

42
1672
2012
v. 16

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XLVI

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Contrato de seguro (continuação).

Seguro de vida. Seguros de acidentes pessoais.

Seguro de responsabilidade. Seguro de crédito.

Seguros de riscos especiais e de universalidade.

Seguros mútuos. Resseguro. Contrato de comodato.

Contrato de doação. Contrato de hospedagem

Atualizado por
Bruno Miragem

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO I CONCEITO E NATUREZA DO CONTRATO DE COMODATO

§ 5.000. CONCEITO DE COMODATO

1. PRECISÕES. – O comodato é empréstimo gratuito. Se se transfere o direito de propriedade, ou algum direito real limitado, e não só o direito pessoal ao uso, não há pensar-se em comodato.

2. DIREITO ROMANO. – O contrato de *commodatum* (commodare, utendum dare) concluía-se com a entrega do bem ao comodatário, que se vinculava a restituir ao comodante o bem que recebera. Durante o tempo entre a *conclusão* e a *restituição*, o comodatário ficava com a coisa, como simples detentor. A propriedade e a posse só as tinha o comodante. Ao comodante nascia a *actio commodati directa*, com que exigia a restituição. Se eventualmente ao comodatário tocava algum direito, ou alguns direitos, em *iudicium contrarium* tinha a tutela jurídica.

Até a metade do século II antes de Cristo, há referências ao empréstimo de uso ou comodato, porém não à figura jurídica do contrato de comodato. O comodato não entrava no mundo jurídico. Permanecia fora, no mundo fático, oriundo de relações de amizade e de benevolência. As ironias em provérbios e dizeres eram expressivas: “Rem sis perdere, da comoda homini amico” (PLAUTO, *Asinaria*, II, 4, 39; cf. E. COSTA, *Il Diritto romano nelle commedie di Plauto*, 313 s.). Só mais tarde, para resolver o problema do estado fático que o comodato suscitava, PACÔNIO falou de ação *in factum* que havia de ter o comodante para exigir a restituição do bem comodado. O problema era delicado, pela tardança do sis-

tema jurídico em juridicizar as relações criadas pelo empréstimo gratuito. Sobre isso, ULPIANO (L. 1, § 1, D., *commodati vel contra*, 13, 6), cujo texto é cheio de confusões. Nem mesmo se pode afirmar que a ação foi criação de PACÔNIO.

Não se sabe quando começou a ação *in factum*, nem quando se concebeu a fórmula *in ius*.

Não se pode asseverar que a PACÔNIO se deva a *actio decretalis* para a tutela do comodato, como pareceu a F. PASTORI (*Il Comodato nel diritto romano*, 19 s.). A L. 1, § 1, foi alterada em muitos pontos, como, por exemplo, onde se diz que CASSIO admitia o comodato de imóvel e VIVIANO mesmo o de habitação. Ora, CELSO é anterior a VIVIANO, que, portanto, nada ampliou (“Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait”).

A ação *in factum*, que se atribuiu ao comodante, tinha a finalidade de atacar ato ilícito, qual o de não restituir o comodatário o bem de outrem, cujo uso terminara (cf. VINCENZO ARRANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, 10.^a ed., 298). Devido a isso é que, a despeito da juridicização do comodato, mais se atendia, durante a época clássica, à entrega do bem do que às manifestações de vontade, ao consenso, que seria acidental, ou, pelo menos, de menor significação.

Na república, foi introduzida a fórmula *in ius* a favor do comodante (*actio directa*) e a favor do comodatário (*actio contraria*), aquela, para a restituição, e essa, para o ressarcimento de danos ou reembolso de despesas extraordinárias. Em vez da responsabilidade objetiva da ação *in factum*, com a ação *in ius* teve-se o ressarcimento dos danos ao bem ou por infrações dos deveres do comodatário.

Na L. 17, § 3, D., *commodati vel contra*, 13, 6 (PAULO), diz-se: “Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit, cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii atque nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles”. Assim, PAULO frisa que o dar em comodato é mais de vontade e de obséquio do que de necessidade. Normal é que o modo e os limites do comodato sejam determinados pelo outorgante. Depois de o concluir – isto é, depois de dar em comodato (postquam commodavit) – não pode alterar o que se estabeleceu.

Aludiu PAULO a auto-regramento de acordar, ou não, em comodato, se alguém o quer, e de determinar termos e limites, modo e fim, de jeito que, após isso (*cum autem id fecit*), com a tradição do bem, se conclui o contrato. A interpretação que aponta no texto a irradiação de efeitos antes da entrega do bem, devido ao “id est postquam commodavit”, tem de ser repelida. Não atendeu PAULO somente à manifestação de vontade do outorgante. Cogitou da oferta, que ele fez, ou da aceitação, se alguém ofertou. Lá está, significativo e adequado, o “retroagere atque intempestive usum commodatae rei auferre”. A *necessitas*, o vínculo jurídico, somente exsurge para os dois figurantes depois que o outorgante faz a entrega do bem, “post quam commodavit”.

Não é fora de dúvida que a terminologia jurídica mais antiga tenha sido *utendum dare*. Assim pensa F. PASTORI (*Il Comodato nel diritto romano*, 1 s.); mas sem prova. PACÔNIO empregou *utendum*, e não se há de entender que na L. 1, § 1, devem estar, originariamente, *utendi dati*.

A restituição havia de ser expirado o prazo, para o qual se deu o cômodo, ou, se não se determinou o tempo, quando se houvesse feito ou se houvesse de ter feito o uso a que se referiu o contrato. Na época clássica, a responsabilidade do comodatário era pela custódia e, na pós-clássica, pela *diligentia in custodiendo*. Assim, furtada a coisa, respondia o comodatário.

O comodatário tinha eventual pretensão ao ressarcimento de despesas ou de danos oriundos de vícios do objeto que o comodante conhecesse, ou de má fé (GAIO, L. 18, 2-4, D., *commodati vel contra*, 13, 6; AFRICANO, L. 21, pr.).

Lê-se no Código Civil, art. 1.248: “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”. Na definição ressalta a alusão à infungibilidade, mas o sistema jurídico não pode acolher a afirmação de só se referir o comodato à tradição de bens não fungíveis por sua natureza. Afastado estaria que, diante da fungibilidade do objeto, se pudesse pensar em comodato. Bens fungíveis e bens infungíveis podem ser comodados. O que importa é que a restituição seja *in individuo*. O comodatário tem de restituir o que lhe foi entregue; portanto, não pode consumi-lo. Se o comodatário se vinculou a não o consumir, o bem fungível pode ser objeto de comodato. Fora daí, sim; com o comodato é incompatível a fungibilidade.

Não se pode dizer que a infungibilidade voluntária não baste. Nem que baste a inconsumibilidade voluntária: pode A entregar o bem fungível com a cláusula de inconsumibilidade, sem que a restituição haja de ser *in individuo*. A infungibilidade, natural ou voluntária, implica a inconsumi-

bilidade, porque não se pode consumir o que se há de *restituir in individuo* (é o caso do comodato *ad pompam*).

3. SE HÁ COMODATO IRREGULAR OU IMPRÓPRIO. – Se no contrato se restringiu ao gênero a infungibilidade, de modo que estaria admitida a fungibilidade na espécie, não se trata de *comodato*. É o chamado *comodato irregular* ou *comodato impróprio*, que comodato não é. O argumento dos que o consideram comodato está em que restituir na mesma espécie é restituir *eadem res*. Com isso, admitir-se-ia propriedade de espécie, propriedade de bem indeterminado. Mais absurdo ainda seria ter-se como *eadem res* o infungível só no gênero (e. g., F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, 25). O comodato de coisa fungível supõe que se haja estabelecido a infungibilidade convencional. Se o bem é fungível e só se vinculou o outorgado a não consumi-lo, não há comodato. Se o bem é consumível e só se prometeu a infungibilidade, também não se tem o contrato de comodato. A restituição *in individuo* supõe que não se substitua nem se consuma o bem entregue. Pode-se dar em mútuo bem infungível, porque só se exigiu a restituição em bem da mesma espécie ou gênero. Pode-se dar em comodato bem fungível, se foi exigida a restituição da *eadem res*.

4. RELAÇÕES DE CORTESIA E DE BENEVOLÊNCIA. – Há dações de uso que não entram no mundo jurídico. Permanecem no mundo fático. Se A e B estão no teatro e A emprestou a B o binóculo, não houve contrato de comodato. Houve ato de gentileza, tanto que A, que resolveu sair antes de terminar o ato da peça, pode pedir a B o binóculo. Se, na aeronave, A oferece a B a revista, que leva consigo, não há contrato de comodato. A despeito de o binóculo ou de a revista passar às mãos de B, não houve transferência da posse. Por isso mesmo, se B deixa cair o binóculo e esse se quebra, ou se B sai no aeroporto intercalar e se esquece da revista na estação, a sua responsabilidade é *extracontratual*, e não *contratual*. Tem-se de repelir que se trate de contrato de gentileza (*Gefälligkeitsvertrag*), pois que o ato de A e o ato de B não entraram no mundo jurídico, a relação que deles se irradia é que é relação de gentileza (*Gefälligkeitsverhältnis*).

O comodato pode ser somente fundado em cortesia (motivo!), mas há atos de cortesia que não entram no mundo jurídico. Essa *facticidade*, em vez de *juridicidade*, aconteceu com o comodato antes de o direito romano recebê-lo (até meados do século II antes de Cristo, pelo menos). Hoje, há a linha que divide os negócios *jurídicos* e negócios *fáticos* de

dação de uso. Diferente é o que ocorre se A oferece o binóculo a B, que vai viajar, ou vai ao teatro, e B aceita, ou se A, em qualquer desses casos, atende ao pedido de B. Aí, há a *tradição*, a posse é transferida a B. Sempre que, depois da entrega, o outorgante não pode exigir a restituição antes de ser usado o bem, não houve contrato de comodato. Por isso mesmo, se A entrega, de empréstimo, a B o automóvel, com que B vai sair, ou já saiu, há contrato de comodato, e A tem de esperar que o uso – que ele outorgou – termine.

Na dimensão da *moral*, quem promete dar gratuitamente, o automóvel, ou a casa de campo, ou o apartamento da praia, e retira o que manifestou, incorre em falta. É reprovável, *eticamente*, pelo modo de proceder. Se a pessoa, que contou com o automóvel, ou com a casa de campo, ou com o apartamento, já havia feito despesas e marcara chegada em São Paulo, ou já se transportara, só ou com a família, para o lugar em que está situada a casa de campo, ou o apartamento, pode ter fundamento para a ação de indenização por *ato ilícito*, indenização por culpa extracontratual. Não tem a ação por inadimplemento. *Aliter*, se houve a *tradição* do bem, como se o outorgante entregou a chave do carro, ou bilhete para ser entregue ao guarda do carro, ou a chave da casa, ou do apartamento, ou apenas telegrafou com a comunicação de que “a casa ou o apartamento está vazio, à sua espera”, ou “pode apanhar as chaves na casa do vizinho”, ou “as chaves estão com os empregados”.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.000. B – Doutrina

Ressalta-se especialmente fixar na doutrina de Pontes de Miranda com relação ao comodato, a entrega da coisa e sua vinculação ao um uso acordado, uma dada finalidade, que desde então deve ser respeitada por ambos. Daí a distinção operada entre o comodato e a dação de uso.

§ 5.000. C – Jurisprudência

Não constitui o comodato fato gerador do imposto de circulação de mercadorias e serviços uma vez que não há no caso transmissão da propriedade da coisa (STJ, REsp 791.491/MG, 1.ª T., j. 19.09.2006, rel. Min. José Delgado, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ 07.11.2006).

§ 5.001. NATUREZA DO CONTRATO DE COMODATO

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.248. – O art. 1.248 do Código Civil, na esteira da tradição romana e medieval, pôs em relêvo características do instituto: “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”. Temos, pois, como elementos distintivos: a gratuidade, a realidade. Não se aludiu a vincularidade. Se só se tem de restituir como dever, gerador da obrigação, tem-se, necessariamente, de se afirmar ser unilateral o contrato, pois que se abstraiu da prestação que integrou o contrato real. Mas, se o comodante retira a entrega, a eliminação ofende a configuração do contrato real, que traz consigo a velha origem do instituto. Em verdade, há o direito ao uso do bem e a êsse direito há de corresponder dever, que sômente pode ser do comodante. Mesmo assim põe-se ao vivo, para se manter a concepção da unilateralidade, que o dever de uso conforme o contrato e o de restituição não são dever de prestar. Em tudo isso, a discussão perde-se em torneios sucessivos, por ter faltado a permissão: bilateral só se diz o contrato em que há prestação de cada figurante. Ora, nem todo dever é de prestar ou contraprestar. A bilateralização pode ser ultimada, como no mútuo com interêsse; ou apenas se esboçar, como na doação com encargo, em que êsse não chega a ser contraprestação. Bilateralizado o contrato, não há comodato.

No comodato, o comodatário nada presta ao comodante. A luta entre os que só se apegam à unilateralidade porque só o comodante deve, ou só deve o comodatário, mostra que os seus adeptos não assentaram o conceito de bilateralidade do contrato.

2. GRATUIDADE. – O comodato é contrato gratuito. Não ha vantagem, do lado do comodante, que permita pensar-se em onerosidade. Se o contrato se fêz oneroso, deixou de ser de comodato. Aí, a história e a letra da lei não permitem discordâncias teóricas. O interêsse do comodante em comodar, êsse, se existe e é forte, apenas se há de ter como *motivo*, mesmo se o comodante sômente emprestou o cavalo, gratuitamente, porque o uso pelo comodatário melhoraria o passo e outras habilidades do animal. Se o que seria motivo se fêz *causa*, então o contrato não é de comodato. É, por exemplo, de locação (“dou-lhe o uso do cavalo, mas tem de ensinar-lhe a saltar à altura tal). Quando se entrega a alguém o uso da casa de campo, mesmo ficando ao outorgado as despesas e por haver interêsse em não a deixar sem alguém que a habite, há comodato.

Se o dono ou locatário da casa da cidade ou de campo, entregou, por dois ou três anos, gratuitamente, a pessoa amiga a posse do imóvel, há comodato. Se, em vez disso, deu em comodato a fazenda, por longo tempo, mesmo sem que a gentileza se justificasse por não contar com outros meios de vida, ou por não ter muitas rendas o comodatário, pode configurar-se a chamada *doação indireta*.

Entre a doação e o comodato há o elemento comum da gratuidade. Mas, no comodato, o objeto, que se dá, não sai do patrimônio do comodante. Apenas se outorga o uso, sem que se limite o direito de propriedade ou se exclua a posse do comodante. O comodante continua com a posse mediata. Se A outorga, gratuitamente, a B, por exemplo, ir, todos os dias de duas horas às cinco, trabalhar com a sua máquina de tirar cópias, há comodato, entregando-lhe a chave do escritório; pois que B é possuidor imediato durante aquelas horas. No momento de restituir o bem comodado, B tem de devolver a chave.

3. CONTRATO UNILATERAL. – Só o comodante presta. O comodatário, porque o direito de uso lhe terminou, restitui. A unilateralidade é evidente, mas o assunto merece explanação.

(É preciso que se não confunda a unilateralidade do contrato, que é referente à prestação, com a unilateralidade dos deveres e obrigações. Nesse êrro incorrem ANGELO DE MARTINI, Sull’ammissibilità de un Comodato modale, *Giur. compl. Cass. Civile*, 1944, 94, LUIGI DEVOTO, *L’Obbligazione à esecuzione continuata*, 174, e outros.)

A restituição segundo o que se estabeleceu expressa ou tácitamente é *limite* do direito; não é *prestação* do comodatário. A gratuidade, essa, resulta de só um dos figurantes ter *juridicamente* vantagem. O comodante, se a tem, é só *faticamente*, isto é, como *motivo*, e não como *causa*.

Não há comodato se a gratuidade desaparece, como se o possuidor do bem deseja que o automóvel seja consertado e anui em que, pelo consêrto, o mecânico use o carro durante um mês, ou uma semana, ou um dia, ou outro tempo. Se A entrega a casa de campo a B, para que aí habite durante o ano, exceto as férias, quando a família de A se instala, sem que A pague as despesas de jardim, limpeza da casa, gás, luz e impostos de todo o tempo, não há comodato. Se B escreve a A com oferta de tomar em locação, por um ano, a casa que pertence a A, pelo aluguer *x*, e A responde que a casa está a disposição de B, porém nada quer receber, porque B é casado com sua afilhada, há locação e doação do aluguer, e não comodato, razão por que B tem direito à prorrogação da locação conforme o aluguer oferecido.

A existência de comodato do animal para que, com o uso, se dome, é evidente, desde que a domaçaõ seja tão importante que se haja de considerar pagamento do uso. Se não se pode pensar em correspectividade, porque o uso é que ressalta, pelo interêsse preponderante do outorgado, há comodato.

Quando o interêsse do comodante é que vem à frente, evidentemente, há ou locação de serviço ou de obra, ou mandato, ou, em geral, procura. Não é de comodato o contrato se A entrega a B as ações para que B vote, na assembléia geral, *como A lhe diz que deve votar. Nem mesmo se, na ausência de A, B apresenta as ações e vota como entende que A votaria (gestão de negócios alheios sem outorga de poder).*

Pretendeu-se, quanto ao dever, para o comodante, de pagar os impostos e mais despesas, que, se o comodato foi no seu interêsse, mais do que no interêsse do comodatário, não se pode atribuir a êsse tal dever, porque está incluso na causa. De modo nenhum, mesmo se a finalidade foi com o intento de preservar do risco de perecimento o bem comodado, ou de furto ou de roubo. Trata-se de *motivo*. O comodato, qualquer que tenha sido o motivo de se comodar o bem, é, juridicamente, em benefício do comodatário, razão por que, se A entrega a B a sua máquina de escrever, para que B, em sua casa, dactilografe correspondência de A, ou livro de A, não se pode cogitar de comodato. O uso, por parte de B, é para A, exclusivamente.

Por outro lado, se a entrega das ações, por A, foi apenas para que B recebesse os dividendos e *a)* se pagasse de dívida de A, ou de C, ou *b)* ficasse com êles como presente de festas, não houve comodato. Em *a)*, houve pagamento; em *b)*, doação.

4. INFUNGIBILIDADE E INCONSUMIBILIDADE. – Já falamos da função contenciosística da fungibilidade e da consumibilidade. Se a cláusula referente ao objeto se refere à inconsumibilidade e o bem é fungível, ou se se refere à infungibilidade e o bem é consumível, tem-se de verificar se se estabeleceu a dupla negativa, ou se não se estabeleceu, para se saber se se trata, ou não, de comodato.

Se o objeto é fungível, podem os figurantes criar, negocialmente, a infungibilidade, de jeito a se concluir contrato de comodato, mediante a descrição do bem a ponto de individuá-lo. Todavia, os dados descritivos podem ser breves, e é possível que se tenha acordado na infungibilidade sem se ter feito a descrição, uma vez que se possa, no momento da restituição, identificar o que se restitui (*e. g.*, tinha-se a nota de compra dos títulos de crédito ou das ações). Mesmo se a falta de descrição suficiente, ou de qualquer

descrição, faz possível, faticamente, que se substitua o objeto comodado, não tem o comodatário, juridicamente, faculdade de substituição.

A infungibilização dos bens fungíveis faz comodáveis tais bens. É o caso do empréstimo de jóia ou de moedas para que se exponham na vitrina, ou das peças de cristal para se enfeitar o armário. Lê-se na L. 3, § 6, D., *commodati vel contra*, 13, 6: “Não se pode dar em comodato o que se consume com o uso, a não ser que se aceita para suntuosidade ou ostentação” (*Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat*”).

5. COMODATO, CONTRATO REAL. – O comodato é contrato real. O art. 1.248, 2.ª parte, do Código Civil é explícito: somente com a tradição do objeto se conclui o contrato. Na doutrina, houve pugnadores da consensualidade do contrato de comodato (*e. g.*, TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.ª ed., 551; KONRAD COSACK, *Lehrbuch*, I, § 203, I, 1; JOSEF KOHLER, *Lehrbuch*, II, I, 233; FR. HELLMANN, *Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Archiv für die civilistische Praxis*, 90, 434; na doutrina italiana recente, CARLO A. FUNAIOLI, *La Tradizione*, 321; um tanto contraditório, FRANCESCO MESSINEO, *Istituzioni di Diritto civile*, II, I, 179, e *Manuale*, II, 2, 439). O comodante não se vincula a fazer a tradição; fêz a tradição.

A opinião que considera contrato real o comodato é assente (*e. g.*, R. POTHIER, *Traité des Contrats de bienfaisance*, n. 6; G. PLANCK, *Lehrbuch*, II, 460; PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 643; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 2, 257; OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 571; F. SCHOLLMAYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 60; E. ECK, *Vorträge*, I, 505; CARL CROME, *System*, II, 587; SIGMUND SCHLOSSMANN, *Über den Begriff des Eigentums, Jherings Jahrbücher*, 45, 289 s.; OTTO WARNEYER, *Kommentar*, I, 987). A discordância, consistente em se admitir a consensualidade, vem de KONRAD COSACK (*Lehrbuch*, I, 6.ª ed., 577; ZABEL, *Der Leihvertrag*, 3), FR. HELLMANN (*Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Archiv für die civilistische Praxis*, 90, 434), W. STINTZING (*Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse*, 73), JOSEF KOHLER (*Lehrbuch*, II, I, 233), TH. KIPP (em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 551) e BRUNORI (*Comodato, Commentario del Codice civile* de MARIANO D'AMELIO e FINZI, II, 2, 7 s.). A consensualidade é defendida, hoje, por GUSTAV BOEHMER (*Realverträge im heutigen Recht, Archiv für Bürgerliches Recht*, 38, 314 s.),

HANS REICHEL, Kosten- und Gefährtragung beim Leihvertrag, *Leipziger Zeitschrift*, 16, 543 s.), JOSEF ESSER (*Lehrbuch des Schuldrechts*, 275), PH. HECK (*Grundriss des Schuldrechts*, 247), KARL LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, 148) e outros. Todos querem transformar e impor em opinião *de iure condito* o que pensam *de iure condendo*.

No direito alemão, devido aos termos do § 598 do Código Civil alemão, compreende-se que se possa discutir o caráter real do comodato. Não assim no direito brasileiro. No art. 1.248 do Código Civil frisa-se que o contrato se conclui com a tradição.

¿Qual a razão para os sistemas jurídicos conceberem o comodato como contrato real? Alguns pensam que a *ratio legis* está em que o comodato supõe, ou está no mesmo plano, que o ato de cortesia (e. g., ROBERTO DE RUGGIERO, *Istituzioni*, II, 7.^a ed., 365; FRANCO CARRESI, *Il Comodato, il Mutuo*, 12 s. e 17 s.). Mas o êrro é evidente, porque a cortesia pode ter sido o *motivo* e pode nem isso ter sido. O motivo de comodar pode ser somente o interesse do comodante, como se A comoda o cavalo a B, porque vai viajar e não tem lugar seguro para nêlo o deixar, ou se não tem quem dêle cuide na sua ausência. Tão-pouco se há de explicar o afastamento da consensualidade pelo fato de haver o dever de restituição. Há dever de restituição irradiado de contratos consensuais, como o de locação.

O comodato é contrato real porque, na quase totalidade dos casos, o comodante *pode* precisar do objeto, e não mais querer comodar, e o comodatário *pode* não mais querer recebê-lo. A contemporaneidade das manifestações de vontade e da tradição atende a que há conveniência em que só se tenha como comodado o bem entregue pelo comodante e recebido pelo comodatário.

A tradição, no comodato, não é só o elemento para se ter de restituir. É elemento para a conclusão do contrato. Daí a unidade do momento, mesmo se houve o escrito ou a manifestação oral de vontade *antes* da entrega e do recebimento. É preciso que, no momento da conclusão, aquele escrito ou aquela manifestação de vontade não tenha sido revogada. O exemplo melhor esclarece e serve para se afastarem dúvidas que a doutrina não cortou. Se A telegrafa a B oferecendo-lhe entregar, na casa de campo de B, em comodato, o aparelho de televisão, e B responde com aceitação, B pode telegrafar, ou escrever, ou dar ordem ao caseiro para não receber, como A pode não mais querer o comodato. Em todo o caso, há circunstâncias em que a tradição *longa manu* se conclui, e não mais pode A revogar a oferta: o contrato real de comodato vinculou-o.

O art. 1.248 do Código Civil frisa a *realidade* do contrato. Isso não significa que não se possa prometer a entrega em comodato (comodato consensual), nem que se vede o pacto *de commodando* (pré-contrato de comodato). Se A telegrafa ao amigo, B, que está na Europa e quer passar as férias no Brasil: “Venha para as férias. Não precisa alugar casa Copacabana. Meu apartamento à sua disposição, entre 1.^o de janeiro e 31 de março, gratuitamente. Estarei ausente Santos, São Paulo. Responda aceitando comodato”, a resposta afirmativa de B conclui o contrato consensual. Seria velharia inadmissível considerar-se sem valor jurídico tal contrato, pois a vida de B e a da família tiveram de ajustar-se à viagem e a estada de modo nenhum foi afastada. O comodato somente real é o tipo. Não se pré-elimina a possibilidade do contrato consensual, o que também acontece, como vemos, com o mútuo.

De modo nenhum se pode atribuir ao comodatário direito real. O contrato de dação do uso para a constituição de direito real tem de ser acompanhado de *acôrdo de constituição* e do *registro*, para que o direito real nasça. Aquêlo contrato, se gratuito, é doação de uso, e não comodato. O comodato permanece no plano do direito das obrigações e somente quanto à posse vai, após a conclusão, ao direito das coisas. O elemento único, de direito das coisas, é a *posse*.

Se bem que, com o *precarium* romano, se transmitisse a posse, se *precarium non simplex* (o que era o mais freqüente (cf. VITTORIO SCIALOJA, *Sopra il precarium nel diritto romano, Scritti giuridici*, I, 13), não se há de confundir o comodato com o *precário*. Por outro, a redução do poder fáctico do comodatário à detenção e o dizer-se que o precário é comodato sem determinação de duração, que se encontra na doutrina italiana (cf. RENATO MICCIO, *Dei singoli contratti*, 72), de modo nenhum poderia ter acolhida no sistema jurídico brasileiro. O locatário, no direito brasileiro, tem posse; tem-na, também, o comodatário.

O *comodato de habitação* também não se confunde com o *direito real de habitação* (Código Civil, art. 746-748). O contrato a que se junta o *acôrdo de constituição* do direito real de habitação – que é abstrato – pode ser oneroso ou gratuito.

6. UNILATERALIDADE DO CONTRATO DE COMODATO. – Ao contrato de comodato basta a prestação de um dos figurantes. O contrato é unilateral. Não há correspectividade. Com as manifestações de vontade e a tradição do bem, conclui-se o contrato. O comodatário nada prestou, nem tem de

prestar. Se o comodante se vinculou a não exigir a restituição do bem até que expire o prazo (= se atinja o termo), ou se impla condição, com isso não se vinculou a prestar. Como tradente, prestou. O dever de custódia, de conservação e de restituição do bem, que tem o comodatário, são *efeitos* do contrato e se prendem ao fato de o comodatário haver recebido o bem.

Por outro lado, se há termo ou condição, o dever de não exigir antes do momento previsto – que podia não existir – é apenas efeito de cláusula. Não se trata de dever principal.

No tocante ao uso do bem comodado, há dever do comodante a assegurá-lo ao comodatário, enquanto dure o comodato, e há o *dever de usar*, que tem o comodatário sempre que houve *cláusula de uso obrigatório*, ou se o não uso causa danos ou os pode causar.

As concepções que prendem à relação de cortesia o contrato de comodato tentam tornar *causal o motivo*. Pode-se comodar no só interesse do comodante, ou sendo mínimo o interesse do comodatário. Não se doa só por mera cortesia, nem só por mera cortesia se dá em comodato. Nem se doa ou se dá em comodato apenas por amizade, caridade, hospitalidade ou generosidade. O que é dado *jurídico* é que o comodato implica, na dimensão do direito, vantagem do comodatário, mesmo que tal vantagem não exista. É o caso de B que pediu de empréstimo o automóvel para viajar e, ao recebê-lo, *soube* que o seu já estava pronto; ou que pediu a máquina de tirar cópias fotostáticas e não tem o material que pensa ter para utilizá-la.

Se, antes, na ocasião, ou depois da conclusão ou da extinção do contrato, o comodatário, a seu líbito, dá *presente*, ou *gorjeta*, ou *gratificação*, ou *prêmio*, ao comodante, não se muda a natureza do contrato. *Aliter*, se fôra prometido, porque se há de pensar em locação, se consistiu em dinheiro a dação prometida, ou outro contrato, atípico, se o que se há de prestar não é dinheiro. O pequeno valor da prestação não afasta que se haja de apontar a correspectividade, pôsto que, diante da manifestação de vontade dos figurantes, não se haja de admitir o *contrato misto*.

A *onerosidade* pode não ser aparente, como se A, empresa de transportes, diz dar em comodato o caminhão a B, para evitar lançamento nos livros da empresa, e B, negociante de vinhos, lhe remete, a título de presente, algumas caixas ou barris de vinho.

Não retira a gratuidade o exigir o comodante que o comodatário do apartamento pague as despesas de condomínio do edifício, os impostos e as taxas, telefone, gás e energia elétrica, ou que o comodatário da casa pague os impostos, taxas e as demais despesas, durante o uso.

Pode ser *modal* o comodato, tal como a doação. Com o *modus*, não se altera o tipo do contrato. Apenas se adjecta. Exemplo disso tem-se no comodato do prédio para férias se o comodante exige que o comodatário alimente e cuide dos cães que ele lá deixou. Se os cães são pertenças do edifício, não há *modus*. Nem há *modus* se foi comodado cavalo de corridas e se exigiu o treinamento. Se o comodato foi da floresta e se exigiu que o transporte de madeira só se fizesse com a empresa do comodante, ou se foi convencionado que a madeira somente fôsse vendida a construtores, há o *modus*.

No direito brasileiro, não existe o *precário* como contrato especial. Há comodato mesmo se foi convencionado que o comodante poderia exigir a restituição quando entenda (FRANZ KLEIN, *Die Rechtsformen des Gebrauchsleihe*, 22; L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, § 137, 3).

7. PRÉ-CONTRATO DE COMODATO. – Pode haver pré-contrato de comodato (*pactum de commodando*). É errôneo dizer-se que, se houve as manifestações de vontade de entregar e de receber, se há de considerar concluído contrato de comodato. Se faltou a entrega do bem, comodato não houve; e do inexistente nenhum direito ou dever se irradia. De modo que não se pode cogitar de ter havido promessa de comodar, que houvesse penetrado no mundo jurídico. Para que se pense em *pactum de commodando*, ou, mesmo, em promessa unilateral de comodar (*e. g.*, para as festas de aniversário do colégio, a empresa de ônibus prometeu que os ônibus estariam à espera dos alunos às dez horas da manhã, em determinada praça), é preciso que se possa alegar e provar que houve manifestações de vontade acordes, ou manifestação unilateral de vontade, de *promessa* de conclusão de contrato de comodato.

Contra o pré-contrato de comodato, R. VON JHERING (*Ein Rechtgutachten betreffend die Gäubahn, Jahrbücher für die Dogmatik*, 18, 94), S. SCHLOSSMANN (*Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte*, 45, 77 s.), e A. ASCOLI (*Trattato delle Donazioni*, 2.^a ed., 132 s.).

Tem-se argumentado contra a admissibilidade do pré-contrato de comodato que, por ser a tradição elemento essencial à conclusão do contrato de comodato, seria de repelir-se que o simples acôrdo de vontades ou a manifestação unilateral de vontade pudesse gerar *dever e obrigação* de entregar. Com isso, acrescenta-se, reduzir-se-ia a nada a exigência de dação e admitir-se o contrato consensual de comodato, contra a letra da lei (*e. g.*, FRANCO CARRESI, *Il Comodato, il Mutuo*, 18, 100 s.). A isso havemos de

responder que não se consensualiza o tipo do contrato real pelo fato de se acolher a figura do pré-contrato. Comodato não se concluiu, nem como contrato real, nem como contrato consensual; o que ocorreu foi que se prometeu contrato de comodato. O art. 1.006 do Código de Processo Civil é invocável; o que não é invocável é o art. 1.006, § 2.º, porque, na espécie, o pré-contrato não preenche o que o Código Civil exige para a conclusão do contrato de comodato. O art. 1.006, § 2.º, só é aplicável, se o pré-contrato satisfaz todos os pressupostos do contrato que se prometeu. Ora, se há o pré-contrato de comodato, e não o contrato de comodato, faltou a tradição, pressuposto do contrato real. Não há a execução específica.

Vem à tona circunstância que merece atento exame. Se A, em vez de concluir contrato de comodato, claramente se vinculou a concluir o contrato de comodato, como se comprou a B, (ou C), os móveis e B lhe prometeu emprestar o caminhão para os apanhar e levar ao navio, que sai às onze horas, no dia 10, não pode A obter em juízo a execução específica. Todavia, se os motoristas de B não vão com os carros para carregar os móveis e exigem o pagamento do transporte, o juiz pode condenar ao transporte gratuito, que foi prometido. Não houve, *pròpriamente*, incidência do art. 1.006, § 2.º, do Código de Processo Civil, mas há igualdade de conseqüências.

Dir-se-á que a promessa por mera cortesia não vincula. Está certo. E o “comodato” por mera cortesia não é contrato de comodato e não pode gerar direitos e deveres. Daí a grande importância do exame das espécies para se saber se houve pré-contrato de comodato ou simples promessa por mera cortesia, que não entrou no mundo jurídico. (Quando falamos de “mera cortesia”, frisamos, implicitamente, que o pré-contrato de comodato, como o contrato de comodato, pode existir, a despeito de o *motivo* ter sido apenas ato de cortesia. O que importa é saber-se se a manifestação de vontade ou as manifestações de vontade permaneceram no mundo fáctico – aí, no mundo das relações entre amigos, ou conhecidos, ou transeuntes, ou freqüentadores do mesmo bar, hotel ou garagem – ou se houve a juridicização.)

Se é fora de dúvida que as duas pessoas em contacto de modo nenhum supuseram que pudesse haver invocação da tutela jurídica (= que o promitente do comodato fôsse chamado a juízo), não se há de pensar em *contrato*.

Por vêzes, o pré-contrato de comodato é conteúdo de dever e de obrigação resultantes de outro contrato, razão por que não se há de pensar em contrato de comodato consensual. Também pode haver pré-contrato de comodato de bem futuro.

Se houve a oferta do comodato, pelo outorgante ou pelo outorgado, enquanto não há a aceitação e a tradição, não há falar-se de contrato de comodato, nem de pré-contrato de comodato. Para que haja o pré-contrato de comodato, é de mister que haja a *promessa* de concluir contrato de comodato, e não a *oferta* de comodato. A oferta de pré-contrato de comodato, por parte de quem entregaria a coisa, se concluído o contrato prometido, é oferta de pré-contratar, e não de contratar.

Não há a coercibilidade do pré-contrato, em execução específica. Tanto o comodante como o comodatário, conforme os termos do contrato, podem ir a juízo pedir a execução, conforme o art. 1.006 do Código de Processo Civil. O que não se lhes dá é a execução específica, porque falta o pressuposto do art. 1.006, § 2.º.

Se ao pré-contratante do comodato advém *necessidade* do bem cujo comodato êle prometeu, pode haver a *denúncia cheia* do pré-contrato de comodato. *Idem*, se morre o comodatário (PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 650).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.001. A – Legislação

O art. 1.248 do CC/1916 foi reproduzido integralmente no art. 579 do CC/2002. Dele mantêm-se as características clássicas do comodato relacionadas por Pontes de Miranda, quais sejam, sua gratuidade e seu caráter real, uma vez que só se perfaz com a entrega da coisa.

No caso do pré-contrato de comodato, havendo promessa de concluir contrato atualmente incide o art. 466-B do CPC, o qual prevê que se alguém que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

§ 5.001. B – Doutrina

Mantêm-se a doutrina contemporânea uníssona ao identificar as principais características do comodato, espécie de empréstimo, quais sejam, sua gratuidade, a infungibilidade do objeto e a necessidade de tradição da coisa para aperfeiçoamento do negócio (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7, p. 86; ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera; BENETTI, Sidnei Agostinho. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense,

2008. vol. 9, p. 46; NETTO Lôbo, Paulo Luiz. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384 e ss.). O comodato, no direito brasileiro, é contrato real, e se caracteriza como ato de liberalidade do comodante.

Anota a doutrina, ainda, a possibilidade de que se dê o comodato de coisas incorpóreas, desde que possível a posse, tradição e uso, o que pode ocorrer no caso de direitos de propriedade intelectual (ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera; BENETI, Sidnei Agostinho. *Comentários...* cit., p. 47).

No tocante ao fato de o comodato ser espécie de contrato unilateral, uma vez que, embora se aperfeiçoe com a entrega da coisa do comodante para o comodatário, dele resulta obrigação apenas a uma das partes, há certo dissenso doutrinário. Muitos autores, na linha do entendimento de Pontes de Miranda, acolhem o entendimento quanto a sua unilateralidade. Outros, em entendimento liderado por Carvalho Santos e Caio Mário da Silva Pereira, preferem falar em contratos bilaterais imperfeitos. Partem da distinção de que enquanto nos contratos bilaterais as obrigações recíprocas existem desde a origem e são correlatas, nos contratos bilaterais imperfeitos, a obrigação de um dos contratantes surge depois e não guarda, necessariamente, correspectividade com a obrigação do outro contratante. Seria o que ocorre com a obrigação do comodante de permitir o uso da coisa dada em comodato, de respeitar o prazo do contrato, ou de indenizar os danos negativos, por exemplo (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. III, p. 57-58 e 309; GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 386; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 293).

§ 5.001. C – Jurisprudência

Segundo entendimento jurisprudencial, dois são os entendimentos sobre a eficácia da notificação do comodatário de modo a resolver o comodato. No primeiro, a notificação do comodatário de que já não interessa ao comodante o empréstimo do imóvel não é suficiente para que se determine a imediata reintegração de posse. Ainda que deferida a medida liminar, deve ser assegurado o prazo necessário ao uso concedido sem perder de vista o interesse do comodante, para não desestimular a benemerência (STJ, REsp 571.453/MG, 3.ª T., j. 06.04.2006, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 29.05.2006). Noutra sentença, o entendimento de que é suficiente a notificação do comodatário, conforme, aliás, estabelecido em contrato. Empréstimo do imóvel para uso temporário, a critério dos comodantes (STJ, REsp 236.454/MG, 4.ª T., j. 26.04.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, *DJ* 11.06.2001).

Admite-se o comodato que se tenha se celebrado verbalmente, devendo o juiz apurar no processo, suas condições (STJ, REsp 72.821/SP, 4.ª T., j. 07.11.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 18.12.1995).

No caso de comodato por prazo indeterminado, para sua extinção pelo comodante, cabe a este provar o transcurso do tempo presumido ou a necessidade

imprevista e urgente que a autoriza (STJ, REsp 54.000/PE, 4.ª T., j. 11.10.1994, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 21.11.1994).

No comodato de bens públicos, exige-se que quem dá em comodato tenha competência para este ato, sob pena de invalidade do negócio (STJ, RMS 16.024/PI, 2.ª T., j. 22.03.2005, rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* 20.06.2005). Já no caso de comodato que resulta de separação judicial, decidiu o STJ que: "O cônjuge que fica com a posse exclusiva do bem depois da partilha, a título de comodato gratuito, deve indenizar o outro pela ocupação a partir da notificação para que pague remuneração pelo uso da meação, se nada diverso foi estabelecido entre eles.

Para esse fim, não se leva em consideração o valor locativo do bem, que de locação não se trata" (STJ, REsp 399.640/SP, 4.ª T., j. 06.08.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 16.09.2002; no mesmo sentido: STJ, REsp 178.130/RS, 4.ª T., j. 04.04.2002, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 17.06.2002).

CAPÍTULO II
PRESSUPOSTOS
DO CONTRATO DE COMODATO

§ 5.002. CAPACIDADE E TITULARIDADE

1. CAPACIDADE. – O comodante tem de ser capaz, como o comodatário o tem de ser. Todavia, o outorgado pode ser incapaz, com a representação ou a assistência do titular do pátrio poder, do tutor ou do curador; e ao comodante a lei impõe a autorização judicial. Daí o que se lê no Código Civil, art. 1.249: “Os tutores, curadores, e em geral todos os administradores de bens alheios não poderão dar em comodato, sem autorização especial, os bens confiados à sua guarda”.

No tocante à capacidade dos figurantes, o comodato tem de considerar-se ato que excede os *podêres de administração*. Quem apenas exerce podêres de administração, que lhe foram outorgados negocialmente, ou por lei, não pode comodar, porque o uso, que lhe atribuiu, é em provento de outrem, e não em vantagem própria, que se possa transferir a terceiro. Se foi dada a *autorização*, os atos do administrador passam a ser atos de administração extraordinária. A apreciação do interesse do incapaz, mesmo se o administrador, que pede a autorização, ou o curador oficial, que foi ouvido, ou o juiz, que fundamenta o deferimento, frisa a conveniência do comodato, tal notificação não muda a natureza do contrato.

2. TITULARIDADE. – O bem entregue em comodato não precisa ser de propriedade do comodante. Segundo o direito comum, o comodato de bem pertencente ao comodatário era nulo, e a própria aquisição posterior do bem pelo comodatário extinguiu o comodato. No direito brasileiro e nou-

tros sistemas jurídicos não se pode acolher tal solução. Uma vez concluído o contrato de comodato, o que se outorga é o uso, e não a propriedade, e o comodatário recebeu o objeto de que pode usar. Há validade e há eficácia. Se, exigida a restituição, o comodatário sabe que era o dono e tinha o direito de uso, ou adquiriu o uso, pode objetar que o bem é seu e o comodante não tinha o uso, ou não mais o tem.

A legitimação para ser comodante é ligada ao poder de transferir a posse do bem. A posse, que se dá ao comodatário, há de compreender o uso. Não basta a posse que não legitime ao uso, que é a *causa* do contrato. Por isso, há de ter tal posse e poder transferi-la o comodante. A posse do mandatário, salvo em causa própria, não contém o poder de uso; se ele pode transferir a posse que o compreende, comodante é o mandante, e não ele. O usuário (titular de direito real de uso) não pode comodar. Não assim, o usufrutuário, porque a esse, embora não possa transferir o direito real e só lhe seja permitido transferi-lo ao proprietário, se reconhece poder transferir o exercício, a título gratuito ou a título oneroso (Código Civil, art. 717, 2.ª parte).

O locatário de bens móveis somente pode comodar, se lhe foi permitido em cláusula do contrato ou em pacto adjecto (Código Civil, art. 1.192, IV). O locatário de bens imóveis, de edifícios ou apartamentos, se o contrato foi a prazo fixo, pode comodar, no todo ou em parte, como poderia locar (Código Civil, art. 1.201).

Quem dá em comodato o fundo dá em comodato as servidões. O titular da servidão pode dar em comodato aquilo que lhe adveio pelo exercício do seu direito, não a servidão mesma. Por exemplo: A é proprietária do fundo dominante e B do fundo serviente; A, pela servidão de água, pode apanhar no rio o que lhe interessa e pode doar a C a água que apanha, mas seria contra direito que desse a C, onerosa ou gratuitamente, o direito de apanhar a água. Deixar C apanhar água é doação, é ato de cortesia ou de generosidade, ou de caridade; não comodato.

O comprador na venda a contento ou a prova, não pode comodar. Nem o depositário, mesmo se lhe foi facultado servir-se do bem depositado (Código Civil, art. 1.275); nem o expedicionário, o mandatário, o comissário, ou o condutor; nem o credor pignoratício.

O titular do direito de anticrese pode dar em comodato o bem objeto da anticrese, salvo pacto em contrário, tal como pode dá-lo em locação (Código Civil, art. 806). Se há necessidade de determinação do valor dos frutos, o titular do direito de anticrese tem de providenciar para se deter-

mine. *Aliter*, por exemplo, se os frutos são mensais ou anuais, ou por outro período, com valor fixo.

Se ao comodante falta legitimação, o defeito é subjetivo, e não objetivo, mas, devido a tal defeito, o comodatário não pode usar o bem, como esperava poder usar. Supõe-se que haja transferido posse, para que de comodato se fale, mas que à posse falte o poder de uso. O comodante tem de responder, como responderia se suspendesse ou interrompesse o uso do bem. Se não foi transferida a posse, não houve comodato. Poderia ter havido pré-contrato de comodato, mas, aí, é sem interesse o problema, porque pré-contrato de comodato pode fazê-lo mesmo quem não tem a posse do bem. Quanto ao comodato, contrato real, pode concluí-lo quem tem posse, quem pode fazer a tradição, mesmo o ladrão. No direito romano, o ladrão, com a *detentio*, podia comodar (PAULO, L. 13, *commodati vel contra*, 6, 15). No direito brasileiro, o ladrão pode ter posse ou simples tença. A tença não basta à legitimação a comodar. No art. 1.248, 2.ª parte, do Código Civil, “tradição” é entrega da posse (cf. art. 520, II).

Se a pessoa tinha posse, sem poder de uso, ou sem poder de transferi-la, responde ao comodatário. O fato de terceiro, que retira ao comodatário a posse, pode ser posterior ou anterior à conclusão do contrato de comodato. Cumpre, porém, observar-se que a posse que foi entregue não pode ser transferida a outrem.

Se o comodatário sabia que o comodante não podia transferir a posse, não se pode dizer, como fazem alguns juristas, que a espécie se tenha de tratar como a de *compra-e-venda de bem alheio*. A compra-e-venda é contrato consensual, e não transfere posse, nem propriedade; o que transfere aquela, ou essa, ou ambas, são o *acôrdo de transmissão da posse* e o *acôrdo de transmissão da propriedade*. Se o outorgante do comodato não tinha o uso, transferiu posse sem que o comodatário recebesse o poder de usar. Se o comodatário conhecia a falta de poder, não houve a conclusão do contrato de comodato, porque nem sequer de gestão de negócios alheios sem outorga de poder se poderia cogitar, salvo ratificação (cf. Código Civil, arts. 1.332, 1.296, 1.306 e 929), ou a espécie do art. 1.340.

Se o outorgante tem a posse, mesmo sem poder de dispor do uso, há o comodato, pois a ilicitude do ato não é apreciável na relação jurídica entre o outorgante e o outorgado, por somente ser ilícito no tocante à relação entre o que teria o direito a dispor do uso e o outorgante.

Quanto ao pré-contrato de comodato, o que o promitente tem de adimplir é a conclusão do contrato de comodato: está vinculado a satisfazer todos os pressupostos para comodar, e não a dar, desde logo, em comodato.

A discussão em torno do comodato feito pela pessoa que não é legitimada a dar em empréstimo gratuito parte de premissas imprecisas e chega a conclusões divergentes e errôneas. Quem tem a posse, com o uso, e dá em comodato o bem possuído, não é repellido, como outorgante, pelo *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Seria invocar-se a falta do poder de dispor. O comodatário, se recebeu de possuidor, mesmo se a origem da posse foi o furto, pode usar o bem e tem de restituí-lo.

No comodato de bem de que é dono o próprio comodatário é possível ocorrer que comodatário não tenha a posse, com o uso, que recebe, e a tenha, com o uso, o comodante, que a transfere, ou que, tendo êle a posse, o direito ao uso seja de outrem.

Não é verdadeira a afirmação de que o comodato do bem alheio cessa, sempre, que o comodatário vem a saber que a propriedade é sua, nem, tão-pouco, se vem a adquirir a propriedade. Pode-se adquirir a propriedade sem a posse, ou adquirir-se a propriedade, ou a posse, ou ambas, sem se adquirir a posse com o direito de uso, ou o direito a ir contra o comodatário. Se o comodatário do edifício, comodado pelo locatário, por prazo igual ou menor do que o da locação, adquire a propriedade do prédio, não se extingue o contrato de comodato. Se o prazo da locação é maior, o locatário pode exigir a restituição, na qualidade de comodante, para habitar no edifício, ou para comodar a outrem.

As observações que acima fizemos escaparam a ANTÔNIO CICU (*Estinzione di rapporti giuridici per confusione*, 130) e a muitos outros.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.002. A – Legislação

O art. 1.249 do CC/1916, relativamente à limitação dos tutores, curadores e outros administradores de bens alheios, de dar em comodato os bens confiados à sua guarda, corresponde ao art. 580 do CC/2002.

As regras dos arts. 1.192, IV e 1.201 do CC/1916, não foram reproduzidas pelo Código Civil vigente.

A possibilidade de uso da coisa pelo depositário, mediante expressa autorização do depositante, de que tratava o art. 1.275 do CC/1916, ora corresponde ao art. 640 do CC/2002.

A gestão de negócios, cujas regras do Código Civil de 1916 são invocadas por Pontes de Miranda, ora constam dos arts. 861 e ss. do CC/2002.

§ 5.002. B – Doutrina

Converge a doutrina no sentido de que se tratando de cessão de uso, não se exige que o comodante seja proprietário da coisa, mas apenas que detenha o poder de uso (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. III, p. 311). Todavia, em relação a quem administra bens alheios, não se trata de ato normal de administração, razão pela qual exigirá autorização especial.

§ 5.002. C – Jurisprudência

No comodato de bens públicos, exige-se que quem dá em comodato tenha competência para este ato, sob pena de invalidade do negócio (STJ, RMS 16.024/PI, 2.ª T., j. 22.03.2005, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 20.06.2005).

É anulável o contrato de comodato celebrado por comodante que sofria ação de interdição inconclusa devido ao seu falecimento (TJRS, ApCiv 70042578815, 17.ª Câm. Civ., j. 18.08.2011, rel. Luiz Renato Alves da Silva).

§ 5.003. ELEMENTOS OBJETIVOS E CLÁUSULAS

1. OBJETO DO COMODATO. – (a) Podem ser objeto de comodato *bens móveis* e *bens imóveis*. Nada obsta ao comodato de bens incorpóreos, desde que se possa atribuir a outrem o uso. Quanto aos bens imóveis, há o comodato do lugar na garagem, ou do canto do quarto para as malas, ou do sótão, ou do subterrâneo, ou de parte de um ou do outro.

Pode ser de bens imóveis o comodato. Na L. 1, § 1, D., *commodati vel contra*, 13, 6, estava explícito: “*commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassio existimat. Vivianus amplius etiam habitatio-nem commodari posse ait*”. No texto, é evidente que o “*amplius*” é chocante: já se havia dito que o imóvel podia ser comodado, de jeito que estender-se à “*habitatio*” não se compreende. Aliás, as alterações foram muitas.

CAPÍTULO III EFICÁCIA DO CONTRATO DE COMODATO

§ 5.005. DIREITOS E DEVERES DO COMODANTE

1. DEVER PRINCIPAL. – O dever principal do comodante é o de ativa e passivamente permitir ao comodatário o uso do bem, como foi e pelo tempo que foi outorgado. Trata-se de dever e de obrigação de dação suficiente do uso, pois a prestação já a fizera ao concluir-se o contrato de comodato, que é, em princípio, contrato real.

O dever de manter com o comodatário o uso é do comodante e dos seus herdeiros. Tem êle de evitar qualquer turbação ou esbulho ao comodatário; igualmente os seus herdeiros (*per se heredemque suum non fieri quominus commodatario uti liceat*). Os sucessores entre vivos põem-se no lugar dêle. Nenhum pode *inopportune repetere*.

O comodante não está adstrito a não alienar o bem. O que êle não pode fazer, sem violar o contrato, é atribuir ao adquirente a posse que transferiu ao comodatário.

Se o comodato consiste em extensão telefônica que o comodante outorgou ao comodatário, a proibição de ligar é esbulho ou turbação. Se o comodato foi da casa, para a qual se entra pelo edifício do comodante, e êsse fecha a entrada, há esbulho ou turbação da posse.

O comodante tem de assegurar ao comodatário o uso do bem pelo tempo previsto no contrato, explicitamente, ou implicitamente, ou segundo a lei, e responde pelos danos que resultem de ter infringido êsse dever. Não se trata apenas de limitação legal ou convencional ao direito à restituição, no tocante à exigibilidade dessa (pretensão à restituição). Há

dever e obrigação de deixar o bem ao uso do comodatário e resguardá-lo de vexames e interrupções.

A dação suficiente do uso, como e até quando se convencionou, exige que o comodante, além da entrega, *evite e repila* qualquer turbação ou esbulho da posse e qualquer limitação ou restrição que provenha de legitimação de terceiro. Se algum terceiro exerce ação contra o comodatário, tem o comodante de assumir a lide.

Qualquer limitação ou restrição que resulte de ato ou título proveniente do comodante, é ineficaz contra o comodatário, porque a êsse se transferiu o uso. Se já havia promessa de comodato, ou outro contrato concernente ao uso, para que tivesse efeitos contra o comodatário seria preciso que se estivesse estabelecido, por algum dos meios reconhecidos pelo sistema jurídico, a eficácia contra terceiros, entre os quais estaria o comodatário. A razão está em que ao comodatário fôra a posse, o uso, antes de o ter qualquer dos outorgados anteriores. A alegação de ser gratuito o comodato e ser oneroso o contrato anterior é sem qualquer relevância (sem razão, FRANCO CARRESI, *Il Comodato, il Mutuo*, 64). O único ponto que merece atenção é aquêle que se refere à eficácia do contrato anterior contra terceiros. Se não havia tal eficácia, a posse do comodatário passa à frente de qualquer direito de outrem.

2. DEVER DE MANTER O BEM EM ESTADO DE USABILIDADE PELO COMODATÁRIO. – Tem o comodante, que, com a tradição, concluiu o contrato, o dever de manter o objeto em estado propício ao uso convencionado, e ao comodatário nascem direito e pretensão a isso. Se o comodatário tem de fazer despesas extraordinárias, urgentes, toca-lhe o direito ao reembolso, porque o dever de conservar, que tem o comodatário, não vai ao ponto de fazê-lo subordinado à responsabilidade pelo caso fortuito ou pela força maior, fora do caso do art. 1.253 do Código Civil. Se as despesas são as que se fazem, de ordinário, para a custódia ou para a conservação do objeto, tem de suportá-las o comodatário.

Diz o Código Civil, art. 1.254: “O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada”. A regra jurídica do art. 1.254 só se refere às despesas ordinárias (= para o uso, ou, se é o caso, para o gozo de frutos do objeto). As despesas extraordinárias incumbem ao comodante, e pode fazê-las o comodatário, para ser reembolsado, se urgentes.

As despesas, a que se refere o art. 1.254 do Código Civil, são as *despesas ordinárias*. O que é despesa necessária do uso do bem incumbe ao

comodatário. O que ele gasta para manter e curar os animais comodados, ou para guardar o bem (despesa de custódia), não permite pedido de reembolso, mesmo com alegação de enriquecimento injustificado.

Há *despesas extraordinárias*. Essas, o comodatário só as tem de fazer se são necessárias e urgentes, ou se lhe deu autorização o comodante. Nas duas espécies, há reembolsabilidade. Se o comodatário não comunicou existirem necessidade e urgência, nem por isso perde a pretensão a obter o reembolso. É assunto para apreciação em juízo. Se foi o comodatário o causador do que fêz nascerem a extraordinariedade ou a necessidade e a urgência, não responde pelas despesas o comodante.

Se as despesas extraordinárias forem feitas pelo comodatário, que tem direito ao reembolso, não importa ter ocorrido o perecimento posterior.

Para fazer as despesas extraordinárias, necessárias e urgentes, que teriam de ser feitas pelo comodante, tem o comodatário de atender a que essa extraordinariedade e essa necessidade e essa urgência hão de ser apreciadas pelo juiz.

Se as despesas necessárias e urgentes são reembolsáveis e houve, devido a elas, aumento do valor do bem, não tem o comodatário direito a ser indenizado dos melhoramentos. Em todo o caso, cumpre invocar-se, por analogia, o art. 516, 2.^a parte, do Código Civil, concernente ao *ius tollendi* em caso de benfeitorias voluptuárias levantáveis pelo possuidor sem detrimento do bem.

Tem-se de repelir a opinião que considera a dívida de reembolso de despesas meramente pecuniária, de jeito que não influiria qualquer desvalorização ou valorização da moeda. No sistema jurídico brasileiro, indeniza-se conforme o valor da moeda no momento em que se paga, razão por que sempre se permitiu o requerimento, nas ações executivas, de novo cálculo. Indenizar é *restituere*, não é *compensare*. Trata-se de dívida de valor.

Cumpre advertir-se que a indenização de melhoramentos não é dívida de reembolso: ali, avalia-se o melhoramento ao tempo em que se há de indenizar; aqui, houve o desembolso e o valor da moeda tem de entrar em consideração. Aproximadamente assim, para a distinção entre melhoramento e despesa de conservação, LUIGI MOSCO (*Gli Effetti giuridici delle Svalutazione monetaria*, 157 s.). Sempre que o dinheiro se insere no bem de modo a poder-se avaliar no objeto o que se há de indenizar, não se pode pensar em atendimento da valorização ou da desvalorização monetária porque essa ou aquela é *atendida* no valor do bem.

3. COMPENSAÇÃO E COMODATO. – Segundo o art. 1.015, II, do Código Civil, se uma das dívidas se origina de comodato, não há compensabilidade.

4. VÍCIOS DO OBJETO ENTREGUE EM COMODATO. – O comodato é contrato gratuito. Contra o comodante não pode ser invocado o art. 1.101 do Código Civil. Se o comodante conhecia o vício e o ocultou, sabendo que os danos podiam advir ou adviriam, houve *ato ilícito absoluto*; portanto, há responsabilidade extracontratual. Não se há de pensar em *culpa in contrahendo*, porque, se o comodante veio a saber do perigo depois da conclusão do contrato, também é responsável (extracontratualmente, frise-se).

Se o comodante ocultou, de má fé, defeito de direito ou vício do bem, responde pelos danos causados. Êsses podem ser exigidos em ação (ou por ocasião do exercício mesmo do direito de retenção, frisa, com acêrto, PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 646). Cumpre, porém, observar-se que pelos créditos por danos a responsabilidade é extracontratual, e não se pode pensar em direito de retenção.

Os arts. 1.135 e 1.138 do Código Civil são invocáveis, por analogia. A ignorância culposa não é conhecimento do vício. Se ignorava, não sabia.

O comodatário tem o *ônus de alegar e provar* o vício, o dano e o ter sido causado pelo vício, bem como o ter tido o comodante conhecimento do vício, antes da causação. O comodante defende-se com negação de qualquer desses pontos, de alguns ou de todos, ou com a alegação e a prova de que comunicou ao comodatário a existência do vício, a tempo de se evitar o dano. (Não vem ao caso a distinção entre comodato no interesse do comodatário e comodato no interesse do comodante, que faz B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.^a ed., 597 s.)

Se o vício era aparente e o comodatário havia de conhecê-lo, é dispensável qualquer comunicação de conhecimento por parte do comodante; bem assim, se por outra fonte o comodatário sabia da existência do vício.

Mesmo se o comodante sabia da existência do vício antes da tradição, pode comunicar a existência depois, desde que o faça a tempo de se evitar o dano.

No comodato de serviço ou de trabalho, também há de o comodante comunicar o que sabe sobre os defeitos de atividade e de materiais com que ela se exerce. Os princípios são os mesmos e a responsabilidade extracontratual. São exemplos: a imprudência do chofer ou de outro dependente; a falta de peça da máquina emprestada gratuitamente.

Quanto a esses créditos por danos, não há direito de retenção. O crédito é compensável com outro crédito que não provenha do comodato.

5. PRORROGABILIDADE E RENOVABILIDADE. – Se a casa ou o apartamento foi dado em comodato, não se aplica a lei de inquilinato, nem a de renovação de contrato de locação comercial (cp. A. ARIENZO, M. BERRI, A. DE MARTINI e G. POTENZA, *La Nuova Legge sulle locazioni*, 45). A prorrogação e a renovação somente podem ocorrer em virtude de convenção entre os figurantes.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.005. A – Legislação

O art. 1.254 do CC/1916 foi reproduzido pelo art. 584 do CC/2002.

A vedação de compensação das dívidas que tenham por fundamento o comodato se mantém, segundo o art. 373, II, do CC/2002.

Os arts. 1.135 e 1.138 do CC/1916 tratam da responsabilidade do vendedor pela qualidade da coisa vendida por amostra e pelo vício das coisas vendidas conjuntamente. Correspondem, respectivamente, aos arts. 484 e 503 do CC/2002.

§ 5.005. B – Doutrina

Faz a doutrina, seguindo a linha de entendimento de Pontes de Miranda, quanto à impossibilidade do comodatário recobrar do comodante as despesas com o uso e gozo da coisa emprestada, distinção entre despesas ordinárias e extraordinárias, não sendo as primeiras passíveis de serem indenizadas, porém as segundas ressarcíveis. Seria este o caso das benfeitorias necessárias e urgentes realizadas pelo comodatário, excluídas as de mera utilização do bem (ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera; BENETI, Sidnei Agostinho. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 9, p. 89).

§ 5.006. DIREITOS E DEVERES DO COMODATÁRIO

1. COMODATO COM PRAZO EXPLÍCITO OU IMPLÍCITO DE USO. – Se não foi estipulado termo ou condição resolutiva, para o uso do bem comodado,

resulta do uso a que se destina o bem, ou foi sem restrição à exigência da restituição, a qualquer momento, a conclusão do contrato de comodato.

Pode dar-se que o prazo dissimule a doação, como se o objeto do comodato é automóvel e a exigibilidade somente foi admitida após dez anos de uso e é de entender-se que excede o tempo de utilizabilidade.

Diz o Código Civil, art. 1.250: “Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado”.

O Código Civil, no art. 1.250, ao falar de necessidade imprevista e urgente, não definiu “urgente”. Deixou ao juiz a apreciação (*verbis* “reconhecida pelo juiz”).

2. COMODATO SEM PRAZO. – Para que haja comodato sem prazo, é preciso que não tenha havido fixação e que não seja de entender-se que o uso outorgado exige determinado tempo. A duração pode ser determinada expressa ou tácitamente. Na duração tácitamente estabelecida não se leva em conta a superveniência de novas necessidades ou planos do comodatário. Salvo, entenda-se, se há razão para se supor que o comodante anuiu na dilatação.

Se não há prazo explicitamente, ou implicitamente fixado, o comodato é *sem prazo*. Então, o comodante pode exigir a restituição quando o entender.

O *uso instantâneo*, como o uso do telefone, exaure-se num só ato, ou em atos sucessivos mas de uma só finalidade. O *uso duradouro* ou *contínuo* tem unidade no tempo, e não no ato de uso. A restituição é a nuda do comodante. A denúncia é *denúncia vazia*.

3. DEVER DE CUSTÓDIA E DE CONSERVAÇÃO. – O comodatário tem o dever de custodiar e de conservar o objeto dado em comodato. O comodato é contrato em que a prestação é de um só dos figurantes: o comodante. O dever de custodiar e o de conservar não bilateralizam o contrato, porque não se trata de prestações. No depósito, sim; o depositário *presta* custódia e conservação.

No depósito, o uso do bem depositado é excepcional: depende de cláusula ou pacto posterior à conclusão do contrato (Código Civil, art. 1.275, *verbis* “licença expressa do depositante”). No comodato, dá-se o uso. Não seria admissível que o uso pudesse ser lesivo, ou consuminte de

objeto, nem que o comodatário não cuidasse daquilo que não é seu e que ele, por eficácia contratual, vai usar.

Ao *dever de custódia*, que tem o comodatário, corresponde, do lado do comodante, *direito à custódia*. Não dependem do *dever de restituir* e do *direito de restituir*. Há tutela do direito à custódia independentemente da tutela do direito à restituição. Dá-se o mesmo a respeito do *dever de conservar* e do *direito à conservação*. Custódia quem cuida, resguarda, vigia. Conservar é fazer mais do que isso: é manter a integridade do bem, a sua existência em utilidade e em valor. Há plus na conservação, porque se cogita do resultado.

Nem sempre, para custodiar e conservar, basta ao comodatário a própria atividade. Quem recebe jóias em comodato pode guardá-las no cofre, e a atividade para a conservação é ínfima ou nenhuma. Não se dá o mesmo com o comodatário do automóvel, quanto à custódia, se não tem garagem; quanto à conservação, se não é limpador e maquinista. Tem de conservar com os atos de terceiro, ou de terceiros.

Quem tem dever de custodiar tem o de comunicar o que terceiros alegam contra o direito de quem deu em comodato. O dever de conservar pode ir até ao ônus de segurar, se não ao próprio dever, mas se resulta de cláusula explícita ou implícita. No dever de comunicar não se inclui o de evitar que terceiros causem danos ao objeto, mas pode estar compreendido no de conservar ou no de guardar.

Quando há dever de comodatário quanto à guarda ou conservação do bem, não pode ele eximir-se de cumpri-lo com a alegação de que teria de adiantar a importância das despesas. Se extraordinárias, o comodante tem de reembolsá-lo.

Lê-se no Código Civil, art. 1.251: “O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fôra, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acôrdo com o contrato, ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos”. O dever é o de conservar o bem comodato como se dono dêle fôsse o comodatário. A diligência *quam suis* não se confunde com a do bom pai de família, que corresponde a conceito menos concreto. Não cabe distinção quanto à culpa levíssima ou mesmo quanto à culpa leve, porque o comodatário pode ser a tal ponto exigente em seus próprios atos que o menor descuido não seja de esperar-se.

O objeto, por sua natureza, pode exigir medidas de custódia, ou de conservação, que vão além do que em geral se considera suficiente. As

cláusulas contratuais podem ser de alcance tal que vinculem o comodatário a cuidados que não seriam de esperar-se do que ele costuma ter.

Se ocorre que o bem comodado está em perigo e o comodatário toma medidas quanto a objetos que são seus, ou estão sob a sua posse, com dever de guarda ou de conservação, sem que as tome quanto ao bem comodato, há infração de dever. Daí a regra jurídica que se lê no Código Civil, art. 1.235: “Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser êste a salvação dos seus, abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou fôrça maior”. A expressão “abandonando” não foi feliz. Leia-se como se lá estivesse escrito: “deixando de ter o mesmo cuidado (com a mesma pressa, ou no mesmo momento)”.

Deveres e obrigações irradiam-se de situações criadas pelo contrato de comodato para ambos os figurantes. Todavia, não há onerosidade ou reciprocidade.

4. USO DO BEM COMODADO E DAS PERTENÇAS. – O contrato é que há de dizer qual o uso que se outorga ao comodatário (Código Civil, art. 1.251, 2.^a parte: “...não podendo usá-la senão de acôrdo com o contrato”). Se nada se tira dos termos do contrato, tem-se de atender à natureza do objeto, o que, em verdade, faz parte de interpretação do negócio jurídico. Não há, salvo cláusula expressa, ou se é de entender-se a respeito do bem, *dever de usar*. A lei apenas cogitou de limites à usabilidade, e não de dever de uso.

Entregue a posse do bem ao comodatário, tem ele, perante todos, inclusive o comodante, a posse do bem, durante todo o tempo do contrato. Ao seu direito de uso corresponde o seu dever de proteger o bem, porém êsse é mais extenso sempre que o bem possa ter outro uso ou o mesmo uso, em maior extensão. Qual o uso convencional, expressa ou tácitamente, e qual a extensão do uso, ou quais os usos que pode ter o bem, decide a concepção do tráfico.

Uma vez que o contrato é que há de determinar o uso, e não poderia a lei ir além disso, dada a diversidade dos bens comodáveis, o uso que se outorga pode ser todo o uso de que é suscetível o objeto, ou apenas parte dêle, ou uso especial. Pode-se precisar o modo ou maneira como há de ser usado o objeto, bem assim o lugar e o tempo.

O uso pode consistir em *negócio jurídico* de que seja objeto o bem. *E.g.*, deu A em comodato a B a casa para residir ou para alugar, ou somente para alugar; A deu a B, em comodato, títulos de crédito para serem caucio-

nados, ou empenhados, ou ações, para que pudesse votar em assembléias da sociedade. Se o comodatário cauciona ou empenha, tem o dever de restituir, sem qualquer apreciabilidade de sua conduta em caso de execução.

A determinação expressa do uso não é necessária, mas o comodato supõe que haja tal determinação, razão por que se há de verificar, na falta de outros elementos, qual o uso que corresponde à *natureza e à espécie* do bem. Entre a determinação explícita e a pesquisa do uso adequado está a determinação implícita, revelável pela intenção dos figurantes (Código Civil, art. 85). Se o comodatário, antes do comodato, já usava o bem, por outro título (*e. g.*, era locatário), é de entender-se que se outorgou a continuidade do uso. Também se há de levar em consideração a profissão do comodatário.

O direito de voto que têm os acionistas é irradiado do direito de propriedade e há de ser incluído no uso (NICOLA GASPERONI, *Le Azioni di società*, 240; MARIO CASANOVA, *Disciplina giuridica delle obbligazioni di restituzione nel fallimento*, 15); mas têm de ser observadas as exigências legais e estatutárias para a legitimação. A transferibilidade dêsse uso pode ter sido pré-excluída pela lei ou pelos estatutos.

Pacto adjecto pode permitir uso diverso do que se previa. Se o comodatário iniciou o uso diferentemente do que lhe cabia, houve infração dos limites ao uso. Se há dúvida quanto a êsses limites, pode-se levar em conta o uso começado como elemento de interpretação da vontade dos figurantes.

Se foi convencionado ser dever do outorgado usar o cavalo para o preparar para corridas, sem o empréstimo ser para as corridas como inscrição do comodatário, há contra prestação e o contrato é *contrato misto*, o que implica responsabilidade do comodante (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 727; CARL CROME, *System*, II, 588; contra, H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 2, 259; OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 572, nota).

Se o comodatário não restitui o bem, como devera (*e. g.*, tinha de levá-lo à casa do comodante, no dia tal às tantas horas, ou foi interpelado), torna-se esbulhador de posse (cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de dezembro de 1946, *R. dos T.*, 167, 204).

A propósito de caso fortuito ou força maior, não se pode dizer que em todos os casos responde o comodatário. O caso da queda da ribanceira, de que foi vítima o animal comodado, podia ser por culpa do comodatário: não se toma de empréstimo gratuito animal, para se pôr, sôlto, em lugar de perigo (cf. 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de agosto de 1946, *R. F.*, 109, 467).

Se o comodatário toma para si o bem, pode-se caracterizar o crime de furto, aliás de apropriação indébita (Código Penal, art. 168), se o bem é móvel. Não basta, porém, o fazer-se do bem uso diverso daquele que se convencionou. Assim era a solução do direito romano (GAIO, *Inst.*, III, 196 e 197), que atribuía, aí, ao comodatário a legitimação passiva na *actio furti* (III, 206). Havia a dupla fórmula para o depósito e para o comodato (IV, 47). Na enumeração das *obligationes ex contractu*, GAIO não pôs o comodato, a despeito de já haver entrado no *ius civile* o instituto do comodato. Não é fácil explicar a omissão. De qualquer modo, nas Institutas de Justiniano (L. 2, I., *quibus modis re contrahitur obligatio*, 3, 14), completou-se o texto, incluindo-se o comodato. Deve ter servido a isso a edição das Institutas de GAIO, posterior a êle, que se destinava às escolas.

5. POSSE DO BEM COMODADO. — A posse do comodatário é posse imprópria imediata, que pode ser mediatizada (*e. g.*, se no uso se inclui a locação). É possível que a tradição já tenha sido de posse imprópria mediata, como se A deu em comodato a máquina que está depositada, ou qualquer objeto que foi expedido ao comodatário.

Se o comodante tem a posse própria, ou se é pessoa que tem a posse própria, e não é proprietário, com o correr do tempo pode usucapir. A posse *ex causa commodati*, transferida pela pessoa que tinha a posse com o uso, afirma a existência dessa. Se o comodante era possuidor próprio apenas se mediatou na posse e o poder fáctico exercido pelo comodatário enche o exercício daquela. Para que haja interrupção, é preciso que, a título de posse própria, alguém venha exercer a posse mediata do comodante, ou retire, a título de possuidor próprio, a posse imediata do comodatário.

À diferença do locador, o comodante não tem o dever de reparar ou de conservar o bem comodado, nem de cooperar com o comodatário para recuperar a posse do bem de que foi privado por outrem o comodatário.

Quaisquer despesas que acaso faça no bem o comodatário não alteram o contrato (1.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de março de 1949, *R. dos T.*, 180, 340 s.).

A responsabilidade pelos defeitos de direito e pelos vícios do objeto, que o comodante ocultou, de má fé, concerne ao *interêsse negativo*.

Quanto às despesas de que tem de ser reembolsado o comodatário, são invocáveis as regras jurídicas sobre gestão de negócios alheios sem outorga de poderes (Código Civil, arts. 1.331-1.345). Não responde o comodante pelas despesas extraordinárias que derivaram de uso não outorgado do bem.

Uso permitido é o uso de que cogitou convenção, expressa ou tácita, dos figurantes, ou resulta da finalidade do bem (cf. ZABL, *Der Leihvertrag*, 46).

O comodatário pode subcomodatar, se o contrato lho permitiu. Há, então, o *subcomodato*. A posse do comodatário mediatiza-se.

Às vezes, no *uso* pelo comodatário se inclui a percepção dos *frutos*. É o que ocorre quando se cõmoda universalidade, quando o objeto do comodato é vaca leiteira, ou casa com fruteiras ou outras plantações. Todavia, se A emprestou gratuitamente a casa de campo, de que o caseiro colhe os frutos para vender, não se há de entender que no uso se compreende o gôzo dos frutos. Quem emprestou o cavalo para corrida, fêz do comodatário dono do prêmio, mas o prêmio que se confere ao animal que foi comodado para guarda da casa do comodatário é do comodante. O que importa é a vontade dos figurantes.

6. INADIMPLENTO PELO COMODATÁRIO. – O comodatário tem o *dever de restituição* do bem que recebeu. Tal restituição há de ser imediata. Se houve subcomodato, a pretensão exerce-se contra o comodatário e contra o subcomodatário. Cumpre, porém, que se não confunda o inadimplemento do dever de restituição, no comodato, com o *inadimplemento do dever de prestação*, de que provém a resolução ou a rescisão de contrato (cf. Código Civil, art. 1.092, parágrafo único), nos contratos bilaterais.

Se o comodatário infringe outros deveres, discute-se a possibilidade de pretensão do comodante a rescisão do contrato de comodato; e alguns escritores de outros sistemas jurídicos chegam a soluções discordantes: uns invocam princípios que só se referem aos contratos bilaterais (BRUNORI, *Comodato, Commentario a cura di MARIANO D'AMELIO e FINZI*, II, 2, 23; FRANCO CARRESI, *Il Comodato, il Mutuo*, 71); outros o evitam, razão por que, sob o Código Civil italiano ab-rogado, havia os que sugeriam a pretensão mesma (hoje, cf. Código Civil italiano, art. 1.804, 3.^a alínea). A terminologia é errônea e daí é que se há de partir. O que se há de perguntar é se o contrato de comodato pode ser *desconstituído* por infração de dever do comodatário e qual a figura que se há de invocar. O comodante pede a restituição antecipada, porém não é de rescisão que se trata, e sim de *denúncia cheia*. A eficácia desconstitutiva é *ex nunc*, decorrente da sentença trãnsita em julgado (sentença constitutiva negativa). O comodatário pode *denunciar* o contrato de comodato e pedir a restituição do bem comodado, mesmo se há prazo: a) quando haja *necessidade imprevista e urgente* (Código Civil, art. 1.250, 2.^a parte), ainda que o comodante tenha

sido culpado da imprevisão (L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, § 138, IV, 462); b) se o comodatário usa o bem contra o convenicionado; inclusive se cede o uso a terceiro, ou se subcomoda, sem consentimento do comodante; c) se a falta de custódia ou de medida de conservação põe em perigo o bem; d) se morre o comodatário.

7. RESPONSABILIDADE PELA NÃO-RESTITUIÇÃO. – Lê-se no Código Civil, art. 1.252: “O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará o aluguer da coisa durante o tempo do atraso em restituí-la”. Se o comodatário não restitui o bem no dia fixado, incorre em mora, independentemente de intimação, e a lei estabelece a onerosidade a partir de tal dia. Isso não quer dizer que o comodante não possa preferir a retomada da posse imediata. O aluguer é solução supletiva, e não afasta a responsabilidade pelo atraso, pois o aluguer pode ser inferior à soma aluguer + danos.

Ao ter de restituir, o comodatário precisa dispor da posse que lhe foi transmitida. A posse é de determinado bem, do bem que lhe foi entregue. Se o comodante deu o dinheiro com que o comodatário adquirisse, para o comodante, o bem, a tradição da pecúnia foi com outorga de poder e dever de aquisição, o que só se explica como cláusula à parte da natureza, do contrato de comodato. Comodou-se o bem, não o dinheiro. Em vez de dinheiro, poder-se-ia entregar outro bem, com que o comodatário, por troca, adquirisse para o comodante o bem comodado. A restituição é do bem *in individuo*. Se o comodante admite que se restitua outro bem, ou o valor (de ordinário, o atual, e não o do momento da aquisição), há pacto sobre o pagamento (em vez do *idem*, o *aliud*, ou o *tantundem*, o que, se de cláusula se tratasse, fazia *misto* o contrato).

A restituição é com as *prestações*, os acréscimos e os frutos, salvo se houve cláusula contratual segundo a qual o comodatário usaria e fruiria. No caso de tal cláusula, restituem-se os frutos percebidos no momento em que cessou o contrato, ou depois de cessar. Os frutos pendentes são partes do bem comodado. Se o objeto foram ações ou títulos de crédito, restituem-se as cártulas e os cupões ainda não vencidos. Se o comodatário recebeu qualquer dividendo correspondente a período que se completou depois do tãrmo do contrato, ou quaisquer interesses, obrou como gestor de negócios sem outorga de poderes, ou, se foi previsto, como procurador.

O que foi percebido, a qualquer momento, por uso não permitido, tem de ser restituído. Aí, o que não podia ser colhido ou recebido pelo comodatário é objeto de direito do comodante, que, se proprietário do bem como-

dado, ou usufrutuário, ou titular de outro direito de posse, os adquire em virtude do seu direito, a despeito da interferência, que ocorra, do comodatário.

Se em parte perece o bem, há de ser restituído pelo comodatário o que sobra.

Se o comodatário, por sua culpa, deixou de ser possuidor, ou o comodatário readquire a posse a tempo de restituir o bem, ou responde pela falta de restituição no momento próprio. Na ação que o comodatário propôs, quer ação de reivindicação, quer ação possessória, quer ação de vindicação da posse, o comodante é interessado como co-autor.

Se o comodatário não pode restituir o bem, por faltar-lhe direito a isso, o comodante, que não deu causa à carência da ação, tem a ação para cobrança da *stipatio rei*. Qualquer aumento do valor após a mora – mesmo após o cálculo na execução forçada – é devido pelo comodatário, a título de ressarcimento dos danos.

Se, após a entrega do valor, a posse do bem é recuperada pelo comodatário, o comodante tem a escolha entre ficar com o que recebeu ou exigir o bem. Tal escolha atende a que o bem pode ter ficado sem interesse para o comodante. Se foi o comodante que obteve a recuperação da posse, tem êle de restituir o preço recebido, salvo se perdeu parte do interesse, ou todo (sem essa ressalva, mas sem razão, MICHELE FRAGALI, Del Comodato, *Commentario* a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, 193).

A ação para restituição do bem comodado é ação pessoal. Se o comodatário percebeu o que não era para ser percebido por êle e alega que tinha direito a perceber, a ação do comodante, nesse ponto, é ação real. O valor da causa é o do uso, e não o do bem. Um dos critérios para avaliação é o da locação, o que tem aplicação necessária no comodato de casas ou apartamentos.

Se o comodatário alega direito real sobre o bem ou sobre frutos, a ação é de vindicação, ou a ação possessória, que êle há de propor. Aliás, a despeito da existência da ação pessoal de comodato, o comodante – diante da usurpação, ou da turbação, ou do esbulho – tem a mesma legitimação.

8. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EM CASO DE PLURALIDADE DE COMODATÁRIOS. – Diz o Código Civil, art. 1.255: “Se duas ou mais pessoas forem simultaneamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidariamente responsáveis para com o comodante”. Nenhuma distinção se faz quanto aos comodatários. Se entre êles foi regulada a posse, ou foi dado a um, ou a alguns, o dever de custódia ou de conservação, isso de modo nenhum

altera a responsabilidade solidária. Nem se há de fazer qualquer distinção no tocante ao dever de restituição.

O art. 1.255 do Código Civil também é invocável no caso de sucessão a causa de morte ou entre vivos, em virtude de subcomodato.

9. CESSÃO DO DIREITO AO USO E SUBCOMODATO. – Para que o comodatário possa ceder o seu direito ao uso é preciso que haja o consentimento do comodante. O comodato é feito a determinada pessoa, cujas qualidades foram levadas em consideração pelo comodante. Não basta, pois, a simples *notificação* do comodante. Não se trata de contrato de fidúcia, mas o elemento fiduciário é o mais encontrável. O que se disse sobre a cessão tanto concerne à que se faz a título gratuito como a que se faz a título oneroso.

O *subcomodato* pode ser permitido na ocasião de se concluir o contrato de comodato, ou depois. A manifestação de vontade pode ser explícita ou implícita. É implícita se resulta da natureza do bem, ou do uso geral, ou das relações anteriores entre o comodante e o comodatário, ou de pacto adjecto.

O subcomodante responde perante o comodante por fato do subcomodatário. Os contratos são distintos; o comodante apenas admitiu que o comodatário subcomodasse; as relações jurídicas que se irradiam do contrato de subcomodato são diversas das que se estabeleceram entre comodante e comodatário (assim, MICHELE FRAGALI, Del Comodato, ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, *Commentario*, 207; sem razão, FRANCO CARRESI, *Il Comodato, il Mutuo*, 48). Tudo se passa à semelhança do que ocorre com a sublocação.

Se foi permitido o subcomodato, o comodatário responde ao comodante pelos atos do subcomodatário. Se a cessão foi prevista, o comodatário não responde pela culpa do terceiro (L. ENNECERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, § 138, II, 1; contra, TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.^a ed., 596).

10. AÇÃO DO COMODANTE. – ¿Qual a ação para o comodante retomar o bem comodado?

No direito grego, havia a ação condenatória pelas perdas e danos (E. PLATNER, *Der Prozess und die Klagen bei den Antikern*, II, 378) e a ação condenatória por inadimplemento do contrato (M. H. E. MEIER e G. FR. SCHÖMANN, *Der attische Prozess*, 2.^a ed., 699). Se o comodatário insistia em ficar com o bem, podia êsse ser pedido; se o comodatário não entregava o bem, havia a ação para haver os frutos; se, vencido pela segunda vez, não

prestava o bem, cabia, para uns, a reivindicação (*e. g.*, A. W. HEFFTER, *Die athenäische Gerichtsverfassung*, 264), ou, para outros, a executiva pessoal (H. F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, 140), ou, para outros, uma das duas (M. H. E. MEIER e G. FR. SCHÖMANN, *Der attische Process*, 2.^a ed., 967). A ação seria a executiva pessoal, ao que se pode tirar dos textos de alguns discursos e do *Tratado das Leis* de TEOFRASTO.

No direito romano, a ação do comodante era pessoal, a *actio commodati directa*, com a *intentio in factum concepta e*, mais tarde, concebida *in ius* (O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3.^a ed., 252 s.). Os direitos do comodatário podiam ser em *iudicium contrarium*. Na L. 3, § 1, D., *commodati vel contra*, 13, 6, dizia ULPIANO: “Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur”. Se foi restituída (redada) a coisa comodada, mas deteriorada, não se tem como restituída a que foi restituída em estado de deterioração, se não se satisfaz o que interessa: porque com propriedade se diz que não foi restituída coisa que deteriorada se restituiu (cf. L. 10). Na L. 13, pr., POMPÔNIO referiu-se à condenação à restituição, mas a favor do comodatário se foi perdida a coisa comodada (o contrato não seria, então, contrato real). Na L. 17, § 5, PAULO alude ao pagamento do valor da coisa comodada se foi perdida quando ainda estava com o comodatário.

Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 53, § 2, estava escrito: “E porque êste contrato se faz regularmente em proveito do que recebe a coisa emprestada, e não do que a empresta, fica obrigado aquêle, a que se empresta, guardá-la com tôda a diligência, como se fôsse sua. E não sòmente se: lhe imputará o dolo e culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levíssima, assim pela coisa principal como pelo acessório. E portanto, se um emprestasse uma égua a outro, a qual consigo levasse um poldro, a mesma obrigação terá na guarda do poldro que na da égua”.

A ação de despejo é *ação executiva pessoal*. Toca aos locadores de imóveis. De modo que se há de indagar se há, no sistema jurídico brasileiro, *ação executiva pessoal*, que possa ser exercida pelo comodante. Nas Ordenações Filipinas, os textos em que se fundava a ação de despejo não se referiam ao comodato (Livro IV, Título 23, §§ 1.^o e 2.^o, e Título 24, pr. e § 1.^o; Livro III, Título 30, § 3.^o, *in fine*).

Alusão a comodato e locação, sòmente aparece nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 54, pr., e §§ 1, 3 e 4, mas, aí, não se trata, absolutamente, de despejo. No § 4, prevê-se mesmo que algum terceiro, ao ser

demandado o comodatário, intervenha e se diga dono da coisa, ou oponha embargos à entrega, caso em que se daria o seqüestro, se móvel o bem. Se imóvel, o terceiro teria de propor ação *depois* de entregue ao comodante. Por onde se vê que se tratava de ação pessoal de restituição. As regras jurídicas das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 54, pr., e §§ 1, 3 e 4, vieram de leis dos imperadores Zenão, Diocleciano e Maximiano.

Se o comodatário diz que a coisa é sua, ou que dela tem posse própria, ou que dela tem posse imprópria que não é a que lhe atribuíra o comodante, então há ofensa ao domínio e à posse, ou só à posse, e cabem as ações concernentes àquele ou a essa. No Livro IV, Título 54, § 3, as Ordenações Filipinas previram êsse caso de o comodatário, o locatário ou o arrendatário alegar que é dono da coisa (*verbis* “não lhe poderá dizer o a que assim foi emprestada, alugada ou arrendada, que a coisa é sua, e que lhe pertence por Direito por algum título”). Na ação de restituição do bem comodado, não cabe tal objeção, porque o que se há de julgar é a existência e a eficácia do contrato de comodato. Daí acrescentar o texto reinícola: “E pôsto que alegue tal razão, não lhe será recebida; mas será em todo caso obrigado de entregar a coisa ao senhor dela, de quem a recebeu, e, depois que lha entregar, lha poderá demandar”. Já estava na L. 25, C., *de locato et conducto*, 4, 65: “Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare”. Uma vez que há a relação jurídica de condução, ou de comodato, primeiro o comodatário tem de restituir. Discuta, depois, o direito que tem, eliminativo da posição jurídica do comodante. As Ordenações Filipinas foram até onde deviam ir; não se restringiram à referência à locação.

Se o comodatário deixa de entregar e alega outra causa de posse, já seria de empregar-se o interdito *unde vi* (cf. MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria*, I, 231, a propósito do locatário). Se diz que é dono, a ofensa é ao domínio, e tem o ofendido a ação de reivindicação.

Se, durante ação *commodati*, o comodatário desocupa o prédio, ou deixa de possuir, pode o comodante requerer, incidentalmente, a *missio in possessionem*.

Trânsita em julgado a decisão que decidiu sôbre mora do comodatário e o *condenou* a pagar alugueres durante o tempo em que demorar a restituição (Código Civil, art. 1.252), não passa êle a ser locatário para se prevalecer dos benefícios das leis, mas está sujeito a *despejo* por falta de pagamento e outras infrações de dever de locatário. Para o incio da dívida dos alugueres pode ser usada a ação cominatória (Código de Processo

Civil, art. 302, XII), ou ser cumulado o pedido, na ação de condenação a restituir, ou concebido como pedido de declaração (declaram-se a mora e a dívida de alugueres, que serão arbitrados na ação condenatória).

O comodatário tem direito de retenção pelas despesas extraordinárias, que não lhe cabia fazer mas teve de fazer (2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, 7 de julho de 1953, A. J., 112, 288).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.006. A – Legislação

O art. 1.250 do CC/1916 corresponde ao art. 581 do CC/2002. Já o art. 1.251 do CC/1916 corresponde ao art. 582 do CC/2002.

A obrigação do comodatário, no caso de incorrer em mora na entrega da coisa, de pagar aluguel ao comodante, antes prevista no art. 1.252 do CC/1916, ora consta no art. 582, *in fine*, do CC/2002.

A regra do art. 1.255 do CC/1916, acerca da solidariedade dos comodantes que tenham em comum e simultaneamente o comodato da coisa, é reproduzida no art. 585 do CC/2002.

§ 5.006. B – Doutrina

A solidariedade dos comodatários em comum abrange os deveres de conservação, restituição e a responsabilidade sobre riscos (NETTO Lobo, Paulo Luiz. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 389).

Já o direito de retenção do comodatário para ressarcimento das despesas extraordinárias, trata-se de regra relacionada especialmente às benfeitorias. Nesse caso, deve o comodante ressarcir ao comodatário as benfeitorias necessárias e úteis, cumprindo em relação às benfeitorias úteis, a regra de autorização prévia do comodatário, prevista no Código Civil. Em relação às benfeitorias voluptuárias, podem ser levantadas “desde esteja de boa-fé e não haja prejuízo à integridade da coisa” (ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera; BENETTI, Sidnei Agostinho. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 7, p. 127).

§ 5.006. C – Jurisprudência

No caso de comodato por prazo indeterminado, para sua extinção pelo comodante, cabe a este provar o transcurso do tempo presumido ou a necessidade imprevista e urgente que a autoriza (STJ, REsp 54.000/PE, 4.^a T., j. 11.10.1994, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 21.11.1994).

Segundo entendimento jurisprudencial, dois são os entendimentos sobre a eficácia da notificação do comodatário de modo a resolver o comodato, e cuja forma admite-se possa ser verbal (TJSP, ApCiv 00033856720118260099, 21.^a Câmara de Direito Privado, j. 06.08.2012, rel. Des. Itamar Gaino). No primeiro, a notificação do comodatário de que já não interessa ao comodante o empréstimo do imóvel não é suficiente para que se determine a imediata reintegração de posse. Ainda que deferida a medida liminar, deve ser assegurado o prazo necessário ao uso concedido sem perder de vista o interesse do comodante, para não desestimular a benemerência (STJ, REsp 571.453/MG, 3.^a T., j. 06.04.2006, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 29.05.2006). Noutro sentido, o entendimento de que é suficiente a notificação do comodatário, conforme, aliás, estabelecido em contrato. Empréstimo do imóvel para uso temporário, a critério dos comodantes (STJ, REsp 236.454/MG, 4.^a T., j. 26.04.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, DJ 11.06.2001).