

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 121

janeiro/março — 1994

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Do regime jurídico dos depósitos bancários e o Plano Collor

ARNOLDO WALD

S U M Á R I O

1. Considerações gerais. 2. A lição do direito estrangeiro. 3. A posição do direito brasileiro. 4. Dos efeitos da caracterização do contrato de depósito bancário sobre os pleitos de diferença de correção monetária decorrentes do Plano Collor. 5. Da infungibilidade dos depósitos bancários em virtude da aplicação do Plano Collor. 6. Da existência de ato do príncipe.

1. Considerações gerais

No passado, a doutrina e a jurisprudência, influenciadas pelas lições dos autores clássicos, cujos estudos datam de uma fase anterior à autonomia e ao desenvolvimento do direito bancário, equipararam o depósito irregular (inclusive o depósito bancário) ao mútuo. Essa foi a lição de Marcel Planiol¹ que foi adotada, em linhas gerais, por alguns dos nossos autores, como Washington de Barros Monteiro.²

Ocorre todavia que *a doutrina e a jurisprudência mais modernas têm salientado as peculiaridades do depósito bancário*. Este tem merecido tratamento legislativo próprio nas codificações mais recentes, como a do *Codice Civile* italiano, que estabeleceu o seu regime legal, nos seus arts. 1.834 a 1.838, e os projetos brasileiros (anteprojeto de Código das Obrigações de 1963, arts. 840 a 846;

¹ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil* (revisto por Ripert e Boulanger), 3.ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, v. 2, n.º 2868 a 2870, pp. 876-7.

² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; Obrigações*, 2.ª parte, 10.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, pp. 224-5.

Projeto de Código Civil Brasileiro – Mensagem n.º 634, de 1975 –, arts. 866 a 868), assim como a legislação bancária de vários outros países (art. 4.º da Lei Francesa de 13 de junho de 1941), distinguindo-se, pois, pela sua natureza e finalidade, o depósito bancário tanto do mútuo, como dos demais depósitos irregulares.

Na própria legislação civil brasileira, não há equiparação do depósito irregular ao mútuo, como pretenderam alguns autores, mas tão-somente aplicação, por analogia legalmente determinada, das normas do mútuo ao depósito irregular (art. 1.280), que pressupõe a incidência das mesmas, tão-somente, no que couber, sem que haja identificação dos dois institutos, mas simples similaridade. Acresce que o art. 1.280 do Código Civil é norma geral aplicável ao depósito comum de direito civil e que não se aplica sempre e necessariamente ao depósito bancário, que tem características próprias e natureza específica, sendo regido pelo direito comercial.

A peculiaridade do depósito bancário já era, aliás, reconhecida pelo Código Comercial, que dele tratou no seu art. 285, estabelecendo que ficava sujeito "às disposições das leis, estatutos ou regulamentos de sua instituição" e distinguindo-o assim do depósito regido pelo direito civil.

Na legislação estrangeira, a matéria foi estudada mais minuciosamente, apresentando-se soluções que também foram adotadas, pela jurisprudência e pela doutrina, no Brasil. Assim sendo, examinaremos, inicialmente, as lições do direito comparado, para, em seguida, traçar a evolução que ocorreu no Brasil.

2. A lição do direito estrangeiro

Na França, os próprios civilistas mais modernos fazem a distinção entre o mútuo e o depósito bancário, salientando a diferença de finalidade que existe entre os mesmos, conforme se verifica na lição dos irmãos Henri, Léon e Jean Mazeaud.³ Por sua vez, os comercialistas enfatizam, cada vez mais, o regime próprio do contrato de depósito bancário, considerado seja como contrato

³ MAZEAUD, Henri, Léon, & Jean. *Leçons de droit civil*, 4.ª ed.; colab. de Michel de Juglart. Paris: Edition Montchrestien, 1974, v. 2, t. 2, n.º 1520, p. 759.

inominado, seja como contrato *sui generis*, com regras próprias.⁴

Naquele país, a doutrina recente faz a distinção entre as duas espécies de propriedades, que se superpõem no caso de depósito bancário, salientando a importância que deve ser dada à análise econômica da operação e reconhecendo que existe, no caso, um direito do titular do depósito a um *quantum* em moeda escritural análogo ao que existe em favor do titular de uma nota de papel-moeda. Não se trata de um simples direito de crédito, mas de verdadeira propriedade da moeda escritural, cujo valor consta na caderneta de poupança, tanto assim que, em virtude de emissão de cheque ou de ordem de pagamento, o depositante pode fazer uma doação manual, o que não é possível quando se trata de simples direito de crédito, só suscetível de cessão gratuita. Concluem, assim, os professores Philippe Malaurie e Laurent Aynes que "o titular de depósito bancário é mais um proprietário de uma moeda escritural" do que um mero credor.⁵

Dentro da mesma orientação, o direito italiano admite a dupla disponibilidade do depositante e do depositário, no caso do depósito bancário, salientando que o cliente do banco quer ter "os recursos disponíveis embora se encontrem em poder de outra pessoa (o banco)". Haveria, assim, *uma dupla disponibilidade: a do banco, que usa os recursos, e a do depositante que pode exigi-los e utilizá-los em qualquer tempo*, o que explicaria o duplo poder de dispor, que se exerce sobre os mesmos recursos e que permitiu a produção moderna, pelo sistema financeiro, do milagre da multiplicação dos pães.⁶

⁴ ESCARRA, Jean, *Cours de droit commercial*. Paris: Sirey, 1961, v. 6, n.º 425; RIPERT, Georges, & ROBLET, René, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9.ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, v. 2, n.º 2361, pp. 315-6.

⁵ MALAURIE, Philippe, & AYNES, Laurent, *Droit civil; Les contrats spéciaux*, 5.ª ed., Paris: Editions Cujas, 1991, n.º 887, p. 476.

⁶ SIMONETTO, Ernesto, *Los contratos de crédito*. Trad. espanh., Barcelona: J. Ma. Bosch editor, 1958, pp. 360-1; GALBRAITH, John Kenneth, *A moeda*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1977, pp. 31 e 65; WALD, Arnoldo, "O papel pioneiro dos direitos bancários," *Revista de Direito Mercantil*, n.º 27, p.15.

A doutrina bancária italiana também salientou a importância da analogia, que anteriormente tinha sido feita pelos economistas, entre o depósito bancário e o papel-moeda, reconhecendo a existência de uma disponibilidade por parte do depositante, que se concretiza no seu poder de exigir o recebimento imediato do dinheiro, e de utilizar os recursos depositados. Essa situação transforma o depósito bancário num verdadeiro contrato *sui generis*, conforme assevera Giacomo Molle, fundamentando-se na modificação da natureza contratual, que deflui da presença da instituição financeira no negócio jurídico. Afirma o ilustre especialista italiano que

"o que caracteriza o depósito bancário e o distingue nitidamente tanto do depósito irregular como do mútuo é a intervenção, no negócio, do banco, na qualidade de depositário".⁷

A presença do banco enseja, pois, a caracterização do depósito bancário como *instrumento fiduciário*, conforme salientado pelo professor Alberto Trabucchi,⁸ ensejando pois a existência da *dupla propriedade*, a *real* e efetiva, *do banco* (depositário), e a *fiduciária, do cliente* (depositante).

Idêntica é a posição do direito espanhol, no qual a doutrina esclarece que é tempo de romper com as tradições romanistas, para dar a devida importância aos fatos econômicos do mundo moderno. Assim, o professor Joaquín Garrigues defende a teoria da dupla disponibilidade nos seguintes termos:

"A mais importante característica do depósito bancário consiste na existência de uma dupla disponibilidade: em favor do banco e do cliente. A primeira permite ao banco colocar o dinheiro nas operações de crédito a curto prazo e especialmente nas operações de desconto. A segunda permite ao cliente fazer uso do dinheiro, na medida de suas necessidades, como se o tivesse na sua casa e sem os riscos próprios de sua conservação."⁹

⁷ MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari*. Milano: Dott. A Giuffrè editor, 1966, pp. 87-8 e 89-91.

⁸ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, 16.^a ed. Padova: Cedam Casa Editrice, 1968, n.º 353, pp. 850-1.

⁹ GARRIGUES, Joaquín. *Contratos bancários*, 2.^a ed. Madrid: Imprensa Aguirre, 1975, pp. 367-8.

E acrescenta o professor Garrigues:

"Esta disponibilidade (do cliente) é tão importante, que se chega a equiparar o puro direito de crédito do depositante à propriedade sobre o dinheiro depositado."

E, em seguida, conclui:

"O banco dispõe do dinheiro como se fosse seu e o cliente dispõe do dinheiro, apesar de não ser seu."

As teorias da dupla disponibilidade e do caráter *sui generis* do depósito bancário também têm sido admitidas no direito argentino, que se inspirou, na matéria, nas lições dos mestres italianos.¹⁰

3. A posição do direito brasileiro

No direito brasileiro, sempre se admitiu a peculiaridade e o regime próprio do depósito bancário, distinguindo-o tanto do depósito de direito civil, quanto do mútuo e das operações financeiras em geral.

Vimos que o Código Comercial já tratava do depósito bancário, reconhecendo a sua autonomia em relação aos demais contratos análogos, e a doutrina brasileira, há longo tempo, a ele se refere denominando-o *depósito pecuniário* ou *depósito monetário realizado em banco*, e enfatizando, assim, embora talvez inconscientemente, a *analogia entre o depósito bancário e a moeda fiduciária*.

J. X. Carvalho de Mendonça, após citar a monografia de jurista italiano La Lumia (*I Depositi Bancari*), afirma que, no depósito bancário, a soma depositada continua à disposição do depositante, sem prejuízo de sua utilização pelo banco, e reitera a distinção entre o depósito bancário e o mútuo.¹¹

¹⁰ WILLIAMS, Jorge N. *Contratos de crédito*. Buenos Aires: Editorial Abaco, de Rodolfo Depalma, 1986, v. 2A, p. 235; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Compendio jurídico, técnico e práctico de la actividad bancaria*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1986, v. 1, p. 480.

¹¹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado do direito comercial brasileiro*, v. 6, parte 3, n.º 1414, p. 161.

Escreve o eminente comercialista brasileiro:

"Cada dia mais se desenvolvem taes depósitos, pondo em relevo a sua utilidade. Também chamados irregulares, são sujeitos às leis e aos estatutos dos institutos de crédito (Cód. Com., art. 285), e distinguem-se do mútuo, conforme mostramos nos n^{os} 1.082 a 1.084 deste 6.^o volume.

Não é o banco que solicita os fundos; é o depositante quem lh'os oferece. *A iniciativa da operação parte do cliente, mas o uso da soma fica à disposição deste, que pode retirá-la no todo ou em parte, directamente, ou por meio de cheques ou ordens.*"¹²

E, em nota, salienta:

"Grunhut, no Manuale de Endemann, v. 3, p. 2, parágrafo 433, entende que o nome específico do depósito de que aqui tratamos é *depósito bancário*, não lhe parecendo correctas as expressões depósito irregular, depósito commercial, ou depositum de valor abstracto.

O projecto do código commercial italiano cogita especialmente do depósito bancário (arts. 485-491). Correspondendo a uma exigência technica e a uma exigência política, diz a exposição de motivos do professor Alberto Asquini, que acrescenta: *Technicamente se dá regulamento autonomo ao depósito bancário, porque, com quanto a jurisprudência e a doutrina se demorem em discutir se o depósito bancário é depósito ou mútuo, nem as normas civis do mútuo são idoneas para darem completa disciplina ao depósito bancário, instituto moderno, criado pela technica bancária, com características próprias.*

Politicamente, há o regulamento autonomo do depósito bancário, para dar, aos depositantes, que confiam aos ban-

cos as suas economias, a tutela que desde quasi trinta anos é reclamada e que a organização actual não lhes tenta dar. Quasi depois de grandes ruínas bancárias, que têm desgraçado nosso país, espalhando victimas innocentes na massa dos economizadores italianos, formularam-se projectos de lei especiais para a tutela dos depositantes. Mas, um após outro, estes projectos foram abandonados e apenas a impressão dos factos que os originaram foi se dissipando na opinião pública" (*Progeito preliminare*, pp. 364-5)."¹³

Também o professor Waldemar Ferreira considera como característica do depósito bancário a dupla disponibilidade que se exerce sobre os recursos depositados, salientando:

"Quem realiza o depósito bancário fá-lo reservando-se a faculdade de levantá-lo, no todo ou em parte, quando isso lhe convenha. Nisso reside, fundamentalmente, o ponto dominante da operação bancária e do contrato que a domina."¹⁴

Por sua vez, de acordo com os mesmos princípios, Lauro Muniz Barreto distingue o depósito bancário do mútuo e do depósito comum regido pelo Código Civil, para, em seguida, salientar que, embora transferida a propriedade da soma depositada para o banco, a mesma fica à disposição do cliente, *"que pode retirá-la, no todo ou em parte, directamente ou por pagamentos a terceiros, por meio de ordens ou cheques"*.¹⁵

Na sua monografia sobre o assunto, Gilberto Nobrega faz a adequada distinção entre o depósito bancário e as demais formas de depósito previstas pelo Código Civil e lembra a tradição do nosso direito de não confundir o depósito irregular com o mútuo, tratando-se de institutos distintos, embora com aplicação comum de algumas das regras que

¹³ Idem, op. & loc. cit., nota 1, p. 160.

¹⁴ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito commercial*, 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1963, n.º 2346, p. 517.

¹⁵ BARRETO, Lauro Muniz. *Direito bancário*. São Paulo: Livr. Ed. Universitária de Direito, 1975, pp. 175-6.

¹² CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. op. & loc. cit.

sobre ambos podem incidir. E lembra a lição do professor Noé Azevedo, que salientava que, *se o depósito irregular se confundisse com o mútuo, não teria o legislador consagrado a sua existência e, se o fez, é por ter entendido que se justificava a existência do depósito irregular e especialmente a do depósito bancário.*¹⁶

Nos trabalhos mais recentes, a maioria dos civilistas e comercialistas não confunde o depósito irregular com o mútuo, embora reconhecendo a aplicação analógica das normas deste em relação àquele, que, todavia, tem regime próprio, nos termos do art. 1.280 do Código Civil.¹⁷

Os estudiosos de direito bancário reconhecem a natureza *sui generis* do depósito bancário e salientam que um dos seus resultados é "a disponibilidade (por parte do depositante) pela criação da moeda escritural ou bancária".¹⁸

Coube a Pontes de Miranda distinguir, com mais clareza, o depósito bancário dos demais depósitos irregulares, ao escrever:

"Em relação aos outros depósitos irregulares, o depósito bancário tem a característica – subjetiva – de ser feito com depositário profissional, que se dedica a tais operações em massa, o que lhe facilita, 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 $x + x' + x''$, o seu poder de dispor não fere o poder de dispor que

depositaram $x + x' + x''$, pois que nem todos os depositantes dispõem simultaneamente."¹⁹

Na realidade, Pontes de Miranda reconhece a dupla disponibilidade do banco e do depositante ao afirmar:

"A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda."²⁰

Também a jurisprudência brasileira reconhece a autonomia e o regime próprio do contrato de depósito bancário, como se verifica pela lição contida no voto do Ministro Paulo Brossard, na ADIn n.º 223, no qual salientou:

"Desde tempos distantes, quase imemoriais, depósito bancário é (...) depósito bancário, estudado, caracterizado, definido pela doutrina e jurisprudência, e reconhecido pela lei, (Teixeira de Freitas, *Aditamentos ao Código do Comércio*, 1878, v. 1, p. 647; Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 1961, v. 6, parte 3, n.º 1.433, pp. 148 ss; e Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, 1944, II, parágrafo 204, n.ºs 947 e 948, pp. 534-536; id., *Tratado de Direito Comercial*, 1960, v. 1, n.º 107, pp. 277-278; v. 9, n.º 1902 e 1903, pp. 79-87; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 1963, v. 52, parágrafo 4664, n.º 3, pp. 372 ss; Orlando Gomes, *Contratos*, 1979, n.º 261, pp. 394 ss; Sergio Carlos Convello, *Contratos Bancários*, 1981, pp. 59 ss; Gilberto Nóbrega, *Depósito Bancário*, 1966 passim; Nelson Abrão, *Curso de Direito Bancário*, 1988, pp. 69 ss. São numerosos os textos de lei que se referem a depósitos bancários, v.g.: Código Comercial, art. 285; Dec. 14.728, de 16-3-21, art. 3.º,

¹⁶ NOBREGA, Gilberto. *Depósito bancário*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 23.

¹⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* 2.ª ed. Rio: Freitas Bastos, 1969, v. 4, p. 232; CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil; Obrigações*, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 2, t. 2, p. 883; WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*, 10.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 387; MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 8.ª ed. Rio: Forense, 1986, n.ºs 334 e 335, pp. 440-1.

¹⁸ COVELLO, Sergio Carlos. *Contratos bancários*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 71; ABRÃO, Nelson. *Curso de direito bancário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, n.ºs 33-34, pp. 42-4.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, t. 42, parágrafo 4665.3, pp. 373-374.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, ob. e loc. citis.

n.º 4; Dec. 24.575, de 4-7-34, art. 9.º b; Dec-Lei 3.182, de 9-4-41, art. 1.º; Dec-Lei 7.293, de 2-2-45, art. 4.º; Dec-Lei 9.603, de 16-8-46, art. 2.º; Lei 2.313, de 3-9-54, art. 1.º; Dec. 36.783, de 18-1-55, art. 1.º; Dec. 40.395, de 21-2-56, arts. 1.º a 5.º e 8.º a 10; Lei 2.313, de 3-9-54, art. 1.º; Dec. 2.711, de 19-12-60, art. 1.º, § 3.º n.º 4; Lei 4.595, de 31-12-64, arts. 4.º, XIV, XV, XXIII, 10, III, 17, 19, II, § 5.º, 35, parágrafo único, e 38, § 5.º; Lei 4.728, de 14-7-65, arts. 30 e 51.

Jamais foi tido como operação financeira, a qual, por sua vez, tem a sua definição legal e a definição do seu fato gerador fixadas também em lei (Lei 5.143, de 20-10-66), e nas que se lhe seguiram. Decreto-Lei 914, de 7-10-69, Decreto-Lei 1.783, de 18-4-80, Decreto-Lei 2.390, de 19-12-87, etc.²¹

No mesmo sentido, acolhendo a tese da dupla disponibilidade no depósito bancário, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, em 4 de abril de 1991, na Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança n.º 90.3.32177-9-SP, da qual foi relator o Juiz Américo Lacambre, que sobre a matéria apresentam brilhante e exaustivo voto, que foi acompanhado por unanimidade, pelos demais julgadores.²²

4. Dos efeitos da caracterização do contrato de depósito bancário sobre os pleitos de diferença de correção monetária decorrentes do Plano Collor

Verifica-se, pois, que o depósito bancário não se confunde nem com o depósito irregular comum do direito civil, nem com o mútuo, e que, no caso em análise, houve, como bem salientou o Ministro Paulo Brossard, no texto acima transcrito, uma operação de depósito que a lei transformou em operação financeira em favor do Banco Central e, em seguida, reconverteu em depósito e já então,

acrescentaríamos, com outro depositário (Banco Central).

Evidencia-se que as normas legais do Plano Collor não podem ser consideradas como constituindo um risco do banco, que teria sofrido uma expropriação ou um empréstimo compulsório, que recaíram sobre os depositantes, retirando, parcialmente, a disponibilidade que a lei, a jurisprudência e a doutrina atribuem tanto ao cliente (depositante) como ao banco depositário.

Tratando-se de verdadeira expropriação temporária do direito de dispor, a indenização é devida pelo expropriante, nos precisos termos do art. 5.º XXV, da Constituição, que exige, no caso, a prévia e justa indenização em dinheiro (a ser paga evidentemente pelo expropriante), cabendo, outrossim, a responsabilidade, pelos prejuízos causados, ao Estado, responsabilidade que é objetiva (art. 37, § 6, da Constituição).

Por outro lado, quem sofreu a expropriação foi o depositante, que perdeu temporariamente o seu direito de dispor, tendo pois legitimidade ativa para pleitear a indenização tanto da União (expropriante), como especialmente do Banco Central (novo depositário e substituto, *ex vi legis* do agente financeiro na relação contratual), sem que haja qualquer responsabilidade do banco depositário. Este foi o depositário original, que não praticou ato ilícito e, conseqüentemente, não pode ser responsabilizado, de acordo com o princípio da individualização da responsabilidade penal e civil (art. 5.º, XLV, da Constituição), e foi por sua vez expropriado por ato do poder público dos direitos que lhe cabiam como depositário, em virtude do contrato que, com ele, inicialmente, firmou o depositante.

5. Da infungibilidade dos depósitos bancários em virtude da aplicação do Plano Collor

É preciso lembrar, outrossim, que a lei considera como depósito irregular o que abrange coisas fungíveis (art. 1.280), mas que as normas do Plano Collor retiraram a fungibilidade completa dos depósitos, estabelecendo uma distinção entre os valores até cinqüenta mil cruzados novos e o montante

²¹ RTJ, 132:577.

²² Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. *Lex*, n.º 22, jun. 1991, pp. 407 ss.

que excedesse os mesmos, mantendo-se as instituições financeiras como depositárias dos primeiros, enquanto o Banco Central tornava-se depositário do segundo.

Houve, assim, um momento em que um bem normalmente fungível, como o dinheiro, passou a ser relativamente infungível, situação admitida pela doutrina e pela jurisprudência.²³

Já tivemos o ensejo de escrever a este respeito:

"um objeto pode ser fungível ou infungível de acordo com as condições especiais do negócio realizado. Assim, o livro que uma pessoa empresta a outra é coisa infungível, mas quando um livreiro, cujo estoque está desfalcado, pede emprestado, a outro, um certo número de exemplares da obra, tais volumes são fungíveis, pois a própria operação se destina a assegurar ao mutuante a devolução de número igual de volumes do mesmo livro – mas não os mesmos que emprestou, pois estes se destinavam à venda".²⁴

O professor Sílvio Rodrigues, invocando a lição de Marcel Planiol, lembra que o dinheiro é fungível, pois, em tese, "ao credor é indiferente receber o pagamento em uma ou outra espécie de moeda, pois elas se equivalem".²⁵ Acontece, todavia, que não tinham o mesmo efeito liberatório os valores dos depósitos que estavam abaixo ou acima do limite de NCz\$50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), no momento da promulgação das normas do Plano Collor, razão pela qual a relativa infungibilidade existente entre os mesmos, em virtude da diferença do regime jurídico que sobre eles passou a incidir, retirando-lhes a equivalência, que entre eles normalmente deveria existir, também exclui que se possa considerar a existência de um mútuo ou até de um depósito irregular, nos termos do art. 1.280 do Código Civil.

Essas considerações têm como única finalidade evidenciar que, não se caracterizando, no caso, o depósito bancário como um mú-

tuu, ou seja como uma transferência plena da propriedade dos valores despositados, os riscos da expropriação ou do empréstimo compulsório correm por conta do depositante e são da responsabilidade seja do expropriante (União) seja do novo depositário (Banco Central), seja cumulativa e solidariamente de ambos, não recaindo sobre o artigo depositário que foi desapossado.

Na realidade, o depositário inicial (banco privado) não pode ser responsabilizado tanto em virtude das normas constitucionais acima referidas como do art. 1.277 do Código Civil, por ter ocorrido ato do príncipe.

6. Da existência de ato do príncipe

Efetivamente, o Código Civil brasileiro trata, em seu artigo 1.277, da responsabilidade do depositário da seguinte forma:

"Art. 1.277. O depositário não responde pelos casos fortuitos nem de força maior; mas, para que lhe valha a excusa, terá de prová-lo."

A responsabilidade contratual do depositário pressupõe que, além do dano causado, havido culpa ou dolo, não respondendo nem pelo caso fortuito, nem pela força maior, que abrangem o ato do príncipe, tanto mais que no depósito bancário, não se aplica ao banco o princípio *res perit domino* no caso de apropriação dos recursos pelo poder público.

A maioria, senão a quase totalidade, das ações propostas se fundamenta na responsabilidade civil ou no enriquecimento sem causa. Ora, não houve, no caso, qualquer enriquecimento ilícito ou sem causa, dos agentes financeiros, pois, como provado, a posse dos recursos foi transferida ao Banco Central. Não houve, também, nem culpa, nem dolo dos mesmos, pois obedeceram a um ato do príncipe, ao qual não tinham condições, nem legitimidade, para resistir, em virtude da competência legal e dos mecanismos de exercício do poder e de pressão que o Banco Central tem sobre os integrantes do sistema financeiro, presumindo-se, outrossim, a constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente quando não declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

²³ Acórdão do Resp. n.º 2519, do STJ. *Diário da Justiça*, 6 ago. 1990.

²⁴ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*; Parte geral, 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 145.

²⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*; Parte geral, 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, n.º 50, p. 100.

Mesmo que se entenda que, tratando-se de responsabilidade contratual, a culpa possa ou até deva ser presumida, é evidente que se trata de presunção *juris tantum*, suscetível de ser afastada pela prova contrária, apresentada pelas partes, nos precisos termos do art. 1.277 do Código Civil. Esta prova, no caso, consiste na existência de *ato do príncipe*, que equivale à força maior, e pelo qual o Estado se apropriou dos recursos depositados, transferindo-os, *manu militari*, para o Banco Central, que passou a responder pela devolução e remuneração dos mesmos, sendo conhecimento público e constituindo, para as partes, força maior.

Cabe enfatizar que o depositário não responde pelo caso fortuito, nem força maior,

mas que, para que lhe valha como excusa, deve prová-los (art. 1.277 do Código Civil). Ora consta da própria lei a evidência do ato de Governo, que transferiu, para terceiros, os recursos depositados, tratando-se de fato notório e público e dispensando, conseqüentemente, a prova (art. 334, I, do Código de Processo Civil).

Assim, inexistindo culpa do agente, conclui-se que os depositantes em banco qualquer que tenha sido a forma do depósito, *são carecedores de ação* para pleitar dos depositários originais (bancos privados) a diferença da correção monetária, *por ilegitimidade passiva dos mesmos e por serem o Banco Central e a União os responsáveis pelos eventuais prejuízos causados*.