



DEPÓSITO DE OURO E PEDRAS PRECIOSAS FEITO EM 1878. FORMA E PROVA DO CONTRATO DE DEPÓSITO. DEPÓSITO MERCANTIL E DEPÓSITO BANCÁRIO. MORA DO CREDOR

Revista dos Tribunais | vol. 788/2001 | p. 125 - 134 | Jun / 2001
Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 7 | p. 231 - 243 | Dez / 2010
DTR\2001\243

Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área do Direito: Consumidor

Sumário:

1.Consulta - 2.Os fatos - 3.O depósito e sua prova - 4.A nenhuma força probante da xerocópia apresentada com a inicial - 5.O depósito bancário - 6.Dos deveres do depositário e do depositante - 7.A mora creditoris - 8.Conclusões

1. Consulta

Solicita o Lloyds Bank PLC que se proceda à análise de demanda judicial que assim se identifica: "ação declaratória de existência de uma relação jurídica cumulada com ação de indenização por perdas e danos e lucros cessantes e emergentes", Processo 854/95, correndo perante a 2.^a Vara da Comarca de Pesqueira, Pernambuco, sendo autora Judith de Siqueira Brasil, inventariante do Espólio de Manoel Vicente D'Anunciação, e réu, o consulente. Pede o Banco que se examine qual a viabilidade da ação e quais os seus eventuais riscos. Para isto, examinamos toda a documentação existente no processo.

De início, deixamos esclarecido que nossa opinião, a seguir manifestada, se circunscreve às questões de direito material e às conexas, eis que, pelo menos por ora, as de caráter processual apresentam imprevisibilidade excessivamente elevada.

2. Os fatos

A autora sustenta que, em 13.06.1878, Manoel Vicente D'Anunciação depositou, na sucursal de Recife do Bank of London & South America Limited, antigo nome do Lloyds Bank, ouro e pedras preciosas. O valor referente a esse depósito correspondia, em moeda corrente da época, a £ 187.650,00 (cento e oitenta e sete mil, seiscentas e cinqüenta libras esterlinas). Essa asserção está baseada na existência de xerocópia de ficha bancária, da qual consta também uma relação de saques e depósitos feitos ainda em 1878. Afirma, por exemplo, que a conta bancária foi movimentada e que, na data de 13.11.1878, atingiu o valor de £ 200.000 (duzentas mil libras esterlinas). Aponta, ainda, que a aludida ficha se refere à celebração de novo contrato entre as partes, em 09.11.1878, com a finalidade de administrar o dinheiro, por tempo indeterminado, com juros de 1,5% ao ano. Acrescenta que, em 1923, o Banco depositário teria publicado editais e que, da ficha, consta a expedição de carta, por via postal, a um suposto filho do depositante. Sempre da mesma ficha, consta mais a informação de que novo edital foi publicado em 1928 e de que houve, então, comparecimento de Teófilo Nascimento de Siqueira, munido de procuração, que foi recusada. Finaliza, alegando que o depósito jamais foi levantado e que o Banco sempre opôs resistência injustificável a esse ato.

Em função de sua condição de herdeira e inventariante do espólio do depositante, a autora pede que seja declarada e reconhecida como autêntica a dívida expressa na aludida ficha bancária, com a conseqüente constituição em mora do Lloyds Bank. Ademais, pleiteia indenização por "perdas e danos e lucros cessantes e emergentes", tendo em vista, de um lado, a recusa do Banco em prestar contas da sua administração e, de outro, sua recusa em entregar ao depositante o correspondente valor econômico.



A ação foi contestada pelo Lloyds Bank. A par de questões de cunho processual, que, como já afirmado, não serão apreciadas aqui, sustentou o contestante que a referida ficha bancária não pode substituir contratos que nem sequer foram juntados com a inicial. Ainda no plano do direito material, defende-se o Banco Lloyds com o argumento da prescrição. Paralelamente à contestação, foi suscitado o incidente de falsidade da referida ficha bancária.

Tendo sido descritos, ainda que sumariamente, os aspectos fáticos da demanda, cumpre qualificá-los e avaliá-los juridicamente, examinando os eventuais riscos para o consulente, a fim de bem responder à consulta.

3. O depósito e sua prova

A autora ampara seus argumentos na existência de um contrato de depósito, que teria sido celebrado com o Lloyds Bank. A definição de depósito, começando como é tradicional, remonta aos romanos. Já Ulpiano (D. 16,3,1) assim escrevia: "Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Dictum ex eo, quod ponitur, praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet" ("Depósito é o que se deu a alguém para guardar. Chama-se assim porque se põe, eis que o prefixo 'de' intensifica o 'depositado', a fim de demonstrar que o depósito está recomendado à lealdade daquele que tem a guarda da coisa").

A palavra "depósito" é ambígua; "depósito" tanto é a coisa depositada, o quod custodiendum, o que foi dado para guardar, como consta da definição acima, quanto a entrega da coisa, com a conseqüente situação de ficar algo sob guarda alheia (por ex., na frase, "a coisa foi entregue e está em depósito"). Neste segundo sentido, depósito é efeito de contrato ou de outro tipo de ato ou fato humano que leve à mesma conseqüência de guarda.

O depósito, portanto, sob esse segundo aspecto, pode ocorrer por força de lei (por ex., no art. 1.284 do CC, a situação do depósito de bagagem, na relação entre hóspede e hoteleiro), por determinação judicial, por força de situação fática (por ex., situação de depósito surgida por ocasião de alguma calamidade), quanto, finalmente, por vontade das partes. Somente neste último caso é que estamos diante do contrato de depósito, ou depósito voluntário - cumprindo dizer que, muitas vezes, pela lei do menor esforço, os juristas chamam também de "depósito" (3.^a acepção) ao contrato de depósito.

Muito embora o Código Comercial não contenha uma definição do contrato de depósito, pode-se recorrer à conceituação existente no art. 1.265 do CC: "Pelo contrato de depósito recebe o depositante um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame". Esse conceito é, em essência, adotado pela doutrina nacional (cf., por exemplo, J.X. Carvalho de Mendonça, Tratado de direito comercial brasileiro, vol. VI, Freitas Bastos, 1934, p. 424; Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, vol. 42, 3. ed., Borsoi, 1973, p. 137; Fran Martins, Contratos e obrigações comerciais, Forense, 1988, p. 439). Com pequenas alterações, encontra-se a mesma definição no direito estrangeiro. É o caso do direito italiano que, no art. 1.766 do CC, define o instituto do seguinte modo: "Il contratto col quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura".

Por força de o ato alegado ser dito celebrado entre o de cujus, cujo espólio é representado pela autora, e o Banco Lloyds, o negócio teria a natureza jurídica de um depósito mercantil. Ora, desde 1850, estava em vigor o Código Comercial; portanto, o depósito alegado pela autora se fez sob sua vigência. O art. 280 do Código Comercial claramente dispõe que é mercantil o depósito em poder de comerciante ("Só terá a natureza de depósito mercantil o que for feito por causa proveniente de comércio, em poder de comerciante, ou por conta de comerciante").

No caso dos autos, tendo em vista a juntada de mera xerocópia do que se diz ser ficha bancária, importa verificar a questão da forma exigida para o depósito mercantil. No



exame dos negócios jurídicos, como já escrevemos (Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, passim), é fundamental fazer a análise em três planos: existência, validade e eficácia. Assim, é necessário indagar em primeiro lugar, quais os elementos de existência do contrato de depósito. A forma, em sentido filosófico, é elemento de existência de todos os negócios jurídicos, eis que não há ser, ou entidade, sem forma (forma dat esse rei); ela está, pois, entre os elementos sempre presentes no negócio jurídico, como a declaração de vontade - por isso chamados de elementos gerais. Mas, em termos estritamente jurídicos, não basta, à forma, existir; é preciso que ela obedeça ao que determina o direito positivo. Passando, pois, ao plano da validade, cabe dizer que a lei pode impor, ou não, requisitos à forma, e, assim, hoje, a forma ou será livre ou será prescrita; quando prescrita, ela é dita ad substantiam (ou ad solemnitatem) e seu descumprimento acarreta nulidade.

Antes do Código Civil (LGL\2002\400), admitia-se, porém, uma situação intermediária: a dos atos jurídicos que somente se podiam provar por escrito - e, então, havia a forma ad probationem tantum. Alguns autores ainda admitem essa qualificação (cf., por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 12. ed., Forense, vol. I, p. 336).

Finalmente, no plano da eficácia, é preciso que haja a entrega da coisa para que surja a situação de guarda, isto é, o depósito como efeito do ato. Sem a entrega da coisa, não há depósito (= situação de guarda); daí, insistirem os autores no seu caráter real - do ponto de vista estritamente romanístico, aliás, a entrega da coisa é elemento de existência do contrato de depósito (elemento do tipo, ou categorial), antes que fator de eficácia.

Ora, sobre os requisitos de forma do contrato de depósito mercantil, a regra é a do Código Comercial, art. 281, 2.^a parte. Aí, lê-se que o contrato de depósito somente se poderá provar por escrito, e escrito assinado pelo depositário; é, pois, caso de forma ad probationem tantum. Esses atos - os atos com forma ad probationem - não eram, então, atos de forma prescrita mas tinham determinação legal de como podiam ser provados; hoje, a nosso ver, são atos com forma prescrita, eis que a distinção entre prova e meios de prova deixou, em princípio, para o direito processual, essa última questão (isto é, a distinção eliminou, em princípio, do direito civil, a previsão sobre os meios de prova). Descartam atualmente a distinção de forma ad probationem, entre outros, Clóvis Beviláqua, Código Civil (LGL\2002\400) dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, vol. I, e Carvalho Santos, Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro Interpretado, 7. ed., vol. III, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos. No art. 142 do "Projeto Primitivo" do Código Civil (LGL\2002\400), havia, aliás, regra do seguinte teor: "Quando a lei exige para o ato um certo e determinado meio de prova, entende-se que estabelece uma forma especial para o mesmo".

Clara nesse sentido - e por isso merece ser transcrita - é a opinião de Carvalho Santos, em seu Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro Interpretado, vol. III, op. cit., p. 118: "Formalidades necessárias para a prova e para a solenidade do ato. A distinção que se fazia no direito antigo entre essas formalidades não se justifica mais nem o Código a admite. Não há formalidade solene para a prova do ato, uma vez que ou este tem uma forma especial exigida por lei, ou pode ser provado pelos meios admitidos em Direito. A forma ou é preestabelecida ou é livre (Clóvis, op. cit., p. 416). Alves Moreira, a seu turno, diz, com relação ao direito português, que, nos termos da lei, é indiferente que uma formalidade se declare substancial ou necessária para a prova do ato, pois que, não havendo as formalidades necessárias para a prova, os efeitos jurídicos que desse ato deviam resultar não poderão ser judicialmente exigidos (op. cit., p. 438). O ilustre jurista português vai mais longe e esclarece: 'Podem, porém, as partes, embora pela lei não sejam exigidas formalidades especiais para a prova dum ato, reduzi-lo a escrito. Assim, para o contrato de arrendamento não exige a lei formalidades especiais, podendo portanto esse contrato ser feito verbalmente ou por escrito; o contrato [escrito] de arrendamento representa um meio de prova e não uma formalidade que se torne necessária para existência [rectius, para a validade] do contrato. Pode, pois, ainda hoje



dizer-se que há formalidades necessárias para a existência [rectius, para a validade] do negócio jurídico e formalidades que só têm por fim, preconstituindo a prova, assegurar ou facilitar esta. Perante a lei, porém, e quando por ela sejam exigidas especiais para um determinado ato jurídico, tal distinção não tem importância alguma e poderá levar as consequências errôneas" (as palavras entre colchetes e os grifos são nossos).

Do exposto, resulta que ou ainda se admite a forma ad probationem tantum, como no direito anterior ao Código Civil (LGL\2002\400), ou as normas que assim previam estão, hoje, a prescrever forma ad solemnitatem. De qualquer modo, no nosso entendimento, ainda que não se deva mais admitir, atualmente, forma ad probationem tantum, a verdade é que ela existia em 1878 e, no caso concreto, a exigência de prova por escrito continua tal qual, porque as regras de forma e prova são as do tempo de realização do ato. "As condições de validade, as formas dos atos e os meios de prova dos atos jurídicos deverão ser apreciados de conformidade com a lei em vigor, no tempo em que eles se realizaram" (Maria Helena Diniz, Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400) interpretada, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 199) (cf. também Serpa Lopes, no mesmo sentido, Comentários à Lei de Introdução, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. I, p. 360, n. 146, e 368, n. 149).

A autora, no entanto, não juntou aos autos documento assinado pelo depositário. O único documento apresentado para amparar sua pretensão é uma xerocópia do que diz ser uma ficha bancária, na qual estaria registrado o histórico do aludido negócio entre a autora e o Banco Lloyd. Esse documento não é suficiente para a prova do depósito, quer entendido como contrato, quer como entrega da coisa e situação de guarda; uma xerocópia, não conferida com o original, de ficha manuscrita, não assinada, feita não se sabe por quem, sem sinal de ser antecedida ou seguida por outras fichas, não constitui prova de depósito mercantil.

Para o contrato civil de depósito, também há exigência de escrito e, como se sabe, essa exigência pode ser encarada com mais ou menos liberalidade. Considerando que o art. 1.281 do CC determina: "O depósito voluntário provar-se-á por escrito", Pontes de Miranda admite, com largueza, a prova por "cupão, ficha, tíquete ou outro rótulo que se entregue ou saia do automático", citando decisão, segundo a qual "o depósito voluntário pode ser provado por qualquer meio, não se exigindo exclusivamente a prova por escrito" (grifos nossos) (Tratado de direito privado, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, vol. 42, p. 336). Isto, porém, não significa, evidentemente, que basta o cupom, a ficha, o tíquete, ou o rótulo para provar o contrato e a entrega da coisa - esses documentos são necessários mas não suficientes. No caso dos autos - cumpre dizer desde logo - a xerocópia apresentada nem mesmo tem a força probante de um tíquete de estacionamento, em terreno baldio, sem manobrista, eis que o tíquete tem numeração, nome da empresa impresso, rubrica etc., enquanto, aqui, tantas são as indagações sobre a aparência e o conteúdo do documento, que dele não se pode nem mesmo presumir se tratar de ficha preenchida por funcionário do consulente - e o documento escrito, segundo o Código Comercial, repetimos, exige assinatura do depositário.

Por outro lado, há autores menos liberais quanto à prova por escrito. No direito comercial, especialmente, J. X. Carvalho de Mendonça sustenta que a prova instrumental do depósito não pode sequer ser suprida por meio da confissão ou por lançamentos nos livros do suposto depositário ou por qualquer outro documento (Tratado de direito comercial brasileiro, 2. ed., Freitas Bastos, v. VI, Livro IV, p. 430). Seu entendimento é ilustrado com casos concretos: "Pouco importa que o signatário do instrumento declare obrigar-se às penas da lei como fiel depositário; não vale como título de depósito mercantil, se este instrumento não contém os elementos do art. 280 do Código Comercial, pois não depende da vontade das partes inverter a índole dos contratos (Acórdão do TJSP, de 28.04.1893, na Gazeta Jurídica, de S. Paulo, vol. 2, p. 477)". A razão para isto é a seguinte: é rigorosa a sanção imposta aos depositários infiéis, de modo que devem ser rigorosos os elementos formais para a sua constituição e prova.

Em síntese: a natureza de depósito mercantil do ato alegado pela autora exige, na mais



liberal das opiniões, um princípio de prova por escrito, um documento assinado pelo depositário. Esse princípio de prova deve ser corroborado por outras provas. A autora, porém, não apresenta documento consistente, a valer como princípio de prova; o documento juntado não tem a força probante de "escrito assinado pelo depositário", essencial para demonstrar o contrato e a entrega da coisa. Aliás, a xerocópia anexada, por várias razões, não tem, a bem dizer, nenhuma força probante - esse ponto, porém, merece considerações mais extensas, que faremos a seguir.

4. A nenhuma força probante da xerocópia apresentada com a inicial

A conversão do depósito mercantil em depósito bancário será examinada adiante, mas convém, desde já, formular, analiticamente, algumas indagações que a xerocópia, por si, levanta. Em primeiro lugar, não se sabe em que data e por quem foram feitas as anotações manuscritas; aparentemente, a mesma pessoa, que teria feito o registro da entrega de ouro e pedras preciosas em 1878, teria também feito as anotações de 1928; veja-se, por exemplo, a palavra "depozito" em 13.11.1878 e a mesma palavra "depozito" em 18.07.1928. Os traços parecem idênticos. Mas, então, seria o mesmo funcionário, exercendo a mesma função, com a mesma caligrafia, quarenta anos depois? Parece pouco verossímil. E teriam as anotações sido feitas ao mesmo tempo por um único copista? Quem? Nesse caso, elas, se feitas todas ao mesmo tempo, não poderiam, evidentemente, ser coevas do que consta, em cada uma, como sendo o seu conteúdo. O documento, se feito a posteriori, não tem nenhum valor probante.

Em segundo lugar, o nome Bank of London & South America Limited não está impresso na ficha, e sim manuscrito. Onde, pois, a autenticidade? Parece tudo xerocópia de documento feito inteiramente a mão.

Em terceiro lugar, e principalmente, o Lloyds Bank PLC chamava-se, em 1878, "The London and River Plate Bank Limited e, na xerocópia, consta como Bank of London and South America Limited! Ora, em 1878, isto era impossível! O Banco somente veio a tomar esse nome, Bank of London and South America Limited, em 1924! Este único fato torna inaceitável a atribuição de qualquer força probante ao documento apresentado em cópia xerográfica.

Mas há outros pontos estranhos: o que significa uma linha, quase paralela a outra, no meio da xerocópia? São duas as fichas originais, embora xerocopiadas numa só página? Ou é uma ficha única? Se são duas as fichas, onde estão as outras? Se é uma, por que a metade superior tem as datas mais recentes e a metade inferior as datas mais antigas?

Com toda evidência, até onde pode ir a previsão humana sobre o comportamento dos julgadores, não acreditamos que a ficha xerocopiada possa servir de fundamento para decisão judicial condenatória do consulente. Para valer como princípio de prova - insistimos, como princípio de prova - seria preciso confrontar com as fichas originais e fazer nelas perícia para verificar se estas são, de fato, fichas do Banco em 1878 (por força de incompatibilidade do nome, não vemos como possam ser). É preciso também saber de quem é a letra e quando quem escreveu fez cada anotação.

5. O depósito bancário

Todas as considerações feitas até o momento tiveram como base a noção de depósito mercantil regular. Ocorre que, se levarmos em consideração os termos da pretensa ficha bancária, poder-se-ia sustentar a conversão, imediata ou posterior, do depósito mercantil em depósito bancário. A xerocópia da ficha afirma o seguinte: "13.06.1878 - O depósito foi feito em ouro e pedras preciosas de propriedade do depositante, que, após meticulozo e acurado exame procedido pelos nossos peritos-avaliadores, foi aberta esta conta bancária de valor correspondente, em moeda inglesa corrente, por ter sido esta a vontade do depositante". E na parte superior da xerocópia: "13.06.1878 - De comum acôrdo entre depozitante e depozitário, ficou acertado e aceito que, enquanto o valor declarado estiver sob nossa guarda pelo prazo de noventa (90) dias, será regido pelo



sistema de prazo fixo à razão de 1,5% a.a.". Em seguida: "09.11.1878 - Novo contrato foi celebrado pelas partes para administração do dinheiro, agora por tempo indeterminado, obedecendo o critério anteriormente fixado de 1,5% a.a.".

Portanto, teria sido feito o depósito mercantil e, em seguida, ou, pelo menos em 09.11.1878, por ocasião do "novo contrato", a conversão dele para "administração do dinheiro" ou contrato de depósito bancário (dito também de depósito em conta-corrente) e no qual se podia, então, pedir a restituição a qualquer momento.

Segundo o art. 1.280 do CC, dá-se o que se denomina "depósito irregular", quando o depositário se obriga a restituir, não a própria coisa recebida, mas outra, do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Há quem considere, na doutrina, que o depósito bancário é depósito irregular (Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, op. cit., vol. 42, p. 372). Outros, porém, entendem que o depósito bancário é contrato sui generis (Sérgio Carlos Covello, Contratos bancários, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 71). Como quer que seja, a qualificação de depósito bancário, in casu, está clara, quando se analisa a cláusula transcrita, em que se menciona novo contrato para administração de dinheiro a juros, por prazo indeterminado.

É preciso atentar, como já referiu igualmente o contestante - e nos termos do art. 1.280 do Código Civil (LGL\2002\400) -, que o depósito irregular se regula pelas normas concernentes ao mútuo. O mútuo não tem forma prescrita, embora sofra as limitações da prova exclusivamente testemunhal, mas sempre caberia indagar se o depósito irregular é depósito, equiparado ao mútuo, ou é mútuo. Por outro lado, se o depósito bancário é contrato sui generis, ele exige forma escrita (Sérgio Carlos Covello, idem, p. 78). Essas questões, ainda que defendamos o caráter sui generis do depósito bancário, não têm aqui, porém, maiores consequências práticas, porque a autora sempre teria que, antes, provar o depósito, para ser, então, admissível sua conversão em depósito bancário - a conversão poderia ser feita no mesmo momento ou depois, mas é logicamente posterior ao depósito. E, assim, se volta à questão da força probante do documento. A fotocópia não demonstra que a ficha dita do Banco seja, de fato, do Banco e esteja assinada pelo depositário.

O próprio Pontes de Miranda, que, como se viu acima, entende que o contrato de depósito é despido de solenidade, exige o escrito ad probationem e limita as possibilidades de o depositante fazer a prova somente dentro dos lindes do ordenamento. Escreve: "A questão da forma tem de ser examinada em cada espécie. Mas está assente que a certidão do registro do documento particular de depósito (sem firma reconhecida, deixou de explicar a 3.^a Câm. Cív. do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 04.03.1942, RT, 136, 621) não basta. Aí a solução seria a mesma para qualquer outro contrato" (Tratado de direito privado, Borsoi, vol. 42, p. 354). Isto é, Pontes de Miranda admite que o autor, que se diz depositante, instrua sua ação com documentos diversos do contrato mas esses instrumentos devem adequar-se às regras sobre a carga probante; tratando-se de documento particular sem firma reconhecida - como no caso citado - julga ele correta a decisão referida.

Ora, esta é a situação que se apresenta na espécie. Trata-se de uma simples cópia, um sucedâneo do original, que não pode ser aceito livremente, sem a concordância da parte. Essa é a tradição do direito brasileiro; já no art. 153 do Regulamento 737 de 1850, estava determinado: "As cópias, públicas-formas ou extratos de documento original feitos sem citação das partes, não farão prova, salvo sendo conferidas com o original na presença do juiz pelo escrivão da causa ou de outro que for nomeado para esse fim, citada a parte ou seu procurador, lavrando-se termo da conformidade ou das diferenças encontradas". O mesmo se infere, hoje, do art. 139 do CC e das normas processuais sobre meios de prova.

Tendo, no caso, o Banco Lloyd impugnado, expressamente, o documento, cumpre à autora apresentar o original (ou os originais), para que possa ser devidamente confrontado com a fotocópia e ser nele efetuada a perícia. Por ora, pelas razões



expostas, não há como reconhecer qualquer valor probante ao documento que serve de base para a ação.

6. Dos deveres do depositário e do depositante

O contrato de depósito, inclusive o depósito bancário, é contrato unilateral (Silvio Rodrigues, *Direito civil*, 4. ed., Saraiva, 1972, vol. 3, n. 115, p. 256, e Sérgio Carlos Covello, op. cit., p. 71). O que, cabe perguntar, abstraindo-se das questões já referidas, é: a) se o depositário, transcorrido tanto tempo desde o suposto depósito, ainda estaria obrigado a restituir o objeto ou valores depositados; e b) se, eventualmente, não há, apesar de unilateral, alguns deveres a serem obedecidos pelo depositante.

Vários aspectos concorrem para responder negativamente à primeira pergunta e, com isso, afastar a possibilidade de condenação do consulente à pretendida indenização. Trabalhando-se com a hipótese de que o depósito ocorreu, cabe ressaltar, antes de mais nada, um aspecto devidamente referido pelo consulente em sua contestação. É que, tratando-se de depósito bancário, em que o depósito mercantil em algum momento se transformou (de início ou em 09.11.1878), existe legislação especial instituindo prazo limite para que a conta fique sem movimentação. Trata-se da Lei 370, de 04.03.1937, e seu regulamento, Dec. 1.508, de 17.03.1937. Segundo estas normas, consideram-se abandonados os valores em depósito quando a conta ficar sem movimento durante trinta anos, devendo ser recolhidos ao Tesouro Nacional. Nesse sentido também se pronuncia a doutrina (por exemplo, Nelson Abrão, *Curso de direito bancário*, São Paulo: Ed. RT, p. 48). Sérgio Carlos Covello (op. cit., p. 80) assim se expressa: "Outra causa de extinção [do depósito bancário] consiste na prescrição em virtude do abandono do depósito. Consideram-se abandonados os valores em depósito quando a conta tiver ficado sem movimento durante trinta anos, segundo dispõem a Lei 370, de 04.03.1937, e seu respectivo regulamento (Dec. 1.508, de 17.03.1937)". Esses dispositivos aplicam-se perfeitamente à espécie, pois aqui também, como vimos, teria se configurado, após o depósito mercantil, o depósito bancário.

Por outro lado, mesmo que não fosse o caso de invocar a citada legislação, estaria bem caracterizada a falta de diligência do auto-considerado depositante. É sabido que todo contrato deve ser executado com boa-fé. A cláusula geral de boa-fé objetiva foi introduzida, com caráter genérico, no direito positivo brasileiro, pelo CDC (LGL\1990\40) (arts. 4.º, III e 5I, IV); todavia, até mesmo antes do CDC (LGL\1990\40), tendo em vista a lacuna do direito brasileiro diante de todos os demais ordenamentos romano-germânicos (lacuna dita "secundária", na linguagem de Engisch), a doutrina vinha sustentando sua aplicação em matéria contratual (cf. Arnoldo Wald e, pedindo vênia, nós mesmos, nos "Travaux", da Associação Henri Capitant de 1992, t. XLIII, Litec, Paris). Isto se explica porque as lacunas se preenchem (art. 4.º, da LICC (LGL\1942\3)): a) pela analogia, - e está aí o art. 1.443 do Código Civil (LGL\2002\400), que ordena que segurador e seguradora devem se comportar, no contrato, segundo a mais estrita boa-fé; essa regra deve ser estendida, sem o adjetivo "estrita", a todos os contratos; b) pelos costumes - e a cláusula geral da boa-fé é remissiva aos usos sociais, isto é, ao comportamento tal qual se imagina ser o do sujeito correto; e c) pelos princípios gerais de direito - e a boa-fé pacificamente se inclui entre esses princípios. Os deveres anexos ao vínculo contratual, criados pela boa-fé, não são unilaterais, e sim bilaterais; ambos os contratantes devem se comportar de modo a cumprir os deveres recíprocos de lealdade e cuidado. Ora, durante todo o tempo, de 1929 até o início da lide, não houve o cuidado, por parte da autora ou de seus antecessores, de promover a retirada do dinheiro ou de zelar pela atualização do valor depositado. Isso explica - sempre supondo-se inabalável a tese da autora de existência do depósito - o seu desaparecimento.

A existência de um dever de diligência por parte do depositante, para que o depósito permaneça atualizado, já foi acolhido pela jurisprudência do STJ, nos seguintes termos: "Indenização - Banco - Desaparecimento de quantia absorvida pelas sucessivas desvalorizações de nova moeda - Fato que não caracteriza ato ilícito da instituição - Hipótese em que os beneficiários deixam de diligenciar o levantamento do dinheiro ou a



sua transferência para investimento que o corrigisse - Julgados divergentes, ademais, do mesmo Tribunal que não ensejam recurso especial - Aplicação da Súm. 13 do STJ". A Ementa Oficial acrescenta: "O desaparecimento de quantia depositada em estabelecimento bancário, absorvida pelas sucessivas desvalorizações da nossa moeda, não caracteriza ato ilícito do banco, se, à época da instituição da atualização monetária no país (1964), os beneficiários dos depósitos, plenamente capazes, deixaram de diligenciar o levantamento do dinheiro ou sua transferência para investimento que o corrigisse, vindo a requerer tais providências somente em 1989. Incidência ademais, in casu, do verbete 13 (MIX\2010\1266) da Súmula do STJ" (REsp. 15.395-0-SP - 4.^a T. - j. 16.03.1993, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 03.05.1993, RT 705/219). O princípio que se extrai do julgamento é claro: cabia à parte diligenciar no sentido de solicitar do juiz as providências necessárias ao levantamento do montante mantido em depósito. "Às instituições bancárias não se permite movimentar sponte sua contas correntes ou aplicações. Só podem fazê-lo mediante solicitação do correntista ou aplicador. Proceder diverso configura ingerência inadmissível".

Ora, existente ad argumentandum o depósito, nada impede que se aplique, aqui, o mesmo princípio. Afinal, o aludido depósito teria se iniciado no século XIX! Foram inúmeras as desvalorizações da moeda ocorridas nesse longo período. O descumprimento, pela autora e seus ascendentes, do dever de diligência elidiria o dever de indenizar do consulente.

7. A mora creditoris

Por fim, é a própria autora que traz um fato capaz de atenuar ainda mais os riscos da causa. Alega, em sua inicial, que, no ano de 1923 e, depois, novamente, em 1928, teria havido a publicação de editais por parte do Banco Lloyd, a fim de que se habilitassem os eventuais herdeiros do depositante para virem receber o objeto depositado. Sem considerar os elementos fáticos que, também neste ponto, levantam dúvidas seriíssimas sobre as afirmações da autora - o jornal, em que a publicação teria sido feita, parece que estava extinto muito antes da publicação -, a verdade é que, admitido o fato da publicação, o depositante é que teria ficado em mora. Trata-se da mora do credor, situação pouco comum, mas regulada pelo art. 958 do CC. Incorre em mora o credor que não receber o pagamento no tempo, lugar e forma convenionados. A mora do credor não exige culpa; basta sua objetiva não-cooperação para receber (Silvio Rodrigues, *Direito civil*, 4. ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1972, n. 154. Veja-se também, sobre mora de credor, Giovanni Jacobbe, "Mora del Creditore", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, vol. XXVI, p. 952 et seq.; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2. ed., vol. XXIII, p. 205; e Werter Faria, *Mora do devedor*, Porto Alegre, Fabris, p. 135). No caso, por força da publicação dos editais, pode-se perfeitamente entender como caracterizada a mora da autora, pois seus ascendentes deixaram de cooperar, com o depositário, para o recebimento.

Embora, no nosso entendimento, não haja, por parte do credor, obrigação de receber (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. XXIII, p. 207 et seq.), a verdade é que tem ele o ônus de receber, isto é, não recebendo, passa a correr determinados riscos. Entre esses riscos, estão as conseqüências previstas no art. 958 do CC, que dispõe: "A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento".

Havendo mora do credor, a conseqüência para o consulente, devedor na espécie, seria sua liberação das conseqüências decorrentes do não-cumprimento da obrigação de restituir, como, por exemplo, responsabilidade pelo pagamento de juros moratórios, no depósito de dinheiro (no mesmo sentido, Giovanni Jacobbe, "Mora del creditore", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVI, Giuffrè, p. 969 et seq.; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. XXIII, p. 232; e Werter Faria, *Mora do devedor*, p. 137). Estaria, então, abrandada a responsabilidade do consulente, porque não incidiriam juros, nem



legais nem convencionais, desde o ano de 1923.

8. Conclusões

Diante de todo o exposto, cumpre sintetizar, realizando, como solicita o consulente, um prognóstico das suas possibilidades na causa. Parece-nos, do ponto de vista do direito material, tranqüila a posição jurídica do Banco. O alegado depósito, ainda que se entenda não exigir o depósito mercantil forma prescrita e lhe bastar um princípio de prova por escrito, não se mantém; a xerocópia apontada como sendo de ficha do Banco parece ter sido tirada de ficha feita a mão, sem a força probante de escrito assinado, legalmente exigido. Como está, o documento não tem valor nem mesmo como princípio de prova para qualquer contrato; a autora deveria ter apresentado o documento original, a fim de verem resolvidas as dúvidas que a xerocópia per se levanta (autoria, procedência e data, especialmente).

Por outro lado, ainda que admitido o depósito, ele estaria extinto, eis que, tendo em consideração sua conversão em depósito bancário, são claras as regras sobre o abandono e o término desse depósito (Lei 370, de 04.03.1937, e seu regulamento, Dec. 1.508, de 17.03.1937). Além disso, a regra da boa-fé objetiva e a jurisprudência do STJ reforçam a posição do consulente, eis que a autora e seus antecessores não teriam sido diligentes em efetuar o levantamento ou zelar pela atualização dos valores depositados. Por fim, admitidas as afirmações da própria autora, teria havido mora do credor, o que, na pior das hipóteses, reduziria substancialmente as conseqüências da indenização.