

Um Ângulo do Comodato.

Paulo Carneiro Maia

Professor-docente (na regência do curso noturno) e assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO. 1. Enunciação temática. — 2. Desdobramento da perspectiva. — 3. Breve indagação no plano histórico para articulação do problema. — 4. Idéia conceitual. — 5. Bases textuais do tema dominante. — 6. O direito positivo e a dimensão do preceito civil pátrio. — 7. Conclusão.

1. O enunciado dêsse esboço de estudo, por si só, já estabelece limites para o tema cogitado, quais sejam êles, os pertinentes a uma aresta do comodato, contemplado no código civil pátrio como modalidade de empréstimo¹.

1. Na parte especial, livro III, capítulo V, com o título “do empréstimo”, cuida o *c.c.*, em secções distintas, primeiro do comodato (arts. 1248 a 1255), depois do mútuo (arts. 1256 a 1264), duas figuras contratuais de real importância, as quais têm como denominador geral a entrega de uma coisa, para ser usada e restituída *in individuo*, mas que se distinguem por suas características genuínas e inconfundíveis.

Preciso é o escólio de CLOVIS BEVILAQUA, que a seguir relaciona os requisitos do comodato e mais adiante os do mútuo, a mostrar, então, onde transparece a diferença entre essas duas formas de contrato: “Sob a designação geral de *empréstimo* compreendem-se dois contratos, o comodato e o mútuo, o empréstimo de uso e o empréstimo de consumo, que têm de comum a entrega de um objeto para ser utilizado e restituído, porém, que diferem por muitos caracteres” (*Código civil comentado*, 3.^a ed., 1930, Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, vol. IV, pp. 448/449 e 456).

A individuação do tratamento, por seu turno, sem desvio para o aspecto fiscal da incidência ou não, *verbi gratia*, do “impôsto sôbre serviço de qualquer natureza”², bitolando-se pelo efêmero e inconsistente, é nuclear e una. Cinge-se, pois, à hermenêutica de preceito dispositivo, referente a uma das obrigações do comodatário, tal a de pagar o “aluguer”, da coisa “durante o tempo do atraso em restituí-la”³.

2. Embora desapartados de apreciação sistematizada do instituto do comodato — pela índole das considerações antes definidas, que soberbias adverbiais, acaso valorizadas, não seriam suficientes para mudar o norte — nem por isso, devemos extremar breve perquirição histórica. Antes, e porque visamos a melhor articulação do problema, a pesquisa da origem histórica, ao lado da idéia conceitual, constituirão estimáveis subsídios à conclusão procurada.

2. Em algumas tentativas, de nosso conhecimento, a Fazenda do Estado, em conseqüência de autuações, circunscrevendo-se à órbita administrativa, ou no terreno judicial, ajuizando executivos fiscais — ao tempo em que a decretação do impôsto de transações era de sua competência (c.f., de 18.IX.1946, art. 19, § 5.º, dec. 22.022, de 21.I.1953, livro II, art. 1, letra “c” e 36, § 1.º c/c dec. 28.304, de 3.V.1957, arts. 1, parágrafo único e 2, letra “a”), hoje atribuída ao município, pela nova discriminação tributária, sob a denominação de “serviços de qualquer natureza”, com o largo campo aberto à sua arrecadação, excluído o fato gerador de impôsto, cuja competência ficou reservada à União ou aos Estados (c.b., de 24.I.1967, art. 25, inciso II, lei 6989, de 29.XII.1966, art. 49 e dec. n.º 6979, de 20.IV.1967, que regulamentou a lei municipal retro indicada) — exigiu e pretendeu tornar efetiva a cobrança pela mora na devolução de vasilhame, destinado ao transporte de oxigênio, acetileno, ou gaz, entregue ao usuário, no prazo preestabelecido no contrato de comodato, transformando-o em contrato de locação e confundindo *aluguel* com *pena*.

3. Dispõe, na íntegra, o art. 1252 do c.c.: “O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará o aluguer da coisa durante o tempo do atraso em restituí-la”.

3. Pelas irradiações advindas dos mananciais, o contrato de comodato, de étimo latino (*commodatum*, participio passado de *commodare*, a significar tomar de empréstimo, no exemplo de ULPIANO, lembrado pelos categorizados léxicos *latini* et *lusitani*), no início não teve o prestígio do direito situando-se na esfera que, hoje, chamamos de simples fato.

Segundo as fontes da literatura jurídica, até o fim do III século A.C. e meados do II, encontramos assíduas menções ao empréstimo de uso ou comodato, não como opulenta tipificação contratual, mas, com referência fundada na benevolência e na amizade.

Foi só mais tarde, em período histórico difícil, senão impossível de precisar, que um certo PACÔNIO, provavelmente pretor, a fim de resolver as exigências cobradas pela prática, falou de ação *in factum*, que permitisse ao comodante, assim armado, exigir a devolução da coisa comodada.

Obscuro, quando não fôsse opinativo, em que oportunidade e circunstâncias exatas, surgiu a ação *in factum* e que sua paternidade advenha mesmo de PACÔNIO, como se afigura a alguns e descrêem outros.

Ao depois, no crepúsculo da República, houve plena tutela jurisdicional com a introdução de uma fórmula *in ius*, tanto a favor do comodante (*actio directa*), para a restituição da coisa dada em cômodo, como a favor do comodatário (*actio contraria*) permitindo-lhe obter o ressarcimento de danos ou o reembolso de eventuais despesas extraordinárias.

A bem dizermos, tal é a estrutura grandiosa do magistério de CARRESI⁴, eliminadas as constantes e estabelecidas

4. FRANCO CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, de Filippo Vassalli, vol. VIII, tomo II, fascículos 5 e 6, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 2.^a ed., 1954, n.ºs. 4-5, pp. 10/13.

as conexões, para dar corpo ao seu pensamento, quando estudou a origem histórica e a disciplina do comodato, no direito romano. Salientou, aí, a imprecisão do despontar dêsse marco e mostrou “in maniera non dubbia che non esisteva a quell’epoca una disciplina giuridica, sia pure rudimentale e indiretta, del comodato” Lembrou, ainda, que o comodato foi sendo modelado sob influências de relações sociais, de inafastável e marcante cabedal subjetivo, porque “fondato esclusivamente sulla benevolenza e sull’amicizia”, tardando em ser disciplinado como contrato, o que foi alcançado, não há negar, pelo menos, na época clássica, em que se revela manifesta a tendência de atingir aquela construção de juridicidade.

Passou CARRESI, em seguida, a aludir ao texto de PAULO⁵, raiz importante, que tem propiciado margem a interpretações discrepantes, de auto-regramento, com irradiação de efeitos, pois ficou atendida não só a manifestação de vontade, com a oferta feita, como a aceitação, se alguém ofertou. E depois de desenvolver sua crítica, acêrca do entendimento enganoso, atribuído à liberdade de acordar ou negar o favor solicitado (*sicut enim voluntatis et officie magis quam necessitatis est commodare*), bem assim o de fixar os têrmos e as lindes do próprio favor (*ita modum finemque praescribere*), a impedir retrocesso da obrigação assumida (*suscepta obligatio*), o credenciado professor da Universidade de Modena, em sua mencionada monografia

5. *Digesto*, 13, 6, 17, 3. O passo de PAULO, no título *commodati, vel contra*, que é passível de exegêse, ainda não tranqüila, edita, textualmente: “Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus 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 invice propositae sunt actiones; ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles.”

de quilate, procurou demonstrar que a verdade é bem diversa. Deduziu, com apreciável espírito de síntese, o que é mais recomendável reproduzir do que sumular ou mesmo tirar para o nosso vernáculo, evitando-se incidir em indesejável infidelidade ou acidental liberdade na tradução: “Paolo ha veramente fissato un principio di grande interesse che proietta la sua luce fino a noi, interpreti del diritto moderno: il principio secondo cui il *commodare*, cioè il consegnare efetivamente la cosa che ci si é impegnati a dare in prestito, é atto libero e comunque rimesso al senso del rispetto delle convenienze sociale, non atto dovuto, al quale il commodante non puó giuridicamente sottrarsi. Il *vinculum iuris*, la juridica necessitas surge sì tanto per il comodante quanto per il comodatario, ma solo dopo che il primo ha effettuato la consegna della cosa al secondo (*postquam comodavit*)”⁶.

O nosso enciclopédico PONTES DE MIRANDA⁷, ao tratar do tema, ao menos dez anos depois de CARRESI (pelo que seja sabido e divulgado) deixa a impressão — na parte de seu monumental tratado, dedicada a êsse tema, em curso de publicação, com seus cinqüenta e seis tomos dados à estampa — de ser original tôda a pesquisa histórica apresentada, senão a diretriz imprimida, com base em certas fontes, presentes, todavia, em quem o precedeu no tempo e além mar.

Constitui *enuntiationem* do aludido jurista pátrio, a passagem incisiva e preambular, que cumpre trazer à colação, como melhor justificativa de nossa conjectura precedente, quiçá pelo desconhecimento de outro eventual trabalho seu, por maiores que tenham sido as buscas e rebuscas, a saber: “Até a metade do século II antes de Cristo, há referências ao empréstimo de uso ou comodato,

6. FRANCO CARRESI, *op. vol. cit.*, n.º 5, p. 12.

7. *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1964, tomo XLVI § 5000, pp. 131/136.

porém não à figura jurídica do contrato de comodato. O comodato não entrava no mundo jurídico. Permanecia fora, no mundo fáctico, oriundo de relações de amizade e benevolência. As ironias em provérbios e dizeres eram expressivas: “*Rem sis perdere, da comoda homini amico* (PLAUTO, *Asinaria*, II 4,39; cf. E. COSTA, *II diritto romano nelle commedie di Plauto*, 313 s.). Só mais tarde, para resolver o problema do estado fáctico 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 sistema 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”. E mais adiante, em seguida à transcrição do texto de PAULO, igualmente, sobreleva os mesmos lastros, fazendo crítica e apontando aí os efeitos decorrentes⁸.

Dessa afirmativa maior de PONTES DE MIRANDA transfunde peremptoriedade magistral, em busca dos efeitos desejados, numa tessitura vernacular que se delinea e empolga pela eficácia e nobreza.

Ressaltemos, porém, que projetados os dois lances, primeiro o de CARRESI, em seguida o de PONTES DE MIRANDA, na forma porque o foram, com objetivos definidos, guardadas a ordem cronológica, conforme acreditamos, há concordância, quase integral nos esmerados estudos históricos de ambos e no apontamento da maioria das fontes de que se socorreram. Sem injustiça gravosa a um ou a

8. *Op. vol. cits.*, § 5000, pp. 131/133. Não atinamos porque PONTES DE MIRANDA, recorrendo às mesmas fontes registradas por CARRESI, o qual o precedeu, debruçado naqueles pressupostos, mercê do que atingiu conclusões irrefutáveis, na igual linha de princípios, tenha silenciado sobre a captação de seu aludido predecessor. Será isso, de nossa parte, débil ou desinquieta preocupação, mais de cunho interrogativo e que, por isto mesmo, foi expandida, não carecendo dar-lhe largas.

outro, mas para que não sejamos acoimados de superficiais ou aligeirados no confronto, não podemos nos esquivar de reconhecer, no discrimine da ressalva aduzida, que CARRESI precedeu a PONTES DE MIRANDA na problemática histórica.

4. No sulco da tradição romana e medieval a nossa lei civil⁹, que não discrepa da legislação positiva comparada, a partir do código Napoleão (arts. 1.875 e 1.876), na inscrição de CLÓVIS BEVILAQUA, conceituou o comodato¹⁰, transparecendo daí os seus principais caracteres.

Da conceituação legal¹¹, que não prima pela justeza e pelo alcance de antigo conselho das fontes romanas, à fôrça de constante reprodução, já passou à categoria de

9. Estatui o art. 1248 do *c.c.*: “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”

10. *Op. vol. cit.*, p. 448. Sem variantes teóricas, GLÜCK, traz boa contribuição, pois, além de frizar — quando define, tratar-se de outro contrato real — que se ocupou dêle o pretor, no seu édito, sob a rubrica de *rebus creditis*, dá ênfase à variedade de sentidos da palavra *commodatum*. E quando distingue, recenseando, em nota, reputados autores, que abonam o igual pensamento, ao ajuntar: a palavra *commodatum* tem vários significados. Não se emprega sòmente para o contrato definido no texto, mas, também, à própria coisa emprestada: “*commodatum accipere, reddere, restituere*”; fr. 3, § 3. 5 pr. e § 73 Dig. (XII, 6) *lex ult. Cod. h. t.* Algumas vêzes se usa para indicar, ainda, a ação de que dispõe o titular do contrato: “*commodati agere, commodati teneri*”. LAUDERBACH, *Kolleg. theor. pract. Pand. h. t.* § 2. (FEDERICO GLÜCK, *Commentario alle pandette*, traduzido e anotado por Filipo Serafini, 1906, Milão, Società Editrice Libreria, livro XIII, § 853, p. 207 e nota 86).

11. Vide nota 9. Além da definição de ULPIANO, remontando-se ao direito romano, já lembrada na nota 5 (*Digesto*, 13, 6, 1 pr., *commodat, vel contra*), bem divulgada é a do imperador bizantino (527 a 565, depois da era cristã), extraída do correspondente fragmento das instituições justinianéias: aquêle que recebe uma coisa em comodato, ou seja, para se servir dela, fica obrigado pela devolução e responde pela ação de comodato (JUSTINIANO, *Institutas*, III, XIV, 2).

adágio jurídico¹², colhem-se os elementos básicos dessa espécie de empréstimo (prêt a usage): relação contratual; gratuidade do empréstimo; infungibilidade da coisa objetivada pelo contrato; temporariedade.

Em exata observação ao preceito (c.c., art. 1.248), antes reproduzido, CLÓVIS BEVILAQUA — piloto constante de autores nacionais, assim como POTHIER o foi para elaboração do código NAPOLEÃO — na seqüência da definição de comodato, com primorosa síntese, precisa serem “requisitos” essenciais para sua caracterização a gratuidade, a tradição, a infungibilidade, a temporariedade e a restrição, entrando a explicar¹³.

12. Constitui nosso entendimento, pelo menos condensado há quase uma década (Da cláusula *rebus sic stantibus*, 1959, São Paulo, Edição Saraiva, p. 11/12 e nota 6) e reafirmado mais recentemente, com alguns subsídios (*Substituição fideicomissária*, 1967, São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A., n.º 33, pp. 193/194), porém, sempre tendo presente uma das epístolas de JAVOLENO (*Digesto*, 50, 17, 202), que a lei ou corpo de leis civis (*in iure civile*) na medida factível, deve evitar definições. A definição, denominada doutrinária, porque escapa da esfera do legislador ministrá-la, torna-se inconveniente pela sua natureza rígida e intangível, ao passo que se engrandece quando a tarefa fica cometida ao doutrinador, sensível à flexibilidade circunstancial.

13. Estas as suas palavras, sem discrepar uma coma: “*Commodato* é o contrato gratuito, pelo qual alguém entrega a outrem alguma coisa infungível, para que dela se utilize, gratuitamente, e a restitua, depois: São requisitos do comodato: 1.º A gratuidade. A cessão onerosa do uso é locação. 2.º A tradição da coisa, que tem de ser utilizada. O comodato é contrato real, e o comodatário adquire a posse da coisa emprestada. A promessa de emprestar, o *pacto de commodando* não constitui comodato. 3.º A infungibilidade da coisa emprestada. Quer isto dizer que, no comodato, a coisa é considerada em espécie, individualmente, e não em gênero. *No comodato pompae vel ostentationis causa*, a coisa consumível recebe o caráter de infungível; é tomada como corpo certo, na sua identidade; e deve ser restituída a mesma. 4.º A temporariedade. Veja-se o art. 1250. 5.º A restituição da coisa emprestada, por isso que não há transferência da propriedade e, sim, do uso somente” (*Op. vol. cits.*, pp. 448/449).

Coordenou GLUCK¹⁴, em erudita lição, os denominados requisitos do comodato, tecendo-lhes comentários, na ordem em que os apresenta, aplicáveis às nossas normas, cuja essência, mais em grau de elenco, pelo escopo, cinge-se ao seguinte:

a) é um contrato real e por isso não se aperfeiçoa senão com a tradição da *coisa*;

b) tem por objeto, inclusive no direito canônico, apenas uma *coisa*, embora alguns juristas queiram conceber *commodatum personarum*, em atenção à prestação de serviço; mas tanto o direito romano como o direito canônico não admitiam senão comodato de *coisa*, ressalvada, para aquêle, a situação do escravo, como tal considerado;

c) a *coisa* é entregue ao comodatário apenas para seu uso, ficando êle simples detentor, dado que não há transmissão de posse e muito menos de domínio, sendo indiferente, aí, que a *coisa* dada em cômodo pertença ou não ao comodante, com reserva, está implícito, dos direitos do proprietário;

d) a entrega da *coisa* deve ser para um uso determinado, o qual pode dizer respeito ao modo da serventia, ao escopo e ao tempo;

e) a concessão pelo uso da *coisa*, deve ser gratuita, ou em outros têrmos, sem que seja avençado pagamento, elemento é êsse que o distingue de outros negócios jurídicos;

f) a obrigação de restituir *in natura* a *coisa* emprestada, é outro predicado que, tanto assegura a propriedade do comodante, o qual a reserva para si, quanto a diferencia do mútuo, pois, de través dêle, a *coisa* fungível é transferida por alguém, a outrem, que se obriga a lhe pagar,

14. *Op. vol. cits.*, § 853, pp. 209/212.

em tempo hábil, *coisa* de igual gênero, qualidade e quantidade.

Semelhante substância do pensamento de GLUCK — que em prosseguimento desenvolve os aspectos da relação contratual, das imputações cabíveis, do cunho de gratuidade, do objeto, das obrigações do comodatário, do comodante, e em epílogo das ações adequadas, dedicando-lhes seis parágrafos¹⁵ — pôsto sob os olhos, tem a finalidade de assentar o segundo dos aspectos, com seus matizes, de início registrado, que dão infra-estrutura à dedução que se aproxima.

Dentre os mencionados pontos cardeais, agrupados na definição legal pátria, trasladada em nota¹⁶, o que ainda torna simples deduzir qual seja sua natureza jurídica, a gratuidade assume magnitude, respeitados os limites que nos traçamos para a proposição.

5. Do plano das generalizações, visualizados os elementos idôneos — entendendo-se como tais, no sentido geral, sem adentrarmos influência cartesiana, aquêles que integram o todo, uma das partes que formam qualquer composto, do latim *elementum*, vocábulo mais usado no plural, *elementa*, que nos proporcionam noção exatificada do instituto apreciado — na maneira como o foram, realçamos a gratuidade.

A concessão graciosa, — com o efeito que não pode ser alargado — pelo só fato de sê-la, constitui base textual do

15. *Op. vol. cit.*, §§ 854/860, pp. 212/245. Do passado ao presente, transformando-se o comodato após algumas incertezas terem adquirido precisão, orientaram-se mais seguramente os juristas da atualidade, sendo proveitoso observar que êles apresentam os principais caracteres, transparecendo da definição, como o faz WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, na linha dos mais atuais, quando enuncia, para depois circunstanciar, que se trata de um contrato, unilateral, a título gratuito, real, de coisa infungível, temporário, e com a obrigação de restituir (*Curso de direito civil. Direito das obrigações*, 5.^a ed., 1967, São Paulo, Edição Saraiva, pp. 216/220).

16. Vide nota 9.

tema, a merecer ligeira incursão que revele o critério sedimentado no direito anterior para, com essa segura construção, repercutir no presente e adquirir grandeza, entre nós, no entendimento do código civil brasileiro.

Em investigação, mesmo que menos profunda, como vimos, pelo caráter gratuito do comodato (*gratuitum debet esse commodatum*) é fácil verificar que, desde a origem romana do instituto, a sanção imposta ao comodatário moroso *jamaís foi encarada como aluguel*.

Embora semelhante afirmação pudesse bastar, pela reavivação anterior das estruturas, fazendo repercutir a tradição do direito pátrio, com raízes no direito português, fiquem feitos êsses principais registros, ainda que em rápido bosquejo.

Frizado ficou que a gratuidade, pelo uso em si, daquele que recebe uma coisa em comodato (*gratuitum enim debet esse commodatum*) encerra o caráter sôbre o qual insiste JUSTINIANO¹⁷. E GLUCK relembra, para insistir que ULPIANO o confirma, advertindo aquêle, em primeiro lugar, que se fôsse ajustado um pagamento, pelo uso da coisa em si (o que se não deve confundir com a multa ou pena pela mora ou inadimplemento da obrigação, distingamos, hipótese muito encontradiça nos casos de empréstimo de vasilhame) para, em segunda ordem de idéias, assinalar que, se findo o uso, houver qualquer recompensa (um *honorarium*, assim dito), “non viene perciò a mutarsi la sostanza del commodato e neppure qualora una simile prestazione fosse stata promessa”¹⁸.

Mostra CUNHA GONÇALVES, em breve mas suficiente invocação histórica, que “o comodato é um dos contratos mais antigos da humanidade, talvez anterior à troca, que, durante muitos séculos, precedeu à compra e venda. No antigo direito romano, o comodato era celebrado com a

17. Vide nota 11.

18. *Op. vol. cit.*, § 856, p. 225.

solenidade da *mancipatio* ou da *in jure cessio*. Mais tarde simplificou-se êsse formalismo, exigindo-se só a tradição para a validade do contrato, como sucedia no direito germânico, mantido na *Lei sálica* (liv. LII) e no *Fuero Juzgo* e outras compilações do direito visigótico.

A designação dêste contrato deve ser proveniente do latim *commodum datum*. E, assim, a *Orden Felip.*, liv. IV, tit. LIII, explica: “é chamado comodato porque se dá para cômodo e proveito sòmente do que recebe a cousa”¹⁹.

De fato, as *Ordenações Filipinas*, sob a epigrafe “do contrato de emprestido, que se chama comodato”, naquella linguagem assás pitoresca, preceituavam: “O comodato he huma concessão graciosa, que se faz de alguma cousa para certo uso. E diz-se graciosa, porque se se fizesse por dinheiro, seria aluguer, ou arrendamento. E se fosse por outra cousa, que não fosse dinheiro, ou para uso não certo, seria outra especie de contracto. E por tanto he chamado comodato, porque se dá para commodo e proveito sòmente do que recebe a cousa. E este uso bastará que seja tacito, e não expresso, assi como, se alguém emprestasse hum livro, para o que o pede o traslador, entender-se-ha, que lho empresta pelo tempo, em que razoadamente o possa fazer”²⁰.

Aclara CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, em suas glosas, que o vocábulo “*emprestido*”, aí empregado, corresponde a “commodato” — o que fica confirmado pela remissão à nota da rubrica “do emprestido, que se chama mutuo”²¹ (*Ordenações Filipinas*, livro IV, título L) — para porfiar, logo adiante, como convinha: “*Commodato* he um con-

19. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, 1934, Coimbra, Coimbra Editôra Ltda., vol. VIII, n.º 1146, p. 245.

20. *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 1833, 12.ª edição, segundo a de Coimbra de 1824, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, livro IV, título LIII.

21. *Cits. Ordenações Filipinas*, livro IV, título L.

trato gratuito como o *Mutuo*, pois desde que há onus ou retribuição chama-se locação (*Ord. dêste liv. t. 23 e 24*).

He mais uma concessão graciosa do que contracto"²².

As mesmas *Ordenações Filipinas*, sobrelevando o caráter da pena na qual incide o inadimplente, em título subsequente e cuja epigrafe é de todo significativa, previu, *num tratamento conjunto para as hipóteses de não devolução do objeto do empréstimo, locação ou arrendamento*, as conseqüências seguintes: "Se algum homem recebe de outro alguma cousa, que tinha, como senhor della, *emprestada, alugada, ou arrendada a tempo certo*, ou em quanto aprouvesse ao senhor della, e depois, sendo requerido per elle, passado o tempo, recusar de lha entregar, mettendo o feito em Juizo, até ser condenado per sentença diffinitiva, que passe em cousa julgada, não somente *entregará a cousa ao senhor della, mas além disso lhe pagará a verdadeira estimação da cousa*, pola contumacia, que commeteeo, e em que perseverou em lhe não querer entregar, até ser condenado per sentença; a qual Pena lhe poderá ser demandada em todo o tempo, assi antes da sentença, como depois della. Porém, se o demandado, antes de sperar sentença, entregar a cousa com effeito, não será condenado na dita Pena"²³.

22. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 14.^a ed., 1870, Rio de Janeiro, Tipografia do Instituto Filomático, p. 846, 2.^a coluna, nota 3.

23. *Cits. Ordenações Filipinas*, livro IV, título LIV. Deixa de ser feita a filiação ao *c.c.* português de 1867, que seria a natural seqüência — o qual repeliu a rigidez do direito anterior, responsabilizando, entretanto, o comodatário, que ficar constituído em mora, "por perdas e danos" (art. 1518) — porque o objetivo do item sumulado foi o de averiguar as bases influentes e anteriores, que vigoraram no direito pátrio. Isto não exclui que, evitando-se desatualização da referência, seja apontado que o *c.c.* português de 1967, apesar de ter circunstanciado as obrigações do comodatário, ampliando-as (art. 1135), bem como do desenvolvimento dado ao instituto, silenciou acêrca dêsse relevante aspecto.

Tem-se, pois, que no direito anterior ao codificado, que vigorou no Brasil, com o pêso de sua tradição, a sanção para o tresdobramento configurado (comodato, aluguel ou arrendamento) do empréstimo de coisa não devolvida, era uma PENA, consistente no pagamento, em pecúnia, de valor idêntico ao da “verdadeira estimação da coisa”.

Mencionada regra, embora com a sua rigidez suavizada e em desuso, no reparo de TEIXEIRA DE FREITAS, foi por êle acolhida em sua consolidação, na parte especial, livro I, secção II, título II, capítulo IV, com a inscrição “do empréstimo”²⁴.

Mas já nos meados do século XIX, conquanto sob outra roupagem, qual a de “aluguel que o locador arbitrar” — o que, na prática, redundava no mesmo — a *penalidade* dos filipistas resurge no direito pátrio, precisamente na locação mercantil²⁵.

Destarte, posteriormente à publicação do código comercial, portanto depois de 1850, o principio do arbitramento passou a ser aplicado ao comodato, no direito civil, não sob a forma de aluguel, mas, sim como penalidade. É o que resulta da consolidação de CARLOS DE CARVALHO, cujo art. 1.165 está redigido assim: “Sendo o comodatário contumaz na restituição da coisa em devido tempo e

24. *Consolidação das Leis Civis*, 3.^a ed., 1896, Rio de Janeiro, H. Garnier. O seu art. 506, como ficou codificado e abre espaço ao encadeamento argumentício, reza: “Sendo o comodatário contumaz na restituição da coisa em devido tempo, e persistindo até a sentença, será condenado a restituí-la, e a pagar outro tanto de seu valor”.

25. O preceito reitor do código comercial, inserido no título “da locação mercantil”, na linguagem do art. 230, ordena: “O locatário é obrigado a entregar ao locador a coisa alugada, findo o tempo da locação; se recusar a fazer a entrega, sendo requerido, pagará ao locador o *aluguel que êste arbitrar por tôda a demora*, e responderá por qualquer danificação que a coisa alugada sófrer, ainda mesmo que proceda de fôrça maior ou caso fortuito”.

persistindo até a sentença, será condenado a restituí-la e a pagar o que o comodante arbitrar por tôda a demora”²⁶.

Assinala o autor dessa nova consolidação — “publicada em terra estranha e inspirada na lição e exemplo dos mestres”, como êle o diz, com sobriedade, na apresentação, datada de Bruxelas, pouco antes da proclamação da República — em nota, que o princípio é o das Ordenações Filipinas, no passo citado, e que o argumento lhe foi sugerido pelo código comercial²⁷.

6. Verificados, pela forma permitida, os sustentáculos anteriores, que se ostentam bem sólidos e são vistos de longe, providos de validade, é oportuno, na área do direito, averiguarmos a dimensão do preceito civil pátrio objetivada como epílogo.

Afastada qualquer discussão se o direito civil precodificado, no tocante a uma das conseqüências da mora do comodatário, fôsse ou não *idêntico* ao da regra vigente (c.c., art. 1.252), é certo que no projeto BEVILAQUA (art. 1.407), como o seu próprio elaborador²⁸ o exalta, fazendo a observação, em resposta à pergunta que se formulou, que o aluguel, aí aludido, coaduna-se com o arbitramento, o que conduz à idéia de perdas e danos, o vocábulo aluguel, aí presente, só poderia ter sido empregado pelo autor do projeto, convertido em lei, com êsse sentido explicitado.

A distinção assume importância, pois, o emprêgo dessa palavra “aluguel” ensejou dúvidas entre os comentadores acêrca de se saber se a natureza jurídica do comodato se modifica ou não em virtude da mora do comodatário. Ou melhor: se a circunstância do direito de cobrar aluguel

26. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*, 1899, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, art. 1165.

27. *Op. cit.*, nota ao mesmo art. 1165.

28. CLOVIS BEVILAQUA, *op. vol. cits.*, p. 452.

transformará o comodato em locação. Conquanto seja inegável que alguns poucos²⁹, assim afirmem, sem demonstração, é verdade que outros, melhor fundados, no nosso sentir, entendem de modo diverso. Para êsses o contrato de comodato não se transforma em locação pelo fato do comodatário moroso ficar obrigado a satisfazer o aluguel que o comodante arbitrar.

Em forma expressiva, J. M. DE CARVALHO SANTOS, que de início pode parecer vacilante, pelo argumento condicional estabelecido, ao fim foi decisivo, acentuando: “Em verdade, a estipulação de aluguel a ser pago pelo comodatário que está em mora não transforma, nem pode transformar o contrato originário”³⁰.

Replicando a EDUARDO ESPINOLA, também lembrado pelos que se situam em campo oposto ao mesmo, CANDIDO DE OLIVEIRA NETO, após ligeiro retrospecto às fontes, teve o ensejo de escrever: “*Data venia*, pensamos, ao contrário, que a estipulação do aluguel a ser pago pelo comodatário que está em mora não muda a natureza do contrato originário. Êste não se transforma pela violação de suas cláusulas, em outro contrato, qual a locação.

29. JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil Anotado*, 2.^a ed., 4.^a tiragem, 1935, São Paulo, Saraiva & Cia., vol. II, p. 317; EDUARDO ESPINOLA, *Código do processo do Estado da Bahia anotado*, 1916, Bahia, Tipografia Bahiana de Cincinato Melchiades, vol. II, p. 21, nota 6 ao art. 320, inciso 5; ORLANDO GOMES, *Contratos*, 1959, Rio, Companhia Editôra Forense, n.º 234, p. 354. Êsse último, à guiza de justificar a desfiguração do contrato, não vai além, do quanto possa ser aproveitado como lastro, de dizer que se “trata de singularidade do nosso Código”. Mas, integrando a comissão revisora do projeto de código das obrigações, divulgado oficialmente em 1965, acolheu a qualificação de *pena*, pela retenção indevida (art. 546, parágrafo único), sentido mais adequado e apto para repelir incertezas, o que é reprodução do anteprojeto dêsse código, de 1964 (art. 566, parágrafo único), não sendo sabido que o haja feito com eventual restrição.

30. *Código civil brasileiro interpretado*, ed. s/data, Rio de Janeiro, Calvino Filho Editor, vol. XVII, p. 419.

O aluguer, arbitrado pelo comodante, visa principalmente coagir o comodatário a não persistir no esbulho. É verdadeira medida compulsória”³¹

Na mesma linha de entendimento, forma WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em precisa exegêse — sempre atento ao apoio jurisprudencial, que não faltou aqui — quando estuda as obrigações do comodatário e como há de ser considerada sua responsabilidade “em conformidade com o art. 1.196 do Código”, aduz sem tardança: “tenha-se presente, porém, que êsse dispositivo não transforma o comodatário em inquilino; o aluguel é apenas a maneira pela qual se indeniza o comodante dos prejuízos resultantes da mora, entre os quais se inclui também verba de honorários de advogado”³².

De forma que, tanto pela tradição do direito pátrio como pela natureza do instituto do comodato, que se caracteriza pela gratuidade (*gratuitum debet esse commodatum*), comporta ateimar, distinguindo-se o aluguel da pena, consoante é nítida e normalmente assinalado, não é possível entender-se o dispositivo civil questionado (c.c., art. 1.252) da maneira diversa do que a do conteúdo de uma penalidade.

O “aluguer” a que se refere aquêle preceito (c.c., art. 1.252) é, em suma, uma *pena*, verdadeira *sanção* aplicada ao inadimplente, um meio coercitivo de compelir o comodatário faltoso a restituir a coisa emprestada. Nunca e nunca a retribuição pela cessão e uso da coisa, tal como ocorre na locação (c.c., art. 1.188), porque importaria, isto sim, em desnaturar o comodato, negar-lhe a essencialidade de *gratuitum* e abrir porta aos abusos de tôda sorte.

31. *Prática civil. Direito das obrigações*, 1939, Rio de Janeiro, Livraria Editôra dr. Candido de Oliveira Filho, vol. IV, pp. 317/318.

32. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*, 5.^a ed., 1967, São Paulo, Edição Saraiva, vol. V, 2.^a parte, p. 223.

7 Pontofinalizando êsse bosquejo de estudo, na advertência inicial, sem desmerecer a importância de outras deduções que o instituto sugere, podemos realçar, em conclusão da aresta contemplada, que o comodatário não pode, nem deve ser equiparado ao locatário, quando constituído em mora. O vocábulo “aluguer”, empregado no mandamento legal já considerado, não tem o sentido de retribuição pela permissão do uso e gôzo de uma *coisa*, à semelhança do que acontece com o contrato de locação. Tal palavra está a significar, aí, uma pena imposta ao comodatário ou em outros termos, para “apenar” o que descumpriu o seu dever de proceder a devolução. E sua aplicação, também, não pode ter o condão de transformar o comodato em locação, como decorrência da mora.