

42
7672
2012
v. 42

Pontes de Miranda

TRATADO DE
DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XLII

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Mútuo. Mútuo a risco.
Contrato de conta corrente.
Abertura de crédito.
Assinação e Acreditivo.
Depósito

Atualizado por
Bruno Miragem

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

O mutuante tinha as ações nascidas da *stipulatio certi*: a *actio certae creditae pecuniae*, se o que se emprestou fôra dinheiro, e a *condictio triticaria*, se o que se emprestou fôra outro bem fungível.

O senatusconsulto Macedoniano, por volta do ano 47, retirou eficácia a empréstimos feitos a filho-família, mesmo se tornado capaz com a morte do pai (L. 1, pr., D., *de senatus consulto Macedoniano*, 14, 6). Assim se evitou que, em vida do pai, se especulasse com os filhos. O senatusconsulto não incidia se o pai emancipava o filho e êsse voluntariamente pagava, ou se o pai ou terceiro solvia a dívida. Na L. 7, C, *ad senatus consultum Macedonianum*, 4, 28, falou-se de ser ratificado o contrato se o pai assentia, mas, na espécie de que cogitamos, não há invalidade, mas ineficácia, de modo que não é prudente barulharem-se as espécies. Em todo o caso, a rigor, não havia, aí, obrigação natural (H. SIBER, *Gedenkschrift für Ludwig Mitteis*, 60 s.).

2. DIREITO GERMÂNICO E DIREITO MEDIEVO. – No antigo direito germânico, o mútuo inseria-se no comodato.

No século XIII, a despeito das cominações da Igreja, o mútuo com juros se difundiu. Todavia, através dos séculos, as proibições pulularam, até que se limitaram à fixação da taxa de juros.

§ 4.586. CONCEITO DE MÚTUO

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.256. – No art. 1.256 do Código Civil define-se o mútuo: “Mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dêle recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Deu-se o bem, a propriedade do bem, e não só o uso, o cômodo. No art. 1.248, ao definir-se o comodato, frisou-se que é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. ¿Que nome há de ter, portanto, o empréstimo oneroso de coisas não fungíveis? Não é empréstimo; é locação de coisas.

Só o dinheiro ou bens fungíveis podem ser objeto de contrato de mútuo. Se se entregam títulos de crédito – ou, mais largamente, títulos de valor, como bilhetes de banco e ações ao portador – com indicação de cotação do dia, é questão de interpretação determinar-se se foi prestado o valor dêles em dinheiro, ou se número igual de valôres da mesma espécie.

Há os três momentos: contrato de empréstimo, acôrdo de transferência, tradição; e não só dois: acôrdo de transferência, em mútuo; tradição. No mútuo contrato real, os momentos são num só momento. A estrutura do mútuo gratuito, real, caracteriza-se por sòmente prestar o mutuante e sòmente, após êle, ter deveres e obrigações o mutuário (P. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 3.^a ed., 652; G. PLANCK, *Kommentar*; II, 4.^a ed., 542; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.^a-9.^a ed., 1155, nota 2; CARL CROME, *System*, II, 596, e *Die partiarischen Rechtsgeschäfte*, 398; contra, -JOSEF KOHLER, *Lehrbuch*, II, 339; KONRAD COSACK, *Lehrbuch*, I, 580; H. LAMMFROMM, *Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatz-Vertrag*, 78; A. AFFOLTER, *Das verzinsliche Darlehen*, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 26, 11).

No direito brasileiro, o mútuo é, de regra, contrato real: exige, para ser, o elemento “entrega da coisa”, A entrega da coisa, aí, não é elemento necessário à validade do contrato, nem à sua eficácia; é elemento necessário à sua existência. Sem a entrega da coisa, não há ainda mútuo: o suporte fático do negócio jurídico é insuficiente; e não deficiente; tudo se passa no *plano da existência*, onde o “não” importa que não se possa pensar em validade ou invalidade, eficácia ou ineficácia. Há o dever e a obrigação de restituir, porque houve o acôrdo e a entrega, de modo que, se o acôrdo foi anterior à entrega, o suporte fático só se torna suficiente com a entrega.

No direito brasileiro, pode haver o mútuo consensual; porque se tem como suporte suficiente o que a lei não considera o ordinário.

Aqui, convém que frisemos a diferença entre pré-contrato de mútuo e mútuo consensual. O mútuo consensual já é mútuo. Não há mútuo no pré-contrato de mútuo. Por isso mesmo, se alguém defende a existência, no sistema jurídico, do contrato consensual de mútuo, não pode satisfazer-se com os argumentos que teria para sustentar que existe o pré-contrato de mútuo.

Se se prometeu dar mútuo, há promessa unilateral de mútuo; se se prometeu receber mútuo, há promessa unilateral de receber em mútuo; se um prometeu dar e outro receber, há promessa bilateral, porém não mútuo consensual. São as três figuras do *pactum de mutuo dando*, do *pactum de mutuo accipiendo*, e do *pactum de mutuo dando et accipiendo*. Veja Tomo III, § 251, 5.

A opinião que atribuiu ao direito romano admitir o mútuo consensual (e. g., F. SCHÄFER, *Der Darlehensvertrag*, 40, com referência a L. 31, D., *locati conducti*, 19, 2) foi repelida.

Hoje, se não se disse que se transmitia a propriedade do dinheiro ou da coisa fungível, mas apenas que se prometia prestar, não houve mútuo contrato real, e sim mútuo contrato consensual ou promessa de mútuo (*pactum de mutuo dando*, pré-contrato de mútuo). Para que o mútuo real ocorra, é preciso que o mutuário adquira, à conclusão do contrato, o uso do bem fungível; não que seja proprietário da coisa entregue o mutuante. O mutuário pode receber do mutuante a coisa que é de outrem, mas da qual podia dispor, ou recebê-la de terceiro, em virtude de ordem ou mandato de mutuante, ou de assinação, ou de cessão de crédito. O mútuo contrato real conclui-se no momento em que se dá a transferência do dinheiro ou do título; não só no momento em que o portador do título receba a soma constante *do título*. É freqüente concluir-se o mútuo com o ato de creditar-se na conta do mutuário a soma, ou de se entregar ao mutuário a ordem de transferência do crédito. O recibo do valor para efeito de se considerar paga ao mutuante alguma conta do mutuário, ou de terceiro, é elemento suficiente.

O mútuo pode ter finalidade, escopo, que resulta de alguma cláusula, ou de lei. Por exemplo: A dá em mútuo a B, para que pague o que deve a C, ou para que acabe a construção do edifício (pode ser, até, que A tenha pré-contrato para a compra de andar, ou de apartamento), ou para que B compre uma casa ou um escritório. Para que nasça a B o dever de aplicação, é preciso que haja cláusula ou pacto expresse. Fora daí, a aplicação do bem fungível é simples *motivo*.

Se foi estipulado que o mutuário aplicaria a soma, ou parte da soma, a não-aplicação é infração do contrato, e dela resultará resolução, se foi inserta, ainda só implicitamente, a cláusula. A infração é do *dever de aplicar*.

Se é a lei que exige a aplicação, há o *dever de aplicar*, salvo se a regra jurídica é de *recomendação*, ou para que nasça algum direito do mutuário. Os mútuos feitos pelo Estado, para determinado fim, são sempre com o dever da aplicação, por ser implícito ou explícito, em tais espécies, que se vinculou a isso o mutuário.

O mutuário tem de restituir. Os juros e outros proveitos que se prometam ao mutuante é que correspondem ao poder de uso e de disposição que adquire, por algum tempo, o mutuário. Os juros e outros proveitos bilateralizam o contrato de mútuo. Discute-se *a)* se a *causa* do mútuo está na transferência da propriedade, por algum tempo, ou *b)* se no uso e disponibilidade do bem mutuado. A solução verdadeira é *b)*: a transmissão foi para permitir o uso, e não o fim em si, como ocorreria na transmissão

da propriedade sob condição resolutiva. O que é possível na locação de coisas, o uso, ou o uso e a fruição, ou no próprio comodato, não é possível no mútuo, que recai sobre bens fungíveis. O negócio teve de ser *indireto*: para que se obtenha o que se quer, recebe-se *mais* do que seria preciso se não houvesse a fungibilidade (e consumibilidade) do bem.

A palavra “empréstimo” que corresponde ao mútuo e ao mútuo e ao comodato, é expressiva.

2. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE MÚTUO. – Quando os juristas se encontram diante de contratos como o de compra-e-venda, ou o de troca, e o de doação, facilmente os classificam, respectivamente, como contrato bilateral e como contrato unilateral. A propósito do mútuo, a falta de expressões como *emptio venditio* e *locatio conductio* serviu para não se pensar em qualquer bilateralidade do contrato. Mas as dúvidas surgiram. Houve quem a visse no dar prestação e no restituir outra prestação, o que estala de contradição. Mais: quem apontasse na fixação do prazo, que se deu, somente o termo; portanto, se a propriedade se transferiu, isso só resolutivamente ocorreu.

No mútuo com interesse contrapresta-se, salvo se esses interesses não correspondem ao que se retira pela entrega do bem fungível, temporariamente. Se o bem não fosse fungível, ou se lhe admitisse, pelo contrato, a fungibilidade, tratar-se-ia de locação. O aluguer está para os juros como a coisa trocada está para o preço do bem vendido.

Se o mútuo é sem interesses, é o correspondente do comodato, com a diferença que resulta de ser fungível o que se emprestou.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.586. A – Legislação

O Código Civil de 2002 reproduziu *ipsis literis*, em seu art. 586, a definição legal do contrato de mútuo presente no art. 1.256 do CC/1916. Da mesma forma, note-se que o Código Civil de 2002, sob a pretensão de disciplina uniforme das obrigações civis e comerciais, passou a normatizar também o mútuo mercantil, uma vez que revoga o disposto no art. 247 do CCo. Todavia, permanecem em vigor as disposições sobre empréstimo de risco ou câmbio marítimo prevista nos arts. 633 a 665 do CCo, porque relativas ao comércio marítimo, cuja vigência não foi afetada pelo Código Civil de 2002.

Por outro lado, tratando-se de empréstimos contraídos por sociedade anônima, mediante emissão de debêntures simples ou conversíveis em ações, aplica-se o disposto nos arts. 52 a 74 da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.).

Já no caso do mútuo que se desenvolva como espécie de contrato bancário, a disciplina, a par das regras gerais sobre mútuo, fixadas pelo Código Civil, se dá pela competência reconhecida ao Conselho Monetário Nacional – CMN – e ao Banco Central do Brasil – Bacen –, nos termos da Lei 4.595/1964. Inclusive para fixação, quando for o caso, da disciplina de juros, no contrato de mútuo oneroso, não se aplicando a este, quando se trate de mutuante instituição financeira, o limite estabelecido pelo Decreto-Lei 22.626/1933. E nesses casos, quando se caracterize como contrato de consumo, aplicam-se concomitantemente as disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

No que se refere ao mútuo de escopo, vinculado a uma finalidade específica, cite-se a legislação do Sistema Financeiro da Habitação, especialmente a Lei 4.380/1964 e a legislação que a ela se seguiu. Assim como para o mútuo com finalidade de financiamento agrícola, o art. 9.º da Lei 4.829/1965. Inclusive, podem dar causa à emissão de título representativo da dívida, caso da cédula de crédito comercial, de que trata o Dec.-lei 413/1969 e cédula de crédito comercial, de que trata a Lei 6.840/1980.

Pode incidir sobre os contratos de mútuo, ainda, o disposto no Dec.-lei 857/1969, que consolida a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil, especialmente quanto aos limites para definição do objeto do mútuo.

§ 4.586. B – Doutrina

Mantém-se atual o debate acerca da natureza jurídica do contrato de mútuo, se contrato real, porque exige a entrega da coisa requisito de existência do negócio, ou contrato consensual, se apenas necessário o acôrdo de vontade das partes. O entendimento majoritário, inclusive com fundamento na doutrina de Pontes de Miranda, é de que se trata de contrato real, distinguindo especialmente a celebração do contrato de mútuo e a promessa de mútuo. Vale dizer que assim se posiciona a maioria dos comentadores do Código Civil de 2002. Por outro lado, sustentando a natureza consensual do contrato, e qualificando a entrega da coisa fungível como única obrigação do mutuante, na fase de execução do contrato, posiciona-se Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. III, p. 315). Ainda se observa na doutrina a posição que distingue o mútuo gratuito do mútuo oneroso, de modo que no primeiro, por não haver contraprestação do mutuário senão a obrigação de devolução, somente a entrega da coisa caracterizaria a manifestação da vontade. Já no caso de mútuo gratuito, segundo esta visão, poderia ser identificado o mútuo como contrato consensual. Na classificação de Pontes de Miranda, contudo, essa distinção será relevante para outro fim, qual seja, critério de classificação da natureza unilateral ou bilateral do mútuo.

No tocante ao mútuo de dinheiro vinculado à realização de uma determinada finalidade, a doutrina refere-se a ele mediante a expressão “financiamento”/“contrato

de financiamento”, referência adotada também pela legislação (por exemplo, o art. 52 do CDC, Lei 8.078/1990).

§ 4.586. C – Jurisprudência

O contrato de mútuo, especialmente o mútuo de dinheiro, tem largo desenvolvimento na jurisprudência recente das Cortes brasileiras.

Há entendimento consolidado no sentido de que, quando o mutuante for instituição financeira, não se aplica o limite para juros fixado no Dec.-lei 22.626/1933 (Súmula 596 do STF), mas ao disposto pelos órgãos reguladores do Sistema Financeiro Nacional (CMN e Bacen) e, inclusive, na ausência de limite pré-definido, ao livre estabelecimento das taxas pelas instituições financeiras. Esse entendimento já havia sido sufragado pelo STF na ADIn 4/DF (STF, ADIn 4, Pleno, j. 07.03.1991, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25.06.1993).

Da mesma forma, observa grande repercussão o julgamento da ADIn 2.591/DF, pelo STF, cuja decisão pela improcedência teve efeito de declarar a constitucionalidade da previsão do art. 3.º, § 2.º, parte final, do CDC quando prevê expressamente como objeto da relação de consumo, sob incidência do Código de Defesa do Consumidor, as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias (STF, EDcl na ADIn 2.591/DF, j. 14.12.2006, rel. Min. Eros Grau, DJ 13.04.2007). A partir desta decisão, restou assentado que quando se trate de contrato bancário em que o mutuário seja um consumidor (destinatário final de produto ou serviço, art. 2.º, *caput*, do CDC), ou ainda seja equiparado a consumidor (art. 29 do CDC), o conteúdo do contrato se submete aos limites estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor. Em relação ao contrato de mútuo, mesmo o controle de juros e interesses submete-se ao Código de Defesa do Consumidor, e poderão ter sua nulidade reconhecida, ou serem modificados pelo juiz, no caso de serem estabelecidos à taxa excessiva e serem considerados abusivos (STJ, AgRg no Ag 1371651/RS, 3.ª T., j. 18.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25.08.2011). Neste particular, note-se, igualmente a tendência jurisprudencial no sentido do reconhecimento dos mutuários de contratos de mútuo celebrados com instituição financeira como consumidores por equiparação (e.g. STJ, REsp 231.208/PE, 4.ª T., j. 07.12.2000, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19.03.2001), inclusive quando deem causa à emissão de cédula de crédito rural (STJ, AgRg no REsp 1106642/MG, 3.ª T., j. 03.02.2011, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 05.04.2011) ou cédula de crédito industrial (STJ, AgRg no REsp 1121432/MG, 4.ª T., j. 15.09.2011, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe 23.09.2011).

Da mesma forma, em se tratando de mútuo de dinheiro garantido por alienação fiduciária, admite-se a revisão do contrato quando houver abusividade, o que foi reconhecido pela jurisprudência brasileira tanto pela aplicação da teoria da imprevisão, em relação aos contratos civis (arts. 317 e 480 do CC/2002), quanto nas situações em que dispensável a imprevisibilidade, nos contratos de consumo, de acordo com o disposto no art. 6.º, V, do CDC, e.g. STJ, REsp 361.694/RS, 3.ª T., j. 26.02.2002, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2002).

tuário (STJ, REsp 879.113/DF, 3.^a T., j. 01.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.09.2009), porém não a reconhece para a prestação de garantia em contrato de mútuo, por quem não tinha poderes (STJ, REsp 278.650/PR, 4.^a T., j. 08.05.2001, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 15.10.2001).

§ 4.592. OBJETO DO MÚTUO

1. FUNGIBILIDADE. – Dá-se em mútuo o que pode ser restituído com o mesmo bem ou com outro do mesmo gênero qualidade e quantidade. No art. 50 do Código Civil está a definição, que corresponde ao termo criado depois do direito romano, que desconheceu a expressão “res fungibiles”. Diz o art. 50: “São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie qualidade e quantidade”. “Espécie” está, aí, por “gênero”. Certo, o art. 1.256, onde se emprega a palavra “gênero”.

O Código Civil, no art. 1.256, alude à “quantidade”, não se exige, com isso, que haja pluralidade. O bem fungível, que se dá em mútuo, pode ser um só. O que não se pode mutuar é o *individuum*. O bem fungível, que se entrega sozinho, também é quantidade. (Grave erro foi dizer-se que o objeto do mútuo é o crédito que nasce ao mutuário à entrega do bem mutuado, como fez FRANCO CARRESI, *Il Commodato, Il Mutuo, Trattato* de F. VASSALLI, VIII, II, 97. Primeiramente, falou-se de suporte fático, de pressuposto, no plano, portanto, da existência do negócio jurídico; pula-se, sem razão, para o plano da eficácia. O *crédito*, como a *dívida*, é feito. Segundo, o objeto é o bem, e não se poderia deixar sem classificação o papel do bem prestado).

O dinheiro é objeto, quer se preste como *gênero*, quer como *subgênero*. Donde o *mútuo pecuniário* e o *mútuo monetário*. Se mutuei mil libras-ouro não mutuei pecúnia, mas moeda; mesmo se permiti prestar-se o valor da moeda ao custo do ouro, na data do vencimento, ou da conclusão do contrato, ou da entrega.

O que se restitui é o *tantundem*. Bens inconsumíveis podem ser dados em mútuo, pois há interesse em que se adquira a propriedade do bem, a despeito da sua inconsumibilidade. Há mutuabilidade dos bens inconsumíveis, posto que só se possa dar em mútuo o que é fungível. Se os figurantes consideraram fungível bem que naturalmente não o é, nem por isso

o contrato deixa de ser contrato de mútuo: fungibilizou-se o infungível, e satisfeito foi o pressuposto objetivo. Se, em vez disso, os figurantes tiveram por infungível o que é fungível, o contrato não é de mútuo: ou há comodato, ou há locação de coisa. Desde que se *pode* restituir *outro* bem, é de mútuo o contrato.

Quem empresta o livro ao amigo, ou ao colega, dá em comodato, ou em locação. Quem empresta o livro ao livreiro que dêle precisa para atender a freguês, dá em mútuo.

Se alguma lei impõe a infungibilidade, não se pode dar em mútuo o bem; e. g., não se pode dar em mútuo a arma de que o Estado só a seus militares permite o uso, nem o produto industrial que só para o Estado se pode produzir.

Os bens infungíveis, mesmo se consumíveis, não podem, em princípio, ser objeto de contrato de mútuo; mas é preciso atender-se a que a fungibilidade pode ser estabelecida se se abstrai de qualidade, ou de qualidades que infungibilizavam o bem. Daí poder haver mútuo de vinho *Chateaufort du Pape*, podendo o mutuário restituir êsse ou outro vinho francês. Mas o contrato de dar vinho *Tocai* para restituir vinho Málaga, que FRANCESCO MESSINEO (*Operazioni di borsa e di banca*, 100) considerou de mútuo, de mútuo não é: aí, há troca, com a só particularidade de não serem simultâneas as duas entregas.

No Código Civil francês, art. 1.894, estatui-se: “On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l’individu, comme les animaux: alors c’est un prêt à usage”. Não há tal regra jurídica no sistema jurídico brasileiro, nem conviria que houvesse. Podem ser emprestados cavalos, bois, carneiros, porcos, cabras, galinhas, pelo gênero, pelo peso e pela qualidade.

Quanto às *universitates*, a individualidade delas ressalta, de modo que, mesmo se compostas de bens fungíveis, não são mutuáveis. A mutabilidade dos seus elementos não se impõe a elas.

Quanto aos *títulos ao portador*, são fungíveis, e nada impede que sejam dados em mútuo. Os *títulos endossáveis* também o são. Nenhum obstáculo há quanto a transferir-se a alguém a propriedade, por exemplo, de ações ao portador e exigir-se que se prestem, em retribuição, outras tantas ou as mesmas. Os próprios *títulos nominativos* são fungíveis: as ações nominativas ou outros títulos nominativos que dou a B, para que me restitua outros tantos, são objeto de mútuo. A diferença de vencimento não traz

dificuldades. Se o que se entregou em mútuo se vence no ano de 1962 e a restituição é quando não há mais tais títulos, o que se há de entender é que se restituem títulos de subscrição da mesma pessoa jurídica ou física a que correspondam os mesmos direitos. Os títulos tanto podem ser tratados como bens fungíveis como podem ser infungibilizados.

2. TRADIÇÃO DE TODO O OBJETO, OU DE PARTE. – No contrato de mútuo em que a entrega é por partes, dita restituição *rateal*, quer isso resulte do contrato quer de lei, como se atende a necessidades sucessivas para construção, ou aquisições, ou obras, há um só contrato de mútuo, e não tantos contratos quantas as entregas parciais (sem razão, F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, 173). As garantias, salvo cláusula expressa em contrário, são para todo o contrato, e não para as prestações parciais correspondentes às entregas, nem para as entregas *rateais*. (Não se há de cogitar, aqui, das subscrições de ações e de debêntures, ou outras semelhantes, porque, ali, não há mútuo, e aqui o negócio jurídico de mútuo é subjacente ao negócio jurídico unilateral.)

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.592. A – Legislação

A definição de bens fungíveis consta no art. 85 do CC/2002, com redação semelhante a do art. 50 do CC/1916. A referência ao art. 1.256 do CC/1916, ora se deve tomar pelo art. 586 do CC/2002.

§ 4.592. B – Doutrina

Acentua a doutrina, na linha do entendimento de Pontes de Miranda, que a fungibilidade ou não do objeto se dá em concreto, segundo a relação e o interesse das partes. Coisa que se consideram por seu gênero, não por sua individualidade (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7. p. 143).

§ 4.592. C – Jurisprudência

Reforça a jurisprudência o entendimento de que a fungibilidade pode ser convencional (STJ, REsp 551.956, 4.^a T., j. 24.08.2010, rel. Aldir Passarinho Júnior, DJe 14.09.2010).