

3. DERECHO BANCARIO

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A BANCA EM ROMA (HISTÓRIA E DIREITO)

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

1. ANTELÓQUIO

Repetidamente tem sido dito que a actividade bancária em Roma continua a suscitar dúvidas que justificam o seu estudo renovado. DÍAZ-BAUTISTA adverte para as dificuldades, sintetizando que não é fácil compreender a actividade bancária antiga¹.

Conforta-nos, no entanto, o velho princípio de que não há livro, por mais gasto que esteja, que não consinta nova leitura. Justifica-se, por isso, que continuemos o estudo da banca em Roma, embora com especial ênfase na época de Justiniano da qual derivam os direitos contemporâneos.

Não ignoramos também que se trata de uma das áreas de estudo predilecto do Prof. António DÍAZ-BAUTISTA, Mestre de Mestres, de cuja amizade nos sentimos sempre devedores e aqui vimos homenagear com o sentimento profundo duma gratidão autêntica. Conheci-o mais de perto em Coimbra e logo me tornei admirador de um romanista sólido e profundo. Se é verdade que um homem só morre quando é esquecido, António DÍAZ-BAUTISTA não morreu: vive sempre connosco.

A propósito da banca romana, o nosso Mestre advertia que se movia num contexto social, económico e jurídico muito diferente dos nossos dias, mas não deixava de aí observar algumas operações que constituem verdadeiros precedentes da actividade bancária dos nossos tempos².

Eis, Senhoras e Senhores, Prezados Congressistas, a tarefa de que me incumbi quando aceitei o honroso convite do discípulo do Prof. DÍAZ-BAUTISTA, o Colega Juan Ramón Robles, que cumprimento com especial consideração e estima.

Permitam-me também que não silencie a estima, o respeito e a admiração que me merece a Excelentíssima Senhora que foi Esposa de DÍAZ-BAUTISTA. A sabedoria popular diz, em Portugal, que não existe um grande homem sem uma grande mulher. Aconteceu assim com o Prof. DÍAZ-BAUTISTA.

1 Vide Antonio DÍAZ-BAUTISTA, *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien* em RIDA XXIX (1982) 165.

2 Vide Manuel J. GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano* (Bolsa de Madrid / Madrid, 2001) 74.

Os meus respeitosos cumprimentos, Minha Senhora. Cumprimentos que estendo ao filho romanista que igualmente muito estimo.

2. HISTÓRIA

Embora sem ignorar a sábia advertência de Alvaro D'ORS de que em “*cuestiones de orígenes, debemos practicar la ars ignorandi*”³ e perdendo-se na longa noite do tempo a história das actividades mais tarde denominadas bancárias, não me parece ousado afirmar que a *mensa romana* é fruto duma evolução que acompanhou o progresso da vida comercial.

Fora de Roma e nos alvares da civilização ocidental, a banca desenvolveu-se em estreita relação com os templos em que se armazenavam grandes tesouros cuidadosamente guardados por sacerdotes. O respeito religioso destes lugares oferecia a segurança necessária não só às oferendas à divindade, mas também a riquezas pessoais.

Assim aconteceu na Grécia (em Delfos e em Olímpia), no Egipto e em Jerusalém, em cujos templos surgiram os primeiros bancos. O Evangelho de São Mateus documenta operações de compra e venda e de câmbio⁴ e a parábola dos *talentos*⁵ mostra que, no tempo de Jesus Cristo, era normal o depósito retribuído de dinheiro⁶.

Sobretudo, tem-se visto, na Grécia, o antecedente mais importante da banca romana que acompanhou as grandes transformações económicas e sociais, consequência das conquistas que, durante os séculos III e II a.C., depois das guerras púnicas, abriram Roma ao mundo⁷.

Mas importa também não esquecer os tempos mais antigos, dominados pela *amicitia* dos povos vizinhos que regulava e conciliava os seus interesses⁸. Dominava-os uma mentalidade agrária⁹ pouco propensa a operações financeiras e cuja actividade, pautada pela confiança, lealdade e fraternidade, não gerava grande conflitualidade.

Todavia, com o progresso das relações comerciais ligado a contactos com outros povos, sobretudo gregos, surgiram novas exigências cujas soluções jurídicas os homens do direito procuraram oferecer. As relações com os povos da bacia do Mediterrâneo e sobretudo com as cidades da costa e do arquipélago grego criaram uma nova classe de cidadãos que se dedicaram ao comércio de produtos de luxo e de escravos especializados que enriqueceu Roma, onde se concentraram enormes riquezas até então dispersas nas distantes regiões do Império¹⁰.

3 Vide Alvaro D'ORS no *AHDE* 20 (1950) 901. No mesmo sentido, vide Sebastião CRUZ, *Da “Solutio” I* (Ed. do Autor / Coimbra, 1962) 17³.

4 Cf. XXI,12.

5 Cf. XXV,27.

6 Seguimos de perto Miguel Angel Peñalver RODRÍGUEZ, *La banca en Roma em Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias III* (Seminários de derecho romano “Ursicino Alvarez” / Madrid, 1988) 1532-1533. Vide também GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 79.

7 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 18.

RODRÍGUEZ, *ibidem* 1533.

8 Vide Emile DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit prive romain sous la République e au temps des jurisprudences classiques* (Recueil Sirey / Paris, 1928) 98.

9 Vide Antonio DÍAZ-BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina (negócios bancarios en la legislación de Justiniano)* (Universidad de Murcia / Murcia, 1987) 4.

10 Vide Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene / Nápoles, 1950) 27; e GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 19 que refere o saque de sete milhões de denários e as quantias

Neste contexto social e económico, foram surgindo paulatinamente banqueiros que se instalaram no *Forum* romano¹¹ e sucessivamente na Basílica, nos bairros velhos e nos locais mais distantes das províncias¹². O que se compreende, por se tratar duma actividade que se desenvolvia (e continua a desenvolver) nas cidades mais povoadas e ricas¹³.

Assinala-se a presença de banqueiros profissionais em Roma nos anos 318-310 a.C.¹⁴., sendo famosas as *tabernae argentariae* que se fixaram no norte do *Forum*, reconstruídas no ano 193 a.C. por iniciativa dos plebeus *M. Junius Brutus* e *L. Oppidius Salinator*. Eram, provavelmente, propriedade do Estado romano que as locava a homens que exerciam a actividade bancária¹⁵.

Posteriormente, para evitar as dificuldades das relações jurídicas pessoais criadas por contratos de locação (*locatio-conductio rei*), que ocorriam quando os locatários trespassavam as suas *tabernae*, a *iusprudentia* romana construiu o direito de superfície a que mais tarde foi reconhecida a natureza de direito real, embora sobre coisa alheia (*ius in re aliena*)¹⁶. ULPIANO é claro:

D. 18,1,32: “quem vende locais em que se encontram bancos ou outros que estão no solo público vende não o solo, mas o direito, porque estes locais são propriedade pública e o uso deles pertence a privados”¹⁷.

Com o fortíssimo incremento das relações económicas, a importância dos bancos cresceu, coexistindo banqueiros públicos e privados, embora com funções próprias. Enquanto aqueles (denominados *mensarii*, *mensalarii*, *numularii* ou *argentarii coactores*)¹⁸ se ocupavam da *probatio* de moedas, da cobrança de impostos, do manejo de dinheiro, além de fazerem negócios com particulares, os banqueiros privados (*argentarii*) desenvolviam a sua diversificada actividade bancária¹⁹, embora, aproveitando-se da sua larga experiência

que os vencidos eram obrigados a entregar para compensar os gastos de guerra, além de tributos anuais em dinheiro e em espécie, como cereais, vinho, frutas, legumes, etc.

11 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 34, que assinala o ano 310 a.C.; e refere VARRÃO que situa o aparecimento dos *argentarii* na segunda metade do século IV e na primeira metade do século III a.C.

12 Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1535-1537, para quem nas Gálias nenhum habitante realizava um negócio sem o auxílio de um cidadão romano; e em Cartago havia uma rua dos *argentarii*, o que prova a existência de um grémio numeroso. Ainda segundo este Autor, na Basílica estavam os banqueiros que emprestavam a curto prazo, por meio de *stipulationes*; no *Forum*, a alta banca que negociava com os cidadãos mais estimados; e nos bairros velhos e sórdidos, os que emprestavam a juro elevado.

13 Neste sentido, vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1537-1538, que refere Alexandria, cidades da Ásia Menor, Atenas, Roma, Cartago e Pompeia.

14 Vide Jean ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent* (Ive. siècle av. J. C. – IIIe. Siècle ap. J.C.) (École Française de Rome. Palais Farnèse / Paris, 1987) 340.

15 Vide ANDREAU, *o.c.* 339; e GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 36.

16 Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)* em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora / Coimbra, 1997) 210-211; e RODRÍGUEZ, *o.c.* 1537 e 1575

17 D. 18,1,32: “Qui tabernas argentarias, vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet”. Vide Aldo PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane* (G. Giappichelli Editore / Turim, 2002) 14.

18 Cf. D. 40,7,40.8. Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 41.

19 Vide *infra*, nº. 4.

profissional, não raro os poderes públicos a eles recorressem para lançarem em circulação a nova moeda cunhada nas oficinas imperiais.

Os bancos públicos, ainda que dispusessem de uma caixa central em Roma, estavam espalhados pelas províncias, onde cumpriam uma função eminentemente recolhadora. Assinala-se-lhes, também, certo trabalho social no Império, como a gestão do fundo público, criado por Augusto, constituído por riquezas confiscadas aos criminosos e de que foram emprestadas grandes quantidades de dinheiro, sem juros, a cidadãos romanos²⁰ e cuja vigiância foi confiada ao *praefectus urbi*²¹.

Nem sempre é fácil distinguir os banqueiros de outros profissionais que, por manejarem dinheiro, eram igualmente chamados *argentarii* com algum qualificativo para identificar a sua ocupação. Sucede com ourives (*argentarii fabri* ou *argentarii vasculares*) e cambistas (*numularii, mensularii, colectarii*). Aqueles confeccionavam objectos de ouro e de prata, mas também recebiam, em depósito, metais preciosos e exerciam uma espécie de banca. Já os cambistas comprovavam e avaliavam moedas²² e faziam as suas contas como os banqueiros, segundo esclarecem os seguintes textos de ULPIANO:

D. 2,13,9,2: “Pompónio escreve que não é injusto que também os cambistas de cobre sejam obrigados a exhibir as contas, porque estes cambistas, como os de prata, fazem contas, posto que também recebem dinheiro e o distribuem por partes...”²³.

D. 2,13,4pr.: “O pretor diz: “os directores de bancos de câmbio exibam a conta que lhes pertence, com expressão do dia e do cônsul””²⁴.

Em breve síntese, o desenvolvimento comercial e bancário conheceu, em Roma, diversas fases ou épocas, de que destacamos, na sequência de GARCIA GARRIDO²⁵, as seguintes:

1. Época primitiva: decorre até ao ano 100 a.C. Caracteriza-se por uma economia rudimentar e fechada, em que predomina a exploração agrícola. Troca-se gado por gado, a que se seguiu a introdução do lingote de bronze (ou *aes rude*) que funciona de preço pesado pelo portador duma balança (*libripens*) nas compras e vendas (*mancipationes*)²⁶. Mais tarde, no ano 269 a.C., foi introduzida a moeda de prata, cuja utilização iria facilitar as trocas com estrangeiros na época seguinte. Com a introdução da moeda, tornou-se necessária a intervenção de cambistas que comprovavam o seu valor;

20 Continuamos a seguir RODRÍGUEZ, *o.c.* 1534-153 que, citando os *Annales* de TÁCITO (VI,17), refere que Tibério seguiu o mesmo sistema, pondo em diversos bancos cem milhões de sestércios destinados a empréstimos sem juros.

21 Cf. D. 1,12,1,9.

22 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 32-41.

23 D. 2,13,9,2: “Numularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere, Pomponius scribit, quia et hi numularii sicut argentarii, rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes...”

24 D. 2,13,4pr.: “Praetor ait: Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule”.

25 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 18-43.

26 Sobre a *mancipatio*, vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)* em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora / Coimbra, 1997) 94-97.

2. Época do apogeu: coincide com a expansão imperial e situa-se entre os anos 100 a.C. e 300. É marcada pelo maior desenvolvimento do comércio e das actividades financeiras de banqueiros. A vitória sobre os povos itálicos e Cartago e a invasão da Grécia e da Ásia abrem novos horizontes ao comércio e indústria, convertendo-se Roma em centro das finanças e sede do comércio internacional;
3. Época tardia: começa no ano 300 e é caracterizada pelo declínio da actividade bancária que acompanha a grande crise económica e social do mundo romano. Para resporem a estabilidade económica, os Imperadores controlam as moedas e fixam o preço de mercadorias e serviços. Ao mesmo tempo, são punidos falsificadores e traficantes de moedas e metais preciosos, embora os Imperadores nem sempre tenham sido exemplares: v.g., desde Caracala que falsificam as moedas, cunhando-as com peso inferior ao legal. E, em consequência, surgiu uma inflação incontrolável. É também o tempo dos *collectarii* que cuidam do regresso das moedas de ouro à administração e que, organizados em corporações, concedem empréstimos²⁷.

Assinala-se, nos séculos III e IV uma decadência profunda da actividade bancária que se reflecte no silêncio desolador das fontes jurídicas. Todavia, no século V assiste-se ao “renascimento” desta actividade que se prolonga na época de Justiniano²⁸, apesar da grave epidemia da peste que se estendeu pelo Mediterrâneo nos anos 542 e 543, agravando a situação económica²⁹.

Haja em vista que Bizâncio era “*una ciudad cruzada por rutas comerciales, cuya principal riqueza era el tráfico mercantil*”³⁰. Por isso, compreende-se bem a influência que os *argentarii* tinham perante o Imperador³¹ que não raro satisfez as suas pretensões e não se cansou de os elogiar, destacando a sua *utilitas* à comunidade³².

Importa finalmente referir que os banqueiros nem sempre gozaram de grande projecção social. Segundo SUETÓNIO, Marco António reprovava Octávio Augusto por o seu bisavô ter sido um liberto cambista. E há mesmo frases muito duras contra os banqueiros, como as de PLAUTO: “*se se discute uma conta com o banqueiro, acaba sempre por se ser devedor*”; e “*o costume dos banqueiros é reclamar aos outros, mas jamais devolver, pagando só se forem muito pressionados*”³³.

27 À famosa história de Calisto parece ligar-se a deterioração da moeda e subida dos preços. Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 98-100; e Juan de CHURRUCA, *La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca. 185-190)* em *Seminarios complutenses de derecho romano (Febrero – Mayo, 1991)* III (Facultad de Derecho. Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez” / Madrid,) 61-72.

28 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. 6-7; e PETRUCCI, *o.c.* 200-203.

29 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *ibidem* 29.

30 Transcrevemos DÍAZ-BAUTISTA, *ibidem*, 7.

31 Vide PETRUCCI, *o.c.* 205; e DÍAZ-BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. 23.

32 Cf. N. 136. Vide DÍAZ-BAUTISTA, *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, cit. 166-168 e *Estudios...*, cit.8-9.

33 Cf. *Alularia*, III,5,55; e *Curculio*; III,1,7.

No entanto, em geral os banqueiros gozavam de elevada consideração e a grande maioria da população confiava neles³⁴. Eram pessoas respeitadas que se tinham tornado credoras de confiança³⁵. Por isso, a profissão de banqueiro era protegida, não sendo indiferente a esta protecção o facto de, para não vexar o *argentarius*, quem lhe pedisse judicialmente contas devesse prestar juramento de não calúnia (*ius iurandum non calumnia causa*), como observamos no seguinte fragmento de ULPIANO:

D. 2,13,6,2: “Mas exige-se, ao adversário do banqueiro, juramento de que não pede, por causa de calúnia, que lhe exhiba, para que não peça acaso que se lhe exibam ou contas inúteis ou as que tem com o objecto de molestar o banqueiro”³⁶.

3. TERMINOLOGIA

São enormes as dificuldades que as fontes proporcionam quando, com grande frequência, referem profissionais que, com nomes diferentes, exercem as mesmas funções³⁷.

Com efeito, falam de *argentarius*, *coactor*, *coactor argentarii*, *colectarius*, *nummularius*, *mensarius*, *mensularius*, *danista*, *trapezitas*, *praeteco*, *stipulator argentarii*, *fenerato* e de *negotiator* cujas funções nem sempre aparecem devidamente separadas³⁸.

Todavia, para não incorreremos em confusões e seguindo GARCÍA GARRIDO³⁹, distinguimos os seguintes profissionais:

- a) *argentarius*: é o banqueiro que guarda ou administra depósitos de dinheiro, faz empréstimos, participa em subastas e presta garantias;
- b) *nummularius*: é o cambista que comprova e avalia moedas. A partir do século II, realiza também operações bancárias, como depósitos e empréstimos;
- c) *coactor* (ou *coactor argentarii*): é o intermediário que cobra dívidas por conta dos seus clientes e, a partir do século II a.C., participa em subastas como prestamistas. Desaparecem nas inscrições latinas do século III;
- d) *stipulator argentarii*: é o redactor de contratos em subastas;
- e) *colectarius*: é o encarregado de assegurar o regresso das moedas de ouro à administração: Nos séculos IV e V concedem empréstimos;
- f) *mensarius*, *mensularius* ou *trapezista*: é o banqueiro público, mas também referido como agente financeiro privado. Na época de CÍCERO, é membro da administração financeira da cidade e actua cumprindo ordens dadas pelos questores. Segundo

34 Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1539.

35 Cf. D. 16,3,8; -42,5,24,2; -12,34.

36 D. 2,13,6,2: “*Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum, non calumniae causa postulare edi sibi, ne forte vel supervacuas rationes, vel quas habet, edi sibi postulet vexandi argentarii causa*”.

37 Vide CHURRUCA, *o.c.* 74.

38 Vide PETRUCCI, *o.c.* 15-16 e 173; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 145; e GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 40.

39 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 32, 36-43.

PETRUCCI, *trapezista* é nome de origem grega dado ao banqueiro mais antigo que surgiu em Roma nos finais do século IV a.C.⁴⁰;

- g) *danista*: é o indivíduo que profissionalmente empresta dinheiro⁴¹;
- h) *fenerator* ou *negotiator*: é o operador especializado no empréstimo de dinheiro a juros em ligação ou não a outras actividades⁴²;
- g) *praeteco*: é o pregoeiro em negócios e subastas;
- h) *stipulator argentarii*: é o redactor de contratos em subastas.

De todas estas figuras, é o *argentarius* que apresenta maiores semelhanças com a actual profissão de banqueiro, cuja actividade tanto podia ser exercida individualmente com recurso ou não a *filiifamilias*, a libertos e a escravos, como em sociedade com outros *argentarii*⁴³.

Justifica-se, por isso, que centremos a nossa atenção nesta figura jurídica⁴⁴.

4. ACTIVIDADES

4.1. Enumeração

O *argentarius*, nome que etimologicamente está ligado a *argentum* que designa prata⁴⁵, é o banqueiro que dirige um banco (*mensa*) com vista à obtenção de fins lucrativos⁴⁶.

A sua actividade é abundante e diversificada, destacando a literatura romanista: a comprovação da autenticidade de moedas; a recepção de depósitos, selados ou não, de dinheiro e de coisas preciosas; a concessão de empréstimos (mútuos) e de créditos; o serviço de caixa; a abertura de contas; a organização, gestão ou intervenção em vendas em leilões (*auctiones*), apoiando clientes; operações de câmbio de moedas; transporte de dinheiro em sacos selados entre províncias; cumprimento de ordens de clientes para pagamento a terceiros ou liberação de dívidas; prestação de garantias ou assunção de outras responsabilidades; aceitação de penhores em garantia de empréstimos e obrigações de clientes; compra e venda ou arrendamento de armazéns; depósitos de cereais; administração e gestão de patrimónios de clientes⁴⁷; etc.

40 Vide PETRUCCI, *o.c.* 15; e Maria Vittoria Giangrieco PESSI, "Argentarii" e trapeziti nel teatro de Plauto em AG CCI (1981) 94.

41 Vide ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 145.

42 Vide PETRUCCI, *o.c.* 16.

43 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 32-33; e PETRUCCI, *o.c.* 104.

44 Também RODRÍGUEZ, *o.c.* 1533, entende que devemos distinguir o *argentarius* de outras profissões que também se dedicavam ao manejo de dinheiro e de metais preciosos.

45 Vide ANDREAU, *o.c.* 61; RODRÍGUEZ, *o.c.* 1533; e PESSI, *o.c.* 95.

46 Vide PETRUCCI, *o.c.* 13; e GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 42.

47 Vide ANDREAU, *o.c.* 75-77, 349, 402, 643, 645 e 670; GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 34, 36, 74-75; e PETRUCCI, *o.c.* 16, 21 e 25.

4.2. Depósito de dinheiro

O depósito de dinheiro ou de outras coisas fungíveis é considerado em Roma um depósito irregular⁴⁸. Traduz-se na transferência da propriedade de *res* fungíveis, sobretudo dinheiro (*pecunia*), cuja origem continua a dividir os romanistas⁴⁹.

Como características, podemos assinalar as seguintes marcas que influenciam decisivamente o seu regime jurídico: 1) o objecto, constituído por *res* fungíveis); 2) a faculdade de uso e de consumo; 3) o pagamento de juros que funcionam como preço da utilização; 4) a restituição do *tantundem, eius generis et qualitatis*.

Todavia, estas características, que afastam o depósito irregular do depósito normal, aproximam-no do mútuo, questionando a romanística que se trata dum depósito, dum mútuo ou doutro contrato⁵⁰. No entanto, importa observar que, além da causa, o mútuo distingue-se do depósito irregular pela gratuidade (ausência de juros) e pelas acções que os tutelam: no mútuo, a *condictio certae creditae pecuniae*, cujo carácter de *actio stricti iuris* a torna inadequada para reclamar juros; no depósito irregular, a *actio depositi* que é de boa fé. É exactamente esta distinção que criou dificuldades à *iurisprudencia* na tentativa de caracterizar o depósito irregular⁵¹.

Fixada esta figura, não surpreende que os banqueiros romanos a utilizassem para receberem dinheiro⁵² dos seus clientes que depois se obrigavam a restituir com juros. Dinheiro que iria permitiria aos *argentarii* a concessão de mútuos, cujos juros resultavam de negócios acessórios, como a *stipulatio usurarum*⁵³. Se considerarmos que recebiam juros mais elevados dos que se obrigavam a pagar, compreende-se facilmente que este fosse, nas palavras de Miguel Ángel Peñalver RODRÍGUEZ, “*um contrato clave en la actividade bancaria*”⁵⁴.

Este depósito (irregular de dinheiro) não afastava o depósito (regular) de moedas em saquinhas fechadas e identificadas que o banqueiro se obrigava a guardar e restituir, sem, certamente, deixar de receber um preço pela sua *custodia*⁵⁵. A circunstância de o depositante não deixar de ser proprietário permitia-lhe não só recuperar as *res* depositadas através da acção de reivindicação⁵⁶, como evitar o concurso dos credores em situações de falência da banca (*mensa*).

48 A expressão *depósito irregular* terá sido introduzida na linguagem jurídica por JASON DE MAINO. Vide Wieslaw LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier* em *RIDA XXI* (1974) 215.

49 Vide A. SANTOS JUSTO, O depósito no direito romano. Algumas marcas romanas no direito português em *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual* (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisboa, 2010) 59-60.

50 Vide ASTUTI *apud* SANTOS JUSTO, *ibidem* 60.

51 Cf. D. 16,3,24; -16,3,26,1; -16,3,25,1; -16,3,29,1; -16,3,1,34. Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 61-62.

52 Assinala-se também o depósito de objectos preciosos de ouro e prata, jóias ou documentos. Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1554.

53 Cf. D. 17,1,10,4; -19,5,24.

54 Transcrevemos RODRÍGUEZ, *o.c.* 1554.

55 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 77; e PETRUCCI, *o.c.* 32-33.

56 Cf. D. 42,5,24,2.

Mas, embora fosse prática habitual, não se afastava a possibilidade de os depósitos irregulares não vencerem juros, circunstância que, no caso de a banca falir, justificava que aos clientes depositantes fosse concedida certa preferência sobre os credores comuns, entre os quais se encontravam os depositantes com juros⁵⁷.

Esta situação, a que já se chamou “depósito infrutífero⁵⁸ -- que provavelmente se justificava pela confiança que o cliente tinha no banqueiro, fortalecida pela ausência de outro interesse, como a cobrança de juros – é expressamente abordada nos seguintes fragmentos de ULPIANO:

D. 16,3,7,2: “Sempre que os banqueiros se apresentem em falência, é costume, em primeiro lugar, ter em conta (...) aqueles que tivessem quantidades depositadas, não os que as emprestavam aos banqueiros com juros (...) e assim, se se tiverem vendidos os bens (...) se têm em conta os depositários, contanto que não se tenham em conta os que depois receberam juros...”⁵⁹.

D. 42,5,24,2: “Determinou-se que, vendendo-se os bens de um banqueiro, seja preferente, depois dos privilégios, a condição que, atendendo à fé pública, depositaram dinheiro no banco. Mas não se separam dos demais credores os que receberam dos banqueiros juros pelo dinheiro depositado; e com razão, porque uma coisa é dar a crédito, outra depositar...”⁶⁰.

De todo modo, a actividade principal dos banqueiros passava por depósitos com juros, situações que, já referimos, dividiram os jurisconsultos romanos sobre a sua natureza jurídica. Basta cotejar alguns fragmentos:

D. 16,3,7,2: (ULPIANO): “Sempre que os banqueiros se apresentem em falência (...) não se têm em conta os que depois receberam juros, como se tivessem renunciado ao depósito”⁶¹.

D. 42,5,24,2 (ULPIANO): “... mas não se separam dos demais credores os que receberam dos banqueiros juros, porque uma coisa é dar a crédito, outra depositar...”⁶².

PS II, 2,12,9: “Se depositaste dinheiro e foi permitido usá-lo, considera-se dado em mútuo mais do que depositado...”⁶³.

57 Vide GARCÍA GARRIDO, o.c. 78.

58 Vide PETRUCCI, o.c. 33.

59 D. 16,3,7,2: “Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios (...) et si bona venierint (...) depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur...”

60 D. 42,5,24,2: “In bonis mensularii vendundis post privilegia potiore eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere...”

61 D. 16,3,7,2: “Quoties foro cedunt numularii (...) dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito”.

62 D. 42,5,24,2: “... Sed enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et mérito, aliud est enim credere, aliud deponere”.

63 PS II,12,9: “Si pecuniam deposuero eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita...”.

D. 16,3,28 (CÉVOLA): “Quinto Cecílio Cândido escreveu a Pácio Rogaciano uma carta nos seguintes termos: (...) “Faço-te saber por esta carta que as vinte e cinco moedas que quiseste estiverem em meu poder, ingressarão na minha conta (...) e procurarei que recebas juros”. Perguntou-se: poderão pedir-se, em virtude desta carta, também os juros ? Respondi que se devem os juros por acção de boa fé, quer se os recebeu quer se empregou o dinheiro em negócio próprio”⁶⁴.

D. 16,3,24 (PAPINIANO): “...Faço-te saber por esta carta escrita por minha mão, para que tenhas entendido, que estão em meu poder as cem moedas que neste dia me encomendaste por entrega feita pelo escravo Estico, administrador, as quais te entregarei no momento, quando e onde quiseres. Pergunta-se por causa do incremento dos juros. Respondi que tem lugar a acção de depósito porque que outra coisa é encomendar senão depositar ? (...) E se acha certamente estabelecido que nos juízos de boa fé, pelo que respeita aos juros, pode tanto o ofício do árbitro como a estipulação (...) mas se, desde o princípio se acordou sobre a prestação de juros, observar-se-á a lei do contrato”⁶⁵.

D. 16,3,26,1 (PAULO): “Lúcio Tício obrigou-se deste modo: recebi e tenho em meu poder a título de depósito, os subscritos de dez mil denários de prata e prometo e confesso que os entregarei todos no tempo fixado, tendo-se acordado que até se devolver o dinheiro, se pague juros em cada mês (...) Pergunto: podem pedir-se os juros ? Paulo respondeu que este contrato é de depósito de dinheiro e, por isso, conforme ao acordado podem pedir-se também os juros com a acção de depósito”⁶⁶.

Olhando para o primeiro fragmento, ULPIANO exclui que o empréstimo de dinheiro com juros seja considerado depósito (regular). E como também não será mútuo (que é gratuito, por natureza), a existência de juros leva-o a evitar uma qualificação precisa⁶⁷. No segundo texto, esta dificuldade mantém-se, embora a faculdade de usar o dinheiro leve o jurisconsulto a inclinar-se para um mútuo. De todo o modo, as dificuldades são óbvias.

Posição contrária têm CÉVOLA, PAPINIANO e PAULO que concedem ao depositante uma acção de boa fé com vista ao pagamento de juros⁶⁸. Trata-se, como expressamente

64 D. 16,3,28: “Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit: (...) Vigintiquinque numorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi hac epistola facio, ad ratinculum meam ea pervenisse (...) ut usuras eorum accipias, curare habebō. Quaesitum est, an ex ea epistola etiam usurae peti possunt ? Respondi, deberi ex bona fidei iudicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est”.

65 D. 16,3,24: “... Centum numos, quos hac die commendasti mihi annumerate servo Stico actore, esse apud me, ut notum facio; hac epistola manu mea scripta tibi notum facio; quae quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incremendum. Respondi, depositi actionem habere (...) Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio (...) si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur”.

66 D. 16,3,26,1: “Lucius Titius ita cavuit: suscepit habeoque apud me titulo depositi supra scripta denarium argenti decem millia, neque ad praescriptum omnia praestitutum et promitto et profiteor, conventionem scilicet initia, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses (...) Quaero, an usurae peti possunt ? Paulus respondi, cum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere; et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt”.

67 Neste sentido, vide PETRUCCI, *o.c.* 34.

68 Vide PETRUCCI, *o.c.* 35.

referem os dois últimos jurisconsultos, da acção de depósito na qual o depositante, com base neste contrato, pode pedir a condenação do depositário nos juros acordados. Ou seja, a necessidade dum *stipulatio usurarum* está afastada, prejudicada pela existência de um contrato de depósito *sui generis* ou irregular que pode prever a existência de juros.

Não vemos, por isso, que os banqueiros devessem recorrer a pactos (*pacta*) ou estipulações (*stipulationes usurarum*) para que os seus clientes pudessem reclamar juros⁶⁹.

Resta referir que esta nova prática, que se traduz no recurso a depósitos irregulares, facilitou imenso a actividade bancária, até aí asfiziada pela necessidade de, paralelamente ao contrato de depósito (regular), se recorrer a outro negócio (*pactum* ou *stipulatio usurarum*).

4.3. Mútuo

Na sequência de GAIO⁷⁰, o mútuo tem sido definido como um contrato unilateral, através do qual uma pessoa, que recebe de outra a propriedade de determinada *pecunia* ou de outras *res* fungíveis, se obriga a restituir igual quantidade do mesmo género e qualidade⁷¹.

Trata-se dum contrato gratuito e, por isso, o mutuário não é obrigado a restituir mais do que recebeu⁷², embora circunstancialmente possa restituir menos⁷³. A eventual obrigação de pagar juros não resulta deste contrato, mas dum contrato formal (ordinariamente, uma *stipulatio* dita *usurarum*)⁷⁴ e, provavelmente a partir da época pós-clássica, de um contrato literal. Deste modo, enquanto a restituição do capital é tutelada pela *actio* que nasce do contrato de mútuo, à obrigação de pagar juros corresponde a *actio* que surge da relação obrigacional que os tem por objecto.

Relativamente ao valor dos juros, desde cedo se impuseram limites que combatessem a especulação⁷⁵. Numa brevíssima síntese, a Lei das XII Tábuas fixou, como limite máximo, o *unciarum foenus* que ascendia a 8,33% ao mês e, depois de um ano, a 100%. Posteriormente, várias leis regularam o cálculo e o montante dos juros e chagaram mesmo a proibi-los, concedendo a *manus iniectio* pura contra os usurários⁷⁶. No entanto, a proibição não se manteve por muito tempo, porque nos finais da República o limite foi fixado em 12% ao ano, mais tarde reduzido por Justiniano para 6%, com excepções em casos particulares. Fica, no entanto, por saber se, nas palavras de GARCÍA GARRIDO, “*los agentes profesionales y banqueiros respetaban o no nos limites e tasas de los intereses, pero podemos imaginarlo por las fuertes multas y penas que se imponían a algunos transgresores*”⁷⁷.

69 Contra, parece, PETRUCCI, *o.c.* 69-72.

70 Cf. GAIO 3,90.

71 Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*⁴ em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2011) 34-35.

72 Cf. D. 2,14,17pr.; -12,1,11,1.

73 Cf. D. 12,1,11,1.

74 Cf. D. 19,5,24.

75 Vide, a propósito, GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 92 que traça um quadro de luta contínua contra especuladores e prestamistas usurários.

76 Assim, a *Lex Licinia Sextia de aere alieno*, do ano 367 a.C., a *Lex Genucia*, do ano 342 a.C. e a *Lex Marcia*, do ano 104 a.C. Cf. GAIO, 4,23. Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 93; PETRUCCI, *o.c.* 91-95; RODRÍGUEZ, *o.c.* 1558; e SANTOS JUSTO, *ibidem*, 36.

77 Transcrevemos GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 94.

Olhando agora para os mútuos concedidos por bancos, os romanistas observam que, dada a natureza gratuita do mútuo, a concessão de mútuos com juros (*foenus*) era feita acrescentando, ao contrato real de *mutum*, um contrato verbal (*stipulatio*) que também podia compreender o capital a devolver (*sors*) e os juros (*usurae*)⁷⁸. CÍCERO refere, a propósito, três formas negociais: 1) entrega de dinheiro (*pecunia numerata*) que corresponde ao contrato (real) de mútuo; 2) obrigação de entregar a *pecunia* por meio de um contrato verbal (*pecunia stipulata*); 3) registo nos livros de contabilidade (*expensa lata*)⁷⁹.

A segunda forma, que verdadeiramente constitui uma promessa de concessão de mútuo, é muito importante, porque permite ao banqueiro obrigar-se, perante o cliente, a entregar o dinheiro a terceiro, eventualmente pagando uma dívida daquele a este⁸⁰.

Todavia, subsiste o problema dos juros que, excluídos do contrato de mútuo (por ser gratuito), deviam ser acordados em contrato acessório, como a *stipulatio usurarum*⁸¹. Mesmo aqui, observa-se uma evolução: enquanto na época clássica a conversão do mútuo em *stipulatio* provocava efeitos negativos -- v.g., se a *stipulatio* fosse nula, o *trans* não podia recuperar o dinheiro entregue, porque nem gozava da *actio certae creditae pecuniae* do mútuo nem a *actio ex stipulatu stipulatio*⁸² --, esta situação alterou-se no direito justiniano: mesmo que a *stipulatio* fosse nula, subsistia o contrato inicial (o mútuo), por exigência de justiça. Há, aqui, uma evidente protecção do mutuante⁸³.

Como já referimos, a possibilidade de os juros serem reclamados numa acção de boa fé implicava que pudessem ser acordados num simples *pactum*. Pelo contrário, a *actio certae creditae pecuniae* que tutela o mútuo é uma *actio stricti iuris* e, portanto, não comportava essa possibilidade. PAULO procura resolver o problema, considerando que “(relativamente a)os pactos feitos imediatamente, crê-se que estão compreendidos na estipulação” e acrescenta que “era o mesmo que, tendo sido estipulada certa quantidade para cada mês, tivessem sido acrescentados juros pelo tempo que tiver atrasado o pagamento”⁸⁴. Trata-se, no entanto, duma ficção que atesta a dificuldade desta situação: finge-se que o acordo sobre juros se enquadra na *stipulatio* e, por isso, o mutuário pode ser demandado. Mantêm-se, no entanto, as duas acções: a que tutela o mútuo e a que permite reclamar os juros.

Este problema, que chegou até à época justinianeia, foi resolvido por uma *constitutio* de Justiniano do ano 541, que se transcreve:

N. 136,4: “mas como demos uma lei para que quem se encontra à frente de estabelecimentos bancários não prestasse juros superiores a 8% e nos manifestaram que costumavam emprestar com juros também sem escrito, mas que, quanto aos juros, não se lhes considerava crédito por se ter contraído o mútuo sem documento escrito e sem se ter interposto estipulação (com respeito ao que vulgarmente se diz que não

78 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 82.

79 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 82.

80 Cf. D. 2,14,47,1.

81 Cf. D. 19,5,24. Vide PETRUCCI, *o.c.* 67; e DÍAZ-BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. 34.

82 Cf. D. 45,1,126,2.

83 Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1559.

84 D. 12,1,40: “... Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi, inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniak stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset...”.

é conveniente que sem estipulação corram juros, ainda que sejam muitos os casos em que, não se tendo estipulado os juros, nascem ainda que só de pacto e por vezes também se extinguem não em virtude de pacto, mas espontaneamente), por isso mandamos também que se lhes dêem não só em virtude de estipulação, mas também não tendo mediado escrito, os juros que ali lhes concede que estipulem, isto é, até 8%. Porque não é justo que quem está disposto a prestar auxílio a quase todos os que necessitam, sejam prejudicados por tal subtileza”⁸⁵.

Justiniano fala de subtileza e da injustiça de prejudicar quem presta auxílio, emprestando dinheiro. Por isso, insere no contrato de mútuo a possibilidade de juros. Ou seja, os mútuos concedidos por banqueiros podem ser onerosos: basta que haja acordo. Como observa DÍAZ-BAUTISTA, “*las circunstancias de le tradición helénica y posiblemente la presión de los banqueiros hicieron desdeirse al Emperador*”⁸⁶. Mais: entende que, embora o texto⁸⁷ não o diga, “*puede deducir-se de él que la presunción de intereses al 8% en los contratos de préstamo ya documentados era iuris et de iure, con lo que la forma documental del préstamo tenía valor constitutivo respecto al pago de intereses*”⁸⁸.

É óbvio que, facilitando-se o empréstimo de dinheiro com juros, favoreceu-se o desenvolvimento da actividade bancária que gira, fundamentalmente, à volta de depósitos e de mútuos.

4.4. Intervenção em hasta pública (*auctio*)

Uma das grandes actividades que os banqueiros realizaram em Roma durante vários séculos consiste no apoio que dispensavam a clientes na aquisição de bens vendidos em hastas públicas (*auctiones*).

Ordinariamente eram vendidos bens de alto valor (como, *v.g.*, prédios, casas, móveis ou objectos de luxo), de valor médio (como, *v.g.*, escravos e mulos) e até de pequeno valor (como, *v.g.*, pescado fresco)⁸⁹. No entanto, estas hastas serviam também para a concessão de: a) terras públicas (*ager publicus*); construção de grandes obras públicas, como pontes, faróis, estradas, aquedutos, templos, foros, praças públicas, termas, anfiteatros e teatros; explorações de minas, pedreiras e salinas; cobrança de impostos e rendas públicas; exploração de águas públicas; serviços de correios e transportes; etc⁹⁰.

85 N. 136,4: “Quoniam vero legem tulimus, ne argentariae mensae praepositi ultra besse usuras fenerentur, illi autem nos docuerunt, etiam sine scriptose fenerari solere, quantum vero ad usuras, fidem sibi non servari, utpote mutuo sine scriptis contrato nec stipulatione interposita, (iuxta vulgatum illud, non convenire, ut usurae absque stipulatione currant, licet multi sint casus, in quibus non stipulatae etiam usurae, vel ex solo pacto nascuntur, nonnunquam etiam ne quidem ex pactis, sed sua sponte introductae tamen exiguntur) propterea etiam sancimus, non solum ex stipulatione, sed etiam ex non scripto tales usuras illis dari, quales lex illis stipulari concedit; hoc est usque ad bessem centesimae. Nam qui omnibus fere indigentibus opem ferre parati sunt, iustum non est eiusmodi subtilitate laedi”.

86 Vide DÍAZ-BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. 35.

87 O Autor segue, agora, a N. 136,5,1 que admite a validade dos pactos de juros.

88 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *ibidem* 37.

89 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 116.

90 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 124.

As hastas públicas realizavam-se em certas datas, no mercado público ou em edifícios especiais (como a *atria auctionaria*, a *atria Licinia*, situada em Roma, ao norte da via Sacra)⁹¹. E eram organizadas por pregoeiros (*praecones*) que se ocupavam da publicidade, apresentavam os bens postos em hasta e faziam a sua adjudicação (*adiudicatio*) ao melhor ofertante. Os banqueiros (*coactores* ou *coactores argentarii*) registavam, em livros especiais chamados *tabulae auctionariae*, as vendas, os objectos vendidos, o preço e os nomes dos compradores, cobrando uma comissão⁹².

O *argentarius*, que servia de intermediário entre vendedores e compradores, entregava os valores adjudicados aos vendedores e, se necessário, proporcionava aos clientes compradores o serviço de caixa e concedia-se empréstimos⁹³.

Parece óbvio que a relação de compra e venda de bens em hasta pública tinha como sujeitos o vendedor (*dominus actionis*) e o adquirente, actuando o banqueiro externamente numa relação que o liga ao comprador, a quem empresta dinheiro para proceder ao pagamento. PAULO refere, a propósito o seguinte:

D. 44,4,5,4: “Se um escravo foi vendido por aquele a quem o dono permitiu e tiver sido devolvido ao dono, ao vendedor, que reclama o preço, se lhe opõe a excepção da redibição, mesmo que quem vendeu tenha entregado o preço ao dono...”⁹⁴.

Este fragmento tem suscitado algumas dúvidas que alimentam a ideia de que o banqueiro era o vendedor. Todavia, a opinião dominante sustenta que quem vendeu é o proprietário, embora por intermédio do leiloeiro; e que, se reclama o preço, o comprador pode opor-lhe a *exceptio* fundada num vício redibitório. Portanto, o banqueiro é estranho à relação de compra e venda e tão-só aparece, se emprestar dinheiro ao comprador, criando-se, então, uma relação de crédito entre o banqueiro credor e o comprador devedor⁹⁵.

4.5. Concessão de crédito

Outra das actividades bancárias muito importantes é a concessão de crédito que um banqueiro faz a um cliente.

Trata-se dum contrato consensual, por efeito do qual o *argentarius* se obriga a fazer pagamentos por conta do seu cliente até determinado valor, obrigando-se este a devolver o dinheiro que haja disposto⁹⁶.

91 Cf. CÍCERO, *De leg. Agr.*, 1.7.

92 Vide PETRUCCI, *o.c.* 36-43; e RODRÍGUEZ, *o.c.* 1753, que fala, citando CÍCERO, de 2% do preço.

93 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 117-118.

94 D. 44,4,5,4: “Si servus venit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam is, qui vendidit, domino pretium solverit...”.

95 Vide PETRUCCI, *o.c.* 28 e 56.

96 Seguimos RODRÍGUEZ, *o.c.* 1560-1561.

Através desta actividade bancária, o banqueiro ganha juros relativamente ao crédito efectivamente utilizado pelo cliente e este pode fazer pagamentos sem que, no momento, disponha do dinheiro necessário. Entretanto, enquanto não movimentar o crédito, não paga juros.

À importância referida, acresce que a concessão de crédito permitia ao cliente bancário viajar sem o risco de, transportando dinheiro, ser assaltado e roubado, risco que, na Antiguidade, era muito frequente: atente-se na dificuldade dos caminhos, na lentidão dos transportes, na existência de malfeitores e de bandoleiros em locais inóspitos, etc. E que se evitavam quando o banqueiro dava uma ordem a uma sucursal distante para aí pôr o dinheiro à disposição do cliente até certo montante⁹⁷.

LABEÃO aborda, genericamente a concessão de crédito, falando de abertura de conta nos seguintes termos:

D. 2,13,6,3: “Mas diz Labeão que a conta é uma negociação do que por uma e outra parte se deve dar, receber, prestar ou obrigar por causa do pagamento do que é seu; e que nenhuma conta começa só com o nu pagamento do devido, nem a ninguém se deve compelir a manifestar se recebeu penhor ou mandato; porque este caso cai fora da conta. Mas o banqueiro deve exhibir também o que estabeleceu que seja pago, porque também isto provém do seu ofício”⁹⁸.

Como observamos, o jurisconsulto refere que concessão de crédito passa pela abertura dum conta que permite dar, receber, prestar ou obrigar e, deste modo, permitir ao cliente pagar o que deve. E a abertura do crédito antecede o pagamento dum dívida, necessariamente posterior.

Na concessão de crédito bancário destacam-se duas formas: a assunção de dívida dum cliente; e o crédito para a realização de negócios. Aqui se insere o crédito ao consumo que foi muito frequente em Roma⁹⁹.

Tratando-se de assunção de dívida, o *argentarius* torna-se devedor, substituindo o seu cliente. Do ponto de vista do banqueiro, estamos perante a *assunção de dívida*, enquanto, olhando para o cliente, trata-se de *delegação passiva*¹⁰⁰.

Resultando, segundo parece, a concessão de crédito de um contrato consensual, não repugna pensar que a sua tutela tenha passado, no processo das fórmulas, por uma *actio in factum* depois identificada com a *actio de pecunia constituta*, embora também não se possa excluir o recurso a uma acção de restituição (*condictio*) a que parece apontar a fórmula *cum compensatione* reportada em GAIO¹⁰¹.

97 Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1561.

98 D. 2,13,6,3: “Rationem esse Labeo ait, ultro citro dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem; nec ullam rationem nuda duntaxat solutionem debiti incipere, nec sipignus acceperit aut mandatum, compellendum edere; hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet; nam et hoc es argentaria venit”.

99 Vide RODRIGUEZ, *o.c.* 1563.

100 Cf. D. 46,2,11pr.

101 Cf. GAJO 4,64. Vide PETRUCCI, *o.c.* 89.

4.6. Receptum argentarii

O *receptum argentarii* é o pacto em que um banqueiro se compromete, perante determinada pessoa a pagar uma dívida (existente ou futura) de um cliente seu¹⁰².

Contrariamente ao que sucede na abertura de crédito, o *argentarius* recebe previamente do cliente o dinheiro para depois pagar a dívida deste para com terceiro: daí o vocábulo *receptum* dado a este acordo. E pode consistir na entrega de dinheiro, na afectação de fundos depositados junto do banqueiro e, mesmo, numa entrega fictícia que se reduz, na verdade, a uma abertura de crédito¹⁰³.

Na época clássica, entre o banqueiro e o terceiro (credor do seu cliente) surgia uma obrigação independente da que ligava o banqueiro ao seu cliente e, por isso, o *argentarius* não podia subtrair-se ao seu compromisso, invocando a nulidade ou inexistência da dívida do cliente que prometeu pagar¹⁰⁴.

Todavia, numa *constitutio* do ano 531, Justiniano consagrou um regime diferente, permitindo ao *argentarius* invocar que a obrigação, que prometeu pagar, não é devida. Vejamos:

C. 4,18,2,1: "...para tudo seja suficiente, em virtude da nossa constituição, a acção de dinheiro constituído, mas de modo que a ela seja inerente que o constituto se faça por uma dívida (quando segundo a antiga acção receptícia se exigia, ainda que não se devesse alguma coisa), pois é bastante absurdo e contrário tanto aos nossos tempos como às leis justas permitir que pela acção receptícia se consigam as coisas não devidas..."¹⁰⁵.

Estamos perante mais uma alteração significativa do regime jurídico do *receptum argentarii*: antes, o banqueiro arriscava-se a pagar uma dívida inexistente sem poder opor-se à pretensão do credor; doravante, não, porque podia opor-lhe uma *exceptio*.

No entanto, Justiniano acabou por abolir esta figura, fundindo-a com o *constitutum debiti alieni*, por lhe parecer inútil, como observamos em:

I. 4,6,8: "O pretor também introduziu, em virtude da sua jurisdição, acções pessoais, por exemplo: a acção de pecunia constituta, a que se assemelha a acção receptitia; mas como por uma constituição nossa trasladamos para a acção de pecunia constituta todas as vantagens da acção receptitia, esta última, como inútil, fizemos que desaparecesse das nossas leis..."¹⁰⁶.

102 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 104; PETRUCCI, *o.c.* 59; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- II (direito das obrigações)*, cit. 147.

103 Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1568.

104 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 104; e PETRUCCI, *o.c.* 62.

105 C. 4,18,2,1: "...sed sit pecuniae constitutae actio per mostram constitutionem sibi in omnia sufficiens, ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (cum secundum antiquam receptitiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum), cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est, permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi..."

106 I. 4,6,8: "In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor. Veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia: sed ex nostra constitutione, cum, et, si quis plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est, ea qui supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere..."

Numa breve apreciação, o *receptum argentarii*, figura exclusiva da actividade bancária, constituía uma garantia que o *argentarius* prestava a um credor do seu cliente de que determinado crédito seria pago. E, porque nos primeiros tempos implicava o risco de o banqueiro pagar uma dívida inexistente, é provável que Justiniano o tenha abolido, fundindo-a com a figura mais vasta do *constitutum debiti alieni*.

4.7. *Constitutum debiti alieni*

O *constitutum debiti alieni* é o acordo em que uma pessoa se compromete a satisfazer, em determinada data ou num certo lugar, uma dívida alheia, cujo objecto consiste numa soma de dinheiro¹⁰⁷. Para o tutelar, o pretor concedeu uma *actio in factum*, denominada *actio de pecunia constituta*¹⁰⁸. Esta acção teria carácter penal que os juriconsultos romanos justificaram invocando a “*falta grave de confiança*”¹⁰⁹.

Não surpreende, portanto, que o comércio bancário tenha utilizado frequentemente este instrumento jurídico porque, assumindo a obrigação de satisfazer uma dívida, proporcionava ao *argentarius* uma fonte de rendimento¹¹⁰. E, simultaneamente, oferecia ao comércio jurídico a necessária garantia de que as dívidas seriam satisfeitas por entidades que reuniam maiores condições de solvência. Mais: a possibilidade de um *argentarius* assumir a obrigação de pagar a dívida de um cliente numa sucursal situada em lugar distante evitava que este, transportando somas consideráveis, corresse riscos enormes¹¹¹.

Trata-se duma figura jurídica que não foi exclusivamente utilizada por banqueiros, embora, como referimos, estes a tenham utilizado com muita frequência¹¹². E que tinha a particularidade de depender da existência ou validade da dívida que o autor do *constitutum* se obrigava a satisfazer, ou seja, gozava de acessoriedade. Assim escreveu ULPIANO:

D. 13,5,11pr.: “Assim, pois, somente será válido o constituto, se for devido aquilo por que se contrai o constitutum...”¹¹³.

D. 13,5,11,1: “Se alguém, devendo cem áureos, contrair constituto por duzentos, fica obrigado tão-só pelos cem, porque esta é a quantia devida; por conseguinte, também o que contraiu constituto pelo capital e juros que não se deviam, fica obrigado somente pelo capital”¹¹⁴.

107 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 145-146; e RODRÍGUEZ, *o.c.* 1566.

108 Cf. D. 13,5,3,2.

109 Cf. D. 13,5,1pr.

110 Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1567.

111 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 105.

112 Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1567.

113 D. 13,5,11pr.: “Hactenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit...”.

114 D. 11,5,11,1: “Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est; ergo et is, qui sortem et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem duntaxat”.

Portanto, o *constitutum debiti alieni* distinguia-se, na época clássica, do *receptum argentarii*. Haja em vista que, enquanto aquele era acessório da obrigação que o *constituans* se obrigava a pagar, este teve carácter abstracto até ao direito justiniano¹¹⁵.

Por outro lado, a obrigação de pagar a dívida surge no momento da realização do *constitutum* e, por isso, não a afasta o eventual pedido do devedor da primeira obrigação para que não a satisfaça. E o compromisso não exige nenhuma formalidade, podendo ser feito ou não por *stipulatio*.

Mas há outra particularidade: não pode utilizar o *constitutum debiti alieni* quem se proponha pagar a dívida de um banqueiro¹¹⁶.

Como também referimos¹¹⁷, esta figura absorveu, no direito justiniano, o *receptum argentarii* que, como se observa na *constitutio* do ano 531 de Justiniano, tinha caído em desuso:

C. 4,18,2pr.: “Desaparecida a acção receptícia, que composta de palavras solenes tinha caído em desuso, pareceu-nos necessário ampliar a natureza da de dinheiro constituído. Porque como a referida acção, isto é, de dinheiro constituído, foi limitada pelos antigos só a casos em que se exigissem coisas que constam de peso, número ou medida, mas sem que tivesse nenhuma aplicação às demais coisas (...) determinamos nesta claríssima constituição que a todos seja lícito contrair constituto não só pelas coisas que constam de peso, número ou medida, mas também por todas as demais, ora móveis ora imóveis, ora semoventes ao por instrumentos ou por outras quaisquer coisas ...”¹¹⁸.

5. ORGANIZAÇÃO

5.1 Actividade individual

A actividade bancária era, em Roma, exercida individual ou colectivamente por banqueiros¹¹⁹.

Individualmente, o *argentarius* podia exercer a sua actividade directamente ou servindo-se de filhos, libertos e escravos¹²⁰. Enquanto o banqueiro devia ter personalidade e capacidade jurídicas¹²¹, já os filhos e escravos deviam dispor de capacidade negocial¹²². De fora

115 Cf. C. 4,18,2,1, que transcrevemos supra, nota 104. Vide também GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 104.

116 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 105.

117 Vide *supra*, nº. 4.6.

118 C. 4,8,12pr: “Recepticia actione cessante, quae solemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. Cum igitur praefata actio, id est, pecuniae constitutae, in his tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeret res, quae in ponderenumero-mensurave sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem (...) hac apertissima lege definimos, ut liceat omnibus constituere non solum res, quae pondere numero mensurave sunt, sed etiam alias omnes, sive mobiles, sive immobiles, sive sese moventes, sive instrumenta vel alias quascunque res...”.

119 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 33.

120 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 29-31, 33 e 46; e PETRUCCI, *o.c.* 96⁵⁰ e 103-104.

121 Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*⁵ em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2011) 109-110.

122 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 117-118, 137-138 e 141-142.

ficaram as mulheres, mesmo que acompanhadas de tutor, enquanto a tutela não foi afastada¹²³. O seguinte fragmento de CALISTRATO é elucidativo:

D. 2,13,12: “As mulheres estão excluídas do ofício de banqueiro, porque esta actividade é de homens”¹²⁴.

Relativamente aos menores de vinte e cinco anos, é provável que também fossem proibidos do exercício desta actividade, mesmo servindo-se de tutores. Por isso, se um menor fosse herdeiro de um banqueiro, há quem entenda que o tutor devia limitar-se a liquidar a *mensa*¹²⁵.

Dispondo da necessária capacidade jurídica (de gozo e negocial), o cidadão romano *paterfamilias* podia, como já referimos, exercer a actividade bancária através de um filho, liberto ou escravo. Confirma esta situação o seguinte fragmento de ULPIANO que, a propósito da obrigação de exhibir as contas, recolhe a opinião de LABEÃO e de SABINO:

D. 2,13,4,2: “Mas também está compreendido o filho de família, de sorte que também ele seja obrigado a exhibir; mas, pergunta-se, e o pai ? Labeão escreve que não se deve obrigar o pai, excepto se, sabendo, (o filho) exercer o ofício de banqueiro; mas Sabino respondeu acertadamente que isto deve ser admitido quando ao pai corresponder o ganho”¹²⁶.

A exigência de conhecimento relativamente ao *paterfamilias* e a sua responsabilidade dependente do ganho obtido pelo filho, apontam para a existência de um *peculium* concedido por aquele a este, cuja administração beneficia o *pater* enquanto *dominus peculii*¹²⁷.

Tratando-se de escravo, a situação é semelhante porque, enquanto homem, o *servus* dispunha de inteligência para não ser desperdiçado pelo seu dono que o utilizava no exercício das mais diversas actividades negociais, inclusivamente a bancária. De novo ULPIANO é claro:

D. 2,13,4,3: “Mas se um escravo fizer de banqueiro – como pode --, se o tiver sido com autorização do seu dono, este deve ser compelido a exhibir (as contas) e contra ele deve dar-se a acção, exactamente como se o mesmo o tivesse sido; mas se o foi ignorando o seu dono, é bastante que este jure que não tem aquelas contas. Se o

123 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem*, 143-144.

124 D. 2,13,12: “Feminae remotae videntur ab officio argentarii, cum ea opera virilis sit”. Também ULPIANO (D. 50,17,2pr.) refere que “as mulheres estão afastadas de todas as funções civis e públicas”. São tempos em que, observa GARCÍA GARRIDO, o.c. 58, “la actividade de la mujer quedaba reducida al ámbito doméstico de la familia y, sobre todo, al cuidado de los hijos. Se le prohibía salir garante por negocios ajenos e incluso del propio marido”. No entanto, como GARCÍA GARRIDO (o.c. 63-69) igualmente refere, não faltam referências à mulher como imprescindível colaboradora nos negócios do marido e mesmo a mulheres empresárias em fábricas de materiais de construção.

125 Neste sentido, vide RODRÍGUEZ, o.c. 1535.

126 D. 2,13,4,2: “Sed et filiusfamilias continetur his verbis, ul vel ipse cogatur edere; an et pater, quaeritur, Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur; sed Sabinus respondit, tunc id admittendum, cum patri quaestum refert”.

127 Vide PETRUCCI, o.c. 118.

escravo fizer de banqueiro com o seu pecúlio, o seu dono está obrigado pela acção de pecúlio ou do que se converteu em seu proveito; mas se o dono tem as contas e não as apresenta, está obrigado solidariamente”¹²⁸.

Como vemos, depois de afirmar que o escravo pode exercer a função de banqueiro, ULPiano distingue se actuou com ou sem autorização do seu dono. Agindo autorizado, o *dominus* é obrigado a apresentar as contas aos clientes. E, havendo pecúlio, aquele responde pela *actio de peculio* ou pela *actio de in rem verso*¹²⁹.

Estamos perante as famosas *actiones adiecticiae qualitatis* cuja fórmula com transposição de sujeitos vencia as dificuldades da ausência duma verdadeira representação. Graças e este mecanismo, o dono (e o *paterfamilias*) respondia pelas dívidas contraídas pelo escravo (ou *filiusfamilias*), assim como podia demandar os seus devedores¹³⁰.

Merece também especial referência a *actio institoria* que responsabilizava o *paterfamilias* e o *dominus* por dívidas, respectivamente de filhos e de escravos, no âmbito da gestão de um estabelecimento terrestre, no nosso caso, duma banca (*mensa*). Nestes casos, o *paterfamilias* ou o *dominus* mandava afixar, à porta da *mensa*, um edital (*praepositio*), no qual publicitava a nomeação do *filius* ou do escravo como gestor (*institor*) e assumia as responsabilidades pela sua gestão no âmbito da actividade bancária¹³¹. ULPiano é claro:

D. 14,3,5,3: “Mas também se alguém teve um escravo à frente de uma banca, obrigar-se-á em nome dele”¹³².

Na mesma situação encontrar-se-ia o dono de banca que tivesse nomeado como gestor um liberto, situação que, aliás, parece ter sido muito frequente¹³³.

Há, no entanto, uma questão que pode suscitar algum incómodo. Tratando-se de escravo nomeado *institor*, de que modo responderá o seu *dominus* se aquele, não gozando de capacidade jurídica de gozo, só pode contrair obrigações naturais? Sendo a *actio institoria* uma acção translativa e, portanto, dispondo de uma *intentio in ius*, a *condemnatio* do dono do escravo (o *argentarius*) implicaria certamente a ficção *si liber esset* relativamente ao *servus*. Assim, fingindo-se livre, a obrigação contraída era civil e, por ela, podia o ser *argentarius* ser condenado¹³⁴.

128 D. 2,13,4,3: “Sed si servus argentariam faciat – potest enim – siquidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum esse iudicium, ac si ipse fecisset; sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare, eas se rationes non habere. Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio, vel de in rem verso tenetur; sed si dominus habet rationes, nec edit, in solidum tenetur”.

129 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 46-47.

130 Vide GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 46; e Julio Hernando LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica* (Dickinson / Madrid, 1992), 51. Sobre estas *actiones*, vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit. 202-203.

131 Vide PETRUCCI, *o.c.* 96⁵⁰ e 160-161; GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 51; e ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 88.

132 D. 14,3,5,3: “Sede t si in mensa habuit quis servum praepositum, nomine eius tenebitur”.

133 Cf. D. 14,3,19,1; -14,3,20. Vide PETRUCCI, *o.c.* 118; e GARCÍA GARRIDO, *o.c.* 41 e 51, para quem, nas províncias, pelo menos 3/4 eram libertos.

134 Vide SANTOS JUSTO, A situação jurídica dos escravos em Roma no BFD LIX (1983) 25⁴⁶ e A “fictio iuris” no direito romano (“actio fictícia”). Época clássica. I no suplemento ao BFD XXXII (1988) 402.

5.2. Sociedade bancária

5.2.1. Considerações preliminares: a *societas*

Em Roma, a sociedade (*societas*) é uma organização de duas ou mais pessoas (*socii*) que, por virtude de um contrato consensual, se obrigam reciprocamente a pôr em comum determinados bens ou trabalho com vista à obtenção de um fim patrimonial, repartindo os lucros e as perdas segundo a proporção acordada. Trata-se também dum contrato de boa fé que se inspira na *fraternitas* que influencia o seu regime jurídico¹³⁵.

A sociedade assim criada não é pessoa jurídica; por isso, não há relações jurídicas entre a *societas* e terceiros, mas tão-somente créditos e obrigações de cada sócio com o (terceiro) ou terceiros com quem negociou. Posteriormente, deve prestar contas aos outros¹³⁶.

Entretanto, os bens levados por cada sócio à sociedade tornam-se propriedade de todos os sócios¹³⁷. E, dissolvida a sociedade, cada sócio pode demandar os outros com a *actio pro socio* –que é uma acção de prestação de contas– e, tratando-se da partilha dos bens comuns, com a *actio communi dividundo*¹³⁸.

Aquela acção dava lugar a um *iudicium bonae fidei* e o sócio condenado incorria na declaração de *infamia*. Todavia, a condenação não podia superar o limite determinado pelas possibilidades patrimoniais do condenado, ou seja, gozava do *beneficium competentiae*¹³⁹.

Circunstancialmente, podia ser também intentada a *actio furti* e a *actio legis Aquiliae* que se acumulavam com a *actio pro socio*¹⁴⁰.

Como referimos, este contrato não cria uma pessoa jurídica distinta dos sócios que agem individualmente e em nome próprio e só depois prestam contas entre si. PAULO não suscita dúvidas:

D. 17,2,67pr.: “Se um dos sócios tiver vendido uma coisa comum com o consentimento dos sócios, deve dividir-se o preço ...”¹⁴¹.

D. 17,2,74: “Se alguém tiver contraído sociedade, o que comprou torna-se dele mesmo, não comum; mas pela acção de sociedade é obrigado a fazer a coisa comum”¹⁴².

135 Vide SANTOS JUSTO, Direito privado romano – II (direito das obrigações), cit. 72-73.

136 Vide Mario TALAMANCA, *Società in generale (diritto romano)* em ED XLII (1990) 814, 820-821 e 827; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 78-79 e 84-87; Emilio BETTI, *Istituzioni di diritto romano II. Parte prima* (CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani / Pádua, 1962) 265; CANCELLI, *o.c.* 509; e TORRENT, *o.c.* 440-441. Vide também Emile De CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République e au temps des jurisconsultes classiques* (Recuel Rirey / Paris, 1928) 222¹, que aponta diversas teorias sobre a personalidade moral das sociedades.

137 Discute-se, ainda hoje, se a transformação da propriedade individual de um sócio em propriedade dos sócios se realizava *ex lege* (fala-se de *transitus legalis*) ou através de negócios jurídicos idóneos previstos no *ius civile*. Vide CANCELLI, *Società (diritto romano)* em NNDI XVII (1970) 504; TALAMANCA, *o.c.* 824; e TORRENT, *o.c.* 440 e *Consideraciones sobre la societas omnium bonorum* em RISG XCIV (1963-1967) 205 ss.

138 Cf. D. 19,3,1; -17,2,65,13.

139 Vide Filippo CANCELLI, *o.c.* 515.

140 Cf. D. 17,2,45; -17,2,47pr.; -17,2,48; -17,2,49; -17,2,50. Vide CANCELLI, *o.c.* 514-515.

141 D. 17,2,64pr.: “Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet...”.

142 D. 17,2,74: “Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune; sed societatis iudicio, cogitur rem communicare”.

Há, no entanto, quem veja uma exceção na sociedade de publicanos (*societas publicanorum*)¹⁴³ e na sociedade constituída para a compra e venda de escravos (*societas venaliciaria*)¹⁴⁴.

Finalmente, porque os fins podem ser muito diferentes, os romanistas classificam as *societates* em vários tipos: a sociedade de todos os bens (*societas omnium bonorum*) e a *societas quaestus* que compreende a sociedade constituída para determinada espécie de operações (*societas alicui negotiationis*) e a sociedade constituída para a realização de um negócio determinado ou para a construção ou reparação de certa coisa (*societas unius* (ou *alicuius*) *rei*)¹⁴⁵.

É óbvio que a sociedade bancária pertence à categoria das *societates alicuius negotiationis*¹⁴⁶. Por isso, dedicar-lhe-emos as páginas seguintes.

5.2.2. *Societas argentaria*

I. Introdução

A sociedade bancária (*societas argentaria*) é uma sociedade de banqueiros e, portanto, constituída para o exercício da actividade bancária. ULPIANO fala-nos deste tipo de sociedade:

D. 17,2,52,5: “Sendo sócios dois banqueiros e um deles tinha adquirido, em separado, alguma coisa e obtido ganho, perguntava-se se o ganho devia ser comum. E o Imperador Severo respondeu por rescrito a Flávio Félix nestes termos: “Ainda que a sociedade tenha sido constituída especialmente para o câmbio de prata, todavia, o que cada um dos sócios adquiriu não por causa do câmbio de prata, é de direito definido que não pertence à comunhão”¹⁴⁷.

143 As *societates publicanorum*, já muito desenvolvidas no século II a.C., podem ser definidas como companhias de capitalistas empreiteiros de obras públicas e concessionários na cobrança de impostos. A sua configuração como pessoa jurídica é sustentada pela unanimidade dos romanistas. Vide ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 27, 33 e 81 e *La società in diritto romano* (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene / Nápoles, 1950) 158 e 160; CANCELLI, *o.c.* 497; e TORRENT, *o.c.* 439.

144 Vide TALAMANCA, *o.c.* 830-833; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit. 80; PETRUCCI, *o.c.* 265; e TORRENT, *o.c.* 441.

145 Cf. D. 17,2,5pr. Vide TALAMANCA, *o.c.* 822; e Armando TORRENT, *Manual de derecho romano* (Mira Editores, S.A. / Zaragoza, 1991) 441. e SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II* (direito das obrigações), cit. 75.

146 Vide BETTI, *o.c.* 263; TALAMANCA, *o.c.* 822; GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros* (“*societas argentaria*”) em *Studi in onore di Arnaldo Biscardi III* (Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica / Milão, 1982) 377; e PETRUCCI, *o.c.* 263.

147 D. 17,2,52,5: “Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat, et lucri senserat, quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret; et Imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: “Etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesit, id ad communionem non pertinere, explorati iuris est”.

A opinião de ULPIANO é clara e juridicamente correcta: pela actividade de um sócio desenvolvida no âmbito da actividade societária, deve prestar contas aos demais sócios; não assim, se a sua actividade não corresponde ao exercício da banca.

II. Regime específico

1. *Solidariedade activa e passiva*

Mas, se a *societas argentaria* não passa duma *societas alicuius negotiationis*, importa ter presente que os sócios são solidários entre si e, por isso, os clientes tanto podem demandar o sócio com quem agiram, como os outros; e podem ser demandados por qualquer dos sócios. Ou seja, estamos perante a solidariedade activa e passiva que produz uma limitada relevância externa da relação social determinada pela necessidade de tutelar a confiança que une banqueiros e clientes¹⁴⁸.

A solidariedade passiva, que permite a um cliente demandar os sócios não intervenientes, terá sido introduzida por costume ou prática bancária. Mostram-na os seguintes textos de PAULO, que se complementam¹⁴⁹:

D. 2,14,24: “Mas se um fiador prometeu como em coisa própria, neste caso o fiador deve ser considerado como devedor solidário e o pacto feito com ele considera-se como feito com o outro devedor”¹⁵⁰.

D. 2,14,25: “O mesmo ocorre no caso dos devedores solidários ou dos banqueiros em sociedade”¹⁵¹.

Relativamente à solidariedade activa, observa-se no seguinte fragmento também de PAULO:

D. 2,14,27pr.: “Se um dos sócios banqueiros tiver pactuado com um devedor, prejudicará acaso também ao outro a excepção? Nerácio, Atiliciano e Próculo dizem que nem ainda que se tivesse pactuado sobre uma coisa prejudica ao outro...”¹⁵².

148 Vide CANCELLI, *o.c.* 498 e 507; TALAMANCA, *o.c.* 830; PETRUCCI, *o.c.* 128, 130 e 133-135; GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, cit. 54 e *La sociedad de los banqueiros*, cit. 378-380; Del CHIARO, *o.c.* 232; e LERA, *o.c.* 54 e 146-147.

149 A romanística apoia-se, sobretudo, nestes textos. Vide TALAMANCA, *o.c.* 822 e 830¹⁷⁷; e GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros*, cit. 378-379, que refere ainda a posição de SAVIGNY: “Savigny afirmaba que, independientemente de la solidariad derivada da la stipulatio ou expensilatio, por el hecho mismo de la existencia de la sociedad, cada uno de los banqueros asociados reponde del total de la deuda y podía demandar al deudor”.

150 D. 2,14,24: “Sed si fideiussor in rem suam spondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est, et pactum cum eo gactum cum reo factum esse videtur”.

151 D. 2,14,25: “Idem in duobus reis promittendi, et duobus argentariis sociis”.

152 D. 2,14,27pr.: “Argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere...”.

E, de uma e de outra, de novo PAULO se ocupa simultaneamente:

D. 4,8,34pr.: “Se, de dois credores ou devedores solidários, um só tivesse feito o compromisso e tivesse sido excluído que o credor reclame judicialmente o que reclama ao devedor, deve ver-se se não incorrerá na pena no caso de reclamar o outro credor ou de que se reclame do outro devedor. O mesmo, relativamente a dois banqueiros associados. E quiçá poderíamos acrescentar isto mesmo para os fiadores quando são sócios. Fora destes casos (de solidariedade, não se pode dizer que) se reclama de ti (quando) eu reclamo (do outro), nem que se reclama em meu nome quando (o outro) reclama de ti”¹⁵³.

A responsabilidade individual de cada sócio perante o cliente com quem realizou um negócio bancário exclui que a *societas argentaria* seja uma pessoa jurídica, mas a solidariedade activa e passiva dos sócios, determinada pelo interesse público reconhecido à actividade bancária, leva os romanistas, na sequência de CUJÁCIO, a falar de um regime específico, quiçá dum *ius singulare*¹⁵⁴.

2. Falência. Privilégio dos depositantes

O interesse público reconhecido à actividade bancária faz-se sentir também nos privilégios de que gozam alguns depositantes no caso de falência da banca. Destacamos os seguintes fragmentos de ULPIANO:

D. 16,3,7,2 (ULPIANO): “Sempre que os banqueiros se apresentem em falência, é costume, em primeiro lugar, ter em conta os depositários, ou seja, aqueles que tiveram quantias depositadas, não as que empregavam com juros em poder dos banqueiros ou com os banqueiros ou por si mesmos; e assim, pois, se os bens tiverem sido vendidos, antes dos privilégios têm-se em conta os depositários, com tal que não se tenham em conta os que depois receberão juros, como se tivessem renunciado ao depósito”¹⁵⁵.

D. 16,3,8 (PAPINIANO): “Cujo privilégio se exercita não só em relação àquela quantia que do dinheiro depositado se encontrou nos bens do banqueiro, mas relativamente a todos os bens do defraudador; e isto se admite por utilidade pública por causa do uso necessário dos banqueiros...”¹⁵⁶.

153 D. 4,8,34pr.: “Si duo rei sunt aut credendi, aut debendi, et unus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur, videndum est, an, si alius petat, vela b alio petatur, poena committatur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt. Et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt; alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur”.

154 Vide GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueiros*, cit. 374-375, que, neste sentido (de um *ius singulare*), refere a posição de CUJÁCIO.

155 D. 16,3,7,2: “Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito”.

156 D. 16,3,8: “Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus frausatoris facultatibus; idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est...”.

No primeiro fragmento, os depositantes gozam de preferência, mesmo perante os credores privilegiados. Mas somente os depositantes cujos depósitos não vencem juros (depósitos improdutivos). E, no segundo, o privilégio dos depositantes (sem juros) executa-se não só sobre o dinheiro depositado, mas também sobre todos os bens do banqueiro em cuja falência haja fraude¹⁵⁷. É curiosa a protecção dos depositários cujos depósitos não vencem juros. ULPIANO justifica “*como se tivessem renunciado ao depósito*”¹⁵⁸ ou seja, deixaram de ser depositários para, quiçá, se tornarem mutuários e, nesta condição, não ser justo que sofram o risco da insolvência.

Há, no entanto, um fragmento de ULPIANO que coloca a preferência do depositante (sem juros) depois dos credores privilegiados. Vejamos:

D. 42,5,24,2: “Determinou-se que, na venda de bens de um banqueiro, seja preferente, depois dos privilégios, a condição de quem, atendendo à fé pública, depositou dinheiro no banco. Mas se separam dos demais credores os que receberam dos banqueiros juros pelo dinheiro depositado. E com razão, porque uma coisa é dar a crédito, e outra depositar. Mas se existisse dinheiro, opino que pode ser reivindicado por quem o depositou, e quem o reivindica será preferente aos privilegiados”¹⁵⁹.

Este texto permite algumas conclusões: 1^a.- os depositantes com juros não gozem de nenhum privilégio, no concurso com os demais credores; 2^a.- os depositantes sem juros gozam de preferência, porque mais do que de depósitos, trata-se de mútuos; 3^a.- se o dinheiro depositado ainda está em poder do *argentarius*, o depositante pode reivindicá-lo. Este direito só se entende se esse dinheiro consistir em moedas guardadas em saquinhas (ou outra embalagem), cujos depósitos são regulares; e sendo perfeitamente identificadas, o depositante, que é proprietário, pode reivindicá-las.

Relativamente à primeira parte que diz “*seja (o depositante) preferente depois dos privilégios*”, tem-se observado uma antinomia com o texto primeiramente transcrito (D. 16,3,7,2) que põe os depositantes (sem juros) à frente dos credores privilegiados. Segundo GARCÍA GARRIDO, “*la contradicción nos parece mas aparente que real*”, porque, relativamente ao depósito sem juros – a respeito do qual a contradição se observa --, se “*el banquero ha invertido las sumas depositadas, todo su patrimonio responde primero ante los acreedores privilegiados y después ante los depositantes que tienen preferència sobre los demás acreedores*”¹⁶⁰.

Duvidamos desta opinião porque, tratando-se de depósito irregular, não se vê como o dinheiro depositado (sem juros) possa permanecer isolado dos restantes valores pecuniários sem entrar no activo do *argentarius*. E, tendo entrado, o primeiro texto é claro,

157 Vide GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros*, cit. 380-381.

158 Neste sentido, cf. D. 42,5,24,2, que distingue: “*uma coisa é dar a crédito, outra depositar*”.

159 D. 42,5,24,2: “*In bonis mensularii vendendis post privilegia potiore eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen numi extant, vindicari eso posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia*”.

160 *Transcrevemos* GARCÍA GARRIDO, *La sociedade de los banqueros*, cit. 382.

dando preferência ao depositante. Parece-nos, assim, que subjacente a esta contradição existe uma deficiente alteração do segundo fragmento própria da época de vulgarismo.

3. *Hipoteca. Compra e venda*

Não se ignora que a hipoteca é uma garantia real que, em Roma, consistia na especial afectação de uma coisa móvel ou imóvel ao cumprimento duma obrigação. E, porque se trata duma especial afectação, sobre a mesma coisa podiam constituir-se várias hipotecas para garantir outras obrigações do mesmo ou diferentes credores. Por outro lado, a hipoteca podia ser especial (sobre *res* singulares) e geral (sobre o património do garante).

Sabemos também que as relações entre vários credores, cujas hipotecas incidissem sobre a mesma ou mesmas coisas, obedeciam a princípios jurídicos bem determinados, como a *regula prior in tempore potior in iure* e a regra *possidentis meliores esse conditionem*¹⁶¹; havia hipotecas privilegiadas que, embora posteriores, eram consideradas em primeiro lugar¹⁶¹; e, sendo o banqueiro credor, assumia natural importância a garantia hipotecária dos seus créditos.

Todavia, os banqueiros queriam mais: tornar-se proprietários das coisas adquiridas pelos clientes com o dinheiro que lhes tinham mutuado “*como se tais bens tivessem sido adquiridos por eles*” e, portanto, sendo proprietários, evitavam o concurso com os demais credores dos clientes¹⁶².

Como observou DÍAZ-BAUTISTA, “la argumentación de los banqueiros responde a la tendencia del vulgarismo postclásico que enfoca los problemas desde la perspectiva económica, sin importarle demasiado el respecto por las categorías jurídicas”.

E, na verdade, o afastamento dos princípios jurídicos é flagrante: é o comprador, e não quem lhe mutuou o dinheiro, que se torna proprietário depois de o vendedor cumprir a obrigação assumida no contrato de compra e venda¹⁶³. O banco que tenha mutuado a *pecunia* paga a título de preço não passa de simples credor, embora possa beneficiar de garantia real (v.g., penhor ou hipoteca) se devidamente constituída.

Havia hipotecas constituídas a favor de mutuantes sobre bens adquiridos com dinheiro mutuado, como vemos nos seguintes textos:

C. 8,17(18),7: “Ainda que tenham sido dados os mesmos penhores em diversos tempos, sejam considerados preferentes os primeiros; todavia, declara-se, por autoridade do direito, que se antepõem a todos aquele (credor) com cujo dinheiro se prova que se comprou o prédio, que desde logo se acordou que o tivesse especialmente em penhor”¹⁶⁴.

161 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit. 174-177.

162 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. 60-62 e 76-79.

163 Sobre este contrato e seus efeitos, vide SANTOS JUSTO, *ibidem*, 49-63.

164 C. 8,17(18),7: “Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatus, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri, iuris auctoritat declaratur”.

N. 97,3: “ ... Sabemos que algumas hipotecas que são mais recentes se antepõem ainda a credores mais antigos por virtude de privilégios dados por leis, como sucede no caso em que alguém tenha facilitado que, com o seu próprio dinheiro, se compre, construa ou repare um navio, ou quiçá, edifique uma casa ...”¹⁶⁵.

Todavia, a hipoteca mesmo privilegiada pressupõe que os bens, adquiridos com o dinheiro dos credores, não deixavam de se tornar propriedade dos mutuários e não dos mutuantes.

No entanto, os banqueiros não queriam estas garantias reais (penhor ou hipoteca), mas, sim, tornar-se proprietários de bens que não adquiriam. Segundo DÍAZ-BAUTISTA, na base do desvio aos princípios romanos, está a influência do direito grego, segundo o qual, observa, “*no se transmitia al prestatario la propiedad de lo prestado*”¹⁶⁶; a compra e venda considerava-se perfeita “*quando se pagaba el precio o se llenaba la forma escrita*”¹⁶⁷; e o preço era entregue pelo cliente mutuário, mas com dinheiro do banco.

E, dando um passo mais, Justiniano promulgou, no ano 531, uma *novela* que transcrevemos no essencial:

N. 136,3: “E certamente não parece que disseram sem razão que se a alguém prestassem ou antes tivessem prestado dinheiro para comprar alguns bens móveis ou imóveis e lhes tivessem dado quantia certa e com o dinheiro prestado tiver sido adquirida a coisa, deveriam ter contra todos os direitos preferentes sobre a mesma coisa e não sofrer prejuízo algum, mas que se certamente probarem que a coisa foi comprada com dinheiro deles e que os devedores não podiam satisfazer-lhes o dinheiro, se lhes adjudicaria a mesma coisa comprada com o dinheiro deles, como se na realidade a coisa tivesse sido comprada por eles (...) Porque não é justo que os que gastam dinheiro seu não tenham também primeiro e indubitável lugar em relação às coisas compradas se nos contratos escritos se tiver feito menção da hipoteca. Mas se tiverem observado isto, conseguirão tudo o que nos rogaram e ainda mais do que nos pediram, posto que lhes damos direitos preferentes a todos sobre as coisas que se prove foram compradas com dinheiro deles...”¹⁶⁸.

Os banqueiros queriam ter a primeira preferência sobre os bens comprados com dinheiro que mutuassem e, se fossem titulares de hipotecas, nem sempre ocupariam o primeiro

165 N. 97,3: “... Novimus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponi iuniores existentes ex privilegiis a legibus datis, quale est, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forsam aedificare...”.

166 Transcrevemos DÍAZ-BAUTISTA, *ibidem*, 66-67.

167 Voltamos a transcrever DÍAZ-BAUTISTA, *ibidem*, 86.

168 N. 136,3: “Atque illud profecto non alienum a ratione dicere visi sunt, si cuidam ad res quasdam mobiles val immobiles emendas pecuniam credant vel antea crediderint, et certam pecuniam dediderint, et ex nummis creditis res acquisita sit, omnium se in ipsa re precipua habere iura neque debere ullum pati damnum, sed si plena probent, pecuniis suis rem comparatam esse, neque illis debeatores pecunia satisfacere possint, ipsa res pecunia eorum empta eis addicatur, quasi revera ab illis empta (...) Neque enim iustum est, eos, qui sua expedit, non etiam primum et indubitatum locum in rebus emptis habere, si modo in scriptis contractibus hypothecae mentio facta fuerit. Nam si hoc observaverint, omne id consequentur, quod nos rogarunt, immo vero plus quam petierunt, siquidem potiora ipsis iura prae omnibus damus in iis rebus, quae ex eorum pecunia empta probantur...”.

lugar. Basta pensar no fisco, credor privilegiado acima de qualquer hipoteca¹⁶⁹. Justiniano concedeu-lhes a possibilidade de, provando esta aquisição com o seu dinheiro, adquirirem a coisa comprada e, assim, satisfazerem o seu crédito¹⁷⁰.

No entanto, a referência à coisa comprada com o dinheiro mutuado pelo banqueiro que ser-lhe-ia *adjudicada* implica que Justiniano não esqueceu o princípio romano de que as coisas são adquiridas pelos compradores e não pelos seus credores. Se o banqueiro se tornasse imediatamente proprietário não seria necessária a adjudicação.

De todo o modo, a adjudicação põe os banqueiros numa posição mais forte porque evitam o concurso com os demais credores. Junta-se a faculdade de demandarem os devedores dos seus devedores com as mesmas acções com que estes os podiam demandar; e a possibilidade de, sendo mutuantes, gozarem de hipoteca tácita sobre os bens adquiridos com o dinheiro mutuado, nos termos gerais¹⁷¹. Não se afasta, porém, a confusão que envolve o direito romano vulgar, como bem observou DÍAZ-BAUTISTA.

4. *Beneficium excussionis*

O *beneficium excussionis* funciona quando uma dívida é garantida por uma ou várias garantias (pessoais e ou reais). Justiniano determinou, no ano 535, que o credor deve, primeiro, demandar o devedor e, só depois, os garantes: havendo duas hipotecas (uma pessoal; a outra, real), deve promover a execução, sucessivamente, dos bens do devedor principal, da hipoteca especial e da hipoteca geral¹⁷². E havendo uma garantia pessoal (*fideussio*) e uma hipoteca, deve seguir esta ordem: primeiro, o devedor principal, depois o garante pessoal e, finalmente a hipoteca. Na primeira hipótese, temos o *beneficium realis*; na segunda, o *beneficium personalis*.

Perante a dívida de um cliente garantida por garantia pessoal ou real, os banqueiros queixavam-se de que o *beneficium excussionis* os obrigava a demandar primeiro o devedor principal e, por isso, pretendiam que este *beneficium* não lhes pudesse ser oposto¹⁷³.

De novo, Justiniano acedeu ao seu pedido e, pouco depois, no ano 541, promulgou uma nova *constitutio*, onde determina o seguinte:

N. 136,1: “Assim, pois, ordenamos que, se alguns dos que estão à frente dum estabelecimento bancário derem a alguém dinheiro em mútuo e receberem (...) ou fiadores, ou mandantes e se opuserem aos mesmos a constituição e a ordem por ela introduzida, tenha também lugar em relação a eles a constituição, se não tiverem feito pacto especial para que seja lícito aos credores dirigirem-se contra o devedor principal e contra o mandante e o fiador sem atender à ordem da constituição. Pois por razão do

169 Cf. D. 42,5,38,1; PS. V,12,10.

170 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *ibidem*, 101 e 104-105.

171 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *ibidem*, 106, 115 e 133, para quem o Imperador teria repellido esta hipoteca, mas posteriormente concedido “*por la presión de la corporación bancaria y por la grave crisis del año 542*”. Ainda segundo este Autor (*o.c.* 140), é provável que se trate de hipoteca geral.

172 Cf. N. 4.

173 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *o.c.* 142-157.

cuidado dos banqueiros relativamente aos contratos comuns admitimos tais pactos, que não parece que sejam contra a lei, porque a cada qual é lícito prescindir do que pelas leis se lhe deu. Mas se se fizer tal pacto, seja-lhes lícito dirigirem-se assim contra o primeiro mandante, como contra o primeiro fiador e contra as demais pessoas, de sorte que se verdadeiramente não há pacto escrito, tenha lugar de todos os modos também em relação a eles a constituição, mas se se tiver escrito o pacto, seja por ele regido o contrato...¹⁷⁴.

Justiniano não aboliu o *beneficium excussionis*, mas permitiu aos banqueiros que negociassem com os seus clientes o seu afastamento¹⁷⁵.

5. Contabilidade. Registos

A segurança dos clientes, a confiança que depositavam na banca e o interesse público por vezes reconhecido à *mensa romana* determinaram que os *argentarii* deviam ter a sua contabilidade e exibir e prestar contas.

Aliás, não se trata de prática estranha ao mundo romano: os *patresfamilias* costumavam anotar nos seus diários os movimentos pecuniários que faziam. São conhecidos os registos de caixa (*codeces*) estruturalmente constituídos por duas páginas (*accepti et expensi*), nas quais escreviam os valores que entravam e saíam. E se estas anotações tivessem o consentimento (expresso ou tácito) da outra parte, estaríamos perante contratos ditos literais¹⁷⁶.

Relativamente à actividade bancária, os *argentarii* deviam ter três livros: o livro diário, o livro de caixa e o livro de contas pessoais. No primeiro, anotavam-se os movimentos negociais, seguindo a ordem cronológica; no segundo, anotavam-se as entradas e saídas de dinheiro, nas páginas, respectivamente de *accepti* e de *expensi*; e, no terceiro (também dito livro de contas correntes), anotavam-se as diversas contas que cada banqueiro tinha com o seu cliente¹⁷⁷. Disponham também de bloco de notas que até ao final do mês¹⁷⁸ deviam ser passadas para o livro de diário ou para o livro de caixa.

Depois, os *argentarii* deviam enviar periodicamente aos seus clientes um extracto das suas contas, nos quais os débitos se compensavam com os créditos¹⁷⁹.

174 N. 136,1: "Sancimus igitur, si quidam ex illis, qui mensae argentariae praesunt, alicui mutuam pecuniam dent, et vel (...) fideiussores, vel mandatores accipiant. Ipsi vero constitutivo e tordo per eam introductus opponatur, ut tum etiam in illis constitutivo obtineat, nisi pactum fecerint, licere creditori contra principalem debitorem et contra mandatorem et fideiussorem venire, non exspectato constitutionis ordine. Propter studium enim argentariorum circa communes contractus eiusmodi pacta admittimus, quae non videntur contra legem esse, quoniam unicuique ea, quae a legibus ipsi data sunt, contemnere licet. Sed si eiusmodi pactum fiat, liceat illis et contra primum mandatorem, et contra primum fideiussorem, et contra ceteras personas venire, ut si quidem pactum scriptum non est, etiam in illis constitutivo omnino obtineat, sine utem scriptum sit pactum, contractus rem regat...".

175 Vide DÍAZ-BAUTISTA, o.c. 159-160, para quem "la Nov. 136 había cambiado la naturaleza imperativa del sistema de excusión previsto por la N. 4 al permitir en su cap. 1 el pacto previo en contrario".

176 Vide SANTOS JUSTO, Direito privado romano – II (direito das obrigações), cit. 94.

177 Vide RODRÍGUEZ, o.c. 1544 e 1551-1553.

178 Segundo CÍCERO (Pro Roscio II, 6 e 7), as notas valem para um mês e os registos para sempre". Vide RODRÍGUEZ, o.c. 1546.

179 Continuamos a seguir RODRÍGUEZ, o.c. 1552.

A relação de confiança dispensava a exigência de testemunhas, porque, se o *argentarius* se portasse mal, o seu negócio cairia¹⁸⁰. E a locução *sine scriptis*, que nas fontes¹⁸¹, surge referida a um contrato bancário, não exclui a existência de documentação privada redigida pelo banqueiro, cuja eficácia probatória, que remonta à época clássica¹⁸², foi reconhecida numa *constitutio* de Justiniano¹⁸³ e é constantemente reafirmada¹⁸⁴.

6. Obrigações

Do exercício da actividade bancária resultam diversas obrigações que oneram o *argentarius*. Destacamos as seguintes:

- a) a obrigação de confeccionar diligentemente as contas dos seus clientes. Esta obrigação concretiza-se no dever de celeridade, na exactidão das anotações, na redacção minuciosa sem interrupções nem vazios e na sua conservação¹⁸⁵;
- b) a obrigação de prestar contas aos clientes. Segundo um texto de ULPIANO, o pretor ordenava, no seu *edictum* que “os directores de bancos exibam a conta que lhes pertence, com expressão do dia e Cônsul”¹⁸⁶. E considera que “foi justo que se me exhiba o instrumento, de certo modo meu, que alguém confeccionou por minha causa”¹⁸⁷. É também significativo o seguinte fragmento de ULPIANO que refere o pensamento de LABEÃO:

D. 2,13,6,3: “Mas diz Labeão que a conta é uma negociação do que por uma e outra parte se tem de dar, receber, prestar e obrigar por causa de pagar o que deve; e nenhuma conta começa só pelo nu pagamento do devido, nem a ninguém se deve compelir a declarar se recebeu penhor ou mandato; porque isto cai fora da conta. Mas o banqueiro deve também exhibir o que estabeleceu que se pague, porque também isto provém do ofício de banqueiro”¹⁸⁸.

- b) a obrigação de exhibir o livro de contas (*codex rationum*) quando alguém necessita de intentar um litígio seja contra o próprio banqueiro seja contra outra pessoa¹⁸⁹. Na

180 Neste sentido, vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1539.

181 Cf. N. 136,3.

182 Cf. D. 2,13,10,3; -47,2,27,1.

183 Cf. C. 4,21,22,5.

184 Cf. N. 136. Vide PETRUCCI, *o.c.* 219-223; e DÍAZ-BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. 14, 16, 23 e 42.

185 Cf. CÍCERO, *Pro Roscio II*,7; D. 2,13,6,6; 2,13,10,2. Vide RODRÍGUEZ, *o.c.* 1546.

186 D. 2,13,4pr.: “Praetor ait: Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die ex Consule”.

187 D. 2,13,4,1: “...aequum fuit, id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi”

188 D. 2,13,6,3: “Rationem autem esse Labeo ait, ultro citro dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem; nec ullam rationem nuda duntaxat solutione debiti incipere, nec, si pignus acceperit aut mandatam, compellendum edere; hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet; nam et hoc ex argentaria venit”.

189 Cf. D. 2,13,6,1; -2,13,10,pr.-1. Vide GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit. 108; e PETRUCCI, *o.c.* 144 RODRÍGUEZ, *o.c.* 1546-1549.

sua base, invoca-se a *causa publica*¹⁹⁰, mas, para garantia do segredo bancário, esta obrigação só tem por objecto a parte referida às partidas do cliente em litígio¹⁹¹. O *argentarius* que recusasse dolosamente exhibir o livro de contas incorria na obrigação de indemnizar o cliente pelos danos causados, estimados pelo juiz na sentença¹⁹². É provável que esta *actio* tenha sido *in factum concepta*¹⁹³. Esta obrigação transmitia-se aos herdeiros e sócios do *argentarius* e permanecia mesmo depois da cessação da actividade bancária¹⁹⁴;

- c) a obrigação de fazer a compensação dos débitos com os créditos dos clientes¹⁹⁵. Por isso, se demandasse um cliente incumpridor, a *petitio* devia limitar-se ao saldo, como esclarece GAIO:

4,64: "... o banqueiro unicamente pode litigar praticando previamente a devida compensação (...) de forma que a sua pretensão se circunscreverá ao saldo que lhe resulta favorável..."¹⁹⁶.

Em consequência dessa obrigação, se, após a compensação, o banqueiro pedisse mais, a *pluris petitio* implicaria a perda do litígio¹⁹⁷. Mas era também um direito, pelo que o *argentarius* podia opor a *exceptio pensatae pecuniae* se algum cliente o demandasse sem ter em conta a sua dívida¹⁹⁸.

7. Tutela

Durante o Império, a actividade bancária foi colocada sob a vigilância do *praefectus urbi*, como refere ULPIANO:

D. 1,12,1,9: "Ademais disto, o prefeito da cidade deverá cuidar de que os banqueiros se conduzam com probidade em todos os seus negócios e se abstenham do que está proibido"¹⁹⁹.

Entretanto, o Imperador Adriano atribuiu-lhe o poder de julgar as causas pecuniárias em que um banqueiro fosse parte quer como demandante quer como demandado²⁰⁰. Invocam-se,

190 Cf. D. 2,13,10,1.

191 Cf. D. 2,13,4,1. Vide GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit. 35; e PETRUCCI, *o.c.* 146 e 150-151.

192 Cf. D. 2,13,8pr.1. Vide GARCÍA GARRIDO, *ibidem* 110; e RODRÍGUES, *o.c.* 1550.

193 Neste sentido, vide PETRUCCI, *o.c.* 143-144.

194 Cf. D. 2,13,6,1; -2,13,4,4.

195 Cf. GAIO 4,64.

196 GAIO 4,64: "... nam is cogitur compensatione agere (...) adeo quidem, ut statim ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere".

197 Cf. GAIO 4,68. Vide PETRUCCI, *o.c.* 154-158.

198 Cf. D. 22,3,19,3.

199 D. 1,12,1,9: "Praeterea curare debet Praefectus Urbi, ut numularii probe se agant circa omne negotium suum, et temperent his, quae sunt prohibita".

200 Cf. D. 1,12,2.

como razões justificativas da criação desta competência jurisdicional civil, a necessidade de conceder protecção aos novos negócios da prática bancária, sobretudo os depósitos irregulares produtores de juros que havia dificuldade em enquadrar nos esquemas existentes, ou seja, nas acções concedidas pelo pretor²⁰¹. Mas pesou também significativamente a dificuldade de gerir a banca e o elevado conhecimento daquele magistrado²⁰².

Todavia, a circunstância de a *iurisdictio* das questões bancárias ter sido confiada a um magistrado especial não implica o afastamento das acções e excepções da jurisdição comum que tutelavam os diversos negócios jurídicos realizados. Nem a criação de novos expedientes considerados necessários. É significativa a criação de uma *actio in factum* para o cliente demandar o *argentarius* que recusasse exhibir o livro de contas.

António dos Santos Justo

RESUMO:

1. Como sucede com a história de qualquer instituição, também a história da banca em Roma suscita questões delicadas. No entanto, é possível determinar os seus antecedentes e a evolução em Roma que passou, fundamentalmente, por quatro fases: criação, afirmação, declínio e renascimento.

2. A terminologia é complexa e alimenta alguma confusão. Para simplificar, seleccionámos o vocábulo *argentarius*, com o qual identificamos o banqueiro que exercia a sua actividade individual quer por si mesmo quer através de algum filho, liberto ou escravo. Nesta hipótese, ganham especial interesse algumas *actiones adiecticiae qualitatis*.

3. Os banqueiros também desenvolviam a sua actividade organizados em sociedades (*societates argentariae*) que não gozavam de personalidade jurídica. Todavia, tinham regime jurídico especial (há quem, como CUJÁCIO, fale de um verdadeiro *ius singulare*), marcado pela solidariedade activa e passiva dos sócios, pelos privilégios de depositantes sem juros na execução dos bens dos banqueiros falidos, pela faculdade de, por adjudicação, se tornarem proprietários dos bens adquiridos com dinheiro mutuado e pela faculdade de, pactuando com os clientes o afastamento do *beneficium excussionis*, poderem demandar imediatamente os garantes considerados com maior solvência.

4. As actividades bancárias eram numerosas e diversificadas. Destacamos o depósito de dinheiro, o mútuo, a intervenção em hastas públicas, a concessão de crédito, o *receptum argentarii*, e o *constitutum debiti alieni*. Observa-se grande proximidade à actividade que, nos nossos dias, os bancos exercem. Esta actualidade constitui uma nota que reforça o interesse pelo estudo da banca em Roma.

5. Refere-se igualmente a existência obrigatória de livros nos quais se registam as operações bancárias e constituem documentos probatórios. Os banqueiros eram obrigados a exhibi-los nos litígios com os seus clientes ou de estes com terceiros, obrigação que se

201 Neste sentido, vide PETRUCCI, *o.c.* 20

202 Vide DÍAZ-BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. 8.

justificava no interesse público (*causa publica*) da sua actividade. Se o banqueiro recusasse dolosamente esta exibição, incorria na indemnização de danos causados ao cliente.

6. Além das obrigações referidas -- confecção diligente de contas dos clientes em livros adequados (*codices rationum*) e da sua exibição --, merecem ainda destaque a obrigação de prestar contas aos clientes e a obrigação de compensar os débitos com os créditos daqueles.

7. Os conhecimentos especiais que a actividade bancária exigia justificam que, no Império, tenha sido posta sob a vigilância do *praefectus urbi*. Mas não afastou o recurso às acções e excepções resultantes dos diversos negócios jurídicos realizados.

