

Estudo Dogmático do Contrato de Comodato no Código Civil Alemão

Otávio Luiz Rodrigues Junior

Doutor em Direito Civil (USP). Pós-doutorando em Direito Constitucional (Universidade de Lisboa). Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense e professor (licenciado) da FA7. Advogado da União. Assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.
olrj@uol.com.br

Sumário: I. Colocação do problema. II. Conceito legal de comodato. III. Obrigações e responsabilidades do comodante IV. Obrigações e responsabilidades do comodatário. V. Dever de restituição e extinção do vínculo. VI. Prazos prescricionais.

Resumo: O objeto do artigo¹ é o estudo dogmático do contrato de comodato no Código Civil alemão. A análise compreende o conceito legal de comodato; as obrigações e responsabilidades do comodante e do comodatário; o dever de restituição; a extinção do vínculo e os prazos prescricionais. Limitou-se a investigação ao Direito alemão e fez-se uso do Direito Romano, a fim de comparar os institutos modernos com seus antecedentes. As conclusões do estudo apontam a existência de um conceito-chave no comodato, que é o uso da coisa em conformidade com o contrato (*Vertragsmäßiger Gebrauch*), a partir do qual se desenvolvem todas as relações de denúncia, indenização e extinção do vínculo.

Palavras-chave: Comodato. Contrato. Código Civil alemão. Dever de restituição. Uso de conformidade com o contrato.

¹ O autor dispôs de tempo excessivamente exíguo para a elaboração desse estudo, o que decorreu de imprevista demora na recepção do convite, por fato alheio ao convidado e não desejado pelo organizador. O texto, portanto, reflete essas circunstâncias e deve ser escusado por seu caráter extremamente sintético. O autor teve a honra de ser aluno do Professor Doutor Agerson Tabosa em uma de suas últimas turmas de Direito Romano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e, como seu admirador, não poderia deixar de se consorciar a essa justa homenagem.

I

O objeto deste artigo é o estudo dogmático do contrato de comodato no Código Civil alemão. Não se inclui de entre as finalidades do texto a comparação do comodato no BGB com o homólogo do Código Civil brasileiro de 2002, embora sejam feitas aproximações com os institutos do Direito Romano, que guardam fortes conexões com o tratamento normativo do comodato no BGB.

O artigo divide-se em quatro seções, que abrangem: a) o conceito legal de comodato; b) as obrigações e as responsabilidades do comodante e do comodatário; c) o dever de restituição; d) a extinção do vínculo e os prazos prescricionais.

II

O contrato de comodato (*Leihē*) é objeto dos §§598 a 606 do Código Civil alemão. Essas normas, diferentemente de grande parte dos Direito das Obrigações, não foram alteradas pela reforma do BGB ocorrida em novembro de 2002².

O BGB não fornece conceito legal de comodato, porém, em seu §598, afirma que por esse contrato “o comodante de uma coisa obriga-se a dar ao comodatário o uso gratuito da coisa.”³ Trata-se de um contrato bilateral e imperfeito (ZIMMERMANN, 1996:200), no que guarda fidelidade às origens romanas do *commodatum* (JÖRS *et alii*, 1984:300). Seu objeto prestacional é a cessão do uso, sendo que este último pode-se referir a coisas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, consumíveis ou não consumíveis, no último caso, desde que o uso não consista propriamente no ato da consumação (APATHY, RIEDLER, 2007:100). É o que já se admitia no Direito Romano sob a fórmula *ad pompam vel ostentationem*, quando o comodatário recebia a coisa consumível para ostentação perante terceiros (SANTOS JUSTO, 2008:45).

Ainda hoje persiste a polêmica sobre ser o comodato um contrato real ou consensual. Usa-se como argumento em favor da última qualificação jurídica a expressão “*wird [...] verpflichtet*” (é obrigado; obriga-se), do §598, que revelaria a precedência do caráter promissório da obrigação sobre o caráter real da entrega.⁴ Essa é uma perspectiva reducionista, porquanto na compra e venda (§433) também

² Conhecida como Lei de Modernização do Direito das Obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), de 26.11.2001, ela foi publicada no Diário Oficial Federal de 29.11.2001, mas entrou em vigor somente em 1o.1.2002.

³ No original: “*Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten.*”

⁴ Sobre essa polêmica confira-se: FIKENTSCHER; HEINEMANN, 2006:540-541. Pela natureza consensual do comodato: HAELLMIGK, 2009:65-66.

se diz que o vendedor obriga-se a entregar a coisa ao comprador (“*der Verkäufer einer Sache verpflichtet...*”), e nem por isso se defende que esse contrato possua natureza consensual (RODRIGUES JUNIOR, 2008:22-23). No Direito Romano, o comodato é considerado espécie de contrato real, sendo essencial o ato de entrega da coisa (TABOSA, 1999:285).

O *uso* não compreende a fruição. Ressalva-se a existência de convenção em sentido contrário, circunstância na qual o comodato seguirá as regras sobre a posse dos frutos.

A *gratuidade* é a nota essencial do comodato⁵. Trata-se de contrato desprovido de interesse das partes em ganhos econômicos em face de suas homólogas e sob essa pauta deve ser interpretado. Suas aproximações com a doação operam-se nessa ordem, por se revelar como um contrato pelo qual o comodante (em tese, dono da coisa) sujeita-se a que seu uso seja gratuitamente experimentado por outrem, sem qualquer vantagem para si. Daí a afirmação de Reinhard Zimmermann (1996:189) de que esse é um contrato que usualmente se dá entre amigos, parentes e vizinhos, sendo raros os litígios envolvendo disputas entre comodantes e comodatários. Essa complacência, no entanto, não chega aos extremos da perda da titularidade do objeto, como se dá com a doação.

III

As obrigações do comodante limitam-se a permitir o uso da coisa. Tradicionalmente, afirma-se que suas obrigações não alcançam a garantia do uso; a cooperação para a recuperação da coisa ou para sua conservação (ENNECCERUS, 1966:406).

Sua responsabilidade adstringe-se a atos dolosos ou gravemente culposos (§599). No entanto, se o comodante oculta de forma maliciosa um vício jurídico ou um defeito da coisa, obriga-se ao ressarcimento ao comodatário pelos danos resultantes (§600). Ressalta Ludwig Enneccerus (1966:406), baseado em julgado do antigo *Reichsgericht* (RG 65, 276), que o comodante pode ser obrigado a cumprir suas obrigações não só por meio de ações judiciais, mas por exercício do direito de retenção pelo comodatário, o que já era admitido no Direito Romano (SANTOS JUSTO, 2008:46).

IV

O comodatário é autorizado a usar da coisa em conformidade ao contrato (*Vertragsmäßiger Gebrauch*). Esse é conceito-chave na delimitação da autonomia do

⁵ Essa é uma característica fundada nas origens romanas do contrato, considerado como uma espécie de cessão gratuita do uso de uma coisa (Ulpiano, D. 13, 6, 1, pr.1). cf. KASER, 1971:533. No mesmo sentido: SANTOS JUSTO, 2008:45.

comodatário no uso da coisa. O BGB dedica especial atenção a esse conceito jurídico aberto quando, no §603, prescreve que “o comodatário não pode fazer nenhum outro uso da coisa dada em comodato que não seja conforme ao contrato⁶.” Em adição, tem-se que o comodatário, salvo autorização do comodante, não pode ceder o uso da coisa a um terceiro⁷.

A partir dessa concepção de uso conforme o contrato tem-se como sistematizar os casos de responsabilidade do comodatário por perda ou deterioração da coisa:

- a) o comodatário responde pela perda ou deterioração da coisa por uso contrário ao contrato;
- b) essa responsabilidade alcança a perda ou deterioração por caso fortuito, ressalvada a prova de que esses eventos ocorreriam, ainda que não se houvesse violado o dever de uso em conformidade ao contrato;
- c) a cessão do uso da coisa, sem autorização do comodante, também atrai a responsabilidade do comodatário.

O §602 dispõe genericamente que a deterioração ou a mudança no estado da coisa não é imputável ao comodatário, desde que seu uso se tenha dado em conformidade ao contrato (*Vertragsmäßiger Gebrauch*).

O comodatário deve assumir a carga pelos custos ordinários de manutenção da coisa. A norma alemã faz sutil referência ao comodato de semoventes quando afirma que, nessa hipótese, ele incorre nos “custos de sua alimentação” (§ 601, 1).

V

O dever de restituição da coisa (*Rückgabepflicht*) obedece às seguintes regras (§604):

- a) se houver termo contratual, deverá o comodatário observá-lo na restituição da coisa;
- b) se não há termo no contrato, a coisa deverá ser restituída quando o comodatário haja concluído o uso da coisa, que resulte da finalidade do comodato;
- c) ainda na hipótese de comodato sem termo, o comodante pode exigir a restituição antecipada da coisa quando houver transcorrido o tempo suficiente para que o comodatário tenha podido usá-la;

⁶ No original: “*Der Entleiher darf von der geliehenen Sache keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen*”.

⁷ No original: “*Er ist ohne die Erlaubnis des Verleihers nicht berechtigt, den Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen.*”

- d) não existindo termo e não sendo possível a aplicação das regras “b” e “c”, o comodante pode exigir a restituição da coisa a qualquer tempo;
- e) se o uso da coisa tiver sido objeto de cessão a terceiro, poderá o comodante exigir desse último a restituição da coisa ou a extinção do comodato.

O direito de denúncia (*Kündigungsrecht*) conferido ao comodante pode-se manifestar quando este necessita da coisa, por efeito de uma circunstância imprevista. Além dessa hipótese, tem-se essa prerrogativa quando morre o comodatário ou se este dá à coisa um uso contrário ao convencionado; se cede o uso do objeto a terceiro, sem autorização do comodante; ou se põe a coisa em perigo substancial, por violação dos deveres de diligência que lhe cabem contratualmente (§605).

A morte do comodatário não implica automática extinção do contrato. Os herdeiros obrigam-se, até a restituição da coisa, a honrar os gastos ordinários com a coisa. É-lhes facultado o uso, como natural contrapartida por essas responsabilidades, salvo se o uso fosse de natureza *intuitu personae* (ENNECCERUS, 1966:408).

VI

A prescrição da pretensão à restituição da coisa tem seu termo inicial com a extinção do comodato (§604, 5), cuja origem histórica é a *actio commodati*, conferida ao comodante para o caso de não restituição da res após o termo do comodato (KASER, 1971:534). As pretensões de ressarcimento por modificação ou deterioração da coisa, a serem exercidas pelo comodante, prescrevem em seis meses.

O comodatário também dispõe de ação para obter a compensação dos gastos com a coisa (v.g., alimentação do animal)⁸, cuja origem está no *iudicium contrarium* (KASER, 1971:534). O prazo prescricional da pretensão do comodatário ao ressarcimento de gastos é também de seis meses (§606).

REFERÊNCIAS

APATHY, Peter; RIEDLER, Andreas. **Bürgerliches Recht III: Schuldrecht. Besonder Teil.** 2. aktualisierte Auflage. Wien, New York: Springer Verlag, 2007.

ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de obligaciones.** In. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil.** Traducción española de Blas Perez Gonzalez y Jose Alguer. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1966. t.2, v.1

⁸ Exemplo extraído de ZIMMERMANN, 1996:201, que também alude à alimentação dos escravos como gasto compensável pelo comodatário no Direito Romano.

FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. **Schuldrecht**. 10. Auflage. Berlin: Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2006.

JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang; WENGER, Leopold. **Römisches Recht**. 4 Auflage. Sgringer-Verlag: Berlin, Heidelberg, 1987.

KASER, Max. **Das römische Privatrecht**. München: C. H. Beck, 1971.

TABOSA, Agerson. **Direito romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Código civil comentado (arts. 481 a 537)**: Compra e venda, troca, contrato estimatório. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo : Atlas, 2008. v.6, t.1.

SANTOS JUSTO, António. **Direito privado romano** (Direito das obrigações). 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations**: Roman foundations of the civilian tradition. Oxford: Clarendon, 1996.

HAELLMIGK, Philip. Die **Leihe in der französischen, englischen und deutschen Rechtsordnung**. Göttingen: Universitätsverlag Osnabrück, 2009.

LOAN FOR USE CONTRACT IN THE GERMAN CIVIL CODE

Abstract: This is a dogmatic study of the loan for use contract (commodate), according to the German Civil Code. It encompasses its legal definition; obligations and responsibilities of the parties involved; duty to return the thing, contract termination and deadlines. It also compares related current institutes of the German law with the Roman equivalent. The main conclusion of this study is that exists a key concept in the loan for use contract, which is the usage of the thing limited by the contract (*Vertragsmäßiger Gebrauch*), from which it derives the denunciation, compensation and contract dissolution.

Keywords: Commodate. Loan for use contract. German Civil Code. Usage according to the contract.