



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

FELIPE MIKAEL VASQUES MONTEIRO

**SERVIÇOS BANCÁRIOS E A GARANTIA DOS VALORES DEPOSITADOS: UMA
ANÁLISE DA RESERVA FRACIONÁRIA DOS DEPÓSITOS À VISTA À LUZ DO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

FORTALEZA
2016

FELIPE MIKAEL VASQUES MONTEIRO

**SERVIÇOS BANCÁRIOS E A GARANTIA DOS VALORES DEPOSITADOS: UMA
ANÁLISE DA RESERVA FRACIONÁRIA DOS DEPÓSITOS À VISTA À LUZ DO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia submetida à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Álisson José Maia
Melo.

FORTALEZA
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

-
- M775s Monteiro, Felipe Mikael Vasques.
Serviços bancários e a garantia dos valores depositários: uma análise da reserva fracionária dos depósitos à vista à luz do direito civil brasileiro / Felipe Mikael Vasques Monteiro. – 2016.
55 f.: 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Me. Álisson José Maia Melo.
1. Contratos de investimentos bancários. 2. Reserva Fracionária. 3. Depósito bancário. I. Título.

FELIPE MIKAEL VASQUES MONTEIRO

SERVIÇOS BANCÁRIOS E A GARANTIA DOS VALORES DEPOSITADOS: UMA
ANÁLISE DA RESERVA FRACIONÁRIA DOS DEPÓSITOS À VISTA À LUZ DO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Monografia submetida à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Álisson José Maia
Melo.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Álisson José Maia Melo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo César Cabral
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Lima Gomes
Universidade Federal do Ceará (UFC)

FORTALEZA
2016

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, exemplo de pessoa, quem sempre me levou ao meu melhor e é a razão por estar aqui hoje.

Aos meus pais, Nertan, Ney, Luiz, Alves e Neto, os quais me ensinaram sobre a vida, a honra, a academia e o trabalho.

Aos meus professores, em especial ao meu orientador Álisson Melo, o qual buscou, antes de tudo, como um verdadeiro mestre, instigar o processo de conhecimento, através das perguntas, sem olvidar a passagem das sábias lições. E sem o qual, de modo algum, o presente trabalho teria se realizado. Agadeço também ao Professor Gustavo Cabral e Felipe Gomes, pela avaliação e ajuda no presente trabalho.

À centenária Faculdade de Direito do Ceará, casa que me albergou por 5 anos e sem a qual grandes motivadores e amigos eu não teria conhecido, em especial o Leandro, a Dani e Jothe.

A todas as pessoas que contribuíram para a minha formação e para a minha vida, a quem faço em nome de Alison, Jatai, Andrea, Rayane e Emilia.

A Denise, minha namorada e futura esposa, por sua compreensão, carinho e dedicação, e por ser um exemplo de mulher e ser humano.

RESUMO

Hodiernamente, o depósito bancário vem sendo cada vez mais utilizado, dado o avanço da globalização no mundo e a interligação cada vez maior das operações financeiras. Contudo, um problema jurídico que persiste ao longo dos séculos não fora resolvido, qual seja a natureza jurídica do contrato de depósito bancário, se efetivamente depósito, se contrato de mútuo e, conseqüentemente, as regras aplicáveis e conseqüências daí advindas, entre essas, principalmente a possibilidade de utilização por parte dos bancos, sem garantir a disponibilidade do depositante, dos valores depositados, ou seja a juridicidade da reserva fracionária. Sendo esses pontos o motor-gerador da presente pesquisa, a qual foi desenvolvida através de uma metodologia, exclusiva, de análise de material bibliográfico e documental. Assim, com o desenvolver da pesquisa, percebe-se que o depósito bancário, espécie do grupo depósito de coisa fungível, é efetivamente um depósito, por se apresentar o motivo principal, denominado de causa objetiva, de tradição do bem para custódia, tendo como elementos diferenciadores do contrato de mútuo a possibilidade de restituição *ad nutum*, a necessidade de manutenção da disponibilidade dos valores depositados em prol do depositante e a posse de coisa alheia, uma vez exercido o direito de reclame. Portanto, conclui-se que a reserva fracionária é malferente do dever de custódia dos contratos de depósitos.

Palavras-chave: Reserva Fracionária; Contratos de investimentos bancários; Dever de custódia; Depósito bancário.

ABSTRACT

In our times, the deposit is being increasingly used, given the advance of globalization in the world and the increasing interconnection of financial operations. However, a legal problem that has persisted over the centuries had not been resolved, what is the legal nature of the deposit contract, if effectively is a deposit or if it is a loan agreement and, then, to acknowledge the rules to be apply and consequences arising therefrom, among these, especially, the possibility of the use, by the banks, without ensuring the availability of the depositor, the amounts deposited, ie the legality of fractional reserve. These points being the gift of generator-motor research, which was developed through a methodology, unique, of bibliographic material and documentary analysis. So with the development of research, it is clear that the bank deposit, kind of the deposit group of fungible thing, is effectively a deposit by performing the main reason, called the objective cause, of the given the thing for custody, with the differentiating elements of the loan agreement the possibility of ad nutum refund, the need for maintenance of the availability of the amounts deposited in favor of the depositor and the possession of someone else's thing, once exercised the right to complain. Therefore, it is concluded that the fractional reserve is making harm for the custody duty in the deposit contracts.

Keywords: Fractional-Reserve banking; Contract of banking investment; Duty of Custody; Bank Deposit.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 O CONTRATO DE DEPÓSITO

2.1 Das disposições legislativas sobre o depósito

2.2 A avaliação do tema por parte dos doutrinadores

2.3 A guarda e custódia no contrato de depósito

2.4 Elementos e características do contrato de depósito

2.4.1 Da causa do contrato de depósito

2.4.2 Do dever de custódia

2.4.3 Demais características

3 O CONTRATO DE DEPÓSITO DE COISA FUNGÍVEL

3.1 O problema terminológico

3.2 A problemática do contrato de depósito de coisa fungível

3.2.1 Falta de diferenciação entre a custódia e a guarda

3.2.2 A suposta falta da posse alheia apta a caracterizar a custódia

3.3 O Depósito de coisa fungível e o art. 645 do Código Civil

4 O CONTRATO DE DEPÓSITO BANCÁRIO E A RESERVA FRACIONÁRIA

4.1 Uma breve análise dos depósitos bancários

4.2 A tentativa de reconceituação de disponibilidade

4.3 A lei dos grandes números e a reserva fracionária

4.4 O atual sistema de reservas fracionários e a normatização da quebra do dever de custódia

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste trabalho é, principalmente, o contrato de depósito bancário e o seu dever de custódia, este consubstanciado na manutenção da disponibilidade do total do *tantundem* depositado a todo tempo por parte do banco; conjuntamente, avalia-se o atual sistema de reservas fracionárias praticados pelas instituições bancárias, com fulcro nesse dever de custódia. Sobre esse objeto, faz-se uma análise a luz do direito privado, em especial da teoria geral dos contratos e do contrato de depósito.

No âmbito do sistema financeiro brasileiro, bem como em boa parte do mundial, tem-se utilizado as reservas fracionárias, ou seja, a possibilidade de os bancos utilizarem os depósitos a si confiados, preterindo, por completo, a disponibilidade dos depositantes, com base no que dispõe o inciso III e IV do art. 10º da Lei nº 4.595/64 e na Circular nº 3.632, de 20 de fevereiro de 2013, do Banco Central do Brasil (Bacen).

Contudo, mostra-se que a utilização de tais reservas fracionárias fere a causa obrigacional do contrato de depósito, qual seja a custódia, pois não garante que o depósito monetário esteja disponível no momento do reclame por parte do depositante, em interesse de quem o depósito é feito.

Ademais, apresenta o contrato de depósito bancário temas periféricos que não de ser tratados, como a diferenciação deste para o mútuo, a diferenciação entre a causa obrigacional (causa objetiva) e o motivo contratual (causa subjetiva), o enquadramento enquanto contrato de depósito e os elementos daí decorrentes.

A importância social da presente pesquisa é consequência da ampla prática bancária, a qual a cada dia mais se torna necessária a consecução dos fins sociais e econômicos de qualquer pessoa no mundo globalizado. Assim, havendo a prática da reserva fracionária e não sendo essa em acordo com as normas contratuais é imperiosa a análise do tema.

Assoma-se a isso a falta de discussão hodierna, no que concerne a necessidade de manutenção da disponibilidade de 100% nos contratos de depósitos bancários e, por consectário, a impossibilidade de se utilizar de reservas fracionárias.

O objetivo geral da pesquisa é investigar se a reserva fracionária coaduna

com as normas jurídicas pátrias, em especial com aquelas que regulam o contrato firmado entre o banco e o depositante, avaliando-se, assim, se é uma prática jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

São objetivos específicos:

- a) Propor uma diferenciação entre custódia e guarda, embasado nos elementos do contrato de depósito.
- b) Diferenciar o contrato de depósito de coisa fungível e o contrato de mútuo, averiguada as nuances de cada qual, em especial com a caracterização própria da causa obrigacional.
- c) Apresentar a interpretação do art. 645 do Código Civil brasileiro.
- d) Identificar a diferenciação entre a dupla disponibilidade do contrato de depósito bancário e os seus limites.
- e) Propor a necessidade de manter a disponibilidade total do *tantundem* depositado a qualquer tempo em prol do depositante no contrato de depósito bancário.

Com base na justificativa e nos objetivos, faz-se uma análise da reserva fracionária, não disponibilização do *tantundem* a qualquer momento ao depositante.

Apontam-se as seguintes indagações, norteadoras da pesquisa:

- a) Quais os elementos essenciais do contrato de depósito?
- b) Qual a causa objetiva do contrato de depósito?
- c) O que é o elemento de guarda? Qual seria a diferença para conservação e para a causa objetiva do contrato de depósito?
- d) Existe contrato de depósito de coisa fungível? Ou trata-se de mútuo? Quais as diferenças?
- e) O art. 645 do Código Civil brasileiro transforma o contrato de depósito de coisa fungível em mútuo?
- f) Há transferência de propriedade no contrato de depósito de coisa fungível? Quais as implicações dessa?
- g) Qual o limite da disponibilidade do depositário?
- h) É possível a custódia ser garantida, no contrato de depósito bancário, pela solvência do banco? Ou pelo cumprimento das regulamentações e a boa diligência, assomada ao cálculo de probabilidade?

O trabalho se encontra dividido em três seções, com exceção desta introdução (Seção 1) e as considerações finais (Seção 5). A Seção 2 faz um primeiro contato com o contrato de depósito, visando elencar seus elementos essenciais,

buscando, ainda, diferenciar a guarda da custódia.

Na Seção 3, discute-se sobre o contrato de depósito de coisa fungível, através, primeiramente, de uma análise da denominação apresentada pela doutrina e mostrando a ideia que tais denominações passam, também, diferencia-se o contrato de depósito do mútuo, com todas as nuances daí decorrentes.

Na Seção 4, explana-se sobre o contrato de depósito bancário, diferenciando-se as disponibilidades presentes, bem como, mostra-se, a despeito das normas bancárias, a impossibilidade de uso da reserva fracionária.

Quanto à metodologia, cabe referir que o estudo é realizado a partir de análise documental, de documentos públicos elaborados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e de uma análise bibliográfica. A análise bibliográfica se desenvolveu, dando atenção especial aos juristas brasileiros, tendo em vista o corte epistemológico do tema ser dentro do direito brasileiro, bem como o alto grau de refinamento da doutrina brasileira.

Ao fim, cabe relatar que, ainda que não haja primazia pela análise do direito comparado ou por análises históricas no presente estudo, mas dada a natureza jurídica do contrato de depósito bancário ser, a bem dizer, muito semelhante, entre os diversos países e as diversas épocas, a referência histórica ou estrangeira será utilizada, de modo incidental, para melhor fundamentação ou contraste para com o direito interno.

2 O CONTRATO DE DEPÓSITO

Nesta seção, pretende-se trazer uma discussão inicial sobre o contrato de depósito, para se destacar as principais características dessa modalidade contratual e identificar aquelas que são essenciais para sua formação. Assim, analisa-se as disposições legais e doutrinárias, concernentes ao assunto, bem como a causa objetiva do contrato de depósito e os elementos que são pertinentes ao presente estudo, em especial a proposição de diferenciar custódia e guarda e o dever de restituição.

2.1 Das disposições legislativas sobre o depósito

O Código Civil de 2002 traz em seu art. 627 a conceituação adotada pelo legislador brasileiro para contrato de depósito, referindo-se, assim, às características e atos que se entendem como essenciais para o referido contrato¹. Nesse sentido:

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

Tal conceituação se encontra redigida nos mesmo termos da que se apresentava no art. 627 do Código Civil de 1916, a qual, por sua vez, é oriunda do que se determina no Código Napoleônico, com a alteração, unicamente, quanto à expressão contrato e não ato, como costumava regular este. Importante é o ensinamento de Eduardo Espínola (1956, p. 327):

O Cód. Civ. francês também qualifica de ato o depósito em geral, empregando o termo contrato apenas da definição do depósito propriamente dito (arts. 1.915 e 1917). É de notar que Pothier não hesitara em definir o depósito em geral como contrato.

Continua o Código Civil brasileiro em vigor ainda na esteira de definir o contrato de depósito em seu art. 629, trazendo elemento que pode ser entendido como novo ao rol de deveres do depositário, em especial o dever de conservação.

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante.

Assim, percebe-se, da análise da legislação brasileira posta, bem como, em

¹ Diz-se, que houve a referência a tais atos e características essenciais, pois a função de se definir é, por própria conceituação, diferir dos demais através da demonstração da essência.

certa parte, de uma análise histórica das que serviram de base para aquela, que o contrato de depósito apresenta os seguintes pontos linguísticos recorrentes:

- a) a ação, qual seja, a tradição da coisa;
- b) a guarda² da coisa entregue;
- c) a qualidade de mobilidade do objeto (art. 627);
- d) a obrigação de restituição quando ocorrer o reclame (art. 629).

2.2 A avaliação do tema por parte dos doutrinadores

Em outro quadrante, um tanto quanto mais profundo, faz-se imperioso trazer a lume o que pensa a doutrina sobre o tema. Traz-se, em especial, dado o corte epistemológico do presente trabalho, a doutrina brasileira.

Dentro do direito brasileiro, quem trouxe satisfatoriamente, de modo primeiro ao direito brasileiro, a narrativa do tema fora Augusto Texeira de Freitas (1952, p. 821) que, já em 1856, em sua tentativa de codificação do direito brasileiro, determinou o que seria o contrato de depósito:

Art. 2.600. Haverá contrato de depósito, quando uma das partes se tiver obrigado a resituir uma coisa, que recebeu de outra parte.

Na verdade, a despeito de se chamar Código Civil - Esboço, a obra de Teixeira de Freitas se apresenta como verdadeiro instrumento doutrinário, quando comparado com o modelo de codificação que se faz presente hodiernamente.

Nesse sentido, faz-se necessário aduzir o que determina o art. 2.609 do Código Civil - Esboço, de Teixeira de Freitas (1952, p. 824), por delinear o que seria o elemento diferenciador do contrato de depósito para os demais, aquilo que se apresentaria na própria essência do contrato de depósito:

Art. 2.609. Só haverá depósito voluntário quando a guarda da coisa foi o fim único do contrato, ou foi seu fim principal.

Determina, assim, a guarda como elementar ao contrato de depósito, aduzindo que caso essa não seja buscada como fim principal esse contrato não se teria, mas, sim outro, a depender da causa obrigacional que se buscasse.

Mostra, assim, Teixeira de Freitas (1952, p.824), a diferenciação de um contrato de empréstimo, ou locação, nos quais muitas vezes há o dever de guarda, para o contrato de depósito, pois neste tal guarda deve ser o elemento principal. A

²Cf. Seção 2.3

simples figuração de tal dever, quando secundário, não haveria de caracterizar o contrato, como de depósito.

Esse entender também é esposado por Clóvis Beviláqua (1954, p. 213), quem conceitua o depósito, como fazia o código civil da época, como o contrato que “uma pessoa recebe um objeto móvel alheio, com a obrigação de guardá-lo e restituí-lo em seguida”.

Eduardo Espínola (1956, p. 327) apresenta dois dos elementos até então trazidos, tanto pelas determinações legais como pelos juristas pátrios, quais sejam a guarda e o reclame³, e define depósito como o contrato “pelo qual uma parte – o depositário – recebe da outra – o depositante ou deponente – uma coisa móvel para guardar, com a obrigação de restituí-la quando êste lhe peça”.

Tal conceituação é pacífica dentro do Direito Civil brasileiro moderno, uma vez que adeptos das mais diversas vertentes não discordam da guarda e do reclame, enquanto elementos essenciais ao contrato de depósito, ainda que, por vezes, acrescentem um ou outro elemento. Exemplificativamente, Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 329) define depósito como “o contrato pelo qual uma pessoa (depositário) recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame”; Maria Helena Diniz (2013, p. 374) define depósito como “o contrato pelo qual um dos contraentes (depositário) recebe do outro (depositante) um bem móvel, obrigando-se a guardá-lo, temporário e gratuitamente, para restituí-lo quando lhe for exigido”; Venosa (2013, p.245) mostra também o elemento da guarda, como fator preponderante, “A finalidade do negócio no depósito sob exame é a entrega do bem para guardar ”; Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 271) leciona que “A guarda de coisa alheia é a principal finalidade do contrato de depósito” nessa mesma linha seguem Orlando Gomes (2012, p. 412) e Silvio Rodrigues (2012, p. 285).

2.3 A guarda e custódia no contrato de depósito

A palavra guarda, com o desenvolver do Vernáculo, mostrou-se polissêmica, dado o uso corriqueiro na língua portuguesa. Tal uso termina por gerar mais de uma acepção, redundando na imprecisão e inutilidade da palavra para a Ciência do Direito.

Percebe-se, a maior, tal imprecisão, uma vez que a própria lei civil fala em

³ Reclame é o direito de se requerer a restituição imediata da coisa que havia se depositado, o qual redundando na obrigação por parte do depositário de entregar imediatamente a coisa.

guarda e conservação, em seu art. 629. Mostra, assim, que aderiu, neste ponto, a uma acepção de guarda que se apresenta unicamente como proteção contra os males externos, em contraposição à conservação, que seria a proteção contra os elementos internos. Nesse sentido importante a lição de Pontes de Miranda (1963, p. 318):

No art. 1.266 do Código Civil, fala-se de guarda e conservação, porque a guarda, aí, não compreende essa. No ato de se guardar, põe-se a coberto de ofensas de origem estranha o bem depositado; no ato de se conservar, protege-se a integridade do bem depositado, contra o intrínseco e o que se pode tornar intrínseco.

Tal ponto se mostra díspar à acepção de guarda, enquanto finalidade buscada no contrato de depósito. Esta acepção esposada no art. 627 do Código Civil e nas definições trazidas neste trabalho por diversos autores, um dever amplo de custódia, o qual se enquadraria a proteção contra os males internos e os externos, além do emprego de outros meios que se fizessem necessários a restituição da coisa.

Isso se deve, principalmente, em razão da natureza do contrato, vez que se busca no contrato de depósito a restituição da coisa, de tal monta que daí decorre o dever de custódia, guarda, como o emprego de todas as ações que se mostrem necessários para a devolução da coisa, atendidas as especificidades de cada caso⁴. Assim, não há de se falar em proteção, apenas, contra os agentes externos, porque esta é unicamente um dos meios de se efetivar a restituição da coisa.

Portanto, a restituição da coisa só poderá ser efetivada através desse dever amplo de guarda. Vez que, caso se entenda esse dever de guarda por proteção contra os elementos externos, tal não seria capaz, *per se*, de garantir a restituição da coisa nos moldes entregues. Sábia a lição de Pontes de Miranda (1963 p.321), no que concerne ao que seria esse conceito de custódia, ou guarda em sentido amplo:

Dir-se-á que o conceito de custódia não tem conteúdo rígido. Mas, a rigor, a custódia, no depósito, é o que se há de fazer para que se restitua o *idem corpus*. Mesmo se o depósito, de que se cogita, é depósito irregular, tão profunda que se fez a concepção jurídica do depósito, através das idades, que não se pode confundir com o depósito irregular o mútuo: naquele há o

⁴ Aduz-se a respeito das especificidades de cada caso, pois a qualificação da causa que leva a contratar pode ser, em seu elemento accidental, diverso. Assim, enquanto no contrato de depósito de coisa fungível se buscará, apenas, a restituição da coisa de mesmo gênero, quantidade e qualidade, o dever de custódia é para garantir essa, no contrato de depósito de coisa infungível se busca a restituição da coisa *idem corpus*, logo o dever de custódia é para garantir esse.

interesse precípua do depositante; nesse, o do mutuário. Ali, quer o doador a disponibilidade do que dá; aqui, o recebedor quer o gozo do bem. No depósito irregular só não incidem as regras jurídicas sobre o depósito regular que sejam incompatíveis com a propriedade ao outorgado.

Tal ponto demonstra que a custódia, guarda ampla, seria a manutenção da possibilidade de adimplemento contratual, o qual se aperfeiçoa no contrato de depósito pela restituição da coisa. Quando infungível, a restituição da coisa tal qual. Quando fungível, a manutenção da disponibilidade⁵.

Portanto, hoje, em razão da diferenciação presente entre guarda em sentido amplo, confundível com o dever de custodiar, e guarda no sentido de proteção contra os elementos externos, faz-se necessária uma nova denominação, ou como no caso proposto a volta a antiga denominação.

Assim, buscando harmonizar o que dispõe o texto legislativo que fala tanto do dever de guardar (em sentido estrito), como de conservar, em seu art. 629 e fala da presença do elemento guarda (em sentido amplo) na conceituação do contrato de depósito em seu art. 627. E objetivando apresentar um maior grau de cientificidade e clareza as conceituações de depósito e dos elementos a este essenciais.

Vem-se propor que guarda em sentido amplo, aquela presente na conceituação de depósito recorrente dos autores e da legislação brasileira, seja melhor denominada de custódia⁶, sendo entendida como a manutenção da possibilidade de adimplemento contratual, ou seja, no caso específico, restituição da coisa.

A guarda, em sentido estrito, que se refere à proteção contra os elementos externos, por sua vez, propõe-se, como se faz ao longo do presente trabalho, a continuidade da denominação de guarda.

2.4 Elementos e características do contrato de depósito

Todo contrato apresenta elementos e pressupostos, sendo estes preexistentes ao ato jurídico, extrínsecos, tidos como requisitos para a validade do ato antes da formação do vínculo. Aqueles, por sua vez, são contemporâneos e

⁵ Especificamente sobre contrato de depósito de coisa fungível, cf. Seção 3. Ainda nesse sentido, leciona Pontes de Miranda (1963, p. 319): No depósito irregular restitui-se o *tantundem*: o depositário pode alienar o que recebeu, de modo que não se pode dizer que tem o dever de prezar.

⁶ Pontes de Miranda (1963, p. 318-322) se debruçou de modo ímpar sobre tal dever de custódia, ou guarda em sentido amplo. Nesse sentido, cf. Seção 2.4.2, no qual se delinea unicamente a respeito de tal dever de custódia.

constitutivos dos contratos, intrínsecos, amoldando-lhes a estrutura ou fornecendo a substância. Os pressupostos, dado que exteriores e comuns aos contratos, em geral, não hão de ser objetos de estudo do presente trabalho. Assim, busca-se analisar, com mais afinco, os elementos dos contratos, em especial do contrato de depósito.

Os elementos, seguindo a lição de Darcy Bessone (1910, p. 147), subdividem-se em essenciais, acidentais e naturais, sendo os primeiros aqueles que são obrigatórios para dar vida ao contrário, de tal feita que a ausência de qualquer deles ensejará a não formação do vínculo.

Os elementos acidentais são aqueles que podem ser acrescentados pelos contraentes sem, contudo, desfigurar o contrato. E os naturais, segundo o autor, seriam os que, estando os contraentes silentes, a lei os preveria; ou seja, não dispendo de forma diversa os pactuantes, a lei determinaria que estivessem presente⁷ (BESSONE, 1910, p. 147).

Dentro dos elementos que são necessários ao contrato, os essenciais, tem-se a distinção entre os estruturais e os substanciais. Enquanto estes se referem ao conteúdo do pacto, abrangendo o objeto e a causa da obrigação, aqueles compõem a estrutura do negócio, dividindo-se em forma e consentimento (BESSONE, 1910, p.147).

Assim, são a seguir tratados os elementos que se entendem latentes ao contrato de depósito, dentro do caráter de relevância ao presente estudo. No que cabe relatar, inicia-se a respeito da causa, em sua aceção objetiva, denominada por alguns de causa da obrigação. E empós, traçam-se algumas linhas no que condiz ao dever de custódia e de restituição. Seguindo, de certa forma, a tradicional doutrina de Planiol (1927, v. 12, p. 449):

Desta definição [do contrato de depósito] se tem que se pode reduzir os traços característicos do contrato de depósito a três: 1ª Tradição de um bem móvel; 2ª Obrigação principal de guarda; 3ª obrigação de restituir⁸

Analisemos, assim, a causa obrigacional do contrato de depósito, que, na visão aqui fixada, apresenta em si a tradição de um bem com o dever de guarda.

⁷ Vale relatar que os elementos naturais não se apresentam como imperativos, vez que não são determinantes nos contratos, podendo ser suprimidos ou mesmo previstos pela vontade das partes.

⁸ Tradução livre: "De esta definición resulta que los rasgos característicos del depósito pueden reducirse a tres: 1ª tradición de un bien mueble; 2ª obligación principal de guarda de él; 3ª obligación de restituir."

2.4.1 Da causa do contrato de depósito

A causa enquanto elemento do contrato é ponto não pacífico pela doutrina, em especial a internacional. Dessa feita, traduzindo esse descompasso, o *Code Civil* francês, arts. 1.108 e 1.131 a 1.133, e o *Codice Civile* italiano, arts. 1.325 e 1.343 a 1.345, determinam que a causa é elemento essencial ao contrato. O Código Civil brasileiro, por seu traço, não apresenta, entre os elementos basilares de um contrato, a causa.

Problemática é a conceituação do que seria a causa do contrato. Já em tempos remotos falava Domat (apud BESSONE, 1960, p. 138), que a causa seria o fundamento da obrigação. A causa, para os fins entendidos no presente trabalho, enquanto elemento essencial do contrato, é no sentido da fundamentação da obrigação, por se entender aqui diferentemente de Bessone (1960, p.140) que essa causa obrigacional, também, é o motivo último que se leva a contratar. Dessarte, ainda que não se possa confundir a causa da obrigação, causa objetiva, com a causa do contrato, causa subjetiva, pois somente a primeira (causa objetiva) tem o condão de ser tida como elemento do contrato. A segunda (causa subjetiva) é tida, em geral, como estranha ao direito, a despeito de se reconhecer que há doutrina (BESSONE, 1960, p.140) que a entende como pressuposto dos contratos.

Mais especificamente, a primeira é a causa, objetivamente considerada, que deu razão de ser à obrigação, a qual pode ser considerada abstratamente, pois é o motivo que através do isolamento, entre as contratações do mesmo gênero, se mostra sempre recorrente. Podendo divergir de acordo com a categoria do ato; contudo, cada ato da mesma espécie há de apresentar a mesma causa obrigacional.

A segunda, por seu turno, é o motivo subjetivo que levou determinada pessoa, em determinado momento e circunstância, a contratar. Logo, enquanto subjetivo, não se poderia perquirir como elemento de formação contratual, a despeito de se apresentar em todos os contratos a causa subjetivo, sendo que seu conteúdo é variável, pois sempre há uma razão íntima para se contratar. Por outro lado, a causa objetiva, uma vez que se apresente todos os pressupostos e elementos, há de sempre se concretizar, por ser a própria função prática do contrato.

Efetivamente há uma diferenciação entre os motivos que levam alguém a contrair e o motivo hábil a integrar a causa objetivamente considerada. Assim sendo,

sempre que se possa abstrair a subjetividade do motivo, para que se chegue ao motivo próprio a todas as pessoas que contraem se teria a causa enquanto elemento do contrato.

Poder-se-ia diferenciar as causas subjetiva e objetiva, também, entre motivo obrigacional e os demais motivos ou fins almejados. Pois os fins almejados, dentro do âmbito de subjetividade de cada parte, não podem ser considerados pela outra parte, o que não permite, assim, que tenha relevância jurídica para o contrato⁹. Enquanto que a causa obrigacional, ou causa objetiva, pode ser avaliada por abstração (BESSONE, 1960, p. 138).

Portanto, contratos diversos podem ter causas semelhantes, o que ensejaria o enquadramento desses em um mesmo grupo. Como ocorre no caso da caracterização de um contrato como real, onde há uma causa semelhante a todos desse mesmo grupo, qual seja a tradição do bem. Contudo, ainda assim, há de permanecer a causa obrigacional específica de cada contrato que o diferencia dos demais.¹⁰

Avaliando o caso específico do contrato de depósito, este tem como causa a tradição de determinado bem, por contrato real que o é, tendo como qualificador a causa, a entrega de bem para custódia. É de bom alvitre nesse entender, trazer tal qualificação como causa obrigacional do contrato de depósito, o que leciona Planiol (1927, v. 12, p. 451):

Ademais, não é suficiente para caracterizar o depósito, qualquer obrigação de guarda por parte de quem recebe a coisa: é necessário que essa obrigação seja a causa principal da entrega; isso é o que permite distinguir o depósito de outros contratos, tais como o mandato, a venda condicional, o empréstimo, o arrendamento, os quais também implicam uma obrigação de guarda para com as coisas confiadas, mas, nestes, essa obrigação não é mais que subsidiária.¹¹

⁹ Relata Bessone (1910, p. 140): Afirma-se que os motivos individuais, extrínsecos ao ato, embora constituam uma realidade relevante, não interessam ao Direito, porque, desenvolvendo-se nas profundidades do ser pensante, apresentam valor simplesmente psicológicos. Importaria, no terreno jurídico, apenas a causa da obrigação, que imediatamente se objetiva na contraprestação (contratos sinalagmáticos), ou decorre de um fato gerador também objetivo - a entrega da coisa (contratos unilaterais), ou resulta da clara manifestação da intenção de fazer liberalidade.

¹⁰ Aduz-se, por último, que a despeito do entendimento contrário esposado, de que a causa obrigacional não faria parte dos elementos do contrato, somente das obrigações. Utiliza-se essa nomenclatura no presente trabalho, com o mesmo valor de causa objetiva, no que concerne ao motivo último que levou a se fazer a convenção e presente em todas as convenções da mesma espécie, logo elemento essencial ao contrato.

¹¹ Tradução livre: "Además, no basta para caracterizar el depósito, una obligación de guarda cualquiera por parte del que recibe la cosa: es necesario que esa obligación sea la causa principal de la entrega; esto es lo que permite distinguir el depósito de otros contratos, tales como el mandato, la

Ou seja, outro contrato real também terá como causa objetiva a entrega de bem, contudo com uma qualificadora a mais que especifique a sua natureza. Por exemplo, no comodato, a tradição de bem (parte geral) para uso (parte específica), podendo apresentar de forma subsidiária o dever de guarda. Na compra e venda, a tradição de bem (parte geral) para transferência de domínio (parte específica).

Assim, a causa, enquanto abstrata, é a função típica de cada contrato, elemento de sua natureza, e responsável pela caracterização do contrato. Ao tratar da causa do depósito, determina-se que só haverá contrato de depósito quando “a guarda da coisa foi o fim único do contrato ou foi seu fim principal”. (FREITAS, 1952, p. 824).

Nenhuma das doutrinas elencadas, até então, destoam, quanto a essa necessidade da causa específica do dever de custódia, e segue nesse sentido o vaticínio da professora Maria Helena Diniz (2013, p. 375):

O importante é que a guarda do bem depositado seja o objetivo primordial da convenção. A guarda de coisa alheia é seu corolário essencial e a principal obrigação do depositário. O escopo primordial do depósito é a guarda da coisa e não o uso dela, nem a transferência da propriedade. Desse modo, o depositário receberá o bem com a finalidade precípua de guardá-lo em nome do depositante.

Arrematando-se, traz-se o que leciona Pontes de Miranda (1963, p. 320), especificando bem o que seria a causa do contrato de depósito, principalmente a qualificadora desta.

Sem razão, afastam que a causa do depósito seja a custódia aquêles que não atendem à custódia como fim, que se quer no contrato de depósito.

Consequentemente, para haver depósito, de qualquer espécie, a qualquer título, faz-se necessário que o depositante busque entregar a coisa para outro custodiar. Logo, havendo outra causa para a entrega da coisa, que não a custódia, tem-se a celebração de outro tipo contratual. E também, sendo a causa objetiva da entrega do bem, a custódia, outro contrato não se teria que não o fosse o contrato de depósito.

2.4.2 Do dever de custódia

Embora já realizada a diferenciação entre custódia e guarda¹², para os fins

venta condicional, el préstamo, el arrendamiento, que igualmente implican una obligación de guarda de cosas confiada pero, en los cuales, esa obligación no es más que subsidiaria.”

¹² Cf. Seção 2.3.

propostos no presente trabalho, entende-se de bom alvitre tecer maiores comentários a respeito da conceituação desse dever de custódia, tendo em vista o caráter fundamental desse para o presente trabalho.

Aduz-se que a custódia, no contrato de depósito, é a manutenção da possibilidade de adimplemento contratual; consubstancia-se nos meios efetivos que possam garantir a restituição da coisa. Assim, a custódia pode se desdobrar, ou não, no dever de guardar e conservar a coisa, pois esses são apenas alguns dos meios que se pode tomar para restituição da coisa. Aos quais se assoma a manutenção da disponibilidade do valor depositado, nos contratos de coisa fungíveis.

A legislação pátria, acima delineada, bem como todos os conceitos colacionados, demonstram que a finalidade última do contrato de depósito é a tradição do bem, o que o caracteriza como real, para custódia por parte do depositário, qualificação dessa finalidade última.

A simples custódia, de maneira alguma, finda o conteúdo do contrato de depósito, pois, a um, deve ser a causa principal (causa objetiva) do contrato, e a dois, há de ter também a tradição do bem, vez que é elemento essencial.

Assim, também custodia o transportador; contudo, tal custódia é acessória, pois neste caso a qualificação específica da causa é o transporte, sendo o dever de custodiar a coisa secundário, ainda que necessário a entrega da coisa tal qual. Também custodia em muitos casos o próprio trabalhador, ainda que se saiba da diferença latente entre esse e o depositário. Sabe-se que há também a custódia, quando da locação de espaço para guardar bem. Ao se locar determinado cofre, por exemplo, de uma empresa de guarda, pode-se muito bem, ali, colocar seus bens. Contudo, nesse caso, ainda não se pode confundir com o contrato de depósito, pois, não se entregou bem, mas sim locou espaço. A custódia é elemento acidental, adicionado a causa objetiva de locação, acessório assim.

E ainda a custódia haveria de ser entendida de modo díspar, por se tratar de adimplemento contratual diverso do depósito. A locadora tem a obrigação de garantir a guarda do cofre, confundindo-se aqui claramente o dever de custódia com o dever de guarda do cofre, o que, conforme, já explanado não ocorre com o contrato de depósito.

2.4.3 Demais características

Há outras, fora a entrega da coisa e o dever de custódia, das mais diversas, características, trazidas pela doutrina a respeito do contrato em estudo. Entre essas, destacam-se: contrato real¹³, gratuito¹⁴, temporário, além dos pressupostos subjetivos¹⁵, objetivos¹⁶ e formais¹⁷, presentes em qualquer contrato. (PEREIRA, 2012, p. 329-330).

A temporariedade, aqui entendida em conjunto com o dever de restituição imediata, que também é elemento do contrato vai ser objeto de maior atenção do que os outros aduzidos neste tópico, por ser de maior relevância para os fins deste trabalho. Fala-se em temporariedade por não ter consigo o escopo de permanência.

Não estando ligado a outras qualificações da entrega do bem, as quais alterassem o interesse para quem o recebe, como o uso. Logo, ao se entregar a coisa unicamente para a custódia de outrem, faz-se em interesse de quem a entrega. Assim, o depositante pode a qualquer tempo requerer a restituição.

Tal dever de restituir a coisa mostra-se sobremaneira amplo, tão logo o depositante a reclame, não recaindo unicamente sobre a coisa depositada, mas também abrangendo os frutos. (BEVILÁQUA, 1954, p. 216).

A despeito desse dever de restituição imediata, o contrato de depósito pode, quanto à sua duração, apresentar duas espécies, aquele que apresenta termo para findar-se, ou aquele que nenhum termo traga em seu bojo.

Contudo, ainda que haja termo e que ele não tenha ocorrido, por ser a

¹³ Cabe relatar que ainda que a legislação brasileira entenda como direito real, realizando-se o contrato unicamente com a tradição, existem outras como a suíça que esse apresentar natureza consensual. Ainda, na brasileira, casos há que não houve a efetiva tradição da coisa e não é possível se preterir a realização do contrato, e não unicamente de um pré-contrato como querem alguns, é o caso da responsabilidade de pegar a coisa móvel do depositário, uma vez tendo sido acordada tal responsabilidade e já válida se a termo ou com qualquer condição. Tradição *longa manu*.

¹⁴ A despeito de ter natureza gratuita, a doutrina é unânime, salvo melhor juízo, na possibilidade de convenção em contrário, ou no caso do depositário o praticar como profissão, neste se inverte a presunção, passando a ser tido como oneroso. Seguindo, assim, os ditames do art. 628 do Código Civil Pátrio.

¹⁵ Os requisitos subjetivos seriam aqueles da qualidade dos contraentes, os mesmos que se exigiriam dos contratos em geral. Cabendo nesse ponto apenas especificar que não há mister necessidade de ser dono, bastando a capacidade para administrar.

¹⁶ Os requisitos objetivos, referindo-se aos objetos passíveis de depósito, tem-se que, para o direito brasileiro, seriam quaisquer coisa móveis, ou aquelas tidas como corpóreas, ou aquelas que tem a capacidade de se corporificar, com os valores incorpóreos, tendo estes como representação os títulos de qualquer espécie.

¹⁷ Exige-se para fins de prova, segundo o art. 646 do Código Civil, a forma escrita, desde que voluntário o depósito.

temporariedade elemento essencial ao depósito, havendo o pedido de restituição, deve ocorrer a devolução imediata ao depositante, conforme determina o art. 633¹⁸ do Código Civil, seguindo a guisa do que já determinava o art. 1.268 do Código Civil revogado.

O pedido de restituição não se confunde com revogação, vez que não se trata de mandato, mas de uma denúncia vazia, ainda que haja prazo determinado e esse não tenha vencido. Não é o mesmo que vem a ocorrer em outros países, como p. ex. na Alemanha, onde o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) determina a denúncia cheia, ou justificável.¹⁹

Há doutrina abalizada que entende a respeito da impossibilidade de denúncia vazia, quando não vencido o prazo, por entender ser a norma do antigo art. 1.268 *ius dispositivum*, logo, passível de convenção em contrário pelas partes. (MIRANDA, 1963, p. 338)

A despeito da autoridade emanada, entende-se de modo diverso. O legislador pátrio, quando quis excetuar a determinação legal, ou seja, transformar em *ius dispositivum* as suas determinações, assim o fez, demonstrando ser a regra geral, *ius cogens*. Vide art. 628²⁰ do atual código.

Assim, a norma que consta no art. 633 do Código Civil, equivalente ao art. 1.268 do Código de 1916, determina de modo expresso a denúncia vazia e restituição da coisa, não dando margem, dentro do direito posto, a entendimento contrário. Ademais, cabe referir que a restituição pode ser entendida, ainda, como decorrente da própria natureza da coisa alheia e não decorrente da convenção celebrada. Logo, se assim se entendesse, a restituição imediata se daria em razão de a coisa alheia se encontrar em posse de outrem, ainda que se restasse prazo, decerto, salvaguardado as perdas e danos daí decorrentes, quando a termo.

Portanto, só caberá a retenção do bem por parte do depositário, ainda que haja disposição contratual em contrário, nos casos previstos na lei. Sob pena de se violar a lei e a própria natureza jurídica do contrato.

¹⁸ “Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.”

¹⁹ “no direito alemão a denuncia é cheia, pois o parágrafo 696 do Código Civil alemão exige fundamento importante, ‘*ein wichtiger Grund*’” (MIRANDA, 1963, p. 337).

²⁰ Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.

3 O CONTRATO DE DEPÓSITO DE COISA FUNGÍVEL

As coisas fungíveis, por suas especificidades, não apresentam o mesmo tratamento das coisas infungíveis, assim, aquilo que é denominado contrato de depósito “impróprio” tem características “próprias” que são tratadas na presente seção.

Contudo, a presença dos elementos essenciais ao contrato de depósito, inclusive o depósito de bens fungíveis, em especial, a causa obrigacional de custódia²¹, faz com que a regulamentação ocorra, em geral, pelas disciplinas normativas do contrato de depósito.

Portanto, elencam-se, também, na presente seção, as similitudes do depósito de coisas fungíveis em relação ao contrato de depósito, denominado próprio, e suas diferenças para com os demais contratos, notadamente para o mútuo.

3.1 O problema terminológico

A nomenclatura do contrato de depósito impróprio se mostra deveras imprecisa, pois “impróprio”, em sua raiz etimológica, deriva de *improprius*, “que não é próprio”, em uma tradução livre. Sabe-se que essa é a definição também presente na língua portuguesa.

Impróprio seria um contrato que não tem os elementos essenciais ao contrato de depósito, o qual não é próprio à espécie, logo, contrato de depósito não seria. Assim, nomear de depósito algo que coisa diversa o fosse é nada dizer. Caso não apresentasse as características elementares ao contrato de depósito ter-se-ia outra figura contratual e pela nomenclatura desta deveria ser chamado. Caso apresentasse as características elementares, impróprio não o seria, mas sim próprio, com características acidentais diversas aquele denominado de contrato ‘regular’.

Essa linha de raciocínio pode ser seguida para aqueles que se utilizam da nomenclatura de contrato irregular, vez que regularidade não falta, seja na acepção de constância, seja na acepção de falta de regras. Quanto à falta de regras, há de se elencar os mesmos pontos que se aduziu a respeito do contrato impróprio, porque aquilo que não segue as regras gerais, a coisa tampouco o é.

Ademais, esse tratamento dispensado na nomenclatura de próprio ou

²¹ Cf. Seção 2.3.

impróprio passa a errônea visão de que primeiramente haveria surgido o contrato de coisa infungível e, empós, se desconfigurou esse contrato para que abarcasse as coisas fungíveis.

Com a análise da história dos primeiros depósitos, se percebe a inverdade perpetrada por esse posicionamento. Para os gregos, o depósito era *παρακαταθήκη* (*parakatatheke*), esse tinha uma forte vinculação religiosa, tendo em vista a fraqueza do direito que o regulava que só previa a ação privada de restituição. Assim, tinha como local de ampla realização dos depósitos os templos religiosos, dado o grande estigma presente para aqueles que agissem em interesse contrário aos do depositante. (BEVILÁQUA, 1954, p. 214)^{22,23}

Já relatava Isócrates, em 393 AC, não apenas sobre a existência dos depósitos impróprios, bem como sobre a utilização de tais depósitos por parte dos trapezistas (espécie de banqueiros da época) para uso próprio, deixando a descoberto os depositantes. Relatou sobre o caso do filho de um representante de Sátiro, rei de Bósforo, o qual acusava Pássio, um banqueiro de Atenas, de ter se utilizado indevidamente de um depósito de dinheiro que a ele lhe confiara (SOTO, 2012, p.76).

Percebe-se, assim, que o tempo dos primeiros relatos de depósito de coisa fungível é tão antigo quanto o dos depósitos de coisas infungíveis, remontando aos tempos helenísticos.

Não havendo de se falar em um padrão que fora, eventualmente, desvirtuado para abarcar uma realidade superveniente. A bem da verdade, há a própria caracterização de depósito desde os seus primórdios, como contrato de depósito de coisa fungível.

3.2 A problemática do contrato de depósito de coisa fungível

Existem, basicamente, duas linhas de posicionamento diametralmente opostas ao se tratar do contrato de depósito de coisas fungíveis. De um lado

²² “Mas a lei civil fornecia, contra êsse delito, somente uma ação privada, tendente a restituição do depósito, não cominando a pena de atimia ou privação dos direitos, como alguns escritores errôneamente afirmaram. Era, justamente, porque a lei se mostrava imprevidente que se fazia preciso o apoio da moral e da religião, em favor da fraqueza do direito. E, ainda, por essa mesma razão, eram preferidos, por serem melhor garantidos, os depósitos feitos nos templos entregues à guarda incorruptível dos deuses.” (BEVILÁQUA, 1954, p. 214)

²³ Curioso relatar que a dupla referência do vocábulo depósito, ao contrato e à coisa depositada, já era presente na era grega. Inclusive, denominando-se os depósitos de coisas fungíveis ou infungíveis.

seguindo a esteira de Clóvis Beviláqua (1954, p. 216), dentro do direito brasileiro, assume-se que o contrato de depósito de coisa fungível é uma má utilização de nomenclatura e na realidade se trata de contrato de mútuo, logo, deve ser disciplinado como este.

A outra corrente entende se tratar de contrato de depósito. É o pensamento de Pontes de Miranda (1963, p. 367-384), apresentando apenas pontos de divergência para com o contrato de depósito de coisa infungíveis. Assim, deve ser disciplinado pelo contrato de mútuo, apenas, naquilo que se especifique em razão de sua fungibilidade. Logo, as regras gerais não de ser vistas e aplicadas pelas do contrato de depósito, por depósito o ser.

Os adeptos da indiferenciação entre o contrato de coisa fungível e o mútuo se posicionam no sentido de que a coisa fungível, por suas características peculiares, não poderiam ser objeto do contrato de depósito. Alega-se que para a formação de tal vínculo haveria de haver coisas individuais, infungíveis, pensando sobre o dever de restituição. Tal posicionamento reflete bem o que pensa Clóvis Beviláqua (1954, p. 216):

As coisas fungíveis não se prestam ao depósito, que pressupõe coisas individuais. O D. 19, 2, fr. 31, trata da espécie, mas para considerá-la mútuo, pelo modo de solução. A Lei n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, art. 99, letra d, considera credor quirografário o depositante de dinheiro com caráter de coisa fungível, o que confirma a doutrina exposta: o depósito irregular é um verdadeiro mútuo.

Esse é o entender esposado, na doutrina internacional, por Planiol (1927, v. 12, p. 452), para o qual aquilo que se denomina contrato de depósito impróprio é na realidade contrato de mútuo ou de conta corrente. Relata sobre os casos específicos dos contratos que servem para alimentar os fundos de operações dos bancos, aduzindo que os estabelecimentos bancários recebem, sob o nome de depósito, somas de dinheiro de seus clientes, os quais podem retirá-los, seja a vista, seja a prazo. Arremata o referido autor que:

Na realidade tais contratos não têm de ser considerados juridicamente como variedade de depósito, a não ser quando a finalidade principal seja retirar do depositante o cuidado de guardar o dinheiro.²⁴ (1927, v. 12, p. 452)

Indo ao encontro desse entender, Eduardo Espínola (1956, p. 331), a

²⁴ Tradução livre: "En realidad, tales contratos no han de considerarse jurídicamente como variedades del depósito, sino cuando la finalidad principal sea librar al tradens del cuidado de guardar el dinero."

despeito de trazer a classificação de depósito regular e irregular, ou seja, colocando ambos no vão dos depósitos, aduz, na nota de rodapé 12, que, “Como observa ainda Planiol, o banqueiro que recebe o dinheiro em depósito está na mesma situação em que a pessoa que recebe um empréstimo em dinheiro”.

A segunda corrente entende que na realidade não se apresenta um contrato de mútuo, ou qualquer outro, mas sim um contrato de depósito propriamente dito, ainda que com características especiais.

Tais características não adviriam de uma modalidade díspar de contrato, mas, sim, do próprio contrato de depósito, sendo o tratamento diferenciado, unicamente, em razão e nos limites da fungibilidade da coisa entregue. Segue o entender de Pontes de Miranda (1963, p. 319):

A incidência de regras jurídicas sobre o depósito regular a propósito do depósito irregular resulta de só ter ocorrido a distinção por um ser quanto a bens fungíveis e o outro quanto a bens infungíveis. Quis-se o depósito. As manifestações de vontade são as mesmas. A diversidade decorre da diferença entre os objetos que são depositados.

E continua o referido autor.

É ineliminável a inserção do depósito irregular na classe dos depósitos. Há a figura jurídica do depósito, e o depósito irregular depositado é. Não é contrato de crédito, como pensam ADRIANO FIORENTINO e ERNESTO SIMONETTO, nem se há de tolerar a escápula da referência a contrato *sui generis*, nem a má caracterização de contrato misto. Não é contrato misto, nem significa qualquer coisa dizer-se que um contrato é *sui generis*; há crédito, no sentido estrito. (MIRANDA, 1963, p. 319)

Demonstrando, o caráter unitário de sua teoria, vez que tal posicionamento se mostra deveras coerente para com a sua definição de contrato de depósito, tendo como causa primeira, como o referido autor denomina, a causa obrigacional, a custódia.

Nesse sentido, seguem outros doutrinadores, os quais demonstram que a entrega de bem fungível a custódia é depósito. Aduz Maria Helena Diniz (2013, p. 382) que o contrato de depósito de coisa fungível é aquele que “recai sobre bem fungível ou consumível, de modo que o dever de restituir não tem por objeto a mesma coisa, mas outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Continua diferenciando o depósito do mútuo, pois aquele “tem sempre em vista o interesse do depositante, que pode exigir a restituição do bem a qualquer momento, mesmo que haja prazo convencionado para tal devolução” e arremata que essa “é a principal diferença entre depósito e mútuo” (DINIZ, 2013, p. 382).

E, ainda, não se poderia dizer que houve acréscimo patrimonial no contrato de depósito, ao depositário, por poder a qualquer momento o depositante pedir a restituição da coisa, o que, mais uma vez, o difere do empréstimo na visão da referida autora. Assim, não se poderia falar que o depósito “irregular” se transformaria em empréstimo “pois visa assegurar a disponibilidade da coisa” (DINIZ, 2013, p. 382).

Seguindo esse posicionamento da disponibilidade em favor do depositante, Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 331) define que a despeito da proximidade com o mútuo “deste difere pelo poder reconhecido ao depositante de recobrar a coisa *ad nutum*”. Entende-se, que tal ponto não é a diferença nevrálgica, a despeito de ser uma diferença latente, contudo, em nosso entender, tal diferença é uma decorrência lógica da diversidade de causas obrigacionais. Razão pela qual a diferença primordial entre os contratos de depósito e mútuo é aquilo que vem a caracterizar um contrato em relação a outro, ou seja, o motivo que se buscou com determinada convenção; não qualquer motivo, mas o motivo principal, apto de se abstrair, a causa obrigacional.²⁵

Ao assim se delinear, pode-se indagar o que levou autores de renome a pensarem em causas diversas como se uma só o fosse, assemelhando o contrato de depósito impróprio com o mútuo. Esse posicionamento só poderia apresentar duas razões:

- a) a ideia de que falta a posse alheia da coisa para a caracterização de um contrato de depósito, tendo em vista a transferência da propriedade nos contratos de depósito de coisa fungíveis; e
- b) a falta de uma esmerada diferenciação entre a custódia e a guarda, como nesse trabalho proposta.

3.2.1 Falta de diferenciação entre a custódia e a guarda

Passemos, primeiramente, a análise desse último ponto, que, em outro dizer, é a falta de entender entre a causa obrigacional buscada e um dos seus meios de se efetivar. Portanto, pecam aqueles que defendem não se tratar de depósito, aquele tido como irregular, por não atentarem para a diferenciação entre guarda e

²⁵ Cf. Seção 2.4

custódia²⁶, pois, uma vez que se percebe que a causa obrigacional do contrato de depósito, o dever de custódia, é a manutenção da possibilidade de restituir a coisa e não a simples guarda contra os elementos externos, não se poderia chegar a enquadramento diverso ao depósito “irregular”, senão ao contrato de depósito. A despeito de não existir a necessidade de guarda, na acepção de proteção contra elementos externos que possam danificar a coisa e muito menos de conservação, por se tratar de coisa fungível (apta a satisfazer o depositante qualquer uma de seu gênero) há sim a intenção primordial de custodiar, no sentido de manter a possibilidade de restituir a coisa, ainda, que do mesmo gênero.

Assim, o dever de custódia no contrato de depósito apresenta conteúdo flexível²⁷, sendo representado pela manutenção a qualquer momento da possibilidade de adimplir o contrato tão logo reclamada a coisa. No caso presente, dada a fungibilidade da coisa, expressa-se pela possibilidade de restituição a qualquer tempo de coisa do mesmo gênero, ou seja, basta-se garantir a disponibilidade do *tantundem* para que se efetive, neste caso específico, o dever de custódia.

Portanto, os defensores dessa corrente, ao não visualizarem o elemento essencial ao contrato de depósito nos depósitos de coisas fungíveis, qual seja a custódia, fazem, em um primeiro momento, por não diferenciar guarda com custódia, ou seja, o meio de se efetivar a custódia nos depósitos de coisa infungíveis, com a própria causa obrigacional do contrato de depósito. Razão pela qual, por força de definição, faz-se, patente, quando se bem diferencia a custódia da guarda²⁸, a presença daquele elemento no contrato de depósito de bens fungíveis e o consectário enquadramento dessa hipótese como contrato de depósito.

Existem diversas outras características, que hão de diferenciar ambos os contratos, o de depósito de coisa fungível com o de mútuo, vez que tal aproximação se faz, quando se faz, para fins práticos e não jurídicos (pois, não demonstram a

²⁶ Cf. Seção 2.3.

²⁷ Repete-se a lição de Pontes de Miranda (1963 p. 321): “Dir-se-á que o conceito de custódia não tem conteúdo rígido. Mas, a rigor, a custódia, no depósito, é o que se há de fazer para que se restitua o *idem corpus*. Mesmo se o depósito, de que se cogita, é depósito irregular, tão profunda que se fêz a concepção jurídica do depósito, através das idades, que não se pode confundir com o depósito irregular o mútuo: naquele há o interesse precípua do depositante; nesse, o do mutuário. Ali, quer o doador a disponibilidade do que dá; aqui, o recebedor quer o gozo do bem. No depósito irregular só não incidem as regras jurídicas sôbre o depósito regular que sejam incompatíveis com a propriedade ao outorgado”.

²⁸ Cf. Seção 2.3.

mesma causa obrigacional). Contudo, a principal, da qual, conforme avaliado no presente trabalho, decorrem todas as outras é a causa objetiva.

Apenas a fins elucidativos, ao se analisar um contrato de depósito bancário²⁹, em especial os contratos de depósito a vista, percebe-se que a convenção é feita com o escopo de que se entregue dinheiro ao banco, para que esse banco garanta a disponibilidade do dinheiro até que depositante, a seu bel prazer, exercite seu direito de reclamar.

A obrigação de restituir por parte desse banqueiro não se deve tal qual o bem foi entregue, por ser indiferente para a pessoa do depositante receber o mesmo bem ou outro que o equivalha, dada a natureza fungível do que foi entregue. Contudo, permanece sendo uma obrigação de restituir, tendo como dever de custódia, decorrente dessa, a manutenção, sempre, do *tantundem*, ou seja, para que se mantenha sempre a disponibilidade do dinheiro em favor do depositante. Portanto, a qualificação, ainda mais específica, da causa obrigacional é essa manutenção da disponibilidade, a qual é corolário do dever de custódia para os contratos de depósitos de coisas fungíveis.

A guarda e conservação, no depósito de coisa infungível, estão em posição de igualdade para com a manutenção da disponibilidade do *tantundem*, no depósito de coisa fungível, por ambos serem meios de se efetivar o dever de custódia. Presente esse dever de custódia, expresso pela manutenção do *tantundem*, jamais se poderia falar em outra figura convencional. O contrato de mútuo, por sua vez, como todo contrato de empréstimo, tem como causa obrigacional o uso do mutuário; assim, ao convencionar o mútuo, busca-se a entrega do bem para que outrem se utilize desse, a despeito de poderem existir outros motivos secundários³⁰.

Dessas diferenças de causas obrigacionais decorrem implicações lógicas as mais variadas; entre elas, um é feito no interesse de quem recebe, caso do contrato de empréstimo, o outro no interesse de quem entrega, caso do contrato de depósito. Quando se dá algo para que alguém o custodie, ainda que se tenha como elemento accidental o uso, o interesse continua a ser de quem entrega a coisa, pois o elemento principal é a custódia. De modo contrário, quando se dá algo para que alguém use, ainda que subsidiariamente se obrigue a custódia, o interesse é em face de quem recebeu, pois o elemento principal é o uso por parte deste.

²⁹ Cf. Seção 4

³⁰ Cf. Seção 2.4

Logo, a entrega de dinheiro com o escopo de que esse sempre esteja disponível para a retirada, ou seja, para que seja custodiado, é contrato de depósito típico, por apresentar o motivo principal desse contrato. Apesar de que se permita o uso desse contrato, ou mesmo que pela fungibilidade das coisas se apresente a transmissão de propriedade, o interesse continuará sendo em favor de quem entrega o bem, o depositante, tendo em vista que a causa obrigacional da entrega da coisa continua a ser a custódia.

De modo diverso se tem quando se entrega soma de dinheiro ao banco para que esse banco o utilize. Tal contrato, por sua vez, é feito em interesse do banco que o recebe e assume o ônus, via de regra, de restituir a quantia mais juros, após determinado lapso temporal. Ainda que possa apresentar o dever subsidiário de custódia, pois, por óbvio, tem de agir pelos meios que garantam a possibilidade de adimplemento contratual, tendo em vista que por força da convenção o interesse predominante é do banco, o mutuante recebe um direito de crédito, não oponível a qualquer tempo e, ainda assim, quando vencido o contrato o mutuário há de pagar o que deve com o que é seu.

Já em outro quadrante, como no contrato de depósito o interesse predominante é de quem entrega o bem para custódia, ao se findar o contrato, com o exercício do direito de reclame pelo depositante, o que recebeu o bem não há de pagar com o que é seu, mas sim restituir o que seu não mais é. Ainda que se entenda que houve a transmissão de propriedade, tal é uma propriedade limitada³¹, como ocorre na propriedade fiduciária e resolúvel no momento do exercício do reclame.

3.2.2 A suposta falta da posse alheia apta a caracterizar a custódia

Assim, adentra-se a outra razão, elencada na alínea a), que poderia levar aqueles renomados autores, a entender que não há contrato de depósito, qual seja, na visão desses, faltar o elemento da posse de coisa alheia, assim, alegam que não haveria custódia de coisa sua (MIRANDA, 1963, p. 368). Contudo, olvida-se, ao assim argumentar, que a transmissão de propriedade se deve, unicamente, em razão da fungibilidade da coisa e por tal razão se apresenta como uma propriedade limitada, resolúvel a qualquer momento.

³¹ Cf. Seção 4.1

Nesse diapasão, Pontes de Miranda (1963, p. 368), ao tratar das duas visões opostas ao contrato de depósito de coisa fungível para, então, rechaçar a visão de não se tratar de um contrato de depósito, em razão da transmissão de propriedade, leciona que:

Duas correntes tentaram dar explicações extremas do contrato do depósito irregular e das relações jurídicas que dêle se irradiam. Uma, apegando-se ao nome, o faz espécie do contrato de depósito regular, exprobando o adjetivo. Outra o reduz ao contrato de mútuo, negando que se trate de depósito. Essa não vê contrato de depósito onde não há posse de bem alheio atribuída ao depositário, mas as longas dissertações pecam, de início, pelo nível inferior da teoria da posse.

Há de se relatar, nesse ínterim, mais uma vez, que tal transmissão de propriedade é limitada. Limite esse estabelecido exatamente na inteireza da disponibilidade do bem, a qualquer tempo, ao depositante. Continua Miranda (1963, p. 368-369):

O que é inegável é a afinidade de estrutura e de função entre o depósito regular e irregular. Por outro lado, não se pode dizer que falte a posse ao depositário, no depósito irregular, porque, devido à fungibilidade inafastada do bem depositado, o depositário, no depósito irregular, recebe mais que o depositário, no depósito regular: recebe a propriedade e recebe posse própria.

A causa obrigacional estaria apta, *per si*, a diferenciar os dois institutos, pois a transmissão dessa propriedade limitada, também, não teria o condão de transformar espécies diferentes de contratos em um único, ou pela limitação dessa propriedade pela necessidade de se disponibilizar o *tantundem* a todo tempo ao depositante, ou pela existência, quando do reclame, não de crédito, mas sim de coisa sua, ou pela característica de propriedade resolúvel. Nesse sentido, segue Pontes de Miranda (1963, p. 369): “Quanto à redução do contrato de depósito irregular a contrato de mútuo, um dos argumentos contrários que não se conseguiram destruir é o de diferença de função entre os dois institutos jurídicos”.

Na mesma linha do aqui aduzido, quando se delineou a respeito dos motivos de diferenciação dos dois contratos, ainda que ali se tenha derivado tais pontos da causa da obrigação e Pontes de Miranda (1963, p. 369) não o faça.

Para que se não identifique o depósito irregular com o mútuo, tem-se de distinguir do *tantundem*, que o mutuário tem de pagar, o *tantundem*, que o depositário tem de restituir. Aqui, o objeto da restituição deixou de ser do depositário; ali, não. Aqui, o bem fungível tem de ser restituído, porque volveu a ser de propriedade do depositante; ali, não: o que o mutuário deve só volve a ser do mutuante depois de prestado. Por isso, a insolvência no mútuo é mais grave. A remissão do Código Civil, art. 1.280, a regras

jurídicas sobre mútuo (não a todas, a despeito da referência aos arts 1.256-1.264), não faz contrato de mútuo o contrato de depósito irregular.

Portanto, a conceituação de depósito de coisa fungível, enquanto depósito, por todas as razões apresentadas, é não apenas a mais adequada, mas também necessária, tendo em vista apresentar a mesma causa obrigacional. Dessa feita, passa-se a análise do que dispõe o art. 645 do Código Civil pátrio para saber qual seu campo de aplicação, vez que, por certo, não torna o depósito de coisa fungível em mútuo.

3.3 O Depósito de coisa fungível e o art. 645 do Código Civil

O art. 645 do Código Civil determina que o depósito de coisa fungível será regulado pelas disposições do mútuo: “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”.

Contudo, não poderia a lei alterar a natureza contratual de contrato de depósito para mútuo, tendo em vista a razão de ser do vínculo da convenção efetivada. Dessa feita, tal artigo deve ser interpretado no sentido a que se propõe, qual seja, de que, naquilo que for cabível, em razão de se querer restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, deverá haver a aplicação do mútuo. Nesse sentido leciona Pontes de Miranda (1963, p. 370):

Pergunta-se: a) o art. 1.280 (atual art. 645 do CC vigente) do Código Civil faz o contrato de depósito não ser, para ser o de mútuo; ou b) há depósito a que se aplicam regras jurídicas são o mútuo? A segunda proposição é que é verdadeira.

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 depositário.

A opinião a) que foi de Konrad Cosack e a de Clóvis Beviláqua, finalmente ruiu diante da verdadeira interpretação do parágrafo 700 do Código Civil Alemão e do art. 1.280 do Código Civil Brasileiro (P. OERTMANN, Schuldrecht, 839. OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, III, 737)

E continuando, conclui Pontes de Miranda (1963, p. 376), a respeito da aplicação das regras de mútuo apenas naquilo que seja essencial ao contrato de coisa fungível e que não desnature o contrato de depósito:

O art. 1.280 do Código Civil de modo nenhum desnatura o depósito irregular. A despeito da redação do art. 1.280, as regras jurídicas do mútuo são invocáveis até onde não tornem mútuo o negócio jurídico do depósito irregular. Os contraentes tiveram o *animus deponendi*; e não há regra jurídica que diga tratar-se o contrato de depósito irregular como contrato de mútuo. Há a pretensão a restituição a qualquer momento, ao passo que, no

tocante ao mútuo em se tratando de mútuo de dinheiro, há prazo de trinta dias

Dessarte, mostra-se que deve haver a aplicação das disposições que sejam elementares ao contrato de depósito, principalmente quando se avalia o art. 633 do Código Civil brasileiro, o qual reza a respeito da restituição *ad nutum*, clara e amplamente aplicado aos contratos de depósito de coisa fungível, em contradição com o que determina o inciso II do art. 592 do Código Civil, o qual reza que em caso de mútuo de dinheiro o prazo para entrega, não sendo estipulado outro, será de 30 (trinta) dias.

Ademais, a própria jurisprudência pátria ao mandar penhorar dinheiro em conta corrente, ou seja, o dinheiro que havia sido depositado, reconhece, ainda que sem intenção, a característica de depósito e não de mútuo, pois admite o dinheiro em conta corrente como disponível a qualquer tempo, e não como crédito, como ocorre no mútuo³².

Portanto, só se aplicará ao contrato de depósito de coisa fungível as disposições do mútuo naquilo que o for necessário pela fungibilidade da coisa e que não vá de encontro a natureza do contrato de depósito. Esse é o entender de Pontes de Miranda (1963, p. 381):

Dentre as regras jurídicas sôbre o mútuo, que o Código Civil diz invocáveis a respeito do depósito irregular somente podem incidir, a proposito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao art. 1.280, mas subentende-se, o usual 'no que fôr aplicável.

³² Nesse sentido: CADERNETA DE POUPANÇA. MOVIMENTAÇÕES DIÁRIAS. UTILIZAÇÃO COMO CONTA CORRENTE. PERDA DA NATUREZA PRIMÁRIA. PENHORA DO SALDO. POSSIBILIDADE. CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO (AI 407.520-AgR/PA, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 15.8.2003). AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. PENHORA ON LINE. SISTEMA BACEN JUD. (STF - ARE: 829710 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 27/08/2014, Data de Publicação: DJe-169 DIVULG 01/09/2014 PUBLIC 02/09/2014) EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA EM SALDOS DE CONTA-CORRENTE. EXCEPCIONALIDADE. 2. A penhora em saldo bancário do devedor equivale à penhora sobre o estabelecimento comercial. (STJ - REsp: 863773 SP 2006/0139872-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 21/09/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/10/2006 p. 202); PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. EXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA EM SALDOS DE CONTA-CORRENTE. EXCEPCIONALIDADE. 2. A penhora em saldo bancário do devedor equivale à penhora sobre dinheiro. 3. Somente em situações excepcionais e devidamente fundamentadas é que se admite a especial forma de constrição. Precedentes. (STJ - EREsp: 791231 SP 2006/0044442-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 26/03/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07.04.2008 p. 1)

Logo, percebe-se que o contrato de depósito de coisa fungível, uma vez caracterizado como depósito, há de ser regulado em sua essência pelos efeitos jurídicos decorrentes da sua natureza, da sua causa obrigacional. Apenas, no que qualifique de modo diverso a causa obrigacional e, assim, se aproxime do mútuo por esse deve ser regulado.

4 O CONTRATO DE DEPÓSITO BANCÁRIO E A RESERVA FRACIONÁRIA

O depósito bancário, enquanto subespécie do contrato de depósito de coisa fungível tem como causa obrigacional, por ser depósito, a custódia de dinheiro em conta corrente. O dever de custódia do depósito de coisa fungível para ser efetivada necessita da manutenção da possibilidade de adimplemento contratual, assim, para as coisas fungíveis a custódia é efetivada com a manutenção integral do *tantundem*, ou seja, a garantia da possibilidade de restituir a coisa em todos os momentos.

Dessa feita, analisa-se, na presente Seção, noções gerais sobre o contrato de depósito bancário, bem como a tentativa de reconceituação da disponibilidade do contrato de depósito bancário. Bem como o teor das normas bancárias que regem o tema e a aplicação destas aos contratos de depósito à vista.

4.1 Uma breve análise dos depósitos bancários

O contrato de depósito bancário pode ser conceituado, através da derivação do conceito de depósito, como o contrato pelo qual um banco recebe quantia em dinheiro. Em tal contrato ocorre a transferência de propriedade tendo em vista que se trata de uma propriedade limitada, a qual tem seu limite na manutenção da possibilidade de se restituir o *tantundem*.

Essa transferência de propriedade garante o direito de uso, mas tal direito de uso não se mostra ilimitado, vez que nem a propriedade plena o garantiria assim, sendo restringida pelo dever de restituir a coisa. Logo, tal uso só poderia ocorrer se, e somente se, houvesse a garantia da possibilidade de restituir através da disponibilidade de outros bens.

Dessarte, decorre do contrato de depósito de coisa fungível, em especial do depósito de dinheiro, junto aos bancos, a dupla disponibilidade, pois o depositante apresenta disponibilidade, a qualquer momento, do dinheiro que depositou e o banco também tem a disponibilidade desse mesmo montante para o seu uso (GARRIGUES, 1958, p. 367).

Essa dupla disponibilidade, de modo algum, ensejaria, conforme continua Joaquín Garrigues (1958, p. 368), uma difícil configuração jurídica do contrato em espécie, pois o que ocorre é que há limites para essa dupla disponibilidade, limites impostos pelos elementos essenciais ao contrato de depósito.

O contrato de depósito é feito no interesse do depositante, por ser a causa obrigacional do contrato o dever de custódia, razão pela qual a disponibilidade do depositante deve prevalecer sobre a do depositário, ainda que esta seja existente pela própria natureza de fungibilidade da coisa. Esse entender ganha maior arrimo tendo em vista a restituição *ad nutum*, seja por previsão expressa no Código Civil pátrio, seja pela própria natureza do contrato.

Dessa feita, a disponibilidade do banco é limitada pela disponibilidade do depositante, a qual por sua vez é decorrente do dever de custódia. Assevera Pontes de Miranda (1963, p. 373) que a “disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe a frente quando o depositante o entenda”. Assim, não se trata de incongruência de disponibilidades como alguma doutrina leva a crer (GARRIGUES, 1958, p. 368), mas, sim, da limitação de uma disponibilidade pela outra.

Portanto, o banco pode se utilizar do dinheiro depositado, por decorrência da transmissão de propriedade da coisa fungível, desde que a todo momento mantenha o seu dever de custódia, ou seja, mantenha a disponibilidade do *tantundem*, integral, para cada um dos depositantes, pois a transmissão de propriedade ocorre pela natureza da fungibilidade da coisa, mas ainda assim se busca a restituição da coisa.

O que se deve avaliar em um contrato de depósito é se o cliente buscou, através desse contrato, de modo principal³³, deixar dinheiro seu à custódia do banco para poder reavê-lo quando quisesse. Nesse caso, há de se caracterizar como depósito bancário, ainda que outra nomenclatura tenha sido aplicada, em decorrência do dever de custódia, consubstanciado na manutenção da disponibilidade integral do valor depositado.

Essa é a causa obrigacional da imensa maioria dos cidadãos que têm relações bancárias, dentro do atual sistema financeiro. Também não se pode falar em uma transmutação do contrato de depósito em mútuo, por um suposto aceite implícito e uso corriqueiro, pois a causa obrigacional é díspar, a despeito de saber que se pode contratar um empréstimo, caso essa seja a intenção última. Nesse sentido, aduz José Huerto de Soto (2012, p. 149):

Podemos afirmar com segurança que a grande maioria dos depositantes efetua um depósito à vista considerando, de boa-fé, que, na verdade é isso

³³ Cf. Seção 2.3.

que está fazendo: um contrato de depósito irregular cujo objetivo essencial é transferir a guarda ou custódia do seu dinheiro para o banqueiro.

Contudo, continua o referido autor nesse ponto, aduzindo que a causa obrigacional buscada, nesse quadrante, pode ser diversa para o banco do que para o depositante, ensejando, assim, o que para ele se caracterizaria como o *error in negotio* (SOTO, 2012, p. 150).

Entende-se de modo diverso, pois a causa do contrato é una, o banco ao saber, como efetivamente sabe, que haverá de restituir o depósito à vista, no momento do reclame, não poderia se escusar do negócio jurídico firmado em razão de *error in negotio*. Até porque assume a obrigação expressa de restituir o montante depositado sempre que reclamado e sabe antes da assinatura da convenção que caso todos os depositantes venham a requerer seus depósitos ao mesmo tempo não terão condições de efetivar a devolução, o que caracteriza a má-fé apta de excluir o *error in negotio*.

4.2 A tentativa de reconceituação de disponibilidade

Há ainda autores que buscam defender que o contrato de depósito monetário é contrato de mútuo, apegados a tentativa de conciliação do direito com o mundo prático. Ainda, que superado tal ponto³⁴, dentre as obras aqui analisadas, ainda que se reconheça a diferenciação entre o contrato de depósito e o contrato de mútuo, não se percebeu nenhuma que determine de modo peremptório a obrigatoriedade da manutenção da disponibilidade da integralidade dos depósitos bancários³⁵.

Ou seja, mesmo reconhecendo a diferenciação entre os dois contratos, mesmo reconhecendo a existência do dever de custódia que quanto aos depósitos de coisa fungíveis seria a manutenção, a todo tempo, da possibilidade de adimplemento contratual, ainda assim se entende que poderia o banco não apresentar a reserva da integralidade dos depósitos que foram efetivados, pois tentaram dar uma nova conceituação à disponibilidade.

³⁴ Cf. Seção 3.3.

³⁵ Fala-se, no presente trabalho, ao menos, dos depósitos bancários a vista. Ainda, que por força das definições já apresentadas, os depósitos bancários a prazo, também ocorram da mesma forma, conforme determinado supra, quando se rezou a respeito dos depósitos de coisas fungíveis a prazo. Tal entendimento só não deve ocorrer caso o depósito bancário, a despeito de assim chamado no contrato, na verdade, se tratar de mútuo. Para tal diferenciação cabe averiguar a causa obrigacional e, em meios práticos, a disponibilidade se em razão, preponderante, do depositante, com a possibilidade de reclame *ad nutem*, ou em razão do mutuário, sem tal.

Essa tentativa de reconceituação da disponibilidade é feita no sentido de que a disponibilidade se daria não pela manutenção da integralidade dos depósitos em caixa, mas em um sentido de que seria a solvência genérica, assomado ao dever de diligência do bom uso do dinheiro tomado e a garantia de coeficientes de liquidez em conformidade com a legislação pátria, para fazer face aos compromissos ajustados (GARRIGUES, 1958, p. 375).

Termina-se, destarte, por reduzir o dever de custódia a um dever de diligência adequada para com a coisa. Nesse sentido, determina que o depositário, o banco, não seria obrigado “a manter o *tantundem*, mas apenas de a empregá-lo de forma prudente e líquida para estar sempre em condições de restituí-lo quando tal fosse solicitado” (GARRIGUES, 1958, p. 375).

Pontes de Miranda (1963, p. 374) ao tratar do poder de dispor, afirma inexistir poder de disponibilidade simultânea entre os depositantes de um banco, razão pela qual se teria a solução prática do problema técnico-econômico dos dois poderes de disposição:

O banco tem o poder de disposição sobre x , x' e x'' ; cada depositante, sobre x , ou sobre x' , ou sobre x'' ; de modo que, se só dispõe de fração de $x + x' + x''$, pois que nem todos os depositantes, dispõem simultaneamente. Nos momentos de alarma, as corridas dos clientes mostram que, nos tempos normais, tudo se passa tranquilamente, permitindo estatísticas de depósitos e de retiradas e o trabalho técnico com as médias de disponibilidade provável, inclusive atendidas as datas e considerados os meses.

Não nos parece plausível que as disponibilidades dos depositantes não sejam simultâneas. Quando há o total de depósitos se percebe que cada um desses é fruto de um depositante que tem a disponibilidade a qualquer momento. Ainda que não seja uma análise propriamente de direito civil tem sérios reflexos neste, pois a garantia da manutenção de uma relação contratual, vai depender, em última análise, do montante geral deposita e da garantia desse montante.

O fato de não se exercer a disponibilidade simultaneamente não é o mesmo de dizer que não existe essa disponibilidade simultânea, pois a disponibilidade ocorre com a possibilidade de exercer o direito de reclame, o qual, por certo, é simultâneo para todos os depositantes a todos os momentos, dada a própria natureza da restituição *ad nutum*.

Com tal definição de disponibilidade se termina por alterar a própria conceituação de custódia anteriormente feita por Pontes de Miranda (1963, p.319-321), reduzindo como assevera Garrigues (1958, p. 367):

No depósito bancário, o elemento de custódia é substituído pelo elemento técnico do cálculo de probabilidade de levantamento de depósitos. Por sua vez, este cálculo de probabilidades depende de depósitos bancários em grande escala.

Essa interpretação de disponibilidade que desvirtua o dever de custódia é, ainda, transformar uma obrigação de resultado em uma obrigação de diligência, qual seja, do uso “sustentável” dos recursos. Tal uso prudente não estaria apto a diferenciar a causa obrigacional do contrato de depósito de qualquer outro, pois é também necessário o uso prudente do bem locado no contrato de locação e do bem emprestado no contrato de empréstimo.

Assim, ainda que haja uma solvência geral do depositário, no caso o banco, ela *per se* não garante as disponibilidades dos depositantes, porque a disponibilidade deve ocorrer com a disposição do *tantundem* a qualquer momento ao depositante, por ser essa a própria causa obrigacional específica do contrato de depósito bancário e o ônus assumido pelo banco. Portanto, a simples solvência, no sentido econômico do termo, de ter um ativo apto de arcar com o passivo, não garante a disponibilidade imediata e, por consectário, malfere o dever de custódia.

Assoma-se a isso o fato de que, *ad argumentandum tantum*, fosse possível utilizar o cálculo de probabilidades (o que não é), para prever o exercício do direito de reclame por parte dos depositantes, o contrato deixaria de ser de depósito para ser um contrato aleatório, no qual a possibilidade de se receber a restituição imediata do bem iria depender da probabilidade de que um número suficiente de depositantes não fosse retirar seus “depósitos” no mesmo banco ao mesmo tempo.

Conseqüentemente, a redefinição de disponibilidade é sem efeitos jurídicos, pois apenas permitiria que os bancos, ou o depositário de coisa fungível, continuassem a se utilizar dos depósitos como se empréstimos o fossem. Ademais, o simples dever de uso prudente, de acordo com as normas emitidas pelo Bacen, embasado em cálculos de disponibilidade não é suficiente para garantir a todo momento a restituição da coisa a todos os depositantes, o que gera a quebra do dever de custódia.

Busca-se, agora, apenas a título argumentativo, demonstrar que a base econômica que justifica essa tentativa de reconceituação da disponibilidade não se sustenta, logo o dever de custódia não é garantido pela reserva fracionária.

4.3 A lei dos grandes números e a reserva fracionária

Há juristas que defendem que os bancos garantem o dever de custódia, de acordo com a lei dos grandes números, a qual serve de base para a reconceituação da disponibilidade do depositante (SOTO, 2012, p. 336). Assim, entendem que os bancos precisariam apenas manter uma reserva de caixa mínima do dinheiro que recebem em depósito para fazer frente os pedidos de restituição dos depositantes.

Essa Lei dos Grandes Números é uma tentativa de aplicação dos princípios gerais, economicamente falando, do contrato de seguro para que se termine com o risco do contrato de depósito, pois se entenderia que esse risco é tido como *a priori*, quantificável e assegurável (SOTO, 2012, p. 336).

A despeito disso, inicialmente se tem de aclarar que o contrato de seguro é aleatório e o contrato de depósito é para restituir a coisa, logo em um se assume um risco por parte do segurado que tem um crédito, em outro se exerce o direito de reclame e a coisa passa a ser de sua propriedade.

Assim passada essa diferenciação básica, sabe-se que a atividade bancária se encontra dentro do campo da ação humana, logo incerta, no sentido de que os atores não têm o conhecimento de todos os meios para atingir os fins que desejam, mudando o seu comportamento de acordo com aquisição de conhecimento e da interação e ação de seus pares.

Portanto, nesse campo da ação humana, tanto o comportamento dos outros é incerto, como não se tem conhecimento presente de todos os meios para se chegar aos fins, o que vai redundar no que se denomina certeza inevitável, a qual pode ser mitigada, por padrões comportamentais, mas jamais eliminada (SOTO, 2012, p. 336). Dessarte, não se pode aplicar as noções tradicionais de probabilidade objetiva, pois para a efetividade da Teoria dos Grandes Números exige uma natureza subjacente estável, com certezas de possibilidades de resultados, ainda que esses sejam aleatórios.

Não apenas o ator da ação humana apresenta a incerteza genuína, aquela tida como consequência lógica da ignorância e do tempo real (IORIO, 2011, p. 69), como também o agente humano só apresenta algumas crenças ou convicções subjetivas, as quais na medida em que se alteram tendem a variar de forma radical e não convergentes (MISES, 1998, p. 110).

Portanto, essas incertezas da ação humana são completamente díspares das

incertezas probabilísticas da estatística, pois a estatística é uma probabilidade classe, enquanto na ação humana não se há de falar nem sequer em classe, mas sim em casos; há uma situação de risco, assegurável para toda uma classe, enquanto na ação humana a incerteza é inevitável, devido ao carácter criativo da ação humana, logo não é uma incerteza assegurável; possível de ser expressa em termos matemáticos, enquanto na ação humana dada sua própria natureza, de incerteza genuína, não há de se falar em expressão matemática; acessível através da lógica e da investigação empírica, aproximando-se reduzindo o risco cada vez para menor com a descoberta de informação nova, enquanto na ação humana se rege por meio da compreensão e da estimativa empresarial, além do que toda informação nova faz começar o processo *ex novo*. (SOTO, 2012, p. 337)

Mostra-se, assim, evidente que não é assegurável a ação humana, por consectário, as atividades bancárias. Tem-se, ainda, como razão técnica, dentro do campo da economia, nas palavras de Jesús Huerto de Soto (2012, p. 337) que “a própria ação humana provoca ou cria os eventos que se pretende segurar”. Em outro dizer, o próprio levantamento dos depósitos influencia em novas retiradas, logo jamais se podendo expressar ou avaliar a probabilidade de novos exercícios do direito de reclame.

Não sendo matematicamente assegurável, nem muito menos factível seu asseguramento dentro da realidade fática da ação humana, jamais se poderia falar que a disponibilidade seria garantida pela Lei dos Grandes Números. Assim, tampouco, poderia se falar em garantia do dever de custódia.

4.4 O atual sistema de reservas fracionários e a normatização da quebra do dever de custódia

Por todo o exposto se percebe que não há como se coadunar com a desnecessidade de manutenção dos depósitos no montante integral dos valores depositados. Contudo, há legislação específica sobre o tema, em especial a Lei nº 4.595/64, e a Circular nº 3.632, de 20 de fevereiro de 2013, do Bacen.

A Lei nº 4.595/64, Lei do Sistema Financeiro Nacional, ao expressar a possibilidade do Bacen poder instituir o depósito compulsório sobre os depósitos bancários à vista, permite claramente a reserva fracionária que é a utilização por parte dos bancos, sem garantir a disponibilidade para os depositantes, dos

montantes depositados, a bem da verdade acaba por institucionalizar a quebra do dever de custódia. Nesse sentido, traz-se a expressa previsão dos incisos III e IV do art. 10 da Lei do Sistema Financeiro Nacional:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

[...]

III - determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até 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:

IV - receber os recolhimentos compulsórios de que trata o inciso anterior e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras, nos termos do inciso III e § 2º do art. 19.

Assim, a Lei permite ao Bacen estipular a possibilidade de recolhimento inferior aos 100% que deveriam se dar pelos bancos, em razão do dever de custódia do contrato de depósito. Com efeito, o Bacen exerce tal competência através da Circular nº 3.362, de 21 de fevereiro de 2013, a qual, em seu art. 3º, traz a base de cálculo e, no art. 4º, a alíquota a ser aplicado pelos bancos, determinando, assim, de quanto será a reserva fracionária.

Art. 3º A base de cálculo da exigibilidade do recolhimento compulsório sobre recursos à vista corresponde à média aritmética dos VSRs apurados no período de cálculo, deduzida de R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais).

Art. 4º A exigibilidade do recolhimento compulsório sobre recursos à vista é apurada aplicando-se, sobre a base de cálculo de que trata o art. 3º, a alíquota de 45% (quarenta e cinco por cento).

Tais disposições de regulamentação bancária não têm o condão de transformar em mútuo o contrato de depósito. Muito menos de garantir o dever de custódia que deveria estar presente naquele, sendo, em verdade, uma institucionalização da possibilidade de quebra desse dever de custódia, o que por se mostra o disparate da norma comentada.

Ainda que se entendesse o Banco Central, como prestador dos bancos e por consequente, garantidor universal, tal não poderia, ainda, disponibilizar no imediato momento do reclame. Além do que, a impressão de moedas, levaria a perda do poder de compra por parte dos depositantes.

Portanto, a garantia da disponibilidade é necessária a todo momento, por se tratar do dever de custódia, o qual é a causa objetiva buscada no contrato de depósito bancário. Assim, a despeito da tentativa de se institucionalizar, conforme

fora feito, a prática da reserva fracionária, ela não subsiste a uma análise escorreita da realidade jurídica do dever de custódia.

Ou seja, ainda que existente a lei do Sistema Financeiro Nacional, ela não tem a capacidade de convencionar pelas partes, logo sendo as partes livres para firmar seu pacto podem, respeitado certos limites, realiza-lo como bem entenderem. Assim, não haveria de se falar em reserva fracionária apta de se utilizar em contrato de depósito, quando o que se pactuasse fosse a manutenção da disponibilidade do *tantundem*, portanto aquilo disposto na circular do Bacen será aplicado na medida em que as operações realizadas junto ao banco não tiverem por causa geradora a custódia.

Outra não poderia ser a interpretação, pois, a um, o contrato é feito em razão de um fato gerador e os seus efeitos daí decorrentes. O fato gerador é exatamente a causa objetiva, logo tendo como fato gerador o contrato de depósito a custódia, sendo essa expressa nos contratos de depósitos bancários como a manutenção da possibilidade de adimplemento pela manutenção do *tantundem* depositado, assim o contrato de depósito bancário só se perfectibiliza pela vontade das partes de garantirem a disponibilidade a todo momento.

Os efeitos não poderiam caracterizar a natureza da coisa, pois aqueles, por força de mandamentos lógicos, são decorrentes destes. Assim, os efeitos de determinado contrato decorrem da natureza deste, a qual é caracterizada por sua causa objetiva. Uma lei ao tentar alterar os efeitos, quando decorrentes de sua natureza e não da vontade das partes, de determinada contrato, alterará a sua própria essência, regulando, assim, coisa diversa.

Por ser o contrato formado pelas partes e não pela lei, e por ser a liberdade contratual característica própria do sistema jurídico brasileiro, ressalvadas as exceções legais, aquilo que a lei do sistema financeiro regula só pode ser entendido como não depósito, assim somente aos contratos que não tiverem causa objetiva de manter a disponibilidade *in totum* há de ser aplicado as determinações legais da Lei do Sistema Financeiro Nacional, exatamente por regular coisa de natureza diversa ao contrato de depósito.

Ainda, nesse íterim, poder-se-ia dizer que o contrato de depósito bancário é um contrato *sui generis* e assim deveria ser regulado, contudo uma vez compreendida que a natureza do contrato decorre de sua causa objetiva, e, havendo a busca pela manutenção da disponibilidade do dinheiro depositado a todo tempo, ou

seja, pela custódia, como causa objetiva, não há de se coadunar com essa tese. A regulação do art. 425 do código civil é no sentido de quando se busca outro fim último de se contratar que não esteja previsto no Código Civil, pois uma vez já presente não se falará em contrato atípico, mas sim típico, como é o caso do contrato de depósito bancário.

Caso assim não se entendesse, teria que se admitir que a Constituição Federal não recepcionou a Lei dos Sistema Financeiro Nacional, pois o dispositivo é malferidor da boa-fé objetiva, uma vez que permite aos bancos celebrarem contratos que antes da assinatura já sabem não estarem aptos para cumprir todas as convenções firmadas, uma vez que haja o reclame por todos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dever de custódia dos contratos de depósitos bancários deve ser entendido, como a garantia da disponibilidade do *tantundem* depositado a todo momento ao depositante, o que impede a estrutura da reserva fracionárias, por tentar transferir em contrato de mútuo o contrato depósito.

Ao longo do presente trabalho, apresentam-se diversos pontos de vistas e considerações críticas a respeito dos temas que se propôs debater. Dessa forma, relatar exaustivamente as teses sustentadas é um trabalho ineficiente, sob a possibilidade de se apresentar um resumo mal engendrado do presente trabalho. Assim, procede-se, nestas considerações finais ao confronto entre os objetivos e problemas para analisar se podem ser considerados devidamente cumpridos e respondidos, respectivamente.

Da análise do estudo até então depreendido, pode-se arrematar, de modo seguro, que a prática da reserva fracionária não coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, por ferir o dever de custódia presente nos contratos de depósitos bancários.

Dessa forma, entende-se que a pesquisa logrou atingir seu objetivo geral, quanto aos específicos se avalia ponto a ponto:

- a) a proposição de uma diferenciação entre custódia e guarda, mostrou-se salutar por apresentar qual a causa obrigacional do contrato de depósito, assim, não dando margem o falso entender de que essa seria a guarda contra os danos que poderiam vir a ser causados por elemento externos (Seção 2.3);
- b) no tocante a diferença entre o contrato de depósito de coisa fungível e o contrato de mútuo, percebeu-se a diferença básica da causa objetiva, enquanto este teria como causa a tradição de bem para o uso, aquele a tradição do bem para custódia (Seção 3.2), decorrendo dessa as seguintes diferenças elementares:
 - o interesse do depósito ser feito em prol do depositante, já no mútuo em prol do mutuário (Seção 3.2);
 - a possibilidade de restituição *ad nutum* no contrato de depósito, ainda que a termo, o que não se mostra presente no contrato de mútuo (Seção 2.4);
 - a dupla disponibilidade do depositado no contrato de depósito e a transmissão da disponibilidade por completa no contrato de mútuo (Seção 4.2);

- a posse da coisa alheia ao fim do contrato de depósito e o direito de crédito, a pagar com coisa sua, no contrato de mútuo (Seção 3.2);
- c) o art. 645 do Código Civil brasileiro deve ser interpretado no sentido de que unicamente aquelas disposições que versem sobre a própria fungibilidade dos bens e dela sejam inerentes, bem como não contrariem o essencial do contrato de depósito, devem ser aplicadas do mútuo ao contrato de depósito (Seção 3.3);
- d) decorre do dever de custódia, aplicado ao contrato de depósito bancário, a necessidade de manter a disponibilidade total do *tantundem* depositado a qualquer tempo em prol do depositante (Seção 4.2).

Passa-se, assim, a responder, de forma sucinta, a problematização elencada, quando da introdução, uma a uma:

- a) os elementos essenciais ao contrato de depósito são, primeiramente, sua causa obrigacional, qual seja a tradição do bem para fins de custódia, apresentando ainda o direito de reclame, com a obrigação de restituição imediata, e, dentro do direito brasileiro, a mobilidade da coisa (Seção 2.1);
- b) a causa objetiva (obrigacional) do contrato de depósito é a tradição do bem para custódia, essa é o dever amplo de manutenção da possibilidade de se adimplir o contrato, ou seja restituir a coisa (Seção 2.4);
- c) a guarda seria a proteção contra os elementos externos que poderiam vim a danificar a coisa, sendo, unicamente, um dos meios de se expressar o dever de custódia, este seria a causa obrigacional;
- d) existe, sim, contrato de depósito de coisa fungível, pois ao ocorrer a tradição do bem móvel fungível com a intenção, primeira, de que o outro custodie, tem-se os elementos essenciais ao contrato de depósito, não se pode assim caracterizar enquanto outro contrato. O mútuo, por sua vez, tem como elementos essenciais, basicamente, a tradição de coisa fungível com a intenção, primeira, de uso, assim, ainda que em decorrência da coisa fungível se possa usar a coisa, no contrato de depósito, tem-se que neste o uso é secundário, daí advindo uma série de outras características, em especial O interesse do depósito ser feito em prol do depositante, já no mútuo em prol do mutuário (Seção 3.2); A possibilidade de restituição *ad nutum* no contrato de depósito, ainda que a termo, o que não se mostra presente no contrato de mútuo (Seção 2.4); a dupla disponibilidade do depositado no contrato de depósito e a transmissão da disponibilidade por completa no contrato de mútuo (Seção 4.2); A posse da

coisa alheia ao fim do contrato de depósito e o direito de crédito, a pagar com coisa sua, no contrato de mútuo (Seção 3.2);

- e) o art. 645 do Código Civil brasileiro não tem o condão de transformar o contrato de depósito de coisa fungível em mútuo, uma vez que estes apresentam causa obrigacional diversa, uma vez que é essa a responsável por caracterizar a espécie de um contrato, a lei não tem força para alterar a natureza jurídica do contrato, a sua causa obrigacional (Seção 3.3);
- f) existe, sim, transferência da propriedade no depósito de coisa fungível. Tal transferência é uma decorrência lógica da fungibilidade da coisa, pois se não se busca no contrato a restituição *idem corpus*, mas, apenas de coisa do mesmo gênero e ficando indistintas as coisas para os depositários, a transferência da propriedade é determinação lógica. Contudo, tal propriedade é limitada pelo exercício do direito de reclame, pois, uma vez que a coisa seja reclamada volve, imediatamente, a propriedade dessa, determinada quantidade de coisas, para o depositante, razão pela qual se denomina também de propriedade resolúvel (Seção 4.1);
- g) o depositário tem como limite a sua disponibilidade, a disponibilidade do depositante, pois, já que pode este a qualquer tempo requerer a restituição da coisa, essa deve estar disponível a todo tempo para este (Seção 4.2);
- h) não se mostra possível a custódia ser garantida, no contrato de depósito bancário, pela solvência do banco, pois a simples solvência não teria o condão de garantir a disponibilidade imediata. Tampouco quanto ao cumprimento das normas administrativas, pois essas não garantem per se a restituição dos bens depositados (Seção 4.2).

Conclui-se que houve, em certa margem, o êxito da pesquisa desenvolvida, uma vez atingidos os objetivos propostos. Ainda que se tenha consciência da dificuldade prática, hodiernamente, de implantar a conclusão aqui proposta, seja por ser malferente aos interesses daqueles que apresentam boa influência junto ao Legislativo, seja por se ter de alterar todo o Sistema Financeiro Nacional, seja por impedir um dos métodos governamentais de influenciar a economia, na restrição e expansão creditícia, o que por certo não é interessante aos que se encontram no governo. Apesar disso, não se poderia abrandar os mandamentos lógicos para se adequar à realidade presente, razão pela qual não se faz concessões no campo da possibilidade de não se permear a disponibilidade *in totum* do contrato de

depósito bancário, já que a avaliação dos elementos do contrato de depósito, em especial da sua causa obrigacional não permitiria.

REFERÊNCIAS

BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BEVILAQUA, Clóvis; BEVILAQUA, Achilles. **Direito das obrigações**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: F. Alves, 1954.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº 3.632, de 20 de fevereiro de 2013, do BACEN. Define e consolida as regras do recolhimento compulsório sobre recursos à vista. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 fev. 2013, p. 27/28. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49013/Circ_3632_v2_P.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 3017, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 jan. 1965, p. 12081. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument>. Acesso em: 10 nov. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013-2014.

ESPINOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956. 612 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código civil: esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. v. 3.

GOMES, Orlando. **Teoria Geral dos Contratos**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARRIGUES, Joaquín. **Contratos Bancarios**. Madrid. 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais**. 9. ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2012.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Ação tempo e conhecimento: A escola austriaca de economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, v. 42.

MISES, Ludwig von. **The Human Action**. Auburn: The Institute Ludwig von Mises, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. rev. e atual, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Instituições de direito civil**. 25.ed., v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PLANIOL, Marcelo. **Tratado practico de derecho civil frances**. Habana: Cultural, 1927.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade**. 33.ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOTO, Jesús Huerta de. **Moeda, Crédito Bancário e Ciclos Econômicos**. Tradução de Márcia Xavier de Brito. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 863773 SP 2006/0139872-0. Segunda turma. Relator Ministra Eliana Calmon. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 03 de outubro de 2006 p. 202. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7141564/recurso-especial-resp-863773-sp-2006-0139872-0/relatorio-e-voto-12852491>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental 829710 MG. S1 - Primeira Seção. Relator Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25256695/recurso-extraordinario-com-agravo-are-829710-mg-stf>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 13. ed., vol. 3. São Paulo: Atlas, 2013.