os olhos, mas não lhes

159. In www.fgc.org.br, consultado em 12.6.2011.

160. In http://www.fgc.org.br/libs/download_arquivo.php?ci_arquivo=140, consultado em 12.1.2011.

161. In http://www.fgc.org.br/libs/download_arquivo.php?ci_arquivo=128#search=seguro, consultado em 7.9.2011.

162. In <http://www.fazenda.gov.br/resenhaelettronica/MostraMateria.asp?page=&cod=681443>, consultado em 1.9.2011.

163. In <http://200.189.161.92/pt/247/674/4606/BMG-compra-Banco-Schahin-com-ajuda-obscura-do-FGC.htm>, consultado em 10.1.2012.

164. In <http://www.valor.com.br/financas/1097600/fgc-da-linha-de-r-3-bi-ao-cruzeiro-do-sul>, consultado em 10.1.2012.

aplicam as mentes e tampouco os corações. Mas ainda há tempo para se indignarem e mudarem.

O ser humano tem “dois centros de compreensão”: o primeiro é o “computador, a cabeça, as ideias; podemos chamá-lo de centro intelectual: ele processa informações relacionadas com a lógica”; o “outro é o centro emocional”, que “se relaciona com os sentimentos, com as coisas profundas da existência, com as verdades eternas e universais, com a criatividade e com a intuição”.¹⁶⁵

“O intelecto é simplesmente uma ferramenta, mas é no coração que estão as grandes motivações humanas, suas realidades mais profundas, aquilo que faz mais feliz ou infeliz às pessoas, o mais importante de tudo. Por isso, o intelecto deve servir para fazer feliz o ser humano, mas muitos dos aqui chamados ‘inteligentes’ acreditam que é ao inverso, que o homem deve servir aos frios cálculos celebrais feitos por eles, baseando-se em dados ou teorias superficiais, e não podem ver o importante, o transcendente: a felicidade humana”.¹⁶⁶

Nesta linha, o estudo em geral, e a *Análise Jurídica da Economia* em particular, seriam de nenhum sentido, se não tivessem o objetivo maior e principal de “alcançar uma forma de organização benevolente, afetuosa, justa para todos, equitativa”. Ademais, sem adequada aplicação prática, a pesquisa seria mero instrumento de “mau uso da ciência e da tecnologia”.¹⁶⁷

Para combater as várias e severas doenças que acometem as pessoas, os diversos laboratórios cuidam de desenvolver, fabricar e comercializar remédios; alguns saudáveis, outros não. Na busca da felicidade e do bem-estar, as ciências farmacêutica, médica e

jurídica, em conjunto, implementam análises que resultam na permissão ou proibição de uso dos medicamentos.

Da mesma forma, o mundo vem experimentando diversas e sucessivas enfermidades de ordem econômica e financeira, que atingem as pessoas em bloco. São exemplos, a especulação e a ampliação exagerada da base monetária (quantidade de dinheiro em circulação nos países). Para enfrentar os diversos problemas e crises, alguns economistas cuidam de desenvolver e propor teorias e práticas; alguns “saudáveis”, outros não. Na busca do que é admissível, justo, correto e equilibrado, as ciências econômica, contábil e jurídica, em conjunto, tem o dever de examinar as propostas, de modo a acolhê-las, rechaça-las ou ajustá-las.

Trata-se da *Análise Jurídica da Economia*, objeto deste artigo, desenvolvida através de pesquisa acadêmica e trabalho prático; a nível internacional e interno; a partir da análise do micro e do macro; dos aspectos subjetivos e objetivos; do histórico e do moderno.

O estudo interdisciplinar, porque não se restringiu ao campo do Direito, conduz à conclusão de que a ampliação exagerada da base monetária tem se revelado mecanismo perverso de concentração de riqueza: Enriquece ainda mais, sem razão alguma, os ricos; e não afasta os pobres, de nenhuma forma, da mais absoluta miséria.

O aumento da quantidade de dinheiro em circulação também insere-se dentro das causas das sucessivas e devastadoras crises, que vem comprometendo a estabilidade econômica dos países e provocando a quebra da confiança no sistema financeiro, em virtude das perdas às quais os depositantes e poupadores vem sendo submetidos.

A escolha dos mecanismos para evitar a ampliação da base monetária (inflação) e para assegurar a confiabilidade no sistema financeiro em cada país não cabe apenas ao Banco Central, mas também aos órgãos estatais responsáveis pela definição da poli-

165. Enrique Barrios, Ami, Piracicaba, Angelbook, 2007, p. 72.

166. Enrique Barrios, Ami, Piracicaba, Angelbook, 2007, p. 73.

167. Enrique Barrios, Ami, Piracicaba, Angelbook, 2007, p. 28.

tica econômica.¹⁶⁸ A legislação e as normas administrativas revelam a escolha; as diversas modalidades têm sido conjugadas.

Conforme o modelo econômico mais adotado no mundo atualmente, a maioria dos países combina o sistema de reserva fracionária (3) com a manutenção de determinado nível de capital próprio em suas atividades (4); critérios para o empréstimo do dinheiro pelos bancos (5); e um fundo para garantia da restituição do dinheiro aos depositantes (6).¹⁶⁹ Alguns países, no caso de liquidação ou falência da instituição bancária, tem reconhecido que o dinheiro recuperado pela massa (liquidanda ou falida) deve ser destinado prioritariamente à restituição aos depositantes (7). A elevação da taxa básica de juros, também vem sendo utilizado, em países em desenvolvimento, como método paliativo de controle da inflação.

Esta combinação merece severas críticas daqueles que vislumbram um sistema financeiro moderno, sólido, equilibrado e justo; com maior segurança e proteção para os depositantes; voltado não à formação de fortunas inmensuráveis para poucos, mas à felicidade e tranquilidade de todos.

Os percentuais da reserva fracionária (3), fixados pelas autoridades monetárias dos Estados conforme o gosto dos bancos, são baixos e insuficientes para controlar o aumento desenfreado da quantidade de moeda escritural em circulação.

168. “12. Sound macroeconomic policies must be the foundation of a stable financial system. This is not within the competence of banking supervisors. Supervisors will, however, need to react if they perceive that existing policies are undermining the safety and soundness of the banking system” (*Core Principles for Effective Banking Supervision – 2006 Review*, in <http://www.bis.org/publ/bcbs129.pdf>, consultado em 16.8.2010).

169. “15. (...) In many countries, the framework for systemic protection includes a system of deposit insurance. Provided such a system is carefully designed to limit moral hazard, it can contribute to public confidence in the system and thus limit contagion from banks in distress” (*Core Principles for Effective Banking Supervision – 2006 Review*, in <http://www.bis.org/publ/bcbs129.pdf>, consultado em 16.8.2010).

A imposição de critérios para o empréstimo do dinheiro pelos bancos (5) também tem sido de reduzida eficiência, principalmente nos períodos de euforia, que antecedem as crises, nos quais há excesso de dinheiro no mercado, por causa dos baixos percentuais da reserva fracionária (3).

O fundo para garantia da restituição do dinheiro aos depositantes (6) também é insuficiente para trazer confiabilidade ao sistema financeiro: a uma, por não assegurar a restituição da integralidade do dinheiro aos depositantes; a duas, pelo fato de que, em alguns países como o Brasil, os recursos financeiros têm sido desviados pelos gestores do fundo, através de empréstimo a terceiros.

A elevação da taxa básica de juros, além de artificial e ineficiente, enquanto método paliativo de controle da expansão de moeda escritural (inflação), traz distorções nas contas públicas, compromete investimentos estatais importantes para a população e consiste em mecanismo de transferência disfarçada de dinheiro público para grupos econômicos privados.

A Análise Jurídica da Economia revela que a sistemática atual é ineficiente e injusta; e que as medidas propostas pelo BIS e pelo Comitê da Basileia de Supervisão Bancária são insuficientes. Revela, ainda, que “a nível universal existe uma só forma perfeita de organização capaz de garantir sobrevivência e o bem-estar coletivos”. “Ela é alcançada de maneira natural quando uma civilização aproxima-se da solidariedade, quando já não ignora mais as necessidades materiais, culturais, espirituais e afetivas de todas as pessoas e de tudo ao redor, flora e fauna, terra, água e ar”.¹⁷⁰ O mundo ainda está longe de atingir este estágio; mas nós também estamos longe de desistir.

“Não nos acostumemos com o que não nos faz feliz,

170. Enrique Barrios, Ami, Piracicaba, Angelbook, 2007, pp. 28-29.

revoltemo-nos quando julgarmos necessário.
 Alaguemos nossos corações de esperanças,
 mas não deixemos que ele se afogue nelas.
 Se acharmos que precisamos voltar, voltemos!
 Se percebermos que precisamos seguir, sigamos!
 Se estiver tudo certo, continuemos.
 Se estiver tudo errado, comecemos novamente.¹⁷¹

Bibliografia

- ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Europeia – Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba, Juruá, 1996.
- ALLAIS, Maurice. “Les conditions monétaires d’une économie de marchés: des enseignements du passé aux réformes de demain”. *Revue d’Économie Politique* 3, mai.-jul./1993.
- ANDREZO, Andrea Fernandes, LIMA, Iran Siqueira. *Mercado Financeiro: Aspectos Históricos e Conceituais*. 2ª ed. São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002.
- ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 5ª ed. São Paulo, Atlas, 2003.
- BARROS, Nelson Lobo de. *Moeda, Crédito, Bancos e Ciclos*. São Paulo, Piratininga, 1980.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1940.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1980.
- CAROL, Ubaldo Nieto (coord.). *Contratos Bancarios y Parabancarios*. Valladolid, Lex Nova, 1998.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- CORREA LIMA, Sérgio Mourão. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- _____. *Formas de Organização Mercadológica com Combinação de Investimentos Estrangeiro e Interno*. Inédito.
- _____. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998.
- CRANSTON, Ross (coord.). *European Banking Law: the Banker-Customer Relationship*. London, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Saraiva, 1985.
- EBELING, Richard M. *Essays by Ludwig von Mises*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990, pp. 90-91.
- FARIA, Werter. *Os Efeitos do Artigo 98 do Código Tributário Nacional e o Processo de Integração do Mercosul*. Brasília, Senado Federal, 1994.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: Produtos e Serviços*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2005.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de Direito Comercial*. vol. 1, 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2004.
- FRIEDMAN, Milton. *Dollars and Deficits*. New Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1968.
- GALGANO, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- GALVÊAS, Ernane. *Sistema Financeiro e Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1985.
- GARCÍA, Ángeles Cuenca. *Régimen Jurídico de las Opciones sobre Acciones en el Mercado Español de Opciones y Futuros*. Granada, Editorial Comares, 1999.
- GARRIGUES, Joaquin. *Contratos Bancarios*. Madrid, Imprenta Aguirre, 1975.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- GREAVES, Percy L. *On the Manipulation of Money and Credit*. Nova Iorque, Freemarket Books, 1978.
- HAYEK, F. A. *El Nacionalismo Monetario y la Estabilidad Internacional*. Madrid, Unión Editorial y Ediciones Aosta, 1996.
- HAYEK, Friedrich A. *Profits, Interest and Investment*. London, Clifton, 1975.

171. Poema de Fernando Sabino (adequado para a primeira pessoa do plural).

- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Saraiva, 1938.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *O Contrato de Seguro no Direito Brasileiro*. Niterói/RJ, Frater et Labor, 2000.
- LACARTE MURÓ, Julio A. *Ronda Uruguay del GATT – La Globalización del Comercio Mundial*. Montevideo, FCU, 1994.
- MARION, José Carlos. *Contabilidade Básica*. São Paulo, Atlas, 1998.
- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- MISES, Ludwig von. *La Acción Humana: Tratado de Economía*. Madrid, Unión Editorial, 2007.
- _____. *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*. Munich y Leipzig, Duncker & Humblot, 1924.
- _____. *The Theory of Money and Credit*. Indianapolis, Liberty Classics, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- PEREIRA, André Gonçalves; CUNHA, Paulo de Pitta e; MIRANDA, Jorge; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; FERREIRA, Eduardo da Paz; AZEVEDO, Maria Eduarda; RUIZ, Nuno; DUARTE, Maria Luísa; SANTOS, Luís Máximo dos; CALHEIROS, José Maria; MARTINS, Ana Maria Guerra; MOREIRA, Teresa; e MORAIS, Luís Silva (coord.). *Em Torno do Tratado da União Europeia*. Coimbra, Almedina, 1997.
- PINHEIRO, Juliano Lima. *Mercado de Capitais*. São Paulo, Atlas, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. t. XLII. Rio de Janeiro, Borsói, 1963.
- POZO, Carlos Francisco Molina del. *Una Presentación sobre la Constitución de la Unión Europea*. In www.ielepi.com/CARLOS_MOLINA_DEL_POZO.pdf.
- QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Lisboa, Almedina, 1991.
- REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Red Editora, 2002.
- SALCEDO, José Enrique Gomá. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Barcelona, Bosch, 2004.
- SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Manual de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961.
- SANTOS, Carvalho dos. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Calvino Filho Editor, 1937.
- SEQUEIRA, Adolfo; GADEA, Enrique; y SACRISTÁN, Fernando (coord.). *La Contratación Bancaria*. Madrid, Dickinson, 2007.
- SOTO, Jesús Huerta de. *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*. Madrid, Unión Editorial, 2009.
- _____. *The Austrian School – Market Order and Entrepreneurial Creativity. Ludwin von Mises and the dynamic conception of the market*. Cheltenham/UK and Northampton/USA, Edward Elgar, 2008.
- _____. (compilador). *Lecturas de Economía Política*. vol. II. Madrid, Unión Editorial, S/A, 2008.
- SZTAJN, Rachel. *O Paradoxo do Sistema Financeiro – Estabilidade de Risco*. Tese defendida no Concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Inédito.
- TEYSSIE, Bernard. *Droit Civil – Les Personnes*. Paris, LITEC, 2001.
- TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Madrid, Dykinson, 2001.
- UREBA, Alberto Alonso; SANCHEZ, Julian Martinez-Simancas y (coord.). *Derecho del Mercado Financiero*. Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 33.

VADILLO, Enrique Ruiz. *Introducción al Estudio Teórico práctico del Derecho Civil*. Logroño, Editorial Uchoa, 1984.

Asociación Internacional de Aseguradores de Depósitos. *Principios Básicos para Sistemas de Seguro de Depósitos Eficaces*, junio 2009.

Basle Committee on Banking Supervision. *Core Principles for Effective Banking Supervision*, 1997.

_____. *Core Principles for Effective Banking Supervision*, 2006 review.

_____. *Core Principles Methodology*, october 2006.

España. *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid, Espasa Calpe, 1992.

_____. Ley 16/2009 (de servicios de pago).

Fundo Garantidor de Créditos Brasileiro. Estatuto.

União Europeia. Comunicado da Comissão Europeia, de 27.5.2009.

_____. Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício).

_____. Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

_____. Tratado de Funcionamento da União Europeia (2008).