

245. COMODATO. NOÇÃO. OBRIGAÇÕES

Sob a denominação genérica de *empréstimo*, reúnem-se as duas figuras contratuais do *comodato* e do *mútuo*, que exprimem ambas a mesma ideia de utilização de coisa alheia acompanhada do dever de restituição, porém se diversificam pela natureza, pela celebração e pelos efeitos. Não nos deteremos na formulação de princípios que sejam comuns a estes dois contratos, como encontramos em alguns autores da mais elevada categoria.¹ Passamos de pronto ao exame de cada um.

Comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (Código Civil, art. 579), isto é, aquele contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra, gratuitamente, coisa não fungível, para que a utilize e depois restitua. Daí lhe advém o nome de *empréstimo de uso*, com que, desde o Direito Romano, se distingue do *mútuo*, chamado *empréstimo de consumo*. Alguns acrescentam que a infungibilidade do objeto não o define satisfatoriamente, pois que não podem, também, ser comodadas as coisas que se consomem ao primeiro uso, em virtude de impossibilidade de serem restituídas em espécie² salvo se o uso permitido afastar o seu consumo.³

Seus caracteres jurídicos são:

A — Contrato *unilateral*, porque gera obrigações somente para o comodatário; atendendo, porém, a que acidentalmente e por efeito de acontecimento ulterior pode nascer obrigação para o comodante, enquadra-se naquela subcategoria dos contratos *bilaterais imperfeitos* (v. n.º 193, *supra*).

B — *Gratuito*, porque somente o comodatário auferê proveitos ou vantagens; se for estipulada qualquer retribuição ou contraprestação, desfigura-se, passando a ser aluguel se se estipular em dinheiro, ou algum outro contrato atípico, se noutra espécie. Modernamente tem-se admitido a possibilidade do empréstimo de uso e de *encargo* imposto ao comodatário (*comodato modal*), desde que não vá a ponto de erigir-se em contraprestação (Ruggiero e Maroi), como, e. g., um que empreste sua casa de campo, comprometendo-se o outro a tratar de seus pássaros.

- 1 De Page, *Traité*, vol. V, n.º 1.097; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, vol. III, n.º 1.432; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. II, n.º 799.
- 2 Orlando Gomes, *Contratos*, n.º 231.
- 3 Emmeccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, § 135; Trabucchi, *Istituzioni*, n.º 337.

C — *Real*, porque se forma, segundo a regra do art. 579, pela *traditio da coisa*; não obstante nos inclinemos pela moderna abolição dos chamados contratos reais (v. nº 191, *supra*), e entendamos que o comodato é contrato consensual, sendo a entrega da coisa o primeiro ato de sua execução⁴ ressaltamos, contudo, que dentro do nosso direito positivo perdura esse tipo, pela alusão expressa da lei à tradição como elemento de sua celebração, e, portanto, de *iure condito*, é contrato real, como, aliás, para toda uma doutrina tradicional ainda o é. Na falta, então, de efetiva entrega da coisa não há comodato, mas contrato preliminar (*promessa de comodato, pactum de commodando*), cuja liceidade é indubitável, e cujos extremos são os dos contratos preliminares em geral.⁵

D — Embora não seja essencialmente celebrado *intuitu personae*,⁶ habitualmente traduz um favorecimento pessoal. Esta característica tem importância em algumas legislações, que fazem cessar o contrato pela morte do comodatário (Código Federal suíço das Obrigações, art. 311; Código Civil mexicano, art. 2.515; Código italiano, art. 1.811; Código Civil alemão, art. 605, al. 3ª).

O comodato não exige forma solene *ad substantiam* da declaração de vontade. Podem, entretanto, surgir problemas relativamente à sua *prova*. Esta admite todo gênero, devendo especialmente ficar esclarecidos os seus característicos, para que não venha a confundir-se com a locação (caso em que o cessionário do uso estaria sujeito a uma retribuição) ou com a doação (que o eximiria da restituição).

No tocante aos *requisitos subjetivos* deste contrato, absteemo-nos de nos referir aos gerais, limitando-nos à observação de que os administradores de bens alheios, especialmente de incapazes (tutores e curadores), não podem dá-los em comodato, pois que se não deve qualificar como ato de administração normal a cessão gratuita do uso.⁷ Não colhe o argumento, como assinala Espinola, extraído da semelhança com a locação, pois que nesta há uma vontade e uma utilidade para o dono, ao passo que no como-

4 Neste sentido é o magistério de Josserand, Pacifico-Mazzoni, Demogue, Baudry-Lacantinerie, Serpa Lopes, Ermann, Carrara, Karl Larenz, Schneider et Fick, Von Tuhr, Zabel, Santos Briz, Reichel, Boemet.

5 Salvat, *Tratado*, vol. VI, nº 2.522; Ruggiero e Maroi, loc. cit.; Enneccerus, Kipp y Wolff, loc. cit.; Cerruti Aicardi, ob. cit., nº 436.

6 De Page, ob. cit., nº 119.

7 Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, vol. XI, nº 1.129.

dato somente o comodatário se beneficia.⁸ Se o comodato for, entretanto, conveniente, como no caso de facilitar a conservação da própria coisa, poderá realizar-se, uma vez que preceda autorização especial do dono, ou, se for este incapaz, do juiz (Código Civil, art. 580).

Importando apenas em cessão de uso, não há mister seja o comodante proprietário. Basta que, por direito, lhe pertença o mesmo uso, salvo vedação legal ou contratual, como ocorre com o locatário de prédio urbano, proibido de emprestá-lo sob pena de despejo.

Objetivamente considerada, pode ser comodada qualquer coisa *não fungível*, seja móvel, seja imóvel. Coisa fungível não pode ser objeto de comodato, porém de mútuo, pois que a sua caracterização pelo gênero e pela qualidade é incompatível com a restituição em espécie, que pressupõe a identificação pelos caracteres individuais do bem. É por isso que o empréstimo de títulos ao portador (apólice ou ações) é mútuo, salvo se indivíduos pela menção de série, número, emissão etc. com a obrigação de sua restituição específica.⁹

Excepcionalmente admite-se que, pela convenção, as partes ajustem a infungibilidade de coisas naturalmente fungíveis, e será então lícito o seu empréstimo de uso, denominado *commodatum pompae vel ostentations causa*,¹⁰ como no exemplo de um comerciante que toma por empréstimo mercadorias de um colega, com o fito de exibi-las em uma exposição, comprometendo-se a restituir as mesmas, não obstante serem, por natureza, bens fungíveis, ou consumíveis.

O comodatário recebe a coisa tal qual se acha, sem que exista para o comodante a obrigação de pô-la em estado de servir, nem de repará-la.¹¹

Completando os requisitos deste contrato, cumpre assinalar a sua temporiedade. Se for perpétuo, deixa de ser empréstimo, e passa a doação. Pelo nosso direito, o comodante tem a faculdade de reclamar a coisa a qualquer tempo, se for de duração indeterminada. Mas não chega a confundir-se com o precário, que, no Direito Romano, traduzia a reserva de recobrar a coisa a todo tempo. No comodato aquela faculdade há de conciliar-se com a utilização. O contrato se despiria de qualquer significação jurídica, e perderia o conteúdo econômico, se o prestador pudesse

8 Espinola, *Contratos Nominados*, nº 123.

9 De Page, ob. cit., nº 120.

10 Clóvis Beviláqua, Comentário ao art. 1.248 do Código Civil de 1916; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. II, nº 799. Tradução: "Comodato para pompa e ostentação".

11 Larenz, *Obligaciones*, § 46.

reclamar a restituição em seguida à *traditio*.¹² O Código brasileiro não cogita do precário; nem com ele se confunde o comodato. Já o Código italiano de 1942, na figura do comodato sem duração determinada (art. 1.810), considera o empréstimo um *precarium*.

Ajustado o contrato a *prazo certo*, deve este ser respeitado, salvo se o comodante, demonstrando em juízo a sua necessidade, *urgente e imprevista*,¹³ vier a ser autorizado a antecipar sua recuperação (Código Civil, art. 581).

Obrigações. A principal obrigação do comodatário é *conservar a coisa*, usando-a na finalidade estipulada, ou segundo a natureza dela (Código Civil, art. 582), sob pena de responder pela sua perda ou deterioração. Não basta um cuidado elementar. O Direito Romano se não contentava com a diligência comum de um pai de família. Ia mais longe, e reclamava as atenções de um que fosse diligentíssimo: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*.¹⁴ Nosso Código não faz esta comparação, mas exige que o comodatário lhe dê o tratamento que dispensa às coisas suas, não lhe servindo de escusativa, obviamente, ser habitualmente desleixado. A rigor exige ainda maiores cuidados, pois que responde por perdas e danos o comodatário se, correndo igual risco a coisa sua e a comodada, der preferência àquela no salvamento (Código Civil, artigo 583), ainda que provenha do fortuito ou força maior.

Completando esse dever: não tem o comodatário o direito de recobrar do comodante as despesas normais de conservação e manutenção da coisa, ainda que necessária ou indispensável, como a alimentação e o tratamento do animal, ou a lubrificação da máquina. Não assim em relação aos gastos extraordinários, a cujo respeito deve avisar o comodante, para que os proveja, e em caso de urgência efetué-los com direito a reembolso, como será visto *infra*. Correlata ainda do dever de conservação é a guarda da coisa, para que se não perca ou deteriore.¹⁵

É preciso, porém, que se assinala não existir incompatibilidade entre o dever de conservação e manutenção e a colheita dos frutos, salvo se, pela convenção ou pelas circunstâncias, tal não resultar interdito.¹⁶

12 Espinola, nº 124.

13 Ruggiero e Maroi, loc. cit.; De Page, ob. cit., nº 119.

14 *Digesto*, liv., XIII, tit. VI, fr. 18.

15 De Page, ob. cit., nº 128.

16 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, § 137.

A sanção da obrigação de conservar e manter é a responsabilidade do comodatário pelo dano que advenha à coisa. Não, porém, pelo fortuito, senão na hipótese acima aludida de preteri-la no salvamento, ou se estiver em mora de restituir. Em consequência, não responde pelo que lhe ocorrer em razão do uso normal ou pela ação do tempo.¹⁷

A segunda obrigação é *restituir* o objeto no prazo ajustado, ou, em sua falta, quando lhe for reclamado, ressaltado, como visto, o tempo necessário a que preencha a finalidade para a qual o contrato foi celebrado. Se houve empréstimo para certo fim, o comodante terá de aguardar que se cumpra. Em qualquer caso, esboçado o conflito de necessidades, e provada a urgência, decidirá o juiz resolvendo o contrato sem direito de reparação.

Sancionando o dever de restituição, determina a lei que o comodatário, notificado, e assim constituído em mora, estará sujeito ao pagamento do aluguel que lhe for fixado ao arbítrio do comodante, mesmo que em cifra elevada, pois não se trata de retribuição correlativa da utilidade, mas de uma pena, a que se sujeita o contratante moroso (Código Civil, art. 582). Não pode essa fixação, no entanto, ser abusiva, já que se aplica aqui analogicamente o disposto no art. 413 do Código, que permite ao juiz a redução equitativa da multa se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Sujeito ativo da obrigação de restituir é o próprio comodante, ou quem tenha poderes, convencionais ou legais, para recebê-la. Se foi emprestada por um menor, será devolvida a seu pai ou tutor. Morrendo o comodante, a restituição far-se-á ao inventariante ou aos herdeiros.¹⁸

Se duas ou mais pessoas receberam simultaneamente a mesma coisa em comodato, ficarão solidariamente responsáveis, o que se justifica pela gratuidade essencial a este contrato.¹⁹ Em consequência, qualquer delas pode ser acionada, ainda que se prove que o dano foi causado por um só, contra o qual o demandado terá ação regressiva.

Em princípio, o comodante não tem obrigações. *Eventualmente*, contudo, é possível que venham a aparecer, e em duas hipóteses:

Tem de reembolsar o comodatário pelas despesas que este fizer na coisa, sob a dupla condição de serem *extraordinárias e urgentes*,²⁰ isto

17 Serpa Lopes, *Curso*, vol. IV, nº 618.

18 Cerruti Aicardi, ob. cit., art. 448.

19 De Page, ob. cit., nº 132.

20 Clóvis Beviláqua, Comentários ao art. 1.254.

é, importem em gastos que excedam da sua conservação normal, e não possam aguardar que o comodante, avisado, as efetue oportunamente. Não caberá, todavia, reembolso pelas despesas para a melhoria dela, ainda que ultrapassem da normalidade e a tornem mais prestadia.²¹

Até o pagamento, terá o comodatário, direito de retenção, por aplicação do mesmo princípio que o assegura pelas benfeitorias necessárias.²²

Cabe ao comodante indenizar o comodatário dos prejuízos causados por vício oculto da coisa, dos quais tinha conhecimento, e dolosamente não preveniu em tempo o comodatário.²³

246. MÚTUO. CONCEITO. OBRIGAÇÕES. ONEROSIDADE E GRATUIDADE. ÚSURA. ABERTURA DE CRÉDITO. CONTA-CORRENTE

Mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis (Código Civil, art. 586), isto é, o contrato pelo qual uma das partes transfere uma coisa fungível a outra, obrigando-se esta a restituir-lhe coisa do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma quantidade.

Diferentemente do comodato, que realiza apenas a cessão de uso, o mútuo ou *empréstimo de consumo* exige a transferência da propriedade mesma, por não se conciliar a conservação da coisa com a faculdade de consumi-la, sem a qual perderia este empréstimo a sua utilidade econômica. Pela mesma razão, e ainda em diferença do comodato, o mutuante há de ser dono da coisa mutuada, pois que *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*;²⁴ e, se pressupõe a translação do domínio, somente quem dele é titular estará habilitado a mutuar. Em consequência, feito o mútuo por quem não tem a propriedade, pode o *verus dominus* reivindicar a coisa em poder do mutuário, e se já não existir, reclamará indenização por perdas e danos.²⁵

21 De Page, ob. cit., nº 135.

22 Serpa Lopes, ob. cit., nº 623; M. I. Carvalho de Mendonça, *Contratos*, vol. I, nº 54; Espinola, ob. cit., nº 126.

23 Ruggiero e Maroi, loc. cit.; Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., § 138; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. II, nº 2.895; Cerruti Aicardi, ob. cit., nº 452; Espinola, ob. cit., nº 126; Serpa Lopes, ob. cit., nº 624, *Código Civil italiano*, art. 1.812; Código polonês das Obrigações, art. 421; BGB, art. 599.

24 "A ninguém é dado transferir mais direitos do que possui".

25 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, vol. II, § 164.

Os caracteres jurídicos deste contrato são:

A – Real. Já nos temos pronunciado em tese contra esta classificação dos contratos, que nos parece um romanismo inútil, e por entendermos que basta o acordo de vontades à sua celebração. A tradição do objeto é o primeiro ato de sua execução e a *conditio iuris* da restituição. Seria então obrigação do mutuante. Este modo de ver já entrou em alguns Códigos, como o suíço e o polonês das Obrigações, e futuramente fará novas conquistas. Dentro da nossa sistemática, entretanto, mantida pelo Código Civil de 2002, a entrega efetiva da coisa é requisito de constituição da relação contratual. Sem a *traditio* há apenas *promessa de mutuar (pactum de mutuo dando*, contrato preliminar), que se não confunde com o próprio mútuo. A promessa de mutuar, que pode ser bilateral ou unilateral, conforme o mutuário fique ou não obrigado a receber a quantia ou coisa prometida, é suscetível de revogação por parte do promitente-mutuante, quando nas circunstâncias patrimoniais da outra parte ocorrer sensível mudança, que induza a sua insolvência.²⁶ Mas, se recusar injustificadamente a efetivação do empréstimo, infringe o contrato, e responde por perdas e danos.

B – Unilateral. Somente o mutuário contrai obrigações, uma vez que o mutuante outra não tem senão a de entregar a coisa, ato que, nos contratos ditos reais, integra a sua constituição.

C – Gratuito. O mútuo é naturalmente gratuito, embora não o seja essencialmente. Na falta de estipulação, presume-se a gratuidade. Não é incompatível a retribuição com a unilateralidade, porque, ajustados os juros, quem por eles responde é a mesma parte a quem incumbem as demais obrigações.

D – Temporário. O mútuo é um contrato substancialmente temporário. É da sua essência a restituição. Se fosse perpétuo, confundir-se-ia com a doação o gratuito, e com a compra e venda o oneroso.

E – Translatício do domínio. porque opera para o mutuário a transferência da propriedade da coisa emprestada. A doutrina entende, contudo, que o mútuo não é *contrato de alienação*, como a doação ou a compra e venda, porque o efeito translativo não é o seu fim principal, mas o meio de sua efetivação.²⁷

26 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, § 141.

27 De Page, *Traité*, vol. V, nº 138; Espinola, *Dos Contratos Nominados*, nº 128.

Ao tratarmos dos seus *requisitos*, temos em vista não mais que aqueles específicos, pondo à margem os que são comuns a quaisquer contratos, ou aos negócios jurídicos em geral. E, assim, vemos:

Subjetivos. Para contratar um mútuo, é mister a capacidade das partes. O mutuante tem de ser apto para dispor da coisa. O mutuário também tem de ser habilitado a obrigar-se. O Direito Romano, a este propósito, enunciava um princípio, conhecido como *Senatusconsulto macedoniano*, o qual, atravessando os séculos, veio incorporar-se no direito positivo de vários povos, inclusive no nosso Código Civil (art. 588), segundo o qual o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele em cuja guarda estiver (pai, mãe, tutor), não pode ser reavido nem do mutuário nem de seus fiadores. Trata-se de um preceito protetor contra a exploração gananciosa da sua inexperiência. E foi imaginado como técnica para impedir as manobras especuladoras, mediante a punição ao prestador, que perderá a coisa mutuada se fizer o empréstimo proibido. A pena deixará de aplicar-se, porém:

1 — Se houver *ratificação ulterior* da pessoa, cuja *autorização* era necessária à sua validade, ou do próprio mutuário após a maioridade ou emancipação, casos em que convalence o ato, como se desde o princípio houvesse.

2 — *Alimentos.* Na ausência do responsável, tendo o menor necessidade de prover os seus alimentos, não quer a lei que vá recorrer à caridade pública, nem que se prive do indispensável. Ao revés, admite reembolso para o empréstimo tomado com esta finalidade, uma vez provada ela. A lei faz alusão aos *alimentos*, como expressão genérica, abrangendo assim os *naturais (alimentação)* como os *civis* (despesas com vestuário, colégio etc.). Justifica-se o empréstimo por não ser estímulo ao mal, porém gasto que a piedade paterna não recusaria — *quos patris pietas non recusaverit*.

3 — *Patrimônio próprio.* Se o menor tiver bens adquiridos com o fruto do seu trabalho, responde pelo empréstimo obtido até o limite do seu valor, pois que, sendo bens por ele adquiridos com a sua atividade, presume-se ter discernimento bastante para defendê-los.

4 — *Empréstimo em benefício do menor.* Se o empréstimo tomado pelo menor tiver gerado para ele benefícios econômicos, tem ele responsabilidade pelo seu pagamento, regra que nada mais é que uma concretização do princípio da proibição do enriquecimento sem causa expressamente previsto nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

5 — *Dolo do menor.* Se o menor, entre 16 e 18 anos, para obter o empréstimo, dolosamente ocultou a sua idade e, declarando-se maior, in-

culcou-se uma situação que não é a sua, não poderá invocar mais tarde a menoridade, e assim eximir-se da obrigação. Pois que, segundo a velha regra, não se pode beneficiar do favor aquele cuja malícia tenha revelado um grau de desenvolvimento que dispensa proteção: *malitia supplet aetatem*.

Pode ainda acontecer que do empréstimo contraído pelo menor se beneficie diretamente a pessoa que deveria autorizá-lo. Não tolerando o direito que alguém se locuplete à custa alheia, ao mutuante é lícito reaver o que emprestou, acionando aquele que se aproveitou, e não o menor, cujos bens se põem forros da garantia.

Objetivos. Em princípio, qualquer coisa fungível, de que seja dono o mutuante, pode ser emprestada.

O mais comum é o dinheiro. Outros bens podem sê-lo, todavia, e, em atenção a eles, regras especiais podem ser invocadas.

Obrigações. Normalmente não as há para o *mutuante*, já que, pelo nosso direito, a entrega da coisa é ato constitutivo do contrato mesmo. Não há dever de reembolsar *despesas de conservação*, porque a coisa mutuada passa à propriedade do mutuário. Mas responde pelos prejuízos decorrentes de vícios ou defeitos da coisa, de que tinha conhecimento, e a respeito dos quais não advertiu o mutuário.²⁸

A obrigação primeira do *mutuário* é *restituir* o que recebeu, em coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Não afeta esta obrigação o aumento ou diminuição do seu preço, pois que é a própria coisa que exprime a utilidade para o mutuante e não o seu valor.²⁹ Não são válidas as cláusulas monetárias que importem em impedir ou embarçar, nos seus efeitos, o curso forçado da moeda em circulação, pelo valor legal, conforme vimos no n° 148, *supra* (vol. II).

Efetuada, porém, um mútuo em moedas de ouro ou de prata, pode-se estipular a restituição nas mesmas espécies, independentemente de uma oscilação do valor; se o ouro ou a prata, como espécie metálica, podem ser mutuados, razão não militará por certo para que a mesma permissão seja negada às mesmas espécies, pelo só fato de se acharem amoedadas.³⁰ Lícito-

28 Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, vol. III, n° 1.458; Cunha Gonçalves, *Dos Contratos em Especial*, n° 146; Ruggiero e Maroi, loc. cit.

29 De Page, ob. cit., n° 144.

30 O empréstimo em espécies metálicas ou em moeda estrangeira foi restringido por vários atos normativos. Atualmente essa espécie de mútuo continua restrita (art. 318 do Código Civil), mas pode ser pactuada em situações excepcionais previstas em legislação específica. O Decreto-Lei n° 857, de 11 de setembro de 1969, permite-os

ta é, ainda, a cláusula pela qual o mutuário se obriga a devolver a coisa ou o seu valor no momento da restituição, e nem se desfigura o contrato, que será, nesse caso, empréstimo com obrigação alternativa.³¹ Nos contratos de repasse de empréstimo tomado pelos bancos, em moeda estrangeira, é lícita a cláusula de correção cambial.

Para a determinação da oportunidade em que deve ser feita a restituição obedecem-se às regras seguintes.

A – É livre às partes convencionar o que bem lhes apraza. Prevalecerá, pois, o que for estipulado. Às vezes o legislador, tendo em vista a ocorrência de acontecimentos graves que afetam a economia de uma certa atividade (lavoura, pecuária), ou o impacto de crises sociais ou políticas, decreta a *moratória*, que é prorrogação de vencimento das obrigações (v. n° 99, *supra*, vol. I). Quando o faz, o mutuário tem a faculdade de usar o prazo de favor, que, pelo seu caráter de ordem pública, prefere à convenção das partes.

De regra, o prazo estipulado para o pagamento vigora a favor de ambas. O mutuante não pode reclamar antes do termo, salvo nas hipóteses legais de vencimento antecipado da obrigação, ainda que o empréstimo seja gratuito, porque o mutuário não é obrigado a ter as coisas à sua disposição,

nas seguintes situações (art. 2°): I – aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior; III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional; V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país. O art. 6° da Lei n° 8.880, de 27 de maio de 1994, também estabelece a exceção nos “...contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior”. Continua defesa em lei a cláusula que estabeleça a restituição em espécie metálica ou em moeda estrangeira, se o empréstimo é feito em moeda corrente e/ou cláusula que estabeleça a correção do valor do mútuo pelas variações dessas espécies de bens.

31 De Page, ob. cit., n° 144.

por serem consumíveis.³² Não pode o mutuário, a seu turno, compelir o mutuante a receber as coisas, objeto do mútuo, antes do dia aprazado.

B – Se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo como para a semeadura, presume-se que o prazo para restituição será até a próxima colheita, sem atenção à natureza do objeto e à finalidade do empréstimo.

C – O mútuo pecuniário considera-se vencível em 30 dias, pelo menos, e nesse prazo tem de ser pago, salvo ajuste em contrário.

D – Para quaisquer outros bens, o mutuante declarará o prazo para restituição. Como o arbítrio ao mutuante pode converter o mútuo em pecuniário, considera-se que a regra significa que, a todo tempo, tem a faculdade de intimar o devedor, fixando-lhe um prazo dentro do qual seja razoável o pagamento.³³

Sofrendo o mutuário alteração de sua situação econômica, capaz de pôr em risco a *solutio*, o mutuante tem a faculdade de exigir-lhe garantia de restituição, regra que o legislador entendeu ditar expressa (Código Civil, art. 590) e que é aplicação ao empréstimo daquele princípio destinado aos contratos bilaterais (Código Civil, art. 477), cuja extensão já foi acima deduzida (v. n° 215, *supra*).

Se se impossibilitar a devolução específica, por causa não imputável ao devedor, caberá substituição da *res debita* pelo seu equivalente pecuniário.³⁴

Não pode o mutuante ser compelido a receber, *pro parte*, se isto não tiver sido ajustado. Quando hipotecária ou pignoratícia a dívida, é lícito ao mutuário liquidá-la por antecipação ou amortizá-la, obrigado o mutuante a receber, desde que a parcela oferecida não seja inferior a 25% do valor do débito inicial (Decreto n° 22.626, de 7 de abril de 1933, art. 7° e § 1°). A prática dos negócios instituiu modalidade especial de mútuo amortizável, segundo a chamada *Tabela Price*, o qual se baseia na determinação de um multiplicador fixo, que, aplicado sobre o capital, estabelece uma prestação pagável por períodos (meses, ou trimestres, ou semestres, ou anos), operando ao fim do prazo ajustado a liquidação do capital e juros estipulado.

32 De Page, ob. cit., n° 143.

33 João Luis Alves, *Código Civil Anotado, Observação 1°* ao art. 1.264; Clóvis Beviláqua, Comentários ao art. 1.264 do Código de 1916.

34 Trabucchi, *Istituzioni*, n° 338; Ruggiero e Maroi, loc. cit.

Não há requisito especial para a *prova* do mútuo, que tanto se evidencia com a emissão de título abstrato (nota promissória), aceite de saque abstrato ou causal, como a confissão formal da dívida (quirógrafo comum, escritura pública), ou ainda, como adverte Enneccerus, simplesmente com um recibo da quantia emprestada.³⁵

Se o mútuo se destina a fins econômicos, presumem-se incidentes os juros (Código Civil, art. 591). Por fins econômicos se entende aquele mútuo que não é feito por cortesia, amizade ou espírito de solidariedade. Os juros, pelo novo sistema instituído pelo Código de 2002, em seu art. 406, têm como limite legal a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, hoje denominada “taxa selic”, que atualmente é muito superior aos juros legais do Código anterior, cujo percentual máximo era de 6% (seis por cento) ano. A propósito do *mútuo*, *usura* e sua repressão e liberação de juros nas operações das instituições financeiras, reportamo-nos ao que expusemos no n° 147, *supra* (vol. II), sob a epígrafe *Prestação de juros*.

No âmbito do mútuo foi que se desenvolveu extremamente o comércio bancário. Além das modalidades comuns, de empréstimo por desconto de títulos à ordem, adquiriram grande incremento o contrato de financiamento, a abertura de crédito e a conta-corrente. No contrato de financiamento, o banco obriga-se a fornecer numerário em parcelas na medida das necessidades de custeio, ou de atendimentos de compromisso do devedor, resultantes de negócio determinado (construção de prédio, execução de empreitada etc.).

Na *abertura de crédito*, o banco compromete-se a acatar saques do devedor, até um montante estipulado como limite do crédito aberto, sujeitando-se o mutuário ao pagamento de uma comissão percentual calculada sobre aquele limite, além dos juros computados sobre o débito efetivo. A sua caracterização jurídica é muito controversa. Levando em consideração a concepção tradicional do mútuo como contrato real, a abertura de crédito é um contrato preliminar,³⁶ promessa de mutuar que se converte automaticamente em mútuo com o lançamento da quantia a crédito da conta do mutuário independentemente de tê-la este sacado ou usado, bastando que fique ali à sua disposição. Não falta, porém, quem a identifique

35 Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., § 140.

36 Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., n° 1.434.

desde o início com o mútuo, em que se abria mão do caráter real.³⁷ Mútuo e abertura de crédito têm, sem dúvida, pontos de chegada aproximação, pois que em ambos há empréstimo de coisa fungível (dinheiro), mas apresentam aspectos de viva diversificação: a) o creditor obriga-se a efetuar a tradição da quantia, ao passo que o mutuante começa por efetuar-la; b) no mútuo o acordo é concomitante a essa tradição, na abertura de crédito antecede-a; c) na abertura de crédito adquire o creditado a faculdade potestativa de usá-lo no limite convencional, global ou parceladamente, sem a previsão do *quantum* necessitado, nem da oportunidade da utilização, enquanto no mútuo o mutuário adquire a propriedade da coisa, esgotando-se o seu direito contra o mutuante; d) no mútuo há tradição da coisa emprestada, e restituição em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, ao passo que na abertura de crédito o reembolso se faz em dinheiro, ainda que o creditor entregue coisas diversas (títulos de crédito, mercadorias etc.), representativas de um valor pecuniário.³⁸

Na conta-corrente (que pode combinar com a abertura de crédito), as partes ajustam um movimento de débito e crédito, por lançamentos em conta, e podem estipular que os saldos credores, para um ou para outro, vencerão juros. É preciso, porém, não confundir o *contrato de conta-corrente* com o desdobramento de conta em forma de partidas de *deve e haver*, por exemplo, o *depósito bancário*, pois que, enquanto aquela é uma *relação contratual*, esta não passa de uma demonstração gráfica de operações isoladas.³⁹ O contrato de conta-corrente pratica-se no comércio com frequência. As partidas inscritas na conta não perdem a sua individualidade nem se desvinculam do título constitutivo.⁴⁰ Para conhecimento e aprovação recíproca, um dos contratantes remete ao outro um *extrato da conta*, que não traduz liquidez e certeza, e não autoriza cobrança executiva, senão após aprovação ou aceitação do devedor. A maior utilidade da conta-corrente é produzir a compensação dos débitos e créditos, dispensando reciprocamente os pagamentos diretos (v. o que dissemos no n° 163, *supra*, vol. II).

37 Francesco Camelutti, *Teoria Giuridica della Circolazione*, págs. 28 e segs.

38 Serpa Lopes, *Curso*, vol. IV, n° 629; Paulo de Lacerda, *Do Contrato de Abertura de Crédito*, n° 102; Lyon Caen et Renault, *Traité de Droit Commercial*, vol. IV, n° 684 e segs.

39 Paulo de Lacerda, *Do Contrato de Conta-Corrente*, n° 5.

40 Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 165.