

## 133. OBRIGAÇÕES DE DAR E DE RESTITUIR COISA CERTA

Entre obrigações positivas, cuida-se, em primeiro plano, das obrigações de dar, que ocupam praça relevante e são de freqüente incidência na vida de todos os dias. Consistem na entrega de uma coisa, seja a tradição realizada pelo devedor ao credor em fase de execução, seja a tradição constitutiva de direito, seja a restituição de coisa alheia a seu dono. Com efeito, obligatio dandi está presente, e os escritores o repetem, como meio técnico de constituir direito real (exempli gratia, penhor), como para a perfeição de um contrato real (exempli gratia, mútuo), como ainda na transferência de posse para criar faculdade de uso (exempli gratia, locação), como também na execução dos contratos translaticios de domínio (exempli gratia, compra e venda), já que pelo nosso direito somente se efetiva a transferência *inter vivos* da propriedade com a tradição da coisa móvel ou a inscrição (registro) do imóvel (equiparável esta última a uma tradição solene). Na sua modalidade de restituição, ocorre a obrigação de dar em todos os casos em que o detentor deve recambiar ao dono a coisa móvel ou imóvel, temporariamente em seu poder, como se dá na devolução da coisa locada pelo locatário; da coisa apenhada pelo credor pignoratório etc.

Abrindo o Título das Modalidades das Obrigações, o Código põe no primeiro plano, tal como se dava com o Código Civil de 1916, a obrigação de dar coisa certa. Esta se caracteriza por gênero, qualidade e quantidade. É o exemplo típico da obrigação positiva. Giorgi ensina ser a *determinada*, o *certum corpus* distinto das outras coisas e dos outros indivíduos, e que se diferencia da coisa incerta ou da dívida de gênero, em que falta a menção dos caracteres individuais, restando apenas a *determinabilidade* pelo gênero e pela quantidade.<sup>8</sup>

➔ O princípio cardeal das *obligationes dandi* (Código Civil de 2002, art. 313)<sup>9</sup> é o da identidade da coisa devida: o devedor não se desobriga com a entrega de coisa diversa, ainda que seja mais valiosa, porque o credor não é obrigado a recebê-la. O enunciado do art. 313 do Código Civil brasileiro evita dúvidas. Este princípio, que, segundo observa Tito Fulgêncio, se assemelha à regra do art. 242 do BGB, é uma disposição de valor essencialmente objetivo, a indicar que toda obrigação deve ser estritamente

8 Giorgi, loc. cit.; Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 217.

9 Ver n° 154, *infra*.



te cumprida, qualquer que seja a sua natureza e a sua fonte.<sup>10</sup> E nem o infirma reconhecer e regular a lei o instituto da *dação em pagamento*, porque (e a observação já foi feita por Carvalho de Mendonça, civilista) na *datio in solutum* é a vontade das partes que substitui o objeto da obrigação e altera a convenção anterior.<sup>11</sup> Ou seja, se na dação em pagamento a solução consiste em dar uma coisa por outra (*aliud pro alio*), tal somente é lícito mediante o acordo do credor.<sup>12</sup> Fora daí, prevalece o princípio da identidade da *res debita*. Como *accessorium sequitur principale*, na prestação de dar coisa certa estão abrangidos os seus acessórios, independentemente de se acharem mencionados no contexto. A regra não é, contudo, absoluta. Podem ser excluídas expressamente, ou das circunstâncias do caso resultar a sua não-inclusão. Se a obrigação é de restituir, mais positivamente se afirma a regra de que o credor não pode ser compelido a receber *aliud pro alio*, isto é, uma coisa no lugar da outra.

O Código faz referência à tradição, como elemento determinante de normas disciplinares das obrigações de dar. Estas se executam pela tradição, que, pelo Direito Brasileiro, dá origem ao direito real (*ius in re*). Ao contrário de outros sistemas, o nosso mantém a prevalência romana. Naquele Direito era assente que a propriedade não se transferia pelo contrato, porém pela tradição e usucapião: *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis domini rerum transferuntur*. Também no Direito Brasileiro, a propriedade não se transfere pelo contrato, exigindo-se a tradição para as coisas móveis e a inscrição do título no Registro, para as imóveis. O negócio jurídico, por si só, não transmite propriedade ou faz surgir um direito real sobre coisa alheia, sendo necessário o modo de aquisição – tradição ou registro. A tradição consiste na entrega da coisa. E se diz tradição real, quando se realiza materialmente; ou simbólica ou ficta, quando a coisa não passa de mão a mão (*de manu in manum*), porém é representada por algo que a simbolize ou se presume.

O que maior atenção merece neste tipo obrigacional é a teoria dos riscos. Chama-se “risco” aquilo a que a coisa se acha exposta de deterioração e perda. O credor de coisa certa não é obrigado a recebê-la deteriorada. Assegura-lhe a lei a alternativa de resolver a obrigação pura e simplesmente; ou, se mesmo assim ela lhe for prestada, poderá recebê-la no estado em que

10 Tito Fulgêncio, *Obrigações*, nº 24, pág. 31.

11 M. I. Carvalho de Mendonça, ob. cit., I, nº 332.

12 Código Civil de 2002, art. 356.



se acha. A perda ou deterioração da coisa devida suscita um rol de princípios, que variam de um para outro caso, conforme esteja o devedor de boa ou de má-fé, ou, mais exatamente, conforme tenha ou não concorrido para o dano ou o perecimento, com a sua malícia ou negligência. Estando o devedor de boa-fé, poderá reclamar seja abatido ao seu preço, quantia correspondente ao que perdeu com a deterioração. Se for o devedor culpado, subsiste alternativa, entre o recebimento no estado e o equivalente pecuniário, porém agravado com o ressarcimento das perdas e danos. O conceito de perda, para o direito, é lato, e tanto abrange o seu desaparecimento total (*interitus rei*), quanto ainda o deixar de ter as suas qualidades essenciais, ou de tornar indisponível, ou situar-se em lugar que se tornou inatingível, ou ainda de confundir-se com outra.<sup>13</sup> Logo, as regras devem ter em vista a deterioração ponderável, não sendo curial a rejeição da coisa por danificação insignificante. A apreciação da ressalva é de se fazer em face das circunstâncias.

O art. 234 do Código Civil de 2002<sup>14</sup> tem em vista a obrigação de coisa certa (*certum corpus*). A tradição da coisa móvel é que importa transmissão da propriedade (arts. 1.226 e 1.267). Sendo imóvel, com a inscrição do título no Registro Imobiliário (arts. 1.227 e 1.245). Até então, ela pertence ao devedor (art. 237), que suporta todos os riscos a que esteja sujeita.

Perdendo-se, pois, a coisa antes da tradição, ou pendente condição suspensiva,<sup>15</sup> torna-se impossível a execução em espécie: se não houver culpa do devedor, resolve-se a obrigação, sem que qualquer das partes deva nada à outra; mas, se houver ele agido culposamente, responderá pelo equivalente da coisa perdida e indenizará ainda as perdas e danos resultantes. Somente a boa-fé absolve o devedor. Em se perdendo por culpa deste, estará sujeito a transferir ao credor o equivalente pecuniário dela, correspondente a uma coisa do mesmo valor, salvo se se tratar de obrigação facultativa. O credor tem direito a uma quantia equivalente. E, ainda, deve-lhe o devedor ressarcir-lhe as perdas e danos, segundo o disposto no art. 402 do Código Civil de 2002. Este *equivalente* que o legislador pátrio menciona, como faz também o francês, há de ser a sua estimativa pecuniária, e não a substituição da *res debita* por outra semelhante, pois que o dinheiro é a moeda universal das sub-rogações, e as coisas certas nunca têm equivalente

13 Tito Fulgêncio, *Obrigações*, nº 51, pág. 54.

14 Direito Anterior: art. 865 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 94 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 232 do Projeto de Código Civil de 1975.

15 A lei estende a hipótese à perda na pendência da condição suspensiva, porque também aí não adquire o credor direito à coisa (Código Civil de 2002, art. 125).



preciso em outras coisas.<sup>16</sup> A isto é de acrescentar-se que a regra *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* é dúplice: se o credor não pode ser obrigado a receber coisa diversa da devida, ainda que mais valiosa, o devedor também não pode ser compelido a entregar objeto diferente, ainda que de menor preço.<sup>17</sup>

Sendo de restituir a obrigação, vigoram os mesmos princípios relativos à noção segundo a qual “*res perit domino*”, já que o perecimento *sem culpa* aniquila o vínculo por falta do objeto (*res perit domino*); ocorrendo culpa, o devedor é sujeito a pagar o *equivalente* pecuniário da coisa extinta e mais perdas e danos (Código Civil de 2002, arts. 238 e 239).<sup>18</sup>

Se, em vez de perda, houver deterioração, sofre-a igualmente o credor. A consequência varia conforme esteja o devedor de boa ou má-fé. Pela deterioração sem culpa, abre-se ao credor uma alternativa, de considerar resolvida a obrigação, pois que não pode ser compelido a receber coisa deteriorada ou diferente da devida; ou aceitá-la no estado em que se acha, com abatimento de parte do preço correspondente ao valor que perdeu com a danificação. Deteriorando-se por culpa do devedor, poderá o credor exigir o seu equivalente em dinheiro ou aceitá-la no estado em que se acha, com direito ainda a reclamar a composição das perdas e danos. Acrescenta a doutrina que há de ser ponderável a deterioração, pois não seria curial pudesse enjeitá-la o credor por uma danificação de pouca monta.<sup>19</sup>

Sendo de restituir a obrigação, a deterioração sem culpa importa apenas em ser obrigado o credor a receber a coisa no estado em que se acha, já que não é possível, dada a própria natureza da obrigação, admitir-se a alternativa instituída para evento idêntico na *obligatio dandi*. Se, porém, houver, o devedor procedido culposamente, poderá o credor exigir o equivalente da coisa danificada ou recebê-la, mesmo deteriorada, embolsando ainda, num ou noutro caso, a indenização por perdas e danos.

Em vez de deterioração, pode a coisa receber melhoramentos e acréscimos, antes da tradição ou restituição. Se tal acontecer, e a obrigação for

16 Tito Fulgêncio, ob. cit., pág. 75; Alfredo Colmo, *Obligaciones*, pág. 227; Hector Lafaille, *Tratado de las Obligaciones*, II, 72.

17 Neste sentido, Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 238.

18 Direito Anterior: arts. 869 e 870 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 98 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 236 do Projeto de Código Civil de 1975.

19 Tito Fulgêncio, ob. cit., pág. 84. Esta doutrina não é específica, embora equitativa. Sustenta-se em contrário que este temperamento da equidade esbarra na fórmula *peremptória* da lei, que o não comporta.



de dar, tem o devedor, *ut dominus*, direito a exigir aumento de preço, correspondente aos melhoramentos e acrescidos. Se o credor não anuir, fica o devedor com a faculdade de resolver a obrigação (Código Civil de 2002, art. 237).<sup>20</sup> Seria, contudo, incentivo à má-fé se a regra legal fosse levada às últimas conseqüências e por ela o devedor pudesse furtar-se ao cumprimento da obrigação, sob fundamento de que melhorou a coisa após o contrato. Daí haver Alfredo Colmo precedentemente intercalado em regra análoga do Código argentino uma cláusula e dito que o preceito se aplica quando ocorre melhoria não arbitrária em relação ao devedor ou quando este faz despesas necessárias ou de conservação da coisa,<sup>21</sup> acrescentando Orosimbo Nonato que a aplicação desta regra deve merecer exame atento e acurado do juiz, em todo caso de acessão artificial.<sup>22</sup> Noutros termos, deve discernir-se a boa ou má-fé do devedor ao realizar o melhoramento ou dispêndio, para se lhe reconhecer direito ao ressarcimento tão-somente no primeiro caso.<sup>23</sup> O nosso Projeto de Código de Obrigações aceitou esta doutrina no art. 96, e aditava ao princípio o direito do devedor às benfeitorias necessárias, que são despesas na coisa, com a finalidade de conservá-la. Deve, assim, o art. 237, do Código Civil de 2002, ser interpretado à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva e das circunstâncias do caso, devendo ser considerado com devido temperamento.<sup>24</sup>

Sendo de restituir, o credor lucra o incremento, sem a obrigação de pagar qualquer indenização, no caso do aumento, ou a melhoria de se ter verificado sem trabalho ou dispêndio do devedor. Se este houver realizado, é indenizável, aplicando-se as normas disciplinares das benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias,<sup>25</sup> já expostas no n° 74, *supra* (vol. I).

Se a coisa é frugífera, cabem ao devedor os frutos percebidos até o momento da tradição e ao credor os pendentes, estando aquele de boa-fé. Na de restituir, aplicam-se os princípios disciplinadores do direito aos frutos (n° 74, *supra*, vol. I). Ao credor devem caber os frutos colhidos com antecipação, bem como a indenização pelos que deixou o devedor de perceber desde que se tornou de má-fé.

20 Direito Anterior: art. 868 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 96 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 235 do Projeto de Código Civil de 1975.

21 Alfredo Colmo, ob. cit.

22 Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 246.

23 Serpa Lopes, *Curso*, II, n° 33, pág. 73.

24 Gustavo Binbaum, ob. cit., pág. 128.

25 Código Civil de 2002, arts. 96, págs. 1.257 e 1.258.



O problema ligado aos efeitos da *obligatio dandi* é de solução variável em razão da diversidade conceitual dominante em um ou outro sistema jurídico. Reportando-nos ao Direito romano, ali vemos que *trationibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, o que vem em vernáculo significa não ser possível a transmissão dominial das coisas *solo consensu*. No direito moderno, duas correntes de idéias informam as legislações. De um lado a tradição romana, vigente no sistema brasileiro, como no alemão, segundo a qual a propriedade se não transfere pelo contrato, porém exige, além deste, a tradição para as coisas móveis, ou a inscrição para as imóveis. De outro lado a sistemática francesa, a que se prendem outros códigos, mesmo modernos como o italiano de 1942, atribuindo ao contrato o efeito translático do domínio.

Para o Direito brasileiro, portanto, a obrigação de dar executa-se pela traditio, e somente com esta nasce o ius in re, distinguindo-se portanto o direito real do ius ad rem, originário diretamente do contrato. No sistema francês há uma simplificação dessas operações, pelo fato de o contrato, por si só, ter o efeito de criar o direito real.<sup>26</sup> Mais recentemente a legislação vem admitindo a execução específica quando, por óbvio, não houve perda. Trata-se da execução *in natura*, verificável através da expedição de mandado de imissão na posse da coisa ou busca e apreensão, desde que a entrega seja possível e que não ocorra constrangimento físico da pessoa do devedor. Nos termos do art. 461-A, do Código de Processo Civil (novidade introduzida pela Lei nº 10.444/2002), pode o magistrado, ao deferir tutela específica em ação que tenha por objeto a entrega de coisa, estabelecer prazo para seu cumprimento, sob pena de busca e apreensão do bem móvel ou de sua imissão na posse do bem imóvel.

→ determinado por gênero (espécie) e quantidade

134. OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA

Cogitando dos requisitos objetivos da obrigação, assentamos a determinação ou ao menos a *determinabilidade* da prestação (v. nº 128, *supra*). Pode a obrigação recair sobre coisa incerta (dívida de gênero), desde que seja indicada ao menos pelo gênero e pela quantidade (Código Civil

↳ destaca-se o momento da escolha

26 De Page, *Traité Élémentaire*, II, nº 440.



de 2002, art. 243).<sup>27</sup> Não é possível que seja alguém devedor de coisas genericamente mencionadas, pois que isso tiraria à *obligatio* toda objetividade. Mas se as coisas são indicadas pelo gênero e pela quantidade, a obrigação é útil e eficaz, embora falte a individuação da *res debita*. O gênero é o agrupamento de bens (coisas) que apresentam caracteres comuns, e a quantidade se mede por números, pesos, medidas, ou seja, grandezas. É que a sua determinação far-se-á por circunstâncias ou elementos de fato, como ainda por outras eventuais, intrínsecas ou extrínsecas.<sup>28</sup> O estado de indeterminação é transitório, sob pena de faltar objeto à obrigação. O devedor não pode ser compelido à prestação genérica. Até o momento da execução, a obrigação de gênero deverá converter-se em entrega de coisa certa. Cessará, pois, com a *escolha*, ou concentração do débito, a qual se verifica e se reputa consumada, tanto no momento em que o devedor efetiva a entrega real da coisa, como ainda quando diligencia praticar o necessário à prestação.<sup>29</sup>

O estado de indeterminação cessa com a escolha. Como a individuação é que caracteriza o objeto, e sendo o devedor sujeito à prestação, o Código lhe defere a faculdade de escolher, dentre as do mesmo gênero, aquela a ser entregue, na quantidade estabelecida. O título estabelece a quem compete a escolha. Também esta poderá resultar das circunstâncias que envolvem a obrigação. No silêncio do primeiro, e na falta de indicação oriunda das outras, cabe ao devedor fazê-la. O Código Civil de 2002, com redação dada pelo art. 245, optou pelo critério objetivo da ciência da escolha da prestação pelo credor, propiciando que ele seja constituído em mora.<sup>30</sup> Em qualquer hipótese, salvo estipulação expressa, a prestação versará objeto que não será o pior nem o melhor dentre as coisas de seu gênero. O título poderia especificar um ou outro. No seu silêncio, presume-se que as partes tiveram em vista coisas que se situem no meio termo (Código Civil de 2002, art. 244).<sup>31</sup> Nem se diga que o credor presumir-se-ia optando pela melhor, porque, ao constituir-se a obrigação, poderia ter assim fixado a prestação. Cumpre-se, portanto, a obrigação de dar coisa incerta mediante

*contato de devedor com o cumprimento*

27 Direito Anterior: art. 874 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 99, do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 241 do Projeto de Código Civil de 1975.

28 Tito Fulgêncio, ob. cit., pág. 103; Alfredo Colmo, ob. cit., n° 216.

29 Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 279.

30 Everaldo Augusto Cambler, ob. cit., pág. 97.

31 Direito Anterior: art. 875 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 100 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 242 do Projeto de Código Civil de 1975.



prestação cujo objeto guarde as qualidades médias das coisas de seu gênero, concretizando a cláusula geral de boa-fé objetiva. Pelo fato da indeterminação do objeto se não segue que o devedor possa entregar o pior ou o credor optar pelo melhor, pois a isto se opõe o princípio da boa-fé, que é a alma dos negócios, como fez com a regra *Treu und Glauben* o BGB e o nosso Projeto de Código de Obrigações, art. 23. O novo Código Civil brasileiro adotou o princípio da boa-fé objetiva conforme se depreende dos arts. 113, 187 e 422, diversamente da omissão a seu respeito no Código Civil de 1916.

Para melhor entendimento da matéria, cumpre ainda alertar que se não confundem a obrigação de dar coisa incerta com a obrigação *alternativa*, a qual, como será desenvolvido no n° 144, *infra*, recai sobre duas coisas, uma das quais é objeto de escolha, enquanto que a obrigação de dar coisa incerta tem por objeto uma só, embora designada apenas pelo gênero e pela qualidade, o que sugere a sua especialização.<sup>32</sup> Assim, enquanto a primeira é obrigação de gênero, aquela versa mais de uma coisa individualizada, liberando-se o devedor mediante a prestação de um delas.

É da maior simplicidade a teoria dos riscos (Código Civil de 2002, art. 246),<sup>33</sup> na obrigação de dar coisa incerta, já que a indeterminação é incompatível com a deterioração ou o perecimento: *genus nunquam perit*. Daí ser vedada ao devedor a alegação de perda ou danificação da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito, seja para eximir-se da prestação, seja para compelir o credor a receber espécimes danificados. Também descabe a escusativa da impossibilidade da prestação enquanto subsiste a possibilidade de ser encontrado um só exemplar da coisa devida, pois só por exceção desapareceria completamente todo um gênero.<sup>34</sup> A Teoria dos Riscos na obrigação de dar coisa incerta compreende duas fases distintas. Até que se efetive a escolha, pela notificação ou pela oferta, a obrigação é de gênero, e não versa objeto individuado. Indicada a coisa apenas pelo gênero, não comporta excusativa de perecimento ou deterioração, pois que o devedor tem de prestar uma coisa, dentro do gênero mencionado. A obrigação subsiste, enquanto houver possibilidade de ser encontrado exemplar da *res debita*, na quantidade estipulada. Só por exceção desapareceria todo o gênero. Pode-se cogitar da hipótese do gênero restrito: aquela hipótese em que uma determinada coisa, objeto de obrigação de dar coisa incerta,

32 Tito Fulgêncio, ob. cit., pág. 104.

33 Direito Anterior: art. 877 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 101 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 244 do Projeto de Código Civil de 1975.

34 Von Tuhr, *Obligaciones*, I, pág. 43.



deixa de ser encontrada, entre a feitura do negócio e a escolha. Nesse caso, deve-se considerar resolvida a obrigação. No Projeto do Código Civil de 2002, havia referência expressa a essa possibilidade com a expressão “salvo se se tratar de dívida genérica restrita”, e, assim, o devedor não responderia nesses casos de impossibilidade em virtude da perda ou deterioração. Tal expressão não permaneceu na versão final aprovada, consoante se verifica no art. 246, do Código Civil de 2002, mas não impede que se continue entendendo do mesmo modo. Uma vez efetuada a escolha, e só a partir de então, surge obrigação de dar coisa certa. Neste caso, cabe a excusativa. Mas esta somente é aceitável, se se determina que a perda ou deterioração ocorreu após a escolha.

Feita a escolha, ou pelo credor (quando a este é atribuída no título) ou pelo devedor (na falta dessa menção), perde a prestação o caráter de indeterminação (que era relativa e provisória), passando então a considerar-se como de dar coisa certa (Código Civil de 2002, art. 245).<sup>35</sup> Esta transmutação de categoria ocorre num instante, o da escolha, e a coisa, que indeteriorável e imperecível, por aquele fato se torna suscetível de dano ou perda.<sup>36</sup> O momento da escolha pode constar do título. Ou será caracterizada simultaneamente à execução, com a respectiva entrega. Na falta de outra indicação, o credor deverá ser notificado da escolha, por via judicial ou extrajudicial. Mas deve estar positivada de maneira inequívoca, porque é a partir de então que a obrigação de gênero se torna de corpo certo. Modalidade correta consiste na oferta ao credor, porém concreta e efetiva, e não puramente simbólica.

↳ de prestação pessoal

### 135. OBRIGAÇÃO DE FAZER

O outro tipo de obrigação positiva é a de fazer, que se concretiza genericamente em um ato do devedor. Muito freqüentemente a *obligatio faciendi* reduz-se a uma prestação de trabalho (Clóvis Beviláqua). Mas não sempre, pois às vezes a *res debita* não é o esforço material por que se executa, porém uma operação complexa. É obrigação de fazer aquela que tem por objeto o podar as árvores de um pomar, de realização singela e

35 Direito Anterior: art. 876 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 101 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 243 do Projeto de Código Civil de 1975.

36 Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, § 15.