

ESTUDOS

DOUTORAMENTO
& MESTRADO

DIOGO FIGUEIREDO PERFEITO DIAS FERREIRA

**O CONTRATO DE COMODATO
NO DIREITO ROMANO E NO DIREITO PORTUGUÊS.
ALGUNS ASPECTOS**

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

13

SÉRIE M

página deixada propositadamente em branco



I
•
J

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

publicacoes@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-90-7

© NOVEMBRO 2020

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS
Doutoramento
& Mestrado

DIOGO FIGUEIREDO
PERFEITO DIAS FERREIRA

O CONTRATO DE COMODATO
NO DIREITO ROMANO E NO DIREITO PORTUGUÊS.
ALGUNS ASPECTOS

INSTITUTO ▴ IVRÍDICO

O CONTRATO DE COMODATO
NO DIREITO ROMANO E NO DIREITO PORTUGUÊS.
ALGUNS ASPECTOS

Diogo Figueiredo Perfeito Dias Ferreira

RESUMO: O presente estudo intenta revisitar algumas das coordenadas essenciais de um contrato assaz significativo no contexto do nosso direito civil: o comodato. Para tanto, ensaia-se, primeiramente, um esboço do que fora o *commodatum* romano, raiz primeira desta figura contratual, procedendo-se, num momento posterior, à **apreciação da sua conformação** nos Códigos Cíveis portugueses de 1867 e 1966, sempre sem olvidar o realce cabido às marcas românicas que, a tal respeito, podem achar-se nestas duas codificações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito romano; direito civil português; comodato; Código Civil português de 1867; Código Civil português de 1966

THE COMMODATE CONTRACT
IN ROMAN AND PORTUGUESE LAW.
SOME ASPECTS

ABSTRACT: This article essays to review some essential attributes of a contract very significant at Portuguese civil law: the commodate contract. With this object, we try, firstly, to make a draft of the *commodatum* contract in Roman law, basis of the Portuguese contract of *comodato*. After that, we analyse the characteristics of this contract in Portuguese Civil Codes of 1867 and 1966, not forgetting many Romanistic traces visible in these codifications.

KEYWORDS: Roman law; Portuguese civil law; commodate; Portuguese Civil Code of 1867; Portuguese Civil Code of 1966

1. Considerações propedêuticas

«Ninguém pode ser um grande jurista se não for um bom civilista; e ninguém pode ser um bom civilista se não for, pelo menos, um razoável romanista.»

A frase *supra*, que de uso se atribui ao génio ímpar do Doutor Guilherme Alves Moreira, autorizado Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra¹, exprime lididamente toda a capitalidade que há-de reconhecer-se, por direitas contas, ao *ius romanum*. Com efeito, e mau grado certos aventureiros hodiernos, de vistas porventura turvadas por rútilas cintilações do porvir que, a todo o transe, buscam alcançar, em claríssima preterição do alfobre passado que deverá constituir a imprescindível bagagem de todo o afoito viandante, é fora de dúvida que o direito que aí está — aquele que, no momento, se nos apresenta à contemplação — não pode ser inteligido em uma compreensão estreita, seca, dessorada de quaisquer fundamentos prévios justificantes do seu modo-de-ser. Muito pelo contrário, o vero jurista só cumprirá, com justeza, o seu múnus se não se contentar com o fulgor primeiro das inéditas revelações, se empreender aquele esquadrinhamento que tão próprio é dos homens do Direito (aqui, já com maiúscula), se cultivar aquela curiosidade tão frutífera que o faz ver mais além — é dizer, se adoptar uma atitude que o faça ver no Direito muito mais do que a lei.

Para tanto, de útil valia se lhe afigurarão, decerto, as prestimosas lições que sempre a História encerra. Aquilo que somos, a forma que temos, o mundo em que vivemos não são mera obra do imediato, do actual: são produto historicamente decantado, corolário lógico (ou ilógico, porque não?) do devir dos tempos, síntese da

¹ O insigne Professor parece não a ter deixado exarada em qualquer sede escrita; em boa verdade, crê-se que tal formulação vinha a ser recorrente, isso sim, nas suas prelecções orais, havendo relatos de discípulos nesse sentido (cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano — I. Introdução. Fontes*, 4.^a ed., Coimbra: [s.n.], 1984, p. xxxv).

actividade transformadora dos séculos, produto sempre inacabado. *Ipsa facto*, para que o jurista possa almejar conhecer o *ius*, como hoje ele é, haverá de, primeiro que tudo, saber como ele foi outrora.

E é aqui que entra, e de forma intrinsecamente augusta (como não poderia deixar de ser...), o direito romano. Base fundante de larga cópia de institutos jurídicos dos nossos dias, a herança que nos legaram os jurisconsultos da antiga Roma impregna bastamente todos os recantos da juridicidade. Ocioso será dizer quão extensa e notória se antolha a presença do direito romano no nosso direito civil, em múltiplas normas do Código Civil. E por isso (mas não só...) é tão importante conhecê-lo.

O que nos propomos, assim, com o presente estudo é, tão-somente, tentar a confirmação do que, em tom tão apressado quanto rude, vimos de dizer, demonstrando, a propósito de uma figura contratual em particular — o contrato de comodato —, a existência (*rectius*, persistência) de inúmeras marcas romanísticas no nosso direito hodierno. Para tanto, procederemos, primeiramente, a uma sucinta caracterização do *commodatum* romano, procurando identificar as suas notas distintivas mais frisantes. Numa segunda parte do nosso trabalho, analisar-se-á o regime jurídico do comodato em Portugal, tanto no pregresso Código Civil de 1867 («de Seabra») como no Código Civil de 1966 ².

2. Do *commodatum* no direito romano

2.1. Noção e caracterização

Antes de nos afoitarmos a esboçar considerações de maior detença sobre o ponto que aqui nos traz, seja-nos permitida uma incursão fugaz pela etimologia de *commodatum*, pois que se antolha

² Fazemo-lo a despeito do pouco tratamento que, tanto quanto nos parece, o tema tem merecido de há tempos a esta parte, por banda da maioria da doutrina pátria e mesmo da europeia (talvez excluindo apenas a italiana). É, porém, notável um «reaproveitamento» desta figura contratual a partir de meados do século XX, para os mais diversos fins (sobretudo em matéria comercial). Cfr., desde já, Júlio Manuel Vieira GOMES, «Do contrato de comodato», *Cadernos de Direito Privado* 17 (Janeiro/Março de 2007) 3-31 (p. 3-4).

invariavelmente como avisado proceder a prévia indagação do significado preciso dos termos em análise. Vejamos, pois.

A palavra latina *commodatum* vai buscar as suas raízes ao étimo *commodo*, o qual, sucintamente, pode reconduzir-se, enquanto verbo (*commodo, commodas, commodare, commodavi, commodatum*), às ideias de «dispor convenientemente», «pôr à disposição de alguém alguma coisa», «aplicar no momento oportuno», etc. Já no que tange ao idêntico advérbio (*commodo/commodus*), encontramos correspondência às ideias de algo que vem «a propósito», «convenientemente», tal como no adjectivo *commodus*, significando algo «conveniente», «apropriado», «vantajoso», «bondoso», «agradável»³. Assim sendo, permitimo-nos concluir que o *commodatum* vinha a ser, afinal, uma forma de obsequiar outrem, de colocar algo à sua disposição, e de guisa conveniente, cómoda, porque oportuna e, mormente (como veremos adiante), gratuita⁴.

Uma vez de posse do sucinto quadro etimológico que vimos de esboçar, entremos, decididamente, na consideração de algumas breves notas caracterizadoras do contrato de comodato no direito romano.

Digamos, em primeiro lugar, que o escopo do comodato era bem simples. Verificava-se a entrega de determinada coisa (*res*), por banda de um comodante, à contraparte — o comodatário. Este deveria usá-la, por certo tempo e no modo acordado, e restituí-la quando chegasse a altura de fazê-lo⁵. Temos que, desde

³ Cfr. o autorizado *Dicionário de Latim-Português* do Professor António Gomes FERREIRA, Porto: Porto Editora, [s.d.], 244-245. Ademais, se continuarmos examinando as palavras latinas afins (como seja o advérbio *commode*), toparemos invariavelmente com estas ideias de conveniência, justeza, vantagem para outrem, agradabilidade, etc.

⁴ O que, de certa forma, é corroborado pela seguinte passagem do Digesto, atribuída a Paulus: D.13,6,17,3 — «Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare (...)» [«Mas assim como dar em comodato é mais *de vontade e de obséquio* que de necessidade (...)].

⁵ A bem dizer, a génese do comodato pode situar-se em muito antigas práticas sociais, que precederam, decerto, o reconhecimento jurídico de semelhante contrato. Neste sentido, cfr. António dos Santos JUSTO, *Direito Privado Romano* — II (*Direito das Obrigações*), 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 45, e Franco PASTORI, «Comodato (Diritto Romano)», in Antonio AZARA / Ernesto EULA, dir., *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959,

logo, o comodato era um contrato real, porquanto, para a sua perfeição, não era suficiente o mero consenso entre as partes (*conventio*): carecia, outrossim, de um acto material, incidente sobre a *res* em questão ⁶. É, porém, de ressaltar que, *in casu*, a celebração deste contrato não pressupunha qualquer transferência da propriedade (*datio*) da *res* nem, tão-pouco, a transferência da posse (*traditio*): o comodatário ficava, a bem dizer, como mero detentor da coisa, o que nos é confirmado pela seguinte passagem do Digesto, atribuída a Pomponius:

D.13,6,8 — «Rei commodatae et possessionem, et proprietatem retinemus» [«Retemos tanto a posse como a propriedade da coisa dada em comodato»] ⁷.

Ainda a propósito da *res*, uma outra questão de tomo se pode colocar: sobre que tipo de coisas poderia incidir o comodato?

A fazer fé no que nos dizem as fontes, o comodato incidiria, tão-somente, sobre *res* não consumíveis e infungíveis. Desde logo, porque o dever de restituição da coisa que impedia sobre o comodatário visava uma coisa certa, que não algo que pudesse ser substituído por outro tanto do mesmo género e qualidade (*tantundem eiusdem generis*), nota característica de outra figura contratual

688-692 (p. 688). Ademais, neste último artigo, Pastori sugere que a tardia regulamentação jurídica do comodato ter-se-á devido à possibilidade de tutela indirecta da prática social referida por banda da figura da *fiducia cum amico*, bastante difundida na época pré-clássica. Por outro lado, é praticamente certo que a tutela jurídica originária do comodato residia no *ius praetorium*, só bastante mais tarde tendo o direito civil assimilado a figura. Cfr. Gaetano SCHERILLO, «Comodato (Diritto Romano)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, Milano: Giuffrè, 1960, 984-985. Veja-se, outrossim, o fragmento de ULPIANUS contido em D.13,6,1pr.: «Ait Praetor: QUOD QUIS COMMODASSE DICETUR, DE EO IUDICIUM DABO» [«Disse o Pretor: Darei uma acção ao que disser que algo deu em comodato»].

⁶ Sobre a noção de contrato real, *vd.*, por todos, Santos JUSTO, *Direito Privado Romano* — II, 33-34. Cfr., outrossim, SCHERILLO, «Comodato (Diritto Romano)», 981.

⁷ Razão esta por que tanto um proprietário como um possuidor ou um mero detentor poderiam, validamente, dar certa coisa em comodato, como se infere dos fragmentos que se contêm em D.13,6,15 e D.13,6,16. Cfr. PASTORI, «Comodato (Diritto Romano)», 688, SCHERILLO, «Comodato (Diritto Romano)», 981; e Santos JUSTO, *Direito Privado Romano* — II, 45, n. 4.

— o mútuo (*mutuum*)⁸. Ademais, é claro o que se diz no seguinte passo de Ulpianus:

D.13,6,3,6 — «Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat»

[«Não pode dar-se em comodato o que se consome pelo uso, a não ser no caso de que alguém o receba para pompa ou ostentação»].

Vemos, assim, uma excepção à regra que acabámos de enunciar: admitia-se o comodato *ad pompam vel ostentationem* («para pompa ou ostentação»), incidindo sobre coisas consumíveis que, no fundo, iriam desempenhar um papel de *res* não consumíveis: tal o caso, *v.g.*, nos nossos dias, de uma colecção de moedas raras, pedida a alguém para ser exibida perante uma selecta assistência de estudiosos, ou de uma garrafa de vinho de incalculável valor, apenas destinada a exibição ante os atentos convivas de um jantar^{9 10}.

⁸ Sobre o contrato de mútuo no direito romano, *vd.* Santos JUSTO, *Direito Privado Romano* — II, 34-38.

⁹ E, de facto, mesmo em Roma os banquetes oferecidos por particulares seriam, no avisado parecer de Vojtech Poláček, os exemplos mais frequentes disto. Numa sociedade como a romana, onde a ostentação da riqueza, do *status* social, se perfilava absolutamente necessária no seio das camadas mais favorecidas, afigurava-se de toda a conveniência, àquele que recebesse outrem na sua residência, exibir ante os convivas uma desarmante abundância de alimentos e bens materiais (mormente, neste último caso, quanto aos utensílios empregados no serviço da refeição), acrescentando ao luxo pessoal. Ora, sendo injustificável a aquisição de larga cópia de coisas que nunca viriam, efectivamente, a ser consumidas ou a ter qualquer serventia, efectuava-se, também aqui, um *commodatum*, quer de coisas não consumíveis e infungíveis (uma baixela de prata, *v.g.*), quer mesmo de coisas consumíveis e fungíveis (fruta, por exemplo), as quais seriam habilmente restituídas ao comodante após a realização do banquete. Claro que, com o tempo, semelhante modo de proceder se foi tornando por demais cónito aos olhos da sociedade, mas as naturais conveniências sociais ditavam que a isso se não desse atenção, tudo se passando como se nada fora... Donde, também segundo Poláček, a razão de ULPIANUS ser assaz parcimonioso na sua referência em D.13,6,3,6 — curava-se, afinal, de assunto por todos conhecido, mas a que as conveniências sociais vedavam mais latos comentários. Cfr. Vojtech POLÁČEK, «Punti di vista — Commodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica», *Labeo* — *Rassegna di Diritto Romano* 19 (1973) 161-184 (p. 173).

¹⁰ A qualificação de semelhante prática como comodato, em vez da sua recondução — como seria expectável — à figura do mútuo, prender-se-ia, porventura, com a maior celeridade processual ínsita à tutela do comodante, o qual, em caso de inadimplemento por banda do comodatário, poderia, muito simplesmente,

O problema não fica, no entanto, por estas tão simples linhas. Discutível é a questão da existência de um eventual comodato de dinheiro (*pecunia*) — é dizer, se seria possível dar-se em comodato determinada soma pecuniária, *qua tale*, para servir os seus normais objectivos na vida corrente. Em boa verdade, Gaius parece afirmá-lo, no seguinte trecho:

D.13,6,4 — «Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant»

[«E muitas vezes também se dá em comodato o dinheiro para isto, para que medeie por via de entrega»]¹¹.

Vojtech Poláček, que enfatiza especialmente a hipótese a que nos estamos reportando, afirma mesmo que um outro fragmento de Gaius — D.13,6,18pr.¹² — aponta frisantemente no sentido in-

apoderar-se das coisas dadas em comodato, desde que o comodatário a isso se não opusesse pelo uso da força. A mais disso, a qualificação como comodato teria consequências notórias em uma mais forte tutela do comodante, pois que este, *qua tale*, beneficiaria da *actio furti, in duplum*, que não teria se de mútuo se tratasse (aqui, apenas poderia lançar mão da *condictio certae rei*, ou de uma *actio certae creditae pecuniae*, ambas *in simplum*). Cfr. Vojtech POLÁČEK, «Punti di vista», 173.

¹¹ Segundo Vojtech Poláček, mesmo no fragmento de Ulpiano a que anteriormente aludimos (D.13,6,3,6) ficam patentes as dúvidas do seu presuntivo Autor, muito embora ele pareça simplesmente aventar a eventualidade de um comodato de coisas consumíveis para, logo de seguida, a excluir por princípio — cfr. «Punti di vista», 172.

¹² É o seguinte o seu teor, na parte que nos interessa: «(...) si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit (...)» [(...) se eu tiver dado a alguém em comodato um serviço de prata, porque ele dissesse que havia de convidar amigos para um jantar, e se ele o tiver levado consigo de viagem, sem dúvida alguma que deve responder também pelo ataque de piratas e de ladrões e por acidente de naufrágio. Isto assim, se a coisa tiver sido dada em comodato somente por causa do que a recebe; mas se tivesse sido dada por causa de ambos, por exemplo, se tivéssemos convidado para jantar um amigo comum, e tu te houvesse encarregado de tratar disto, e eu te tivesse dado em comodato o serviço de prata, está certamente escrito em alguns (Autores) que só deves responder por dolo; porém, há-de ver-se se não há-de responder também por culpa (...)].

dicado. Com efeito, o pregresso jurista aludiria aí, não a um comodato *ad pompam vel ostentationem*, como seria pensável, mas a um vero comodato de *pecunia*, em que alguém daria dinheiro em comodato a outrem «(...) como meio material com o qual o banquete em questão [referido no exemplo constante do aludido fragmento] deveria ser realizado (...)»¹³. Não será, pois, descabido pensar-se que os juristas romanos (com todo o destaque para Gaius, que terá sido quem mais claramente postulou semelhante possibilidade) hajam figurado este caso *sui generis* de comodato, tendo *pecunia* por objecto, a fim de que uma pessoa (um amigo, em regra) recebesse de alguém tal dinheiro com o intuito de realizar uma actividade de interesse comum (o que, de certa forma, até se conexionaria com o instituto pré-clássico da *fiducia cum amico*¹⁴). E isto até pela razão de tal situação ser mais atreita à associação com a figura do comodato do que, propriamente, com outras figuras contratuais, como o mandato ou, sobretudo, o mútuo¹⁵.

Um outro ponto, ainda a este propósito, se nos apresenta à vista. Cura-se do facto de, no séc. I a.C., Labeo haver distinguido entre *commodatum* e *utendum dare*: referir-se-ia o primeiro («como-

Note-se, no entanto, que, a fazer fé na hipótese de Poláček que seguidamente apresentamos em texto, o termo *argentum* (prata) há-de ser traduzido, não no sentido que ficou exposto («serviço de prata», para uso em refeição), mas sim como «dinheiro». Cfr., a propósito, António Gomes FERREIRA, *Dicionário de Latim-Português*, 113, onde se vê que o termo em menção tanto poderia significar «baixela de prata» como «moeda em prata» ou «moeda (em geral)».

¹³ Cfr. «Punti di vista», 175 (tradução de nossa responsabilidade).

¹⁴ Negando, porém, qualquer radicação do comodato na figura da *fiducia cum amico*, SCHERILLO, «Comodato (Diritto Romano)», 985.

¹⁵ Cfr. Vojtech POLÁČEK, «Punti di vista», 175-178. Com efeito, no caso da realização de um banquete comum, em que se houvesse confiado a um dos convivas certa soma de dinheiro com o fito de cuidar dos preparativos do mesmo, não seria curial a hipótese de a propriedade dessa *pecunia* passar, sem mais, para quem a recebesse — ela permaneceria, sim, sempre na propriedade daquele(s) que a havia(m) cedido a este, com o aludido fim. Por outro lado, antolhava-se capital a obrigação de o recebedor do dinheiro actuar em conformidade com o objectivo que lhe fora assinalado — característica bem presente no comodato, como se sabe (e de despicienda importância no mútuo, por exemplo, onde só interessaria a restituição do *tantundem eiusdem generis*) —, o que tornaria susceptível de condenação qualquer conduta contrária a tal proceder, porque lesiva da amizade mútua e dos interesses do(s) comodante(s).

dato», *proprio sensu*) às coisas móveis, e o segundo («dar para uso») tanto às coisas imóveis como às móveis, no que se distinguiu do comodato. Porém, posteriormente, Ulpianus já nos dava conta do abandono desta concepção, na esteira das opiniões de Cassius e de Vivianus (considerando este último, ademais, a exequibilidade de um comodato de habitação)¹⁶.

Tendo nós visto o carácter real do contrato de comodato, digamos, de seguida, que o mesmo se permitia caracterizar, outrossim, como um contrato gratuito. Com efeito, o que movia o comodante a entregar algo a outrem, para que este fizesse uso da *res* e a restituísse da guisa convencionada, vinha a ser, no fundo, um sentimento de amizade, de camaradagem (o que, de resto, impregnou fundamente, bem o sabemos, o contratualismo romano)¹⁷. Donde, naturalmente, a inexistência de quaisquer ónus que impendessem, à partida, sobre o comodatário. É o que decorre, com meridiana clareza, do seguinte fragmento de Ulpianus:

¹⁶ É o que se retira de D.13,6,1,1: «(...) Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem; commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est; idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait» [«Mas, na verdade, diz Labeo que entre o dado em comodato e em uso há tanta diferença como entre o género e a espécie; porque se dá em comodato a coisa móvel, não também a imóvel, e dá-se em uso também a imóvel. Mas, como se vê, com propriedade se diz coisa dada em comodato também a que é imóvel; e assim crê também Cassius. Vivianus diz mais que também pode dar-se em comodato a habitação»]. Cfr., a propósito, Santos JUSTO, *Direito Privado Romano — II*, 44, n. 3; e PASTORI, «Comodato (Diritto Romano)», 688.

¹⁷ Assim, também, PASTORI, «Comodato (Diritto Romano)», 688. Com efeito, refere este Autor que o empréstimo ínsito ao contrato de comodato era feito, via de regra, entre pessoas ligadas por relações de amizade, de benevolência, sendo possível encontrar, nas fontes mais antigas, situações de empréstimos a título gratuito (ainda antes, note-se, da consagração da figura contratual do comodato) feitos «ao próximo», «ao vizinho», «ao amigo» e, genericamente, dentro do grupo agnático a que o comodante pertencia, pelo que, conseqüentemente, se afiguraria bastante, nessas épocas mais remotas, e na eventualidade de qualquer falta cometida *a posteriori* pelo comodatário, a sanção defluente das regras de convivência social e do costume.

D.13,6,5,12 — «Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares, dedisti, non repignoras, ut mihi reddas; Labeo ait, commodati actionem locum habere; quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit, tunc enim vel in factum, vel ex locato conducto agendum erit. Plane si ego pro te rem pignori dederam tua voluntate, mandati erit actio. Idem Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignorandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc duntaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. Abesse autem culpa a me videtur, sive iam solvi pecuniam, sive solvere sum paratus. Sumtum plane litis ceteraque aequum esse um agnoscere, qui commodatum accepit»

[«Dei-te uma coisa para que a desses em penhor ao teu credor. Se a deste, e a não resgatas para devolver-ma, disse Labeo que tem lugar a acção de comodato; o que opino que é verdade, se não houve retribuição, porque então se haverá de intentar, ou a acção *in factum*, ou a de locação-condução. Mas se tu, de tua vontade, tiveres dado por ti a coisa em penhor, terá lugar a acção de mandato. Com razão disse o mesmo Labeo que se eu não tivesse culpa de não resgatar a coisa penhorada, por o credor a não ter querido devolver, te competiria a acção de comodato, somente para isto, para que eu te ceda as acções contra ele. Mas entende-se que não tenho culpa, ora se já paguei o dinheiro, ora se estou disposto a pagá-lo. Mas, quanto às custas do litígio e ao demais, é justo que tal seja suportado por quem recebeu a coisa em comodato»].

Assim se diferenciava claramente o comodato de outros contratos, como a *locatio-conductio rei*, em que já havia lugar a uma contra-prestação pela concessão do gozo da *res*¹⁸.

2.2. Obrigações do comodatário e eventuais obrigações do comodante

Por certo o contrato de comodato não implicaria, à partida, quaisquer ónus ou encargos para o comodatário, o qual, após fazer uso da *res* de acordo com a forma convencionada, e pelo tempo acordado, mais não teria de fazer do que restituí-la no idêntico estado em que a recebera; dessa maneira, a obrigação principal vinha a ser a de o comodatário devolver a coisa ao comodante, uma vez atingido o termo do contrato. Mas poderia, eventualmente,

¹⁸ Cfr., a propósito, Santos JUSTO, *Direito Privado Romano* — II, 45 e 66-69; e SCHERILLO, «Comodato (Diritto Romano)», 982.

suceder que o comodatário causasse dano na *res*, afectando, desse modo, a sua serventia ou as suas qualidades intrínsecas. E, como será bom de ver, uma restituição feita nesses moldes — de uma coisa que, afinal, se não encontrava exactamente no estado em que fora entregue ao comodatário — não poderia, de forma alguma, satisfazer o comodante. Assim o dizia já Ulpianus:

D.13,6,3,1 — «Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest, praestetur; proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur».

[«Se verdadeiramente houver sido devolvida a coisa dada em comodato, mas devolvida deteriorada, não se entenderá devolvida a que se devolve deteriorada, se se não satisfaz o que importa; porque com propriedade se diz que não se devolveu a coisa que se devolve deteriorada»].

Em face do que surgiriam, naturalmente, deveres correlatos para o comodatário, designadamente o de ressarcir o comodante pelo dano assim produzido na *res*, o que seria mote para uma *actio commodati directa*. Mas, antes de passarmos a uma sucinta caracterização desta, seja-nos lícito dedicar algumas linhas mais aos deveres que impendiam sobre a pessoa do comodatário.

Como fomos deixando exarado, o comodatário deveria conformar a sua conduta com as seguintes directrizes: utilizar a *res* segundo o modo convencionado, pelo tempo acordado e não a deteriorando, e restituí-la tão logo se verificasse o termo do contrato. Detenhamo-nos um pouco no que ficou dito.

Utilizar a *res* segundo o modo convencionado, escrevemos. Era este, em boa verdade, um dos magnos deveres do comodatário, servindo, ademais, de mote para distinguir o comodato de outros contratos afins, como o mútuo (onde nada interessava, em princípio, qual o destino que iria ser dado à coisa mutuada, desde que o mutuário restituísse o *tantundem eiusdem generis*¹⁹). Sendo assim, pergunta-se: e se o comodatário empregasse a coisa em fim distinto

¹⁹ Até porque, no mútuo, a coisa mutuada, pela sua especial natureza (*res* consumíveis, fungíveis), passava a ser propriedade do mutuário. Cfr. POLÁČEK, «Punti di vista», 164. Expondo, de guisa sucinta, as diferenças entre o comodato e outros contratos afins, *vd.* PASTORI, «Comodato (Diritto Romano)», 691-692.

do convenicionado? Cometeria, *in casu*, um *furtum usus* (furto de uso), susceptível de sanção por meio de uma *actio furti*. Assim se diz num fragmento de Ulpianus:

D.13,6,5,8 — «Quin imo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo Digestorum scripsit (...)»

[«Mais, também o que usa de outro modo a coisa dada em comodato se obriga, não somente pela acção de comodato, mas também pela de furto, segundo escreveu Iulianus no livro undécimo do Digesto (...)].

Dissemos, outrossim, que não devia o comodatário deteriorar a coisa. Em bom rigor, deveria ele proceder com a devida diligência²⁰, sendo certo que, na época clássica, ele respondia por *custodia* — vale por dizer, afirmava-se a existência de um nexo de causalidade

²⁰ É particularmente elucidativo, a propósito, o seguinte fragmento de GAIUS: D.13,6,18pr. — «In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus, et piratis, et naufrágio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commoda-verim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum praestare debet (...)» [«A respeito das coisas dadas em comodato, há-de prestar-se tal diligência quanta a que põe nas suas próprias coisas um diligentíssimo pai de família, de sorte que apenas não responda no caso daqueles acidentes a que se não possa resistir, por exemplo, a morte dos escravos, que sobrevêm sem dolo ou culpa dele, os ataques de ladrões ou inimigos, os ardis dos piratas, um naufrágio, um incêndio e a fuga de escravos que não soem ser custodiados. Mas o que havemos dito a respeito dos ladrões, dos piratas e do naufrágio, entendemo-lo, por certo, deste modo, se a coisa houver sido dada a alguém para isto, para que consigo a leve de viagem; doutro modo, se eu houver dado a alguém em comodato um serviço de prata, porque ele dissesse que haveria de convidar amigos para jantar, e se ele o houver levado consigo de viagem, sem dúvida alguma que deve responder também pelo acidente de piratas, de ladrões e de naufrágio (...)].

Entender-se-á perfeitamente o sentido desta parte final (sentido esse que também pode observar-se no excerto das *Institutiones* que, de seguida, plasmamos em texto) pelo facto de, na circunstância descrita, o comodatário haver destinado a coisa a fim diverso do convenicionado, caso em que lhe não servirá invocar a *vis maior*, e lhe caberá responder pelo que venha a suceder à *res*.

dade entre o comportamento do comodatário e a falta verificada no cumprimento das suas obrigações, exceptuando os casos de força maior (*vis maior*), tais como incêndio, terramoto, naufrágio ou roubo. Curava-se aqui, portanto, de uma *custodia* em «sentido técnico», que não da mera *custodia* no sentido material do termo (típica, por exemplo, do contrato de depósito, onde surge como ínsita à actividade do depositário)²¹. Atentemos no seguinte trecho das *Institutiones* de Justiniano:

I.3,14,2 — «Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. (...) At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire. Sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit; alioquin, si id, quod tibi commodatum est, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda e are tenearis (...)»

[«Do mesmo modo, aquele a quem se dá alguma coisa para usá-la, isto é, que se lhe empresta, obriga-se pela coisa, e é obrigado pela acção de comodato. (...) Mas o que recebeu [a coisa] para usá-la está certamente obrigado a aplicar à sua custódia um cabal cuidado, e não lhe basta haver posto tanto cuidado quanto costumava pôr nas suas próprias coisas, se outra pessoa mais cuidadosa puder conservar aquela coisa. Mas não está obrigado por causa de força maior ou de casos fortuitos, se o caso não houver acontecido por culpa sua; por outro lado, se houverses preferido levar contigo de viagem o que te tenha sido dado em comodato, e o tiveres perdido ou por ataque de inimigos ou de ladrões, ou por naufrágio, não há dúvida de que estás obrigado a restituir aquela coisa (...)»].

Daqui, um outro dado se pode extrair: o comodatário responderia, não por culpa *in concreto*, pois que se não tomaria em conta a sua normal diligência, o cuidado que costumava empregar naquilo que lhe pertencia, mas sim por culpa *in abstracto*. Não obstante, o padrão de aferição da culpa não era, na época justinianeia, o do costumado *bonus paterfamilias*, ainda hoje tão presente no nosso Direito²². Era, sim, o da *exacta* (ou *exactissima*) *diligentia custodiendae*

²¹ Cfr. PASTORI, «Comodato (Diritto Romano)», 690.

²² Cfr. artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil português.

rei, ou *diligentia diligentissimi patris familias*²³, ainda mais apurado e exigente do que aquele²⁴.

2.3. A *actio commodati* e a sua natureza

Se o comodatário viesse a estar em falta, não cumprindo qualquer das obrigações que lhe eram assinaladas, dispunha o comodante, para fazer valer os seus direitos, de uma *actio commodati directa*. E aqui se nos coloca um outro problema, vivamente discutido pela doutrina: seria o comodante tutelado por uma *actio in factum* ou por uma *actio in ius*?

Que o comodato era tutelado por uma *actio in factum*, temo-lo por praticamente certo. Em boa verdade, sendo a sua tutela jurídi-

²³ Sendo tal o sentido do fragmento de Gaius que citámos na n. 20. Para SCHE-
RILLO, semelhante fórmula justinianeia teria visado unificar os critérios da *custodia*
e da culpa (cfr. «Comodato (Diritto Romano)», 989).

²⁴ Mas, se fosse o comodato feito no interesse exclusivo do comodante, ou,
por outro lado, no interesse de ambos (comodante e comodatário), já a responsa-
bilidade operaria de modo diverso: no primeiro caso, responderia o comodatário
por dolo; no segundo, por *culpa in concreto* (cfr. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano*
— II, 46). É o que deflui das seguintes passagens do Digesto, que transcrevemos:

D.13,6,5,10 (ULPIANUS, quanto à primeira situação) — «Interdum plane dolum
solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; utputa si quis ita convenit, vel
si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius
cultu ad se deduceretur, vel si quis ludos edens Praetor scenicis commodavit, vel
ipsi Praetori quis ultro commodavit» [«Porém, por vezes responderá somente por
dolo, a respeito da coisa dada em comodato, o que a pediu; por exemplo, se al-
guém assim o combinou, ou se deu em comodato somente por sua causa, talvez
a sua esposa, ou a sua mulher, para que se lhe apresentasse mais decentemente
ataviada, ou se, oferecendo o Pretor algumas representações cénicas, deu alguma
coisa em comodato aos comediantes, ou se alguém a deu voluntariamente em
comodato ao mesmo Pretor»];

D.13,6,18,pr. (Gaius, quanto à segunda situação) — «(...) at si utriusque, veluti
si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses,
et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio,
quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne et culpa praestanda sit
(...)» [«(...) mas se (a coisa) for dada (em comodato) em benefício de um e outro
— por exemplo, se tivermos convidado para jantar um amigo comum, e tu te
houveres encarregado de tratar disto, e eu te tiver dado em comodato um serviço
de prata, terão alguns escrito, certamente, que apenas deverás responder por dolo;
mas há-de ver-se se não há-de responder também por culpa (...)].

ca de origem pretória ²⁵, lógico seria que, *ipso facto*, lhe coubesse uma *actio* de semelhante tipo ^{26 27}. E esta visava a protecção do comodante relativamente a um aspecto fundamental da relação obrigacional estabelecida com o comodatário: permitia-lhe obter a condenação deste último a pagar o valor da *res*, caso ele se recusasse a efectuar a sua restituição ²⁸. A sua fórmula, de resto, seria idêntica à da *actio depositi*, segundo o parecer de Gaius, pelo que poderíamos reconstituí-la da forma que segue ²⁹:

«Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem de qua agitur commodasse eamque Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret absolutio»

[«Se parecer que Aulus Agerius emprestou a Numerius Negidius a coisa em questão, e que ela não foi entregue, juiz, condena Numerius Negidius, em benefício de Aulus Agerius, naquilo que a coisa valha. Se o não parecer, absolve-o»].

²⁵ Cfr., *supra*, n. 5.

²⁶ Pois que, afinal, as *actiones praetoriae* tinham sempre a fórmula *in factum* — cfr. SCHERILLO, «Comodato (Diritto Romano)», 987. Sobre a distinção entre as fórmulas *in factum concepta* e *in ius concepta*, cfr. António dos Santos JUSTO, *Direito Privado Romano — I. Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 331-334.

²⁷ Refere, no entanto, René ROBAYE que a primeira sanção atinente ao comodato *qua tale* terá sido, antes de mais, algo de carácter a-jurídico, de mera «reprovação social», adveniente do desrespeito pela palavra dada. A *actio commodati in factum*, que o Autor estima haver surgido por volta do século I a.C., terá sido, por isso, a primeira forma de tutela jurídica ligada a este contrato. Cfr. o seu estudo «Le prêt d’usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?», *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 3.^e série, Bruxelles, 36 (1989) 351-400 (p. 355-356). *Vd.*, também, Javier PARICIO, «La pretendida fórmula “in ius” del comodato en el Edicto pretorio», *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 3.^e série, Bruxelles, 29 (1982) 235-251 (p. 235-236) — Autor este que converge com a argumentação de Robaye, que vimos de expor, considerando que, antes da *actio in factum*, o comodato (enquanto prática social, bem entendido) apenas se inseriria nas relações de amizade (*amicitia*), conhecendo tão-só a sanção não-jurídica da *fides* (isto se não se houvesse praticado a *fiducia cum amico*).

²⁸ Cfr. René ROBAYE, «Le prêt d’usage», 356.

²⁹ Seguimos de perto, neste ponto, René ROBAYE, «Le prêt d’usage», 356-357 — Autor que sublinha haver, no entanto, diferenças relativamente ao contrato de depósito: por exemplo, ao passo que, neste, o depositário inadimplente apenas responderia por dolo, o comodatário que incumprisse responderia, nos mais dos casos, por *custodia*, como já havemos ensejo de expor.

Não suscita isto, portanto, grandes dúvidas: houve, efectivamente, uma *actio commodati in factum*. O problema começa a adensar-se quando colocamos a questão: terá existido uma *actio commodati in ius*?

A maioria da doutrina tende, de facto, a admitir a sua existência. Porém, um romanista de alto coturno, Alvaro d’Ors, negava-o rotundamente³⁰. E, seguindo a lição deste, o eminente Professor Sebastião Cruz adoptava semelhante posição. Relanceemos a vista pelos argumentos aduzidos por este último.

Na sua opinião, a única prova frisante da eventual existência de uma *actio commodati in ius* vinha a ser um parágrafo das *Institutiones* de Gaius (IV, 47) em que expressamente se alude a semelhante acção³¹. Não obstante, parecia ao insigne Mestre curar-se, aqui, de um glosema, de uma interpolação feita *a posteriori*, quiçá na época pós-clássica, tendente a completar ou actualizar um texto que tinha, bem se sabe, finalidades precipuamente pedagógicas. Ademais, torna-se apreciável a omissão da *actio commodati in ius* no catálogo, que a mesma obra ostenta, de *bonae fidei iudicia*³² (atento o facto de que,

³⁰ *Vd.*, por exemplo, o seu estudo «*Creditum y Contractus*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 26 (1956) 183-207 (p. 166-167 e *passim*). Posição claramente minoritária, no entanto, que mereceu de um não menos notável Autor alemão, Kaser, a qualificação de «un glaubhaft» («incrível»).

³¹ Aí se dizia: «*Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati*» [«Mas, em alguns casos, como o depósito e o comodato, o pretor propôs fórmulas *in factum* e *in ius conceptas*»].

Um dos problemas suscitados por este excerto (para além do da sua fidedignidade) prende-se com a expressão «*veluti*», que tanto poderia ser interpretada no sentido de introduzir uma mera enumeração exemplificativa como no de assinalar uma indicação exhaustiva. Neste sentido, cfr. Carlo-Maria TARDIVO, «*Studi sul “commodatum”*», *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, Modena, 204/1-4 (1984) 225-311 (p. 234); e Contardo FERRINI, «*Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*», in Emilio ALBERTARIO, coord., *Opere di Contardo Ferrini — Volume Terzo: Studi vari di Diritto Romano e Moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio Giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano: Ulrico Hoepli, 1929, 81-203 (p. 81).

³² Com efeito, Gaius apenas refere (em IV,62) a compra e venda, a locação-condução, a gestão de negócios, o mandato, o depósito, a fidúcia, a sociedade e a tutela. Ademais, a forma por que tal enumeração se acha redigida, com recurso à expressão «*sunt autem (...) haec*», dá a ideia de a mesma ser taxativa, exhaustiva (essa a opinião de Sebastião Cruz, na sua dissertação de Doutoramento — *vd.* referência na nota seguinte).

como grande parte da doutrina reconhece, uma eventual *actio commodati in ius*, a ter existido, seria sempre uma *actio bonae fidei*, até porque semelhante enumeração parece ser taxativa³³.

Mas a maioria da doutrina entende diferentemente, dizíamos. Aliás, mesmo o facto, para muitos inquestionável, de a *actio commodati in ius* dever ter sido, caso haja existido, uma *actio bonae fidei*³⁴ não colhe o favor de todos os autores.

³³ Veja-se, com maior detença, a argumentação do grande Mestre na sua *Da «Solutio»: terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins — I. Épocas arcaica e clássica*, Coimbra: [s.n.], 1962, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Históricas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 209-211, n. 304. Se bem vemos, Paricio corrobora a argumentação do nosso ilustre Professor, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de a aludida passagem de Gaius constituir um glosema. Diz este Autor («La pretendida fórmula», 248): «(...) na crítica de interpolações, não há outro remédio que [não seja] actuar com cautelas, pois, em muitas ocasiões, antolha-se extremamente difícil fazer afirmações categóricas. No caso de Gaius IV,47, não afirmaria por completo que as duas referências ao comodato sejam forçosamente glosemas, mas entendo também que existem dados mais do que suficientes para duvidar da sua genuinidade (...)» (tradução livre, de nossa responsabilidade). Para além disso, sublinha a circunstância, já salientada pelo Doutor Sebastião Cruz, de a enumeração que Gaius apresenta dos *bonae fidei iudicia* não incluir o comodato, afigurando-se como justificação mais provável o facto de, efectivamente, a menção contida em IV,47 ser uma interpolação, como vimos de dizer. Não esqueçamos, outrossim, as reservas que podem fazer-se a várias passagens da obra de Gaius, que Sebastião Cruz entendia (e não só ele, como também diversos outros autores) ostentar larga cópia de glosemas posteriores (cfr. *ibid.*), e que Paricio chega a classificar como «(...) o menos fiável de todos os juristas clássicos, por ser o mais “peculiar”» (cfr. «La pretendida fórmula», 250 — tradução nossa).

³⁴ Lembremos que, no essencial, a distinção entre as *actiones stricti iuris* («acções de direito estrito») e as *actiones bonae fidei* («acções de boa-fé») se prende com o facto de o conteúdo obrigacional do negócio jurídico correspondente estar ou não bem determinado, de guisa linear. Assim, as acções de direito estrito virar-se-iam para os *stricti iuris negotia*, relativamente aos quais a margem de apreciação do julgador ficaria, pois, circunscrita a limites bem assinalados. Já assim não sucedia exactamente quanto aos *bona fidei negotia*, onde se permitia ao juiz uma actividade decisória bem mais ampla, pois que o conteúdo obrigacional *in concreto* seria considerado à luz dos princípios da boa-fé — é dizer, de acordo com o modo de proceder, em tais circunstâncias, de uma pessoa recta, honesta, correcta. Mais detidamente, cfr. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano — I*, 247-249. Note-se, por outro lado, que René Robaye sublinha que, mesmo nos contratos ditos de «direito estrito», o elemento da boa-fé (normalmente expresso nas palavras «*ex fide bonae*») não deixava de estar presente (embora o Autor distinga a *bona fides*, de sentido eminentemente jurídico, da mera *fides*, a qual classifica como «um termo genérico») — cfr. «Le prêt d’usage», 352.

Com efeito, a *actio commodati in ius*, a haver existido, terá surgido, decerto, posteriormente à criação da *actio commodati in factum*, talvez por volta do fim do século I d.C., ou mesmo nos princípios do seguinte ³⁵. Mas nem toda a doutrina considera que a mesma possa ter sido, verdadeiramente, de boa-fé, pelo menos na época clássica — estribando-se, *inter alia*, no argumento, por nós já mencionado, de que a enumeração que nos dá Gaius de *bonae fidei iudicia* não ostenta a *actio commodati* ³⁶. Outros até aventam semelhante possibilidade, embora fazendo notar a sua inverosimilhança, na medida em que de nenhum préstito se revestiria uma *actio in ius* que não fosse de boa-fé a partir do momento em que, para tutela do mesmo contrato, existisse já uma *actio in factum* ³⁷.

Mas também este último argumento pode ser contestado — e, de facto, há quem considere perfeitamente normal que existisse, a par de uma *actio commodati in factum*, uma outra *in ius*, ainda que não fosse de boa-fé ³⁸ (até porque, dessa maneira, seria possível a existência de uma eventual *actio commodati contraria*, isto é, uma *actio in ius* dirigida pelo comodatário contra o comodante, tendo em vista obter o correspondente ressarcimento por, *v.g.*, despesas extraordinárias advenientes da conservação da *res* comodada).

É verdade que, em abono da existência de uma *actio commodati in ius* de boa-fé, sempre poderemos aduzir o fragmento de Ulpianus que segue:

³⁵ Cfr. René ROBAYE, «Le prêt d'usage», 360.

³⁶ Argumento que René Robaye crê sem sustentação, porquanto, na sua forma de ver, se bem o entendemos, critério decisivo para a qualificação desta *actio* viria a ser o facto de da fórmula da mesma constar a menção da *bona fides*, que não, propriamente, uma virtual omissão numa obra pedagógica, como o eram as *Institutiones* de Gaius. Cfr. o seu «Le prêt d'usage», 362.

³⁷ Assim, Paricio e Pastori, *apud* René ROBAYE, «Le prêt d'usage», 363-364.

³⁸ Mas entende PARICIO («La pretendida fórmula», *maxime* p. 240) que uma *actio commodati in ius*, a ter existido, revestiria forçosamente o carácter de *actio bonae fidei*. Palavras do Autor: «(...) Uma fórmula *commodati in ius concepta* que não fizesse referência a um *oportere ex fide bona* afigura-se, de acordo com os textos e segundo uma perspectiva lógica, raríssima e, porque não dizê-lo, quase inexplicável» (tradução livre, de nossa responsabilidade).

D.13,6,3,2 — «In hac actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti, litis contestatae tempus spectetur»

[«Nesta acção, como nos demais juízos de boa-fé, far-se-á o juramento judiciário, e atender-se-á ao momento do julgamento para determinar o valor da coisa, ao passo que nas de direito estrito se tem em conta o momento da *litis contestatio*»].

Seria, de facto, um precioso apoio se não parecesse (como salienta, desde logo, René Robaye) tratar-se, também aqui, de uma interpolação³⁹. Será caso idêntico ao do fragmento de Paulus que também reproduzimos:

D.17,2,38 — «Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi. (...)»

[«Na acção de sociedade, o árbitro deve ter em conta as garantias prestadas relativamente aos ganhos e perdas futuros da sociedade. Sabinus pensa que assim será em todos os juízos de boa-fé, quer sejam gerais, como o de sociedade, o de gestão de negócios e o de tutela, quer sejam especiais, como o de mandato, o de comodato e o de depósito»].

A distinção, assim feita, entre *iudicia generalia* e *iudicia specialia* soa a algo «artificial», nas palavras de René Robaye, não deixando grandes dúvidas a que se trate de interpolação⁴⁰.

Mas, apesar de estas e outras razões⁴¹ deporem contra a virtual existência de uma *actio commodati in ius* de boa-fé na época clássica, doutrina há — com Pastori à cabeça, porventura — que entende natural a coexistência da *actio in factum* com a *actio in ius*, pela razão de que, ademais, teriam elas diferentes funções: assim, a primeira destinar-se-ia, tão-somente, a tutelar os interesses do comodante relativamente à obrigação, que impendia sobre o comodatário, de restituição da *res* uma vez findo o contrato; já a segunda tangeria àqueloutros deveres que também sobre o comodatário impende-

³⁹ Cfr. René ROBAYE, «Le prêt d'usage», 366-368.

⁴⁰ Cfr. «Le prêt d'usage», 369-370.

⁴¹ Delas nos dá uma visão geral, ainda, René ROBAYE, «Le prêt d'usage», 375 ss.

riam — é dizer, utilizar a coisa em conformidade com o fim estabelecido e não a deteriorar ⁴².

Não nos alongaremos na consideração deste ponto. Faremos apenas notar que, nas épocas pós-clássica e justinianeia, é fora de dúvida a plena consagração de uma *actio commodati in ius* de boa-fé, o que fazia entrar o comodato, decididamente, no elenco dos *bona fidei negotia*, conforme pode ver-se da enumeração presente em I.4,6,28.

2.4. A tutela do comodatário com a *actio commodati contraria*

Rematemos as nossas considerações a propósito do *commodatum* com a alusão, agora mais clara, à possibilidade de tutela dos interesses do comodatário com a *actio commodati contraria* (que terá, decerto, feito a sua aparição após a época clássica ⁴³), no caso de se terem verificado despesas extraordinárias com a conservação da *res* comodada ou de esta haver causado ao comodatário, por qualquer outra forma, assinalável prejuízo. É o que se vê, *v.g.*, dos seguintes fragmentos, de Paulus, Gaius e Africanus, respectivamente:

D.13,6,17,5 — «Rem commodatam perdidit, et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit; Labeo ait, contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere, aut, quod a me accepisti, reddere»

[«Perdi a coisa dada em comodato, e paguei o seu preço, e depois chegou a coisa a teu poder; disse Labeo que, pela acção contrária, ou deves entregar-me a coisa, ou devolver o que de mim recebeste»].

D.13,6,18,2-3 — «Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendique eius

⁴² Cfr. René ROBAYE, «Le prêt d'usage», 391-392; e PASTORI, «Comodato (Diritto Romano)», 689, aí dizendo claramente este último Autor: «(...) [o] motivo pelo qual foi introduzida a fórmula *in ius* deve ver-se nos limites da tutela pretória: sancionando a fórmula *in factum* exclusivamente a obrigação de o comodatário restituir a coisa (...), tornou-se necessária a criação de um meio processual orientado para a sanção da obrigação de o comodatário não abusar da coisa comodada e de a não deteriorar: tal meio foi precisamente a fórmula (...) de boa-fé do *ius civile* (...)» (tradução livre, de nossa responsabilidade).

⁴³ Cfr. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano* — II, 46, n. 17.

causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet, módica enim impendia verius est, ut, sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.

Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est»

[«Pode haver justa causa para intentar-se uma acção contra aquele que houver dado em comodato, por exemplo, pelos gastos feitos na doença de um escravo, ou pelos que se tiverem feito depois da sua fuga, para procurá-lo e recuperá-lo; porque os gastos de manutenção pertencem certamente por razão natural àquele que o tenha recebido para dele se servir. Mas também o que temos dito a respeito de gastos de doença ou de fuga deve referir-se aos gastos maiores, porque é mais certo que os gastos pequenos, assim como os de manutenção, correspondam ao mesmo.

Da mesma forma, aquele que, intencionalmente, deu em comodato vasos com defeito, se o vinho ou o azeite contido neles se corrompeu, ou se derramou, há-de ser condenado por esta razão»].

D.13,6,21pr. — «Rem mihi commodasti, eandem surripuisti, deinde, quum commodati ageres, nec a te scirem esse surreptam, iudex me condemnavit, et solvi, postea comperi a te esse surreptam; quaesitum est, quae mihi tecum actio sit. Respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utile mihi fore»

[«Deste-me em comodato uma coisa, e furtaste-ma, e depois, exercendo tu a acção de comodato, e não sabendo eu que havia sido subtraída por ti, o juiz condenou-me, e paguei, e logo descobri que me tinha sido furtada por ti; perguntou-se que acção tinha contra ti. Respondeu que certamente não teria a de furto, senão que haveria de ter a acção contrária útil de comodato»].

3. Do contrato de comodato no direito português

3.1. No Código Civil de 1867

O nosso Código Civil primaz, obra magna do génio do Visconde de Seabra, previa a existência do chamado «empréstimo civil», categoria que agrupava, sob um comum designativo, os tradicionais contratos de comodato e de mútuo. O seu artigo 1506.º previa que o contrato de empréstimo consistiria na cedência gratuita de

algo, para que outrem da coisa se servisse e a restituísse. O artigo 1507.º procedia à elementar distinção: tal empréstimo diz-se comodato «(...) quando versa sobre coisa que deva ser restituída na mesma espécie (...)»⁴⁴, tratando-se de mútuo quando «(...) versa sobre coisa que deva ser restituída por outra do mesmo genero, qualidade e quantidade»^{45 46}.

Afirmava-se a gratuitidade como natural elemento caracterizador de ambas as modalidades; quando assim não fosse, tratar-se-ia, não de comodato, mas de aluguer, e não de mútuo, mas de usura (artigo 1508.º). Para além disso, os direitos e obrigações resultantes do empréstimo seriam transmissíveis, tanto aos herdeiros e representantes daquele que emprestasse, como aos daquele que recebesse a coisa emprestada (artigo 1509.º).

No que concerne às especiais disposições tangentes ao comodato, previa o Código Civil de 1867 as naturais obrigações para o comodatário: restituír a coisa comodada, uma vez atingido o prazo convencionalizado (artigo 1510.º)⁴⁷, e velar pela sua boa conservação,

⁴⁴ Entendendo preferível dizer restituição «*in individuo*», que não restituição «em espécie», como o fazia o texto do Código, *vd.* Maria Cândida de Carvalho GOMES, *O comodato*, Coimbra, 1945, Dissertação de Licenciatura em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, p. 2. Crítica, igualmente, esta redação João Trigueiros de Brito PINÇAO, *Alguns aspectos do contrato de comodato*, Coimbra, 1948-1949, Dissertação de Licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 8-10.

⁴⁵ Fazemos notar que mantivemos a grafia do texto oficial consultado (*Código Civil Português, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, 2.ª ed. oficial, Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, 257-259), e assim procederemos doravante.

⁴⁶ Postulava Maria Cândida de Carvalho Gomes que, em face deste critério legal, deveria, outrossim, atender-se à vontade das partes, «(...) à sua intenção no momento da celebração do contrato, para saber se estamos em face de um comodato se de um mútuo» (cfr. o seu *O comodato*, 7). *Vd.*, ainda, o contraponto que a Autora faz entre o comodato e outros contratos similares, *ibid.*, 8-9. Já João Trigueiros de Brito Pinção considerava também oportuno o recurso ao critério de apreciação da vontade das partes para sabermos se, em dado caso concreto, estaríamos de facto perante um comodato (cfr. *Alguns aspectos, maxime* p. 4, bem como a comparação que o Autor faz entre o comodato e o mútuo a p. 6-8).

⁴⁷ Se se não estabelecesse prazo, entender-se-ia o empréstimo feito pelo tempo indispensável para o uso concedido (artigo 1511.º). Por outro lado, se também se

«(...) como se fôra sua propria (...)»⁴⁸ (artigo 1514.º)⁴⁹.

Se a coisa comodada viesse a perecer ou se deteriorasse, dentro do uso que lhe era próprio, ou por motivo fortuito ou de força maior, seria tal perda suportada pelo comodante (artigo 1516.º); se, porventura, tal sucedesse por mor da utilização da coisa em fim não adequado ou por acto intencional do comodatário (artigo 1516.º, *a contrario*), seria este, obviamente, a suportar o prejuízo. Note-se que, em ambos os casos, era admissível estipulação das partes em contrário⁵⁰. Mas o comodatário já responderia integralmente por perdas e

não estabelecesse no contrato um uso determinado para a coisa comodada, poderia o comodante exigí-la quando lhe aprouvesse (artigo 1512.º). Por fim, previa-se que o comodante pudesse exigir a restituição da coisa ainda antes de findo o prazo convencionado, em caso de necessidade urgente ou de falecimento do comodatário (artigo 1513.º). Sobre os problemas suscitados por este último preceito, quando se alude à «necessidade urgente» do comodante, *vd.* Manuel Marques TEIXEIRA, *Algumas notas acerca das obrigações do beneficiário em matéria de empréstimo civil sob a forma de comodato*, Coimbra, 1939, Dissertação de Licenciatura em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 43 ss.

⁴⁸ Sobre o sentido desta expressão, *cfr.* Manuel Marques TEIXEIRA, *Algumas notas*, 26-27. Curava-se, se bem vemos, da positivação, na nossa lei civil de então, de um critério de culpa *in concreto*. Criticando a redacção do artigo em referência (e, decorrentemente, o critério adoptado então entre nós, dizendo ser preferível o critério do *bonus paterfamilias* constante do *Code Civil* francês), *vd.* Maria Cândida de Carvalho GOMES, *O comodato*, 36-37.

⁴⁹ Previa-se, outrossim, a aplicação ao comodatário do disposto no artigo 1451.º (norma referente ao contrato de depósito), por remissão do artigo 1515.º, pelo que, se, porventura, fosse o comodatário perturbado ou esbulhado da coisa dada em comodato, disso deveria dar pronto conhecimento ao comodante, «(...) tomando a defeza dos direitos deste, até que elle proveja no caso como cumprir (...)». Se isto não fizesse, ficaria responsável por perdas e danos.

⁵⁰ O comodatário também responderia pelos prejuízos se, em caso de força maior ou acontecimento fortuito, tendo podido salvar a coisa comodada, a não tivesse salvado, ou houvesse preferido salvar as suas próprias coisas, deixando, pois, perder aquela (*cfr.* § único do artigo 1516.º). E responderia ainda, mesmo verificando-se caso fortuito ou força maior, se estes fossem de tal maneira óbvios que se não pudessem dar se a coisa estivesse em poder do proprietário (artigo 1517.º). A propósito da primeira hipótese, escrevia Manuel Marques Teixeira o seguinte: «[f]ácilmente se compreende o sentido desta disposição, bastando atender a que o comodatário[,] auferindo uma vantagem absolutamente gratuita, deve ter em consideração que os princípios da moral e da justiça impõem-lhe o dever de zelar primeiramente os interesses do comodante» (*cfr.* *Algumas notas*, 37). A

danos uma vez constituído em mora (artigo 1518.º)⁵¹.

No mais, previa-se que o comodatário suportasse as despesas naturalmente necessárias à conservação da coisa (artigo 1519.º)⁵², havendo solidariedade no caso da existência de dois ou mais comodatários (artigo 1520.º).

Diga-se, por fim, que também se previam as obrigações do comodante: indemnizar o comodatário por «(...) despesas extraordinárias e inevitáveis que elle fizer com a cousa emprestada (...)» — não cabendo, porém, ao comodatário qualquer direito de retenção⁵³ — e reparar os prejuízos que para o comodatário resultassem de eventuais vícios ocultos da coisa, caso o comodante, tendo conhecimento dos mesmos, o não houvesse prevenido (artigo 1521.º, §§ 1.º e 2.º)⁵⁴.

solução do Código Civil de 1966 conhece, como veremos *infra*, uma atenuação reclamada pelo mais elementar sentimento de justiça: o comodatário apenas será responsabilizado por haver preferido salvar as suas coisas, em detrimento da coisa comodada, se aquelas forem de menor valor relativamente a esta, já o não sendo, por conseguinte, se as coisas salvas, de sua propriedade, suplantarem, no aspecto valorativo, a coisa comodada. Reconhece-se, pois, a criticabilidade da anterior solução, e justifica-se, assim, plenamente a adopção destoutra posição, postulada por Pothier (cfr., a propósito, Fernando Andrade Pires de LIMA / João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1986, 673).

⁵¹ Sobre as disposições constantes destes artigos do Código de Seabra, veja-se quanto diz Manuel Marques TEIXEIRA, *Algumas notas*, 28 ss.

⁵² Já dizia Manuel Marques TEIXEIRA (*Algumas notas*, 27-28), apontando as similitudes desta norma com o artigo 1743.º do Código Civil espanhol, que «(...) a feitura [*sic*] das despesas ordinárias[,] sendo um encargo inerente ao gôso da coisa dada em comodato, deve ser naturalmente suportada pelo beneficiário do empréstimo».

⁵³ Justificava Maria Cândida de Carvalho Gomes esta solução — que se não mantém no nosso actual Código Civil — com o facto de o comodato ser «(...) um contrato de beneficência, e é em consideração dêste carácter que se não permite ao comodatário a vantagem de reter a coisa emprestada para pagamento das despesas que lhe sejam devidas» (cfr. o seu *O comodato*, 59).

⁵⁴ Apenas se o comodante houvesse deles conhecimento, não lhe sendo exigível, antes de dar a coisa em comodato, que a vistoriasse com alta minúcia, com o intuito de lhe descortinar defeitos, visto que tal imposição constituiria «(...) um grau de diligência muito elevado que se não compreende num contrato de beneficência» — cfr. Maria Cândida de Carvalho GOMES, *O comodato*, 62.

3.2. No Código Civil de 1966

O nosso actual Código Civil retoma a distinção vincada entre os contratos de comodato e de mútuo, individualizando-os, em tendência oposta, pois, à do seu antecessor⁵⁵. Assim, do comodato curam, agora, os artigos 1129.º a 1141.º.

O artigo 1129.º apresenta-nos uma noção de comodato que, não obstante a autonomização do contrato no novo Código Civil, se não distingue, no essencial, daquela que poderia já retirar-se do disposto nos correspondentes preceitos do Código de 1867. Assim, temos que o comodato vem a ser «(...) o contrato gratuito pelo qual uma das partes entrega à outra certa coisa, móvel ou imóvel, para que se sirva dela, com a obrigação de a restituir»^{56 57}.

⁵⁵ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III («Contratos em Especial»), 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 369. Nas certas palavras do Autor, «[o] comodato diferencia-se da locação, por lhe faltar o cariz oneroso, bem como do mútuo, por incidir sobre coisas determinadas, e não sobre coisas fungíveis».

⁵⁶ Noção que, de resto, colheu também basta inspiração daquela que nos apresenta o artigo 1803.º do *Codice Civile* italiano de 1942, como salientam Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 659.

⁵⁷ Quanto à questão da capacidade negocial no comodato, secundamos, com a vénia devida, a posição de Menezes Leitão, quando entende ser o comodato um acto de administração ordinária para o comodatário e de administração extraordinária para o comodante (entendimento que, não obstante, não é unânime — cfr., a propósito da extraordinária dispersão de opiniões, Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 17-18). Já quanto à legitimidade, poderá dar uma coisa em comodato quem dela seja possuidor ou detentor e, bem assim, titular de um direito de gozo sobre a mesma (*maxime*, o proprietário e o usufrutuário, e até o locatário, mas já não, por exemplo, o depositário ou o mandatário). Também não poderão dar em comodato aqueles que tenham meros poderes de administração de bens alheios, nem sequer (como alguma doutrina chegou a defender, e parece haver sido solução válida no direito romano) um ladrão que, no momento, detenha a coisa (e não poderá em homenagem ao consabido princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habere*, muito embora, como sabemos, o comodato não transfira a propriedade nem a posse da coisa). Cfr. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 372-373; e Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 20. Sobre o ponto, veja-se, ainda, a disposição constante do artigo 1130.º, o qual nos diz que, se for empréstimo celebrado com base num direito de duração limitada, não poderá o contrato de comodato ter duração superior; se assim for, haverá de re-

Daqui defluem, muito naturalmente, as notas caracterizadoras desta figura contratual que já víamos surgirem quer no direito romano quer no direito pátrio, à luz do Código de Seabra. Por um lado, vem a ser um contrato real (*quoad constitutionem*), visto apenas completar-se com a entrega da coisa à contraparte^{58 59}. Por outro lado, afigura-se como um contrato gratuito, porque assente na cortesia, na amizade, marca que já vimos remontar, também ela, ao *ius romanum*^{60 61}.

conduzir-se, forçosamente, ao limite de duração daquele direito (n.º 1). Assim, se um usufrutuário der em comodato a coisa sobre que incide o seu direito de usufruto, o comodato apenas poderá ser celebrado, no máximo, pelo tempo que durar o usufruto. Se for estipulado prazo superior, reduz-se o mesmo até ao máximo permitido. Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 663.

⁵⁸ *Vd.* Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 370. Ponto controvertido vem a ser o da possibilidade de celebração de um contrato-promessa de comodato, que Pires de Lima e Antunes Varela admitem, posto que com limitações, designadamente em sede de execução específica (cfr. *Código Civil Anotado*, vol. II, 660-661). Já Júlio Gomes parece dissentir de semelhante orientação — cfr. «Do contrato de comodato», 12-13.

⁵⁹ Noutros ordenamentos jurídicos, como o alemão e o suíço, vigora o princípio da consensualidade; vale por dizer, o comodante não entrega a coisa ao comodatário, mas obriga-se, *ex contractu*, a ceder-lha. Cfr. Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 11-12; e, à luz do Código Civil de 1867, Manuel Marques TEIXEIRA, *Algumas notas*, 5-8 (concluindo pela realidade do contrato mesmo à face do Código de Seabra, e dizendo até que, muito embora sem a entrega da coisa não esteja perfeito o contrato, haverá um «(...) contrato preliminar de promessa de dar em comodato, perfeito e obrigatório desde que à manifestação da vontade do promitente corresponda a aceitação pela outra parte de efectuar o contrato» — cfr. *ibid.*, 5-6).

⁶⁰ O que não significa a impossibilidade de o comodante impor ao comodatário certo tipo de encargos — encargos modais. Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 661; e Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 371. Dissente, porém, de semelhante opinião — corroborada, de resto, pela generalidade da doutrina — o Autor italiano Andrea Mora, para quem a adunção de um modo minaria irremediavelmente a gratuitidade do comodato, convertendo o contrato em oneroso e, conseqüentemente, desclassificando-o enquanto comodato e atirando-o para a galeria dos contratos inominados. Cfr. a súmula que da posição deste Autor faz Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 15.

⁶¹ Há uma certa tendência doutrinal para inferiorizar, hoje, esta nota tão típica da génese do comodato — o facto de assentar na amizade, na solidariedade, na cordialidade. O seu estribo compõe-se de argumentos como o do emprego hodierno do comodato no sector comercial, onde muito dificilmente se vislum-

De outro ponto de vista, o comodato pode considerar-se um contrato bilateral imperfeito, porquanto, produzindo, *a priori*, obrigações apenas para o comodatário, pode vir a produzi-las também para o comodante — caso frisante da obrigação de indemnizar o comodatário por prejuízos que, eventualmente, a coisa comodada lhe venha a causar ⁶².

De resto, e seguindo a lição de Pires de Lima e Antunes Varela, sempre faremos notar que o comodato, como está na nossa lei civil, pressupõe a celebração em benefício do comodatário (no interesse deste, de onde decorre um certo carácter *intuitus personae* do contrato) ⁶³, assim como deverá incidir sobre coisa certa, seja ela móvel (não consumível e, em regra, infungível ⁶⁴; quando não, de

brarão marcas de amizade ou de cordialidade no proceder dos contraentes. Pensamos, porém, que, honestamente, se não poderá escamotear completamente aquela que foi, por direitas contas, a raiz fundante deste contrato, e que, muito embora necessidade não haja de empolar os seus efeitos (como também pretenderam alguns autores, considerando, por exemplo, que o facto de assentar o comodato na amizade e na cordialidade constituiria impedimento a que o mesmo ostentasse uma longa duração), não se poderá, de qualquer forma, obnubilar uma marca que lhe é conatural. Cfr., a propósito, o que diz Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 8-11 e 28-31, e aquilo que dizia, à luz do Código Civil de 1867, Maria Cândida de Carvalho GOMES, *O comodato*, 1.

⁶² Mas isto não é pacífico na doutrina — com efeito, autores há que têm o comodato por contrato unilateral, enaltecendo, ora os interesses do comodatário (visto ser um contrato assente na amizade, a obrigação está do lado do comodante, que, apesar de não ter de assegurar o uso da coisa, está obrigado a não perturbar, constituindo o dever de restituição do comodatário, não uma obrigação, mas uma limitação do seu direito ou uma expressão do carácter temporário do contrato), ora os do comodante (que, segundo este ponto de vista, não tem qualquer obrigação de entrega da coisa, visto ser esse um elemento essencial para a perfeição do contrato, apenas postulando este obrigações da banda do comodatário — a obrigação principal de restituição da coisa e as demais obrigações acessórias correlatas). Cfr. Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 17 (Autor que, no entanto, acaba por alinhar por idêntico diapasão ao da doutrina maioritária, classificando, pois, o comodato como contrato bilateral imperfeito).

⁶³ Cfr. Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 26. Embora não seja completamente postergável a sua celebração também no interesse do comodante — seguindo, aliás, a tradição clássica.

⁶⁴ É possível, no entanto, dar em comodato uma coisa fungível não consumível, desde que se estabeleça a obrigação de restituição da *eadem res*, sem o que não poderemos falar de comodato, mas de mútuo. Cfr. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*,

mútuo se tratará) ou imóvel⁶⁵. Atribui-se ao comodatário o mero uso da coisa, que não, em princípio, o direito de fruição⁶⁶.

Quanto ao fim a que o comodatário pode destinar a coisa, o artigo 1131.º é claro: à falta de estipulação contratual, pode ele empregá-la em quaisquer fins lícitos, desde que dentro da função normal das coisas de idêntica natureza⁶⁷. É evidente que as partes sempre poderão pactar expressamente no sentido de estabelecer um fim específico, o qual, porém, nunca poderá ser ilícito⁶⁸ ⁶⁹. Sublinhe-se, por outra banda, que, pela redacção do artigo em menção, tal fim também poderá descortinar-se a partir da circunstancialidade envolvente do contrato. Assim, e para empregarmos um claro exemplo de Pires de Lima e Antunes Varela, o facto de dar-se em comodato

vol. III, 373; e Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 19-20 (admitindo este Autor, excepcionalmente, o comodato de coisas consumíveis, com base no mesmo pressuposto — o de que se restituía a coisa na sua integralidade). No fundo, vemos aqui uma certa reminiscência do *commodatum ad pompam vel ostentationem* romano.

⁶⁵ A admissibilidade do comodato de coisa imóvel foi bastante discutida sob a vigência do Código de 1867, como nos dão nota Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 660; Maria Cândida de Carvalho GOMES, *O comodato*, 35; e João Trigueiros de Brito PINÇÃO, *Alguns aspectos*, 34-35 (admitindo, em oposição à tese então perfilhada por Luiz da Cunha Gonçalves, o comodato de imóveis).

⁶⁶ Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 661-662. Ademais, diz o artigo 1132.º que o comodatário só poderá fazer seus os frutos colhidos por meio de convenção expressa. Tal será o caso de dar-se em comodato uma vaca, permitindo-se, por convenção, que aproveite o comodatário o leite que a mesma vier a dar.

⁶⁷ Note-se que, nesta orientação, o comodatário poderá, inclusivamente, por hipótese, não usar a coisa, apenas tal lhe sendo censurável se, porventura, o não uso for susceptível de deteriorar a mesma, o que colide com as obrigações acessórias que sobre ele impendem. Cfr. Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 22.

⁶⁸ Cfr. artigo 280.º do Código Civil. A questão da licitude do fim no comodato presta-se a discussões várias, de que nos eximiremos nesta sede. Apenas salientamos a distinção, feita por Pires de LIMA e Antunes VARELA (*Código Civil Anotado*, vol. II, 664), entre cedência de coisa imoral (como é o caso, apontado pelos Autores, de uma publicação de cariz obsceno) e cedência para fins ilícitos, porquanto é possível ceder coisas daquele jaez para fins perfeitamente lícitos — haja em vista a crítica literária, o estudo científico, etc.

⁶⁹ Se o contrato fixar um fim específico, nem poderá o comodatário utilizar a coisa dentro da sua função normal, mas apenas segundo aquilo que foi convenicionado. Cfr. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 376.

a outrem um cavalo normalmente usado em exercícios de equitação constituirá tácita declaração de que ele deverá ser empregado em semelhante usança, que não, *v.g.*, em actividades de tracção ⁷⁰.

O comodatário deverá, *ex vi* do artigo 1135.º, guardar e conservar a coisa comodada, facultar ao comodante o seu exame, não a empregar em fim diverso daquele a que se destina, não fazer uma utilização imprudente da mesma, tolerar quaisquer benfeitorias que o comodante nela queira realizar, não facultar a terceiro o uso da coisa (salvo autorização do comodante), avisar imediatamente o comodante (logo que disso haja conhecimento) da existência de eventuais vícios na coisa ou de eventual ameaça ou perigo ou do facto de terceiro vir arrogar-se direitos sobre a mesma, desde que o facto seja ignorado pelo comodante, e restituir a coisa uma vez findo o contrato. Quanto à guarda e conservação, poderemos, com rigor, distinguir os dois conceitos, pois que, no primeiro caso, tratar-se-á de uma obrigação de custódia, no sentido de vigiar a coisa e obstar à sua subtracção ou dano por terceiros; já no segundo caso, impor-se-á ao comodatário a realização das benfeitorias necessárias à conservação da mesma ⁷¹. No que tange à obrigação de facultar ao comodante o exame da coisa, bem como de permitir eventuais benfeitorias a que o mesmo deseje proceder, será mister observar que isso nunca poderá consubstanciar-se numa atitude perturbadora do uso da coisa pelo comodatário, pois que senão, a mais de clara infracção ao imperativo dimanante do n.º 1 do artigo 1133.º (o qual postula que o comodante deverá abster-se de actos que impeçam ou restrinjam o uso da coisa pelo comodatário, posto que não seja obrigado a assegurar-lhe esse uso ⁷²), poderá tal

⁷⁰ Cfr. *Código Civil Anotado*, vol. II, 665.

⁷¹ Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 670; e Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 377.

⁷² Visto ser celebrado na base da amizade, da cortesia, da solidariedade, não se assinalam, para além deste, especiais deveres ao comodante. Com efeito, este último apenas se deverá abster de perturbar o uso da coisa pelo comodatário, não sendo, como dissemos, sequer obrigado a assegurar-lhe esse uso. No fundo, apenas temos, aqui, uma obrigação de conteúdo negativo. Cfr. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 373-374; e Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 667.

conduta ser recoberta pela figura do abuso de direito (cfr. artigo 344.º)⁷³. De suma importância se nos antolha, enfim, a obrigação de o comodatário restituir a coisa tão logo cesse o contrato, ainda que a sua necessidade persista ou que o comodante dela não careça naquele momento⁷⁴.

Aquilo que se diz no artigo 1136.º também colhe, como facilmente se perceberá, influência nítida do Código Civil progressivo, bem como do *Codice Civile* italiano de 1942⁷⁵. Aí se determina a quem cabe a responsabilidade por perda ou deterioração da coisa (em situação casual, note-se, porquanto, se houver actuação intencional de qualquer das partes ou de terceiro, a responsabilidade caberá, evidentemente, ao que houver procedido de guisa inconforme ao direito⁷⁶). Assim, será o comodatário responsável por isso sempre que pudesse tê-lo evitado, tratando-se de uma casualidade, e mesmo que tal implicasse o sacrifício de coisa sua, embora de valor não superior (n.º 1)⁷⁷. Também o será se houver aplicado a coisa a fim diferente daquele a que a mesma se destinaria, ou se tiver consentido no seu uso por terceiros, a menos que prove que a perda ou deterioração teriam ocorrido apesar da sua conduta ilegal (n.º 2)⁷⁸. Em caso de avaliação da coisa ao tempo do contrato,

⁷³ Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 671; e Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 379-380.

⁷⁴ Porque, afinal, e pedindo vénia para empregar palavras de Pires de LIMA / Antunes VARELA, «[d]adas as razões de cortesia ou amizade em que o contrato se funda, só o comodante será juiz de decidir sobre a continuação ou prorrogação dele» (cfr. *Código Civil Anotado*, vol. II, 671).

⁷⁵ Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 672.

⁷⁶ Assim, Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 672.

⁷⁷ Menezes Leitão sublinha que o comodatário está sujeito a um especial regime de diligência no que à obrigação de custódia da coisa diz respeito, diferindo este do consabido critério aferidor do *bonus paterfamilias* (sendo certo que, como vimos *supra*, também no direito romano justiniano o padrão aferidor se não bastava com este critério). Cfr., deste Autor, *Direito das Obrigações*, vol. III, 378.

⁷⁸ Cura-se, pois, aqui de uma presunção *iuris tantum* — presume-se que do emprego da coisa em fim diverso daquele a que, por direitas contas, se destinaria resultou a sua perda ou deterioração, sendo semelhante presunção ilidível mediante prova de que tal haveria sucedido mesmo que o comodatário tivesse observado a normal finalidade da coisa. Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 673-674.

presumir-se-á, *ipso facto*, haver ficado a responsabilidade a cargo do comodatário, embora não pudesse este evitar o prejuízo pelo sacrifício de coisa própria (n.º 3) ⁷⁹. Note-se que as naturais deteriorações da coisa, decorrentes, tão-somente, do seu uso (que, as mais das vezes, é, ele próprio, factor de desgaste), são suportadas pelo comodante, muito embora caiba ao comodatário a realização das benfeitorias necessárias na mesma. Por outro lado, será lícito ao comodatário exigir do comodante o competente ressarcimento das despesas que haja tido com os procedimentos tendentes a obstar à perda ou deterioração da coisa.

Similitudes encontramos, ainda, a propósito da definição do momento do termo do contrato. Diz-nos o artigo 1137.º que, quando os contraentes não hajam convencionado prazo certo para a restituição da coisa, mas tendo sido ela dada em comodato com vista a um uso determinado, impondrá sobre o comodatário a obrigação de restituí-la logo que esse uso finde, «independentemente de interpelação» (n.º 1) ⁸⁰. Se, por outra banda, não houver sido fixado prazo nem sequer determinado o uso a dar à coisa, fica o comodatário obrigado a restituí-la logo que o comodante lha exija (n.º 2) ⁸¹. Por remissão do n.º 3 do artigo a que nos estamos reportando, é aplicável ao comodato o artigo 1043.º (referente ao

⁷⁹ Também aqui se trata de presunção ilidível — cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 674.

⁸⁰ Problema controvertido será o de saber se, tendo sido estipulado prazo, impondrá, de qualquer forma, sobre o comodatário o dever de restituir a coisa se, entretanto, houver deixado de precisar dela. Cfr., a propósito, Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 675. Por outro lado, também é pensável o caso em que o comodatário, não mais precisando da coisa, e estando ainda dentro do prazo, entende, por sua alta recreação, restituir a coisa ao comodante. Aqui, a melhor solução (posto que não pacífica) talvez venha a ser aquela que entende que o comodatário apenas o deverá fazer se essa devolução *ante tempus* não causar prejuízo ao comodante. Cfr. também, posto que ainda à luz do Código Civil de 1867, Manuel Marques TEIXEIRA, *Algumas notas*, 41-42; e Maria Cândida de Carvalho GOMES, *O comodato*, 49-52.

⁸¹ Em boa verdade, consagra-se aqui uma espécie de «subtipo» do comodato: o precário, que consiste, tão-só, nessa forma de comodato sem prazo, postado sob a «espada de Dâmoçles» do comodante, o qual pode, a qualquer altura, exigir a restituição da coisa dada em comodato. Sobre os problemas suscitados pela qualificação jurídica do precário, *vd.* Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 7-8.

contrato de locação), donde resulta (*mutatis mutandis*) que, na falta de convenção, o comodatário é obrigado a manter e restituir a coisa tal-qualmente a recebeu, é dizer, no estado em que se encontrava quando lha entregou o comodante, ressalvando-se, evidentemente, as deteriorações conaturais a uma normal utilização da coisa. A lei prevê, outrossim, no n.º 2 do artigo 1043.º, aplicável por força da aludida remissão, uma presunção *iuris tantum* de haver a coisa sido entregue ao comodatário em bom estado de manutenção, sempre que não exista documento onde as partes tenham descrito o seu estado ao tempo da entrega. Escusado será dizer que o comodatário ficará constituído em mora caso não restitua a coisa em tempo cômruo.

Trata o artigo 1138.º das benfeitorias a que o comodatário venha a proceder na coisa, determinando a aplicação das regras dirigidas ao possuidor de má-fé. De tal guisa, e conforme o artigo 1273.º, n.º 1 (aplicável por remissão), terá ele direito a ser indemnizado pelas benfeitorias necessárias que tenha feito, bem como a levantar as benfeitorias úteis realizadas na coisa, desde que isso não implique a sua deterioração (neste último caso, não se verificando, pois, o levantamento das benfeitorias, deverá o comodatário ser indemnizado pelo valor das mesmas, calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa — n.º 2 do mesmo artigo). Já perderá, porém, as benfeitorias voluptuárias (artigo 1275.º, n.º 2, também aplicável por força do artigo 1138.º).

Tal como verificámos no Código Civil de 1867, também o actual Código Civil prevê a solidariedade obrigacional, quando sejam dois ou mais os comodatários (artigo 1139.º).

É de salientar, ainda, o facto de o comodatário beneficiar, mesmo contra o comodante, dos meios facultados ao possuidor em caso de privação dos seus direitos ou de perturbação no exercício destes (artigos 1276.º ss., aplicáveis por remissão do n.º 2 do artigo 1133.º). É mais um caso de extensão da tutela possessória a um mero detentor ou possuidor precário, que o comodatário também é⁸². Diga-se que ele beneficia, outrossim, de direito de retenção, *ex*

⁸² Cfr. (posto que ainda à luz do Código de 1867) Manuel Marques TEIXEIRA, *Algumas notas*, 16-17.

vi da al. *e*) do n.º 1 do artigo 755.º (solução que, bem se vê, difere daquela que vimos adoptada no Código Civil de 1867).

Quanto, por fim, às formas de cessação do contrato de comodato, para além daquelas que já fomos vendo, e que constituem, de facto, as mais correntes, a lei civil menciona a resolução do contrato, por banda do comodante, assente em justa causa ⁸³ (artigo 1140.º), e, bem assim, um pouco à semelhança do Código de Seabra, a caducidade por morte do comodatário (artigo 1141.º) ⁸⁴.

⁸³ Sobre os múltiplos cambiantes de que pode recobrir-se este conceito, no presente âmbito, cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 678-679; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 384; e Júlio GOMES, «Do contrato de comodato», 28. Será justa causa, desde logo, o provado inadimplemento, por banda do comodatário, das obrigações contratuais que sobre ele impendem. Também poderão entender-se contidos neste conceito (posto que de guisa não pacífica no seio da doutrina) a incapacidade superveniente de o comodatário servir-se da coisa e, bem assim, o surgimento intempestivo de uma necessidade urgente por banda do comodante, que suplante, de guisa clara, a necessidade manifestada pelo comodatário.

⁸⁴ Embora, aqui, com uma *nuança*: no Código Civil de 1966, trata-se de um caso de caducidade, ao passo que a previsão do Código de 1867 dava a ideia de resolução por morte do comodatário. Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 678. É discutível se a morte do comodante poderá produzir o mesmo efeito: *de iure condito*, tal não será verosímil, posto que possa admitir-se um eventual direito de resolução por banda dos herdeiros do comodante (desde que para tanto hajam justa causa, acrescenta Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 384).

Bibliografia

- Código Civil Português, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, 2.^a ed. oficial, Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.
- CRUZ, Sebastião, *Da «Solutio»: terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins — I. Épocas arcaica e clássica*, Coimbra: [s.n.], 1962, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Históricas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- *Direito Romano — I. Introdução. Fontes*, 4.^a ed., Coimbra: [s.n.], 1984.
- D'ORS, Alvaro, «*Creditum y Contractus*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 26 (1956) 183-207.
- FERREIRA, António Gomes, *Dicionário de Latim-Português*, Porto: Porto Editora, [s.d.].
- FERRINI, Contardo, «Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano», in Emilio ALBERTARIO, coord., *Opere di Contardo Ferrini — Volume Terzo: Studi vari di Diritto Romano e Moderno (sulle Obligationi, sul Negozio Giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano: Ulrico Hoepli, 1929, 81-203.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, «Do contrato de comodato», *Cadernos de Direito Privado*, 17 (Janeiro/Março de 2007) 3-31.
- GOMES, Maria Cândida de Carvalho, *O comodato*, Coimbra, 1945, Dissertação de Licenciatura em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.
- JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano — I. Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- *Direito Privado Romano — II (Direito das Obrigações)*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. III. *Contratos em Especial*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010.

- LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes — *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.^a ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1986.
- PARICIO, Javier, «La pretendida fórmula “in ius” del comodato en el Edicto pretorio», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3.^e série, Bruxelles, 29 (1982) 235-251.
- PASTORI, Franco, «Comodato (Diritto Romano)», in Antonio AZARA / Ernesto EULA, dir., *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959, 688-692.
- PINÇÃO, João Trigueiros de Brito, *Alguns aspectos do contrato de comodato*, Coimbra, 1948-1949, Dissertação de Licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.
- POLÁČEK, Vojtech, «Punti di vista — Commodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica», *Labeo — Rassegna di Diritto Romano* 19 (1973) 161-184.
- ROBAYE, René, «Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3.^e série, Bruxelles, 36 (1989) 351-400.
- SCHERILLO, Gaetano, «Comodato (Diritto Romano)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, Milano: Giuffrè, 1960, 981-992.
- TARDIVO, Carlo-Maria, «Studi sul “commodatum”», *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, Modena, 204/1-4 (1984) 225-311.
- TEIXEIRA, Manuel Marques, *Algumas notas à cerca das obrigações do beneficiário em matéria de empréstimo civil sob a forma de comodato*, Coimbra, 1939, Dissertação de Licenciatura em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

ISBN 978-989889190-7



9

789898

891907