

O TRATAMENTO JURÍDICO DA PROMESSA DE MÚTUO NO DIREITO BRASILEIRO

How Brazilian law treats promises of loans

Claudia Francisco da Silva¹

RESUMO: O artigo em apreço tem como objetivo analisar a promessa de mútuo, questão controvertida no ordenamento jurídico brasileiro, por conta de duas correntes a respeito: de um lado, há os autores que defendem a existência da promessa de mútuo e, do outro, os que defendem sua impossibilidade. Em primeiro lugar, há a necessidade de analisar as distinções existentes entre os contratos reais e os contratos consensuais. Em seguida, será realizada uma análise do contrato preliminar e dos efeitos das promessas de comodato, casamento e doação. Por fim, será observada a possibilidade da execução específica e da indenização por perdas e danos da promessa de mútuo, no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Contrato de mútuo; promessa de mútuo; execução específica; indenização; perdas e danos.

ABSTRACT: *The article in question aims to analyze the promise of mutual, controversial issue in the Brazilian legal system, because of two streams about: on the one hand, the authors support the existence of the mutual promise and the other, those who advocate its impossibility. First, there is the need to analyze the existing distinctions between actual contracts and consensual contracts. Then an analysis of the preliminary contract and the effects of lending promises of marriage and giving. Finally, whether or not the specific implementation and compensation for damages the promise of mutual, the Brazilian legal system.*

Keywords: *Loan agreement; mutual promise; specific performance; indemnity; losses and damages.*

¹ Graduanda em Direito pela FASC/OAPEC. E-mail: claudiasilvamalta@gmail.com

INTRODUÇÃO

Questão controvertida no direito civil brasileiro é a existência ou não da promessa do contrato de mútuo e a sua repercussão no mundo jurídico.

A promessa de mútuo não é apresentada de modo expreso no Código Civil, quanto à doutrina e a jurisprudência, há apenas um norte para a questão debatida, por conta da existência de duas correntes a respeito. Alguns autores renomados do direito defendem a sua existência, mas há aqueles que defendem a sua impossibilidade².

Diante disso, faz-se necessário um estudo aprofundado por meios de outros contratos e suas promessas (e seus efeitos), em caso de inadimplemento da obrigação pactuada.

O contrato preliminar é um desses contratos, e possui previsão no Código Civil, nos arts. 462 a 466, que serão analisados adiante. Por se tratar de um contrato que tem por objeto um pacto-futuro que se tornará definitivo, serve de norte para a promessa de mútuo, já que a doutrina traz a possibilidade da promessa de comodato se dar por meio de um contrato preliminar, desde que observado o princípio da livre manifestação da vontade, também denominado princípio da autonomia da vontade.

Outro ponto que merece ser observado é a possibilidade da promessa de mútuo se dar por meio do contrato preliminar, do mesmo modo em que é feita a promessa de comodato, desde que seja observado o princípio da livre manifestação da vontade, já que ambos os contratos possuem a natureza de contratos reais.

Ademais, em relação ao princípio acima citado, é necessária uma abordagem das promessas de casamento e de doação, para se chegar à verificação de se tais contratos, incluindo a promessa de mútuo e comodato, são ou não suscetíveis de execução específica, também conhecida como tutela específica. Tutela esta que a parte lesada pede ao juiz o forçamento da obrigação.

² A promessa de mútuo é defendida por Caio Mario da Silva Pereira e outros autores. No que diz respeito aos autores que não a defendem, pode ser citado, entre outros, o jurista Miguel Maria de Serpa Lopes.

Por fim, será realizada uma análise do contrato de mútuo e da promessa de mútuo no ordenamento pátrio.

1. DO CONTRATO REAL E CONTRATO CONSENSUAL

A doutrina³ conceitua os contratos consensuais como aqueles contratos constituídos apenas por meio da vontade das partes, sem que ocorra a efetiva entrega da coisa e da atribuição de determinada forma. Por conta disso, também são considerados não solenes. Já os contratos reais são aqueles em que, além dessa vontade, é necessária a entrega efetiva da coisa, como ocorre nos contratos de comodato, de mútuo, de depósito, por exemplo. Portanto, além da vontade das partes é necessário que ocorra a tradição da coisa. Sem ela, apenas existe a promessa de contratar, não existindo o comodato, o mútuo ou o depósito.

De acordo com Pereira⁴, no direito brasileiro, e no direito moderno em geral, é predominante nos contratos o princípio consensualista⁵, sendo a regra o contrato consensual e as exceções os contratos reais.

Ainda dentro desse entendimento, explica o autor, que nos contratos reais o consentimento é seu elemento, como em qualquer outro contrato, pois não há contrato sem que haja a vontade das partes. Mas este não é suficiente, é necessária a tradição da coisa. Caso não venha acontecer, por exemplo, as partes firmam um contrato de empréstimo de certa quantia em dinheiro sem que ocorra a entrega do objeto dado em mútuo, tratando-se de uma promessa de mútuo e não um mútuo. Assim, também ocorre com os contratos de comodato e depósito.

Acrescenta Lopes⁶, que a existência do contrato real é discutível. Há autores⁷ que defendem que a entrega da coisa não pode ser exigida como

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. vl.3º. ed. 9º. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 110; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. vl.3º. ed. 10º. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 35; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais Da Vontade*. vl.3º. ed. 30º. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 35.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vl. 3º. ed.10º. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 36.

⁵ *Princípio Consensualista*: "apenas há contrato mediante a declaração convergente de vontade acerca do objeto da avença e do seu respectivo conteúdo (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais- Teoria Geral das Espécies*. vl. 3º. ed. 3º. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais. 2005, p.89)"; De acordo com esse princípio, DINIZ explica: "o simples acordo de duas vontades ou mais vontade basta para gerar contrato válido, pois a maioria dos negócios jurídicos bilaterais é consensual, embora alguns, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades legais (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Teoria das obrigações e extracontratuais*. vl.3º. ed.28º. São Paulo: Saraiva. 2012, p.55.)".

⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Fontes das Obrigações – Contratos*. ed. 4º. Vl. 3º. Rio de

requisito do empréstimo, e explicam que quando se promete emprestar alguma coisa, o contrato se perfaz antes mesmo da entrega da coisa.

Gomes⁸, seguindo esse entendimento, entende que o argumento de que a entrega da coisa é pressuposto de exigibilidade da obrigação de restituição é vago, já que existem contratos consensuais em que a coisa deve ser devolvida no prazo acordado, como, por exemplo, a locação. Ainda ressalta que a obrigação de restituir a coisa é consequência do fato da posse de coisa alheia e não da constituição do contrato.

Por fim, de acordo com Pereira⁹, por conta das distintas opiniões a respeito, no direito brasileiro, na época da elaboração do projeto de criação do código de obrigação, chegou-se a tratar os contratos de mútuo, comodato e o depósito como consensuais, gerando para uma das partes (o mutuário, o comodatário e o depositário) a obrigação de restituir a coisa, ou seja, esses contratos deixaram de ser reais passando a ser *solo consensu*. No entanto, a comissão que elaborou o projeto do Código Civil de 1975, não aprovou, mantendo o caráter real desses contratos.

Em síntese, no direito brasileiro atual, os contratos consensuais são aqueles que se formam pela simples vontade das partes, por exemplo, o contrato de locação, o mandato. Já os reais são aqueles cuja formação depende da entrega da coisa, tais como, o comodato, o mútuo, o depósito.

2. DAS PROMESSAS E SEUS EFEITOS

Antes de analisar as promessas, é necessário observar o contrato preliminar¹⁰ e seus efeitos, já que este precede a maioria das promessas, e, em seguida, serão analisadas as demais promessas.

2.1 Do contrato preliminar

O contrato preliminar é conceituado pela doutrina¹¹ como um acordo consensual entre as partes para a celebração de um contrato futuro, produzindo

Janeiro: Freitas Bastos. 1963, p.34.

⁷ LOPES, 1963, p. 34, apud: COLIN et CAPITAN. ob. Cit. III. nº12.

⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. ed. 24ª. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 76-77.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. vl.3ª. ed.10ª. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p.37.

¹⁰ O Contrato Preliminar está previsto de modo expreso no Código Civil nos arts. 462,463, 464, 465 e 466. Ver CC.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade*. ed.30ª. vl. 3ª. São Paulo:

seus efeitos de forma imediata, e, de acordo com o artigo 463 do Código Civil, as partes terão o direito de exigi-lo, desde que não conste Cláusula de arrependimento.

2.1.1 Dos efeitos do contrato preliminar

No contrato preliminar, ambas as partes assumem a obrigação de fazer, ou seja, em um momento oportuno outorgam um contrato definitivo. Se uma das partes se recusar a firmar o contrato, descumprindo a obrigação e nele não constar cláusula de arrependimento, a outra parte poderá exigir a celebração do contrato, como também se preferir apenas reclamar perdas e danos, é o que assevera Rodrigues¹².

Segundo Gomes¹³, no caso de inadimplemento da obrigação cabe à parte contratante exigir seu cumprimento ou até mesmo pedir o seu ressarcimento por dano causado.

Lopes¹⁴ fala da fase de responsabilidade como efeito do inadimplemento da obrigação. Trata-se de uma fase em que será executada a penhora de bens para reaver perdas e danos, ou a retirada específica do bem para realizar prestação *in natura*¹⁵.

Segundo Dias¹⁶, os contratos preliminares geram uma obrigação de realizar um contrato futuro, em que ambas as partes (promessa bilateral) ou uma das partes (promessa unilateral) se obrigam a realizar a prestação convencional, sendo um *contrahere*¹⁷, e que ao concluírem o contrato principal acaba por desaparecer a obrigação provisória do contrato preliminar, surgindo entre as partes uma relação jurídica final. Após o cumprimento final

Saraiva. 2002, p.127; GOMES, Orlando. *Contratos*. ed. 24^o. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.135; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil – Fontes das Obrigações: Contratos*. ed. 4^o. vl. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1963. p.77; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instruções de Direito*. ed.2^o. vl. III. Rio de Janeiro: Forense. 1970. p.57; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*. ed.9^o. vl.3^o. São Paulo: Saraiva. 2012. p.163; DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista. 1958. p.10.

¹² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Dos contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade*. V.3. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 128-129.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. ed. 24^o. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.140.

¹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil – Fontes das Obrigações: Contratos*. ed. 4^o. vl. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1963. p.80.

¹⁵ *In Natura*: ao natural, conforme a origem. NETTO, José Oliveira. *Mini Dicionário Jurídico Universitário – Terminologia jurídica e Latim Forense*. 2^oed. São Paulo: EDIJUR. 2011. p. 284.

¹⁶ DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista. 1958. p.143 – 147.

¹⁷ *Contrahere*: contratar. Tradutor Google. Disponível em:

<https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&tab=wT&authuser=0#la/pt/contratare> Acesso em: 28 jun 2016.

deste contrato, as partes precisarão dar conclusão ao novo contrato, sendo um ato bilateral por sua formação, mas que pode ocorrer à existência fatos inesperados que tornem impossível o cumprimento da obrigação, ou seja, que impeçam a realização do contrato definitivo. Uma dessas impossibilidades se dá pelo perecimento total da coisa ou pela perda do promitente do direito à coisa, por culpa ou por mero *casus*¹⁸. Quando for por fato accidental, ocorrerá a extinção da obrigação, sem que o promitente tenha que pagar os danos ou realizar a obrigação. Se for por culpa ou dano, deverá o promitente indenizar pelos danos sofridos, e a conclusão do contrato definitivo.

Dias¹⁹ chama atenção para questão de um terceiro obter de uma das partes um direito sobre a coisa a ser alienada, gerando um grande conflito entre a parte prejudicada e o adquirente. Para solução desse conflito é necessária observância de providência acauteladora estabelecida por lei, em benefício das partes que concluíram o contrato de promessa de venda. E mais, que todo contrato preliminar apenas tem por efeito o direito pessoal de exigir o cumprimento da prestação prometida (conclusão do contrato definitivo); que nenhum direito real alcança o promissário em relação à coisa que futuramente será aplicada.

Outra questão que pode tornar impossível o cumprimento da obrigação é a recusa de uma das partes em concluir a obrigação de celebrar um contrato definitivo, por conta de certas circunstâncias que ocorreram na época em que foi celebrado o contrato preliminar, deixando dúvida quanto a sua legitimação. Para chegar a uma fundamentação, Dias cita o artigo 986 do Código Civil Austríaco, segundo o qual:

*O acordo de realizar um futuro contrato somente será obrigatório quando houver determinação da época de sua conclusão e dos seus elementos essenciais, bem como se no tempo intermédio não mudarem as circunstâncias de tal modo que, por tal motivo, fique frustrado o fim indicado expressa ou tacitamente, ou desapareça a confiança de uma ou de outra parte; O cumprimento de tais promessas deve ser exigido dentro de um ano extinguindo-se, em caso contrário, o direito.*²⁰

¹⁸ *Casus*: caso. Disponível em:

<https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&tab=wT&authuser=0#la/pt/casus> Acesso em: 28 jun 2016.

¹⁹ DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista. 1958, p.159.

²⁰ Idem.

Essa difícil questão consiste na cláusula *rebus sic stantibus*²¹. São vários os fundamentos para justificá-la, por exemplo, a vontade das partes, o fim do contrato, a boa-fé, e superveniência de certas circunstâncias. Para Dias²², tais situações apontadas pelos autores, como pretexto do uso da cláusula são impossíveis de se resolver, antes do decurso do tempo marcado, sendo essa tentativa de encontrar fundamentos jurídicos, um mero fracasso, pois em relação ao contrato de promessa de venda de imóveis o fator tempo é sempre essencial. Por exemplo, o artigo 1.467 do Código Civil Italiano²³ traz de modo geral que, em relação aos contratos de execução continuada, como também os de execução em longo prazo, caso venha ocorrer que a prestação de uma das partes acordadas se torne excessivamente onerosa, por meio da verificação de certos acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, neste caso a parte obrigada a tal prestação poderá pedir sua resolução, a menos que a onerosidade faça parte da álea normal do contrato. E, por fim, conclui a autora que qualquer uma das partes (contrato bilateral), ou apenas uma das partes (contrato unilateral), caso haja a recusa do cumprimento da obrigação, poderá exigir indenização ou execução compulsória.

De forma geral, Dias chega à conclusão de que no caso da recusa do cumprimento da obrigação será possível a indenização por perdas e danos. É certo que para alguns autores, há também outras possibilidades, tais como: execução forçada da obrigação; execução compulsória e outras²⁴.

Ademais, Costa²⁵ explica a possibilidade ou não da execução específica do contrato-promessa. No caso de alguém que foi obrigado a celebrar certo contrato e não cumpriu a promessa, de acordo com o artigo 830, nº 1, do Código

²¹ *Rebus sic stantibus*: De acordo com GONÇALVES, trata-se de uma cláusula implícita em todo contrato comutativo de trato sucessivo e de execução diferida, sendo assim: "(...) cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários, como uma guerra, por exemplo, que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que isente da obrigação, parcial ou totalmente" (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. Ed.9ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 194.). Para LISBOA, a cláusula *rebus sic stantibus* possibilita a revisão do contrato para que a situação das partes retorne ao estado anterior ao acontecimento que gerou o desequilíbrio entre as prestações (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais. Teoria Geral e Espécies*. Ed. 3ª. VI. 3ª. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 96.)

²² DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista 1958, p. 153-175.

²³ DIAS, 1958, apud artigo 1.467 do Código Civil Italiano.

²⁴ DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista. 1958. p.143 – 147.

²⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Atual*. Lisboa: Almedina. 1990, p.46-49.

Civil Português, a parte lesada poderá obter por meio de sentença os efeitos da declaração negocial do faltoso, desde que não vá contra a natureza da obrigação assumida. Ainda, poderá ser acumulado com tal pedido o pagamento de indenização moratória por conta dos danos sofridos pelo não cumprimento da promessa. No entanto, para o autor, afasta-se a execução específica nos casos em que a promessa é relativa a contratos onerosos de constituição de direitos reais sobre edifícios, ou frações desses, construídos ou não, de acordo com o artigo 830, nº3, também do Código Civil Português.

De acordo com Costa²⁶, também será excluída a execução específica, nos contratos incompatíveis com a realização do forçamento da obrigação (promessa de doação ou de prestação de serviço), pois as partes poderão a qualquer momento desistir da celebração do contrato futuro; ou aqueles que nem por meio de sentença possam produzir efeitos (promessa de penhor, promessa de comodato, promessa de mútuo e promessa de comodato), já que nesses, além da vontade das partes é necessárias a entrega material de coisa, sendo esses contratos reais.

A categoria dos contratos reais possui como elemento constitutivo a *traditio*. Para Prata²⁷, no direito português, tende-se a justificar o argumento de que se trata de um contrato de favor; logo, se as partes desejam se comprometer à celebração do contrato de acordo com as regras do direito, estas respeitariam qualquer tipo de contrato, não somente os contratos reais. Por outro lado, Dias diz que:

*Tal concepção não abrangeria todos os contratos reais, somente alguns gratuitos, por exemplo, o depósito gratuito, mas para aqueles que admitem o contrato-promessa de contrato real é inadmissível a execução forçada da obrigação, pois as partes são livres para concluírem ou não o contrato real.*²⁸

Além deste contrato, há a possibilidade do Contrato-promessa de mútuo, de comodato e penhor.

²⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Atual*. Lisboa: Almedina. 1990, p. 49-50.

²⁷ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*. Coimbra: Almeida. 1995, p. 317.

²⁸ DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista. 1958, p. 160.

Ainda, dentro do direito português, Dias²⁹ levanta uma questão debatida pela doutrina da possibilidade do contrato-promessa ter como objeto outro contrato-promessa. Logo conclui que não se trata de contrato-promessa de outro contrato-promessa, já que não há como ser reconhecido tal contrato, por conta da inexistência da obrigação de satisfação do credor, ou seja, é algo redundante prometer fazer um contrato que tem por objeto outra promessa de prometer novamente o cumprimento de determinado contrato, gerando insegurança para o credor.

Diante do exposto, há a necessidade de uma análise mais aprofundada, dos tipos de promessas e suas possibilidades, pois o contrato preliminar é apenas um caminho para se concluir um contrato futuro de promessa.

2.2 Da promessa de comodato

Em relação à promessa de comodato, Gomes³⁰ assevera que nos sistemas jurídicos fiéis à tradição romana, ocorrendo a obrigação de entregar, configura-se o chamado *pactum de commodando*, que nada mais é que um pré-contrato. Portanto, nesse entendimento pode-se afirmar a existência de promessa de contrato de comodato.

Segundo Venosa³¹, há a possibilidade da promessa de contrato de comodato. Por ser o comodato um contrato real que se perfaz com a entrega da coisa, a promessa de dar em comodato será um contrato preliminar, cujo conteúdo será de contrato futuro. Não há proibição no ordenamento jurídico brasileiro, nada que possa impedir a criação de um contrato atípico, mas há dúvidas quanto ao seu inadimplemento. Por ser um contrato gratuito, seria inviável a execução coativa da promessa de emprestar, pois ninguém pode ser obrigado a emprestar, ainda que assim tenha se comprometido, restando a possibilidade indenizatória quanto aos danos. O autor chama a atenção, afirmando que não há comodato enquanto não ocorrer a transmissão da coisa. Então, se conclui que somente há a existência de um contrato preliminar que possui como evento futuro um contrato definitivo de comodato.

²⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Atual*. Lisboa: Almedina. 1990, p. 49-50.

³⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. ed. 24^ª. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 316.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. ed. 4^ª.vl. 3^ª. São Paulo: Conquista. 2004, p.232.

Dias³² aponta que o Código Civil brasileiro ficou fiel ao sistema romano dos contratos reais: contrato de comodato, contrato de mútuo, contrato de depósito e contrato de penhor. Os contratos de comodato, de mútuo e depósito, são tratados na parte especial das obrigações, já o contrato de penhor constitui direito real de garantia. A autora afirma que todos esses contratos podem ser precedidos por um contrato preliminar, onde se observará o princípio da livre manifestação da vontade, desde que não contrarie lei.

Portanto, de acordo com o entendimento da autora³³, existe a possibilidade da promessa de comodato, por meio de um contrato preliminar, mas deve-se observar o princípio da livre manifestação das partes, que em momento futuro irão pactuar como contrato definitivo o contrato de comodato.

2.3 Da promessa de casamento

No direito romano clássico, a promessa de casamento trata-se de uma convenção chamada de sponsais (*sponsalia*), prevista em digesto (23, 1, 1)³⁴, promessa recíproca de futuro matrimônio, a qual configurava como pactuantes: a *sponsa* – a noiva, e o *sponsus* – o noivo.

Neste entendimento, aponta Nogueira³⁵, dois tipos de sponsais. O primeiro, chamado *alieni iuris*, em que os noivos eram representados por seus *pater familias*, ou seja, eram os pais de família dos noivos que firmavam um acordo de promessa de casamento e decidiam quais os seus efeitos. Já o segundo tipo era o chamado *sui iuris*, diferente do primeiro. Neste, o próprio noivo negociava com o tutor da noiva. Ainda, de acordo com o autor, em caso de violação dos sponsais, por meio da *actio ex sponsu*, a parte que violou era obrigada a ressarcir a parte lesada pecuniariamente pelos danos causados, ou seja, era obrigada a indenizar por perdas e danos.

No entanto, com o passar do tempo, o direito romano considerou que não deveria haver limitação à liberdade de contrair matrimônio, e nem a vinculação de pena. Nesse sentido, os sponsais deveriam ser formados pelo consenso das

³² DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista. 1958, p.38.

³³ Idem 30.

³⁴ Dig. 23, 1, 1 : “*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*”.

³⁵ NOGUEIRA, Adalício Coelho. *Introdução ao Direito Romano*. vl 2º. ed.1º. São Paulo: Forense. 1971, p.11-12.

partes, ou seja, caberia às partes decidir o que fazer em caso de descumprimento do acordo, em observação à moral e aos bons costumes³⁶.

No direito brasileiro, tal concepção foi incorporada por meio da Lei de 04 de outubro de 1784, conhecida com a lei dos esponsais, que proibia a forma verbal, que era permitida no direito romano clássico. Portanto, somente era possível a promessa de casamento por meio de escritura pública. Tal regra também era prevista na Consolidação das Leis Civis de 1858, artigo 76:

*Não se pode contrair esponsais se não por escritura publica, lavrada por tabelião e assinada pelos contraentes, pelos pais de cada um deles, e, na falta destes, pelos respectivos tutores ou curadores, e por duas testemunhas ao menos.*³⁷

Nesta época não se cogitou o forçamento da obrigação de casar, apenas o pagamento de indenização por perdas e danos.

No Código Civil de 1916, o artigo 1.173³⁸ e, no Código Civil de 2002, o artigo 546, com a mesma redação, deixaram de regulamentar os esponsais, e apenas trataram da doação feita em contemplação de casamento futuro, não trazendo um regramento como nas leis anteriores.

Apesar de não vir expressamente no Código Civil atual, a promessa de casamento é tratada no ordenamento jurídico brasileiro, não com o mesmo tratamento das antigas leis, pois há ainda muita discussão sobre o assunto. Sendo assim, de acordo com Pereira³⁹, o contrato esponsalício foi renegado pelo direito positivo, sendo suprido pelo noivado, que nada mais é do que um compromisso moral entre os noivos (nubentes), não podendo exigir o seu forçamento, pois leva em conta a vontade dos contraentes, podendo um dos noivos arrepender-se. Contudo, em caso de perdas e danos, deverá ser indenizada a pessoa prejudicada, por exemplo, se o noivo exigiu que a noiva não trabalhasse mais, e esta pediu demissão do emprego, desde que devidamente comprovado.

³⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 184-185.

³⁷ CONSOLIDAÇÕES DAS LEIS CIVIS. Argumentada por Augusto Teixeira de Freitas. ed. 2ª. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1867.p. 27.

³⁸ Artigo 1173 do Código Civil: ver CC. “A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar”.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da SILVA. *Instituições do direito civil: Direito de Família*. vl.5ª. ed. 18ª. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 81-82.

No entendimento de Poveda Velasco⁴⁰, o desfazimento do noivado pode ocorrer de duas maneiras: pelo mútuo consentimento das partes ou pela vontade unilateral, também chamada de quebra ou ruptura do compromisso. No primeiro caso, as partes de comum acordo determinam as regras necessárias para fim do noivado. No segundo caso, a parte lesada por conta do rompimento, poderá exigir indenização por perdas e danos, desde que comprovada a existência da promessa de casamento, de seu descumprimento e do dano sofrido. Assevera o autor que o dano moral somente será presumido com a data marcada do casamento, e de conhecimento geral – parentes, amigos, colegas de trabalho; caso contrário, dependerá de provas.

Para Vidigal⁴¹, a promessa de casamento não é suscetível de execução direta específica, pois as vontades dos cônjuges devem ser livremente manifestadas no ato do casamento perante o juiz, mas deve-se atentar ao fato da possibilidade de casamento por procuração, sendo uma situação incompatível a declaração de consentimento perante o juiz no ato do casamento. O casamento por procuração é um ato permitido por lei, no qual o mandatário, como representante legal do mandante, expressa a vontade deste como se ali estivesse, afirmando no ato do casamento a vontade e o consentimento do mandante, já expressada em momento anterior, na escritura de procuração.

Em suma, apesar da promessa de casamento não vir expressa no Código Civil, não se pode abandonar a sua existência, já que há decisões no sentido de reparação ao dano sofrido e não ao forçamento da obrigação, pois tal forçamento é contrário ao princípio da vontade das partes, em que ninguém poderá ser obrigado a casar-se, e nem desistir dele contra sua vontade.

⁴⁰ POVEDA VELASCO, Ignácio Maria . *Os Esponsais No Direito Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2007, p. 185-208.

⁴¹ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*. Dissertação para concurso à cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Capit. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1940. p.103-104.

2.4 Da promessa de doação

A promessa de doação é outra questão muito debatida entre os autores. Discute-se quanto a sua existência, se se pode ou não obrigar uma pessoa a doar, se há ou não consequências no caso de descumprimento de tal obrigação.

Lisboa conceitua a promessa de doação como: “*negócio jurídico por meio do qual uma pessoa se compromete a doar um bem em prol da outra*”.⁴²

Ainda, por meio desta o promitente doador assume a obrigação de fazer, devendo observar os pressupostos de validade e de eficácia.

De acordo com Espínola⁴³, a promessa de doação é admitida nos contratos em geral, mas em algumas legislações, como no Código Alemão, o doador pode recusar a execução da promessa de doação quando houver risco de cumpri-la.

Gonçalves⁴⁴ também acredita na possibilidade da promessa de doação, ao dizer que pode ser admitida, mas quando em favor da prole, devendo ser atribuída à cláusula do acordo homologado eficácia plena e irrestrita, sem condições de arrependimento, assegurando ao beneficiário direito à adjudicação compulsória do imóvel ou á sentença condenatória substitutiva da declaração da vontade recusada.

Para Lopes⁴⁵, como o contrato de doação possui natureza gratuita, é inadmissível a promessa do contrato de doação. Fundamenta sua posição por meio de uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Que mesmo se alguém se compromettesse a doar, a outorgar uma escritura de uma doação (contrato futuro) e esse por algum motivo não quiser mais fazê-la, não poderá a pessoa que se achar lesada pela promessa entrar com uma ação de execução coativa, nem mesmo indenização por perdas e danos, por serem os atos dessa obrigação a título gratuito. (Ac. De 11-12-1952, in “Diário de Justiça”, de 15-4-1952, p. 1.933).

⁴² LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Contratos e Declaração Unilaterais: Teoria Geral e espécies. Ed. 3º, vl. 3º. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 375-377.

⁴³ ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. ed. 2º. Rio de Janeiro: Conquista. 1956, p.170.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. ed. 9º. vl.3º. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 286.

⁴⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil – Fontes das Obrigações: Contratos*. ed. 4º. Vl. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1963, p. 387-388.

Na concepção de Pereira⁴⁶, é possível uma pessoa ser obrigada a realizar uma doação pura. Todavia, por ser da essência da promessa de doação a criação de um acordo dotado de exigibilidade, em que o promitente obriga-se a cumprir a promessa e o promissário possui o direito de reclamar a execução, é necessário buscar o Judiciário, para que seja declarada em sentença uma doação coativa, em contrapartida à vontade do doador. No caso de não ser mais possível o forçamento da obrigação, esta poderá ser convertida em perdas e danos, conforme o artigo 389, do Código Civil, mas, assevera o autor, que a reparação judicial é incompatível com a essência da doação pura de ser gratuita, ou seja, sem exigir ou subordinar qualquer condição ou motivação extraordinária para sua celebração. Porém, no que se refere à doação modal, por conta do encargo imposto ao donatário de estabelecer um dever exigível do doador, legitimando este a reclamar, a promessa de doação é jurídica e moralmente possível.

De acordo com Vidigal⁴⁷ a vontade de doar não pode ser coagida e o que deve ser levado em conta é a sua liberalidade, ou seja, é essencial que essa vontade de doar seja voluntária sem qualquer tipo de constrangimento ou violência. Portanto, pode-se afirmar que o contrato de doação não admite um pacto preliminar, pois o contrato preliminar tem por objeto um futuro contrato e esse futuro contrato não seria um ato espontâneo, não possuiria a mesma liberalidade que o primeiro.

3. DO CONTRATO DE MÚTUO E DA PROMESSA DE MÚTUO

O contrato de mútuo está previsto no Código Civil⁴⁸ dentro da categoria de contratos de empréstimos, em especial no artigo 586, que traz o seu conceito, conforme exposto a seguir: "*O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade*".⁴⁹

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instruções de Direito*. ed. 2ª. vl. III. Rio de Janeiro: Forense. 1970, p. 257-258.

⁴⁷ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*. Dissertação para concurso à cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Capit. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1940, p. 103-104.

⁴⁸ Arts. 586, 587, 588, 589, 590, 591 e 592 do Código Civil: Ver CC.

⁴⁹ Art. 586 do Código Civil: Ver CC.

De acordo com a doutrina⁵⁰, o contrato de mútuo pode ser definido como um tipo de contrato de empréstimo de coisas fungíveis, de natureza real, ou seja, se aperfeiçoa com a entrega da coisa. Tem como obrigação o mutuário de restituir, ao mutuante, a coisa ao final do empréstimo, sendo esta do mesmo gênero, quantidade e qualidade a qual recebera anteriormente do mutuante.

Diante disso, observam-se duas das características do contrato de mútuo, como contrato real e como contrato unilateral, mas além dessas há outras, tais como: gratuidade, temporalidade e translação de domínio⁵¹.

A gratuidade é da natureza do mútuo, ela é essencial. No entanto, de acordo com Venosa⁵², esse poderá ser oneroso (mútuo feneratício), quando a coisa mutuada não for restituída no tempo e forma devida, ocorrendo por conta disso o pagamento de juros estipulados em cláusula expressa. Além de serem percebidos em dinheiro, esses juros poderão ser percebidos em outras coisas fungíveis.

No mais, o mútuo é substancialmente temporário, por conta de sua essência de restituição da coisa. Para Pereira⁵³, se fosse perpétuo, na forma gratuita se confundiria com a doação e, na forma onerosa, se confundiria com a compra e venda. Ainda segundo o autor, em relação à última característica, o translaticio do domínio trata da transferência de propriedade da coisa mutuada, mas isso não quer dizer que o mútuo é um contrato de alienação, pois o efeito translativo é apenas o meio para a sua efetivação, não sendo o fim principal.

Em relação aos efeitos do contrato de mútuo, diante das características devidamente expostas, em especial a de contrato real e unilateral, entende-se que o mútuo se perfaz pela tradição⁵⁴ da coisa emprestada, cabendo as obrigações somente ao mutuário. Porém, a doutrina responsabiliza o mutuante

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instruções de Direito*. ed. 2ª. vl. III. Rio de Janeiro: Forense. 1970, p. 237-239; ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. ed. 2ª. Rio de Janeiro: Conquista. 1956, p. 268; GOMES, Orlando. *Contratos*. ed. 24ª. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 317; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade*. vl.3ª. ed. 30ª. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 261-263.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instruções de Direito*. ed. 2ª. vl. III. Rio de Janeiro: Forense. 1970, p. 237-239.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. ed. 4ª. Vl. 3ª. São Paulo: Atlas. 2004, p. 244-246.

⁵³ Idem 11.

⁵⁴ "Tradição é a entrega da coisa ao adquirente, o ato pelo qual se transfere a outrem o domínio de uma coisa, em virtude de título translativo da propriedade. Dois, portanto, os requisitos para que ela exista: a) acordo das partes, no sentido de transferir a propriedade; b) execução desse acordo mediante a entrega da coisa. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. ed.39ª. vl. 3ª. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 224)".

pelos prejuízos causados em decorrência de vícios ou defeitos ocultos da coisa, de que este tinha conhecimento e não advertiu o mutuário⁵⁵.

Além dessa obrigação, há a existência de outros deveres do mutuante. De acordo com Diniz⁵⁶, tais deveres não constituem efeitos da obrigação contratual, mas são necessários para a formação do mútuo. Tratando-se da efetiva entrega da coisa pelo mutuante ao mutuário, sem esta não haveria o mútuo, já que constitui elemento essencial para sua constituição. Também são deveres do mutuante, não interferir no uso da coisa durante a vigência do contrato, nem exigir sua restituição antes do tempo determinado em contrato, salvo no caso previsto no artigo 590⁵⁷ do Código Civil.

Quanto à sua extinção, é igual a de qualquer contrato, sendo assim, o seu cumprimento. Nada impede, desde que expresso em contrato, a estipulação de outras formas de extinção. Contudo, sabe-se que o contrato de mútuo, tem como característica ser temporário, de modo que, em regra, deverá ser estipulado no contrato o prazo para o seu cumprimento e sua extinção⁵⁸.

Desta forma, o artigo 592, do Código Civil, prevê quando ocorrerá a extinção do mútuo, caso não seja convencionado de modo expresso:

Artigo 592, CC: Não tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: I – até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para consumo, como para sementeira; II – de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; III – do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.⁵⁹

Como se verifica, por conta da temporalidade do contrato de mútuo, caso não seja estipulado pelas as partes em contrato, esse se extinguirá de acordo com os prazos estipulados pelo artigo acima citado.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e Atos Unilaterais*. ed. 9ª. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 358, apud: Cunha Gonçalves, *Dos Contratos em especial*, cit., p. 252, n. 146; Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. ed.10ª. vl. 3. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 220.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. ed. 28ª. vl. 3. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 368.

⁵⁷ Artigo 590 do Código Civil: ver CC. “O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica”.

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. vl.3ª. ed.4ª. São Paulo: Atlas. 2004, P.250.

⁵⁹ Artigo 592 do Código Civil: ver CC.

3.1 Da promessa de mútuo

A promessa de mútuo não está prevista de modo expresso no Código Civil Brasileiro, mas é muito debatida por diversos autores renomados, sejam aqueles que defendem a sua existência ou aqueles que não, mas também é possível localizar esta discussão na jurisprudência.⁶⁰

Segundo Pereira⁶¹, a promessa de mutuar pode ser bilateral ou unilateral, dependendo da obrigação do mutuário, ou seja, de receber ou não receber a quantia ou a coisa prometida, podendo essa ser revogada por parte do promitente-mutuante quando ocorrerem circunstâncias que levem a outra parte a ficar insolvente. Mas não poderá recusar de forma injusta a efetivação do empréstimo, caso o faça responderá por perdas e danos.

Em momento anterior neste artigo foi asseverado o entendimento de Dias⁶², que defende a existência da promessa de mútuo, ao dizer que todos os contratos reais (contrato de comodato, de mútuo, de depósito e de penhor) podem ser precedidos por um contrato preliminar em observância ao princípio da livre manifestação da vontade, desde que não seja contrário à lei.

Quanto aos efeitos da promessa de mutuar, a autora fala que, nos códigos da Alemanha e da Itália é admitida a revogação do contrato quando as condições econômicas do promissário piorarem, de modo que se torne impossível a sua restituição. Para ela, o mutuante poderá exigir garantias da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança na fortuna, conforme o artigo 1.261 do antigo Código Civil de 1916, hoje tratado no artigo 590 do Código Civil de 2002 com mesma redação⁶³. Termina por concluir o seu entendimento, que qualquer uma das partes (contrato bilateral), ou apenas uma das partes (contrato unilateral), caso haja a recusa do cumprimento da obrigação, poderá exigir indenização ou execução compulsória.

Outro entendimento que merece observação é o de Venosa⁶⁴, que defende a possibilidade da promessa de comodato. Seguindo o entendimento

⁶⁰ A existência da promessa de mútuo é discutida em jurisprudência. No entanto, em especial para os casos de inadimplemento da promessa de mútuo em contratos bancários.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instruções de Direito*. ed. 2ª. vl. III. Rio de Janeiro: Forense 1970, p. 238.

⁶² DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro; Conquista. 1958, p. 38 -144.

⁶³ Artigo 1.261 do antigo Código Civil de 1916. Código Civil: *Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira*. ed. 46ª. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 198; Artigo 590 do Código Civil: Ver CC.

⁶⁴ VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Contratos em Espécies*. Ed. 4ª. Vl. 3ª. São Paulo: Atlas. 2004, p. 232.

de que o contrato de comodato é um tipo de empréstimo, real, gratuito e não solene, tal como o contrato de mútuo, apesar da possibilidade do contrato de mútuo ser oneroso, e que ambos se perfazem com a entrega da coisa, pode-se chegar à conclusão por meio da analogia⁶⁵, do mesmo modo que há a possibilidade da promessa de comodato por meio de um contrato preliminar, e também pode existir a possibilidade da promessa de mútuo por meio de tal contrato, quando este for gratuito. No caso de inadimplemento da obrigação de contratar, segue-se o mesmo efeito da promessa de comodato, o caráter indenizatório quanto aos danos causados pelo não cumprimento da obrigação, sendo impossível a execução coativa da promessa de mutuar.

Outro fato a ser observado quanto à questão da existência da promessa de mutuar são as concessões de empréstimos bancários. Há muita jurisprudência que falam a respeito da utilização da promessa de mútuo, entre elas, cabe destacar:

PROMESSA DE MÚTUA - ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO - O contrato de mútuo é contrato real, que apenas se aperfeiçoa com a entrega do bem mutuado ao mutuário. Assim, a situação descrita pela parte é de promessa de mútuo. Mas a mera afirmação de existir linha de crédito concedida à parte não significa que o crédito seja incondicionado. Alegação da apelante, autora da ação, de que o valor ofertado estaria liberado, sem condições, que é contrária à prova dos autos, e ao seu próprio comportamento anterior. O princípio da boa fé objetiva tem como um de seus corolários a assertiva de que a ninguém é dado pretender interpretar um contrato ou pré-contrato em contradição com sua atuação até então (*venire contra factum proprium*). Sentença confirmada. Recurso desprovido. **(TRF-2 - AC: 9702286948 RJ 97.02.28694-8, Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO, Data de Julgamento: 03/09/2003, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::14/10/2003 - Página::126/127)**⁶⁶.

Neste caso, não ocorreu o reconhecimento do inadimplemento da promessa de mútuo, mas foi reconhecida a sua existência e validade.

Diante do exposto, constata-se a existência da promessa de mútuo no ordenamento jurídico brasileiro, mas há um grande questionamento quanto aos seus efeitos, caso ocorra o descumprido da obrigação estipulada. Como restou

⁶⁵ De acordo com REALE, “*entende-se por analogia o método de cognição mediata, que consiste em estender a um caso particular semelhante as conclusões pela observação de um caso correlato ou afim, em um raciocínio por similitude*” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. ed. 19^o. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 141.).

⁶⁶ BRASIL, JUSBRASIL. 2016. Disponível em:

<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6586211/apelacao-civel-ac-9702286948-rj-970228694-8> Acesso em: 04 jul 2016. (grifo nosso).

demonstrado, para alguns autores há a possibilidade de exigir indenização ou execução compulsória, para outros seria impossível tal execução coativa cabendo apenas o caráter indenizatório.

3.2 Dos efeitos da promessa de mútuo

Necessário ressaltar que a promessa de mútuo é aquela em que as partes de comum acordo por meio de um contrato preliminar (contrato promessa) se obrigam futuramente constituir um contrato definitivo de mútuo. Neste caso, ainda não ocorreu à entrega da coisa, apenas a constituição da promessa de empréstimo da coisa. Deve ser observado o princípio da livre manifestação da vontade, que é levado em conta tanto na promessa de comodato como na promessa de mútuo, sendo de suma importância quanto ao cabimento ou não da execução específica prevista no artigo 464⁶⁷ do Código Civil.

De acordo com a doutrina⁶⁸, o princípio da livre manifestação da vontade, também conhecido como princípio da autonomia da vontade, prescreve que todas as pessoas são livres para contratar, se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem. Portanto, essas possuem o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem irá constituir e, ainda, o direito de estabelecer o conteúdo do contrato, desde que em conformidade com a lei.

Igualmente, esse princípio serve de fundamento para a celebração de contratos atípicos⁶⁹, desde que cumpridos os limites da função social do contrato e observadas as normas gerais fixadas no Código Civil, conforme os arts. 421 e 425. Por conta da constante evolução técnica dos contratos, as formas tradicionais de origem romancista se adaptaram aos modelos que surgiram da vida econômica moderna. Por exemplo, da compra e venda se desprende a promessa de venda; do mútuo, a abertura de crédito, entre outros⁷⁰. Analogamente, pode-se dizer que a promessa de mútuo também é um contrato atípico.

⁶⁷ O artigo 464 do Código Civil prevê: “Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”. Ver CC.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. ed. 9ª. vl. 3ª. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 41.

⁶⁹ GONÇALVES, 2012. p.41, apud: Lençons de Droit Civil, vl. 2. p. 713.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. ed. 9ª. vl. 3ª. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 114-116.

Diante dos fatos expostos, percebe-se a impossibilidade da execução específica da promessa de mútuo, pois não há a possibilidade da exigência da coisa, já que ainda não ocorreu a tradição da coisa, sendo apenas uma promessa de constituir um futuro contrato de mútuo, pois como mencionado anteriormente, o contrato de mútuo possui natureza de contrato real, no qual se perfaz com a entrega da coisa.

Ainda dentro desse entendimento, o forçamento da obrigação também não seria possível, por conta da violação ao princípio da livre manifestação da vontade; tal vontade não poderia ser coagida, ela é livre.

Ademais, em nome da segurança jurídica, o legislador criou outro mecanismo para proteger o direito da parte lesada por conta do descumprimento da promessa. É o que prevê o artigo 425 do Código Civil: "*Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos*".⁷¹ Também, o artigo 389 deste mesmo código, prevê que no caso de descumprimento da obrigação, o devedor responderá por perdas e danos⁷², mais juros e atualização monetária e o pagamento de honorários advocatícios.

Destarte, é o que prevê também o artigo 499 do novo Código de Processo Civil. No caso da impossibilidade da tutela específica, a obrigação será convertida em perdas e danos, ou a requerimento da parte interessada, mas, de acordo com o artigo 500 do mesmo instituto, essa indenização será sem prejuízo da multa fixada (astreintes), de forma periódica para compelir o devedor o cumprimento específico da obrigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que os contratos reais e consensuais são diferentes quanto a sua constituição. Ao primeiro, além da vontade das partes é necessária a entrega efetiva da coisa. Já em relação ao segundo, basta a vontade das partes. Tal distinção é de grande importância para se chegar ao entendimento do

⁷¹ Arts. 425 e 389 do Código Civil Brasileiro: Ver CC.

⁷² De acordo com Pontes de Miranda, "*as perdas e danos são devidas no caso do inadimplemento da obrigação, ou seja, aquele que deixou de adimplir arcará com o ônus da mora.*" (DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das Obrigações*. São Paulo: Bookseller, 2003, p. 32).

momento da constituição do contrato de mútuo, já que este possui a natureza de contrato real.

Portanto, o contrato de mútuo é um contrato de empréstimo de coisas fungíveis que se aperfeiçoa com a entrega efetiva da coisa, sendo esta do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

No que tange à promessa de mútuo, verifica-se que esta foi negligenciada pelo Código Civil atual. Diante disso, é necessário observar outros tipos de promessas e seus efeitos em caso de descumprimento da obrigação.

O Código Civil Brasileiro prevê regras gerais para os contratos preliminares, considerando-os como aqueles que têm por objeto um contrato futuro que se tornará definitivo. Também é previsto que, no caso de descumprimento dessa promessa e, se neste contrato não tiver prevista a cláusula de arrependimento, a outra parte poderá exigir a celebração do contrato, por meio de execução específica, ou caso seja de sua vontade apenas pedir indenização por perdas e danos.

Desse modo, as regras sobre os contratos preliminares são vistas como um norte aplicável às promessas – e à promessa de mútuo, em especial - já que se trata de um pacto em que as partes, de comum acordo, se prontificam a constituir futuramente um contrato definitivo de mútuo. Isto ocorre do mesmo modo em que na promessa de comodato, desde que tal não contrarie o princípio da livre manifestação da vontade. Outro fato que merece ser observado é a inadmissibilidade do forçamento da obrigação, já que o contrato de mútuo e o contrato de comodato fazem parte da categoria de contratos reais, possuindo como elemento constitutivo a *traditio*, já que as partes são livres para concluírem ou não contrato real.

Há também a previsão de outras promessas ligadas ao princípio acima citado, sendo elas a promessa de casamento e a promessa de doação. A promessa de casamento é aquela em que as partes concordam em futuramente constituir matrimônio. Já a promessa de doação consiste em um contrato por meio do qual uma das partes se compromete a doar para outra um bem. Contudo, ambas as promessas não poderiam ser consideradas verdadeiros contratos preliminares. Estes têm por objeto a celebração de um contrato futuro, e, quanto ao casamento, o cumprimento forçado ameaçaria a necessária

espontaneidade das vontades dos nubentes, e, quanto à doação, lhe retiraria o necessário traço de liberalidade.

Em ambas as promessas, por conta da observação deste princípio fundamental do direito contratual, não podem as partes ter suas vontades coagidas. Elas são livres para pactuarem ou não, estipulando suas obrigações, mas estas sempre devem estar em conformidade com a lei. No mais, pode uma das partes arrepender-se tanto no caso de contrair matrimônio, como também no caso de doar o bem a outra pessoa.

Com efeito, é necessário em função da segurança jurídica, proteger a parte lesada no caso de descumprimento da obrigação, não podendo a parte que causou o dano ficar livre de qualquer ônus, tratando-se de um clamor de ordem social e jurídica.

Por conta disso, a doutrina traz duas possibilidades em caso de inadimplemento da obrigação, a execução específica da obrigação e a indenização por perdas e danos. O Código Civil também traz tais dispositivos, em seus artigos 464 e 465, mas no que diz respeito ao contrato preliminar.

No caso do descumprimento da promessa de mútuo, por conta do contrato de mútuo ser um contrato de natureza real, este se perfaz com a tradição da coisa dada em mútuo, tais medidas não seriam cabíveis, já que ocorreu apenas a constituição da promessa de mútuo.

Por fim, mediante todo o exposto, conclui-se que a promessa de mútuo existe no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser aceita como vinculante, e sendo de extrema importância para a proteção do promissário-mutuário, no caso de recusa do promitente-mutuante em cumprir tal obrigação.

Em razão da segurança jurídica, que o ônus deste não seja leve, sendo assim, pelo que ninguém irá prometer por prometer. No entanto, seus efeitos serão tão somente os de ensejar, para o promitente mutuante inadimplente, o dever de indenizar, não se admitindo o mútuo forçado.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. ed. 13º. vl. I. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Tradição e Contrato de Mútuo, de Conta Corrente e de Compra e Venda*. Revista Juris da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alares Penteado. ed. Julho a dezembro/2009. vl. 2º. São Paulo: FAAP, 2009. p. 10-15.

BARBOSA, Pedro de Ascensão. *Do Contrato Promessa*. ed. 2º. Coimbra: Coimbra. 1956.

BRASIL. Código Civil. *Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira*. ed. 46º. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 188-199.

_____. Código Civil. *Vade Mecum Saraiva: Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti*. ed. 19º. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 189-190.

_____. *Consolidações das Leis Civis*. Argumentada por Augusto Teixeira de Freitas. ed. 2º. Rio Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert. 1867.

_____. Enciclopédia Jurídica. Disponível em: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/res-perit-creditori-debitori-domino/res-perit-creditori-debitori-domino.htm> Acesso em: 01 out 2016.

_____. Google Tradutor. Disponível em: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&authuser=0> Acesso em: 01 out 2016.

_____. JUSBRAZIL. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6586211/apelaçao-civel-ac-9702286948-rj-970228694-8>. Acesso em: 04 jul 2016.

CASSANO, Giuseppe. *Il.Mutuo: Il Sistema Tutela Aggiornato al Codice del Consumo e al Decreto Bersani*. Wolters Kluwer. Itália. 2009. p. 380-384. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=yAMY005sRoC&pg=PA379&lpg=PA380&focus=viewport&dq=%22promessa+de+mutuo%22&hl=pt-BR#v=onepage&q=%22promessa%20de%20mutuo%22&f=false> Acesso em: 02 out 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Atual*. Lisboa: Almeida. 1990. p. 46-49.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

DELGADO, Abel Pereira. *Do Contrato-Promessa*. Lisboa: Petrony. 1978..

DIAS, Regina Bottentuit Gondim. *Contrato Preliminar*. Rio de Janeiro: Conquista. 1958.

DI GRAVIO, Valério. *Teoria Del Contratto Reale e Promessa di Mutuo*. Milano: Giuffre, 1989.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. ed. 9º. vl. 3º. São Paulo: Saraiva.

ENNECCERUS, Ludwig, Theodor Kipp e Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*. Traduzido por: Blas Pérez Gonzales e José Aquer e revidado por: Heinrich Lehmann. Vl. 2º. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1944.

ESPANHA. Código Civil Espanhol Traduzido. Disponível em: <http://classroom.orange.com/pt/codigo-civil-espanhol.html> Acesso em: 01 out 2016.

ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. ed. 2º. Rio de Janeiro: Conquista. 1956.

_____, 1958, p.159, apud artigo 986 do Código Civil Australiano.

GOMES, Orlando. *Contratos*. ed. 24. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. ed. 9º. vl. 3º. São Paulo: Saraiva. 2012.

HECTOR J, Cerruti Aicardi. *La Promessa de Contratar*. Professor agregado de derecho civil. Biblioteca de publicações oficiais de la Facultad de Derecho y Ciências Humanas de la Universidad de Montevideo. Seccion nº III - LX. República Oriental Del Paraguay – 1952. p. 43-355.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contratos Reais e o Princípio do Consensualíssimo*. vl. 84-5. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1989/90. p. 82. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67133> Acesso em: 13 jul 2016.

ITÁLIA. Código Civil Italiano. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardoza/_obiter_dictum/codciv/Codciv.htm Acesso em: 01 out 2016.

LEIROZ, Débora de Souza Ferreira. A Responsabilidade Civil em Caso do Rompimento dos Esponsais. Artigo publicado em 18 fev 2013. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7834/A-responsabilidade-civil-em-caso-do-rompimento-dos-esponsais>. Acesso em: 26 ago 2016.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais. Teoria Geral das Espécies*. ed.3º. vl.3º. Rio de Janeiro; Revistas dos Tribunais. 2005. p. 89-377.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil – Fontes das Obrigações: Contratos*. ed. 4º. vl. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1963.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica: Teses, Monografias e artigos*. 8º ed. Lecce: Del Grifo, 2001.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. ed. 8º. São Paulo: Saraiva. 1995.

MESSA, Ana. Ricardo Antonio Andreucci. *Exame da OAB unificado: 1º Fase*. ed.5º. São Paulo: Saraiva. 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações*. São Paulo: Bookseller, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 2º parte. ed. 23º. vl. 5º. São Paulo: Saraiva. 1989.

NETTO, José Oliveira. *Mini Dicionário Jurídica Universitário: Terminologia Jurídica e Latim Forense*. Ed. 2º. São Paulo: EDIJUR. 2011.

NOGUEIRA, Adalício Coelho. *Introdução ao Direito Romano*. ed. 13º. vl. I. Rio de Janeiro: Forense. 1971.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*. Coimbra: Almeida. 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instruções de Direito*. ed. 2º. vl. III. Rio de Janeiro: Forense. 1970.

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. ed. 19°. São Paulo: Saraiva. 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade*. V. 3. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. *Direito Civil – Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade*. ed. 30°. vl. 3. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. ed. 20°. vl. 4°. São Paulo: Saraiva.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2000.

SILVA, Nuno Ricardo Pinto da. *Contrato de Mútuo: Natureza Jurídica e Particularidades*. Trabalho de Mestrado apresentado, na cadeira de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa. nº 11. 2013-2014, p. 141-159.

SILVA, Raissa Vladisla Araújo. *A Possibilidade Jurídica da Responsabilidade Civil e o Dano Moral no Rompimento do Noivado*. Trabalho apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito. 2010. p. 57-66. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2667/1/Raissa%20Vladisla%20Araujo%20Silva.pdf> Acesso em: 04 set 2016.

_____. 2013-2014. p. 158, apud: PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II. 2002.

TELLES, Antonio Augusto Queiroz. *Lições de Obrigações e Contratos*. São Paulo: Copola. 1996.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. *O Contrato de Mútuo no Novo Código Civil*. nº 20. vl. 5°. Revista da EMERJ. 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. ed. 4°. vl. 3°. São Paulo: Atlas. 2004.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. ed. 4°. vl. 4°. São Paulo: Atlas. 2004.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*. Dissertação para concurso á cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Capit. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1940, p. 95-117.