

A obrigação como processo

Clóvis V. do Couto e Silva



Obrigações de dar e de restituir

O desenvolvimento da obrigação de dar apresenta semelhança com a de restituir. Apenas, via de regra, na de restituir devolve-se a posse da coisa, enquanto na obrigação de dar não se manifesta esse aspecto.

O desenvolvimento da obrigação de dar que se destine à transferência de propriedade já foi objeto de explanação, quando se examinou o princípio da separação de planos.

Há, todavia, certos aspectos ainda não apreciados que se endereçam à verificação da existência de traços de direito real ainda na fase de desenvolvimento do vínculo.

A obrigação de dar como processo

É de grande importância dogmática o exame do desenvolvimento da obrigação de dar, principalmente quando o seu adimplemento implique a transmissão de propriedade ou posse. Já fizemos menção de que o processo da obrigação de dar é mais perceptível quando se cuida de dívidas genéricas ou alternativas, o qual pode ser observado através das atividades levadas a efeito no mundo social, a que correspondem fases e conceitos no mundo jurídico. O destino que preside ao desenvolvimento da obrigação é o fim jurídico que a comanda e a orienta, e, por esse motivo, afirma-se que ela se dirige ao adimplemento para, por meio deste, satisfazer o interesse do credor.

Na obrigação de dar que colime o efeito de transferir direito de propriedade ou posse, suscita-se a indagação de que em certo tipo de crédito, ainda no plano do desenvolvimento do vínculo, se manifestem traços característicos de direito real.^[231] É o problema da “realidade” – *Verdinglichung* – de certas relações de crédito.

A questão em maior evidência atualmente é a do pré-contrato de venda do imóvel registrado.^[232] Mas, por dizer respeito à obrigação de fazer, a matéria será examinada em seu lugar próprio.

Nas obrigações de dar propriamente ditas, o problema surge naquelas hipóteses em que uma das fases consiste em transferir a posse, ou em que se admita o registro no albo imobiliário. A doutrina, entre nós, desde Philadelpho Azevedo,^[233] tem entendido que a cláusula de vigência da locação de coisa locada, uma vez registrada, constituiria um verdadeiro ônus real que acompanharia o imóvel, indo além da doutrina em voga na

França, Itália e Alemanha. Soriano de Souza Neto, ao examinar o alcance e a natureza do art. 1.197 (576) do nosso Código Civil, em sua parte final, em que prevê a possibilidade da vigência da locação em face do adquirente da coisa locada, desde que registrada, concluiu que não se poderia negar ao locatário a natureza jurídica real de seu direito.^[234]

No direito germânico, com o qual procuramos comparar as soluções que derivam de nosso Código Civil, em razão da mútua semelhança estrutural, surgiu muita dúvida a respeito, a começar por Cosack, Loening, Krueckmann e Raap, que sustentavam a natureza real dos contratos de arrendamento e locação de imóveis, independentemente do registro. A conclusão a que chegaram tinha por base a circunstância de que a transferência da posse de modo duradouro conferia novo contorno à figura que, de puramente pessoal, passava a revelar traços específicos dos direitos reais. A característica que de modo geral apontavam fluía, em última análise, da proteção possessória de que era beneficiário o locatário ou arrendatário. Kuehne, por exemplo, apesar de admitir e dar ênfase à dicotomia entre direitos reais e pessoais, chegou a afirmar que o *numerus clausus* dos direitos reais não tinha vigência em se tratando de coisas móveis, enquanto o catálogo de direitos reais, em matéria imobiliária, deveria ser enriquecido com alguns novos exemplares: “o desenvolvimento que colima na transformação da proteção possessória em direito real, reproduz-se, nessa parte e em ponto menor, ainda uma vez”.^[235]

Essa concepção, à evidência, não estava adequada ao sistema que o BGB inaugurava, embora fosse justificável por motivos históricos. É que, como se aludiu, no direito germânico, antes ainda da recepção do direito romano, vigorou o princípio da livre formação dos direitos reais, bastando que um contrato se relacionasse com a *Gewere* para havê-lo como direito real.

Sendo a obrigação um processo que se dirige ao adimplemento, resolve-se, sem dificuldade, o problema.

A transferência da posse, em verdade, constitui adimplemento do contrato de locação, o qual, por ser duradouro, exige que o cumprimento se prolongue no tempo. A proteção possessória, manifestamente, não diz respeito ao desenvolvimento da relação obrigacional, mas ao seu adimplemento, com o qual se transfere a posse e, conseqüentemente, as garantias processuais que com ela se relacionam.

A posse, porém, tem título; está vinculada ao contrato de locação e não é algo de autônomo.

A doutrina tem acentuado, modernamente, que todos os contratos são consensuais e, no que se refere ao contrato de locação, tem, por igual, admitido que os direitos do locatário nascem antes ainda da entrega da *res debita*. Mas a proteção possessória somente será facultada ao locatário depois de haver tomado posse. Com a entrega da posse, já se está na fase do adimplemento, isto é, não mais no plano da “construção” da obrigação, mas no de sua extinção.

A proteção possessória é, como se percebe, efeito comum e necessário do adimplemento do contrato. A relação de dívida, enquanto no plano de seu desenvolvimento, não revela traços de direito real. Seria levar demasiadamente longe o raciocínio se se quisesse admitir, na hipótese, a existência, ainda que larvada, de um novo *ius in re*.

Execução da obrigação de dar

A obrigação de dar pode ser diretamente executada, principalmente quando consistir na transferência de propriedade. Discutiu-se no direito brasileiro se, na hipótese de não querer o devedor cumprir o prometido, caberia ação de adimplemento, ou se somente seria possível pedir perdas e danos.

Nosso código não mencionou explicitamente se caberia, ou não, ação de adimplemento específico (*proecise agere*). Já tivemos oportunidade de dizer que, desde Martino, se tem admitido a ação direta de adimplemento. Não são todos os sistemas jurídicos que consagram essa possibilidade. No direito inglês, por exemplo, só excepcionalmente é que se pode exigir a *specific performance*, e, por isso, afirma-se que a inexecução da obrigação naquele sistema tem o caráter delitual,^[236] considerando-se *breach of contract*, inclusive, os casos fortuitos que correm por conta do devedor, salvo cláusula exoneratória expressa, uma vez que não conhecem o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade.^[237] Agostinho Alvim sustentou, sob o império do anterior Código de Processo Civil, que cabia ação de imissão de posse em se tratando de imóvel já registrado.^[238] Mas aí o novo proprietário não estará postulando com base num direito obrigacional, e sim em razão da propriedade que adquiriu pela transcrição. A ação de direito das obrigações nunca poderá ser ação emergente de ato que se situa no plano dos direitos reais, pois isso viria ferir o princípio da separação relativa com o sentido que lhe atribuímos. A ação é a ordinária de adimplemento. Com a execução, far-se-á a penhora do bem, desde que ele se encontre no patrimônio do vendedor (Busca e apreensão de bem

móvel – ver art. 993 do Código Civil). Não se cuida de ação de direito real como a reivindicação que se dirige contra quem quer que o possua injustamente.

Daí também não se deduz que a compra e venda é negócio obrigacional e real. No direito germânico, a solução é a mesma. Nessa hipótese, cabe ação de prestação, ou de adimplemento (*Leistungs-; Erfüllungsklage*), podendo garantir-se o comprador contra uma possível transferência do bem pelo vendedor, *in medio tempore*, através da pré-notação (*Vormerkung*).^[239] A demora da solução da ação de adimplemento – que torna ilusória, muitas vezes, a prestação jurisdicional em países como o nosso, de inflação progressiva – fez talvez com que Agostinho Alvim generalizasse, no curso da exposição, aquele seu ponto de vista, de modo que se abrangesse a transferência de móveis, inclinando-se pelo cabimento da referida ação de imissão de posse também quando se tratasse de contratos meramente geradores de obrigação, em virtude de possuir, no anterior Código de Processo Civil, procedimento especial capaz de resolver rapidamente o conflito de interesses. Em virtude do mencionado princípio da separação de planos, não podemos seguir seu pensamento, desenvolvido de certa forma em sentido semelhante ao de Martino, o qual admitia a possibilidade de ação de adimplemento, extraindo da *rei vindicatio* argumento análogo.

Ação de adimplemento existe enquanto não se presta o devido ou enquanto não se tornou impossível prestar.^[240]

É preciso, no entanto, atentar que, quando se presta com defeito – por exemplo, com vício redibitório –, a ação que compete não é a de prestação, porque esta já se efetivou, mas a referente ao “defeito” da coisa, no caso, a de redibição; adimpliu-se mal, mas realizou-se o cumprimento.^[241] Hipótese diversa é aquela em que *A* encomenda um quadro de *B*; este, porém, envia-lhe uma reprodução. Faltou, nesse exemplo, a identidade da prestação com a obrigação.^[242] A ação que cabe é a de adimplemento para haver a prestação devida. O credor não está obrigado a aceitar: se tal ocorrer, porém, terá havido dação em pagamento.

Se vendedor e comprador estiverem na pressuposição de que o quadro era original, tendo-o recebido e conservado o credor, não poderá utilizar-se da ação de adimplemento, pois este se considera perfeito com a entrega (e poderia ter havido dação em pagamento), mas deverá propor uma ação de anulação com base em erro (*error in substantia*).^[243]

Se, finalmente, o vendedor, ciente de que o quadro era mera reprodução, não obstante isso, tiver convencido o comprador a recebê-lo como se fora original, a ação que cabe é a de anulação em razão de dolo.

Impossibilidade superveniente

O Código Civil brasileiro, em seu art. 865 (234), formula a regra de que, se “a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos”. A resolução aqui não se opera pelo eventual exercício do direito formativo que porventura coubesse a um ou ao outro partícipe do vínculo, pois ela ocorre *ex vi legis*.

Não se cuida de exercer direito formativo, de cujo exercício resultasse o desfazimento do negócio jurídico. Daí, resulta que o direito de receber o que se deu para a compra de determinado objeto, que se incendiou e se destruiu em virtude de fato imputável ao devedor, decorre da imediata incidência do art. 865 (234), sem estar vinculado assim a qualquer ato resolutório.^[244] Hipótese diversa é a prevista no art. 866 (235), com a seguinte redação: “Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu”. Ai, realmente, a resolução não se opera *ex vi legis* (“poderá o credor resolver a obrigação”), constituindo-se em resultado de exercício de direito formativo extintivo de resolver. Na primeira hipótese (art. 865 [234]), cuida-se de impossibilidade (total ou relativa) superveniente. Se a impossibilidade ou insolvência ocorrer em virtude de fato não imputável ao devedor, cabendo-lhe a prova, resolvido estará o negócio jurídico. Não cabe direito formativo ao credor, porque este não mais pode ter interesse na prestação primária ou principal, dirigindo-se a sua pretensão, na hipótese de culpa do devedor, somente ao equivalente, mais perdas e danos. O negócio jurídico ficou sem objeto. O que o credor possui é a pretensão de reaver o que entregou ao devedor. Essa pretensão na hipótese do art. 865 (234) não nasce do exercício de direito formativo, mas da incidência da própria lei. É que, com a impossibilidade, o negócio jurídico ficou sem objeto.

Nessas condições, o credor não tem direito de resolver aquilo que já não existe, mas, apenas, pretensão para receber o que já tiver prestado. Hipótese diversa e inconfundível é a do art. 866 (235). Ali o negócio jurídico não perdeu o objeto. A coisa certa se deteriorou, talvez por descumprimento de algum dever anexo, mas ela ainda guarda sua

identidade, de modo que a resolução não ocorre *ex vi legis*, pois se faz necessário o exercício de direito formativo, pré-requisito ao da pretensão de reaver. Se houver culpa, determina o art. 867 (236) que o credor poderá “exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”.

Obrigação de restituir

Entre as obrigações de dar coisas, connumera-se a de restituir. Em razão de diferenciar-se da simples obrigação de dar, porque o que se dá, nessa hipótese, é de propriedade do credor, distinguiu-as nosso Código Civil de maneira mais analítica, nessa parte, do que o código germânico. A distinção impõe-se, porque o tratamento das obrigações de restituir está sob o comando de regras diversas, em certos aspectos, das de dar. De modo geral, trata-se de restituir a posse, e não a propriedade. Em alguns casos referentes a bens fungíveis e consumíveis, a restituição, porém, por não se operar no *idem corpus*, mas no tantundem, no equivalente, torna-se idêntica à obrigação de dar. É o problema do dinheiro, de coisa móvel e consumível, por excelência, que pode, por vezes, alterar o tratamento jurídico.

Obrigação de restituir e impossibilidade

Pode ocorrer que haja obstáculo insuperável no desenvolvimento do processus da relação obrigacional, de modo que, impossível a prestação, libere-se aquele a quem cabia adimplir. Mencionamos, quando examinamos o risco nas obrigações de dar, que este corria contra o devedor nos contratos, e contra o credor nos atos unilaterais. Em se tratando de obrigação de restituir, o art. 869 (238) do Código Civil formula a regra de que se “esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, salvos, porém, a ele os seus direitos até o dia da perda”. O credor terá apenas ressolvido seus direitos até o dia da perda. Assim, quando alguém aluga ou arrenda determinado bem e este vem a destruir-se por ato inimputável ao devedor, o inquilino ou arrendatário poderá deixar de pagar o aluguel a partir da data da destruição, sem que o credor, o proprietário ou legitimado que o deu em locação possa exigir o que faltar até o término do contrato, supondo-se que se trate de contrato a termo. Na hipótese de perda ou

deterioração parcial, o código alude no art. 871 (240) à regra de que o credor a receberá “tal qual se ache, ... sem direito a indenização”. Isso, e o artigo o diz expressamente, desde que não haja culpa do devedor.

Esse artigo, porém, não esgota as hipóteses que podem ocorrer. Faculta-se, é certo, ao devedor, a devolução.

É a devolução a única virtualidade que se confere ao devedor?

Se o risco corre para o credor, deve-se admitir que possa o devedor exigir redução proporcional da locação. Assim, se alguém arrendar fração determinada de campo, que em parte se tornar imprestável, poderá o arrendatário exigir abatimento do aluguel. Apesar do art. 871 (240) não consignar a faculdade referida no art. 866 (235) do Código Civil, que se endereça à obrigação de dar, mesmo assim não vemos não tê-la integrante na própria proposição de que o risco corre contra o credor. Por outro lado, é certo que, no caso de deterioração do bem a ser restituído, a todas as luzes, a entrega somente ocorrerá mediante o exercício do direito formativo extintivo (denúncia). É de notar-se que o risco aí não abrange o direito de propriedade. A diminuição na posse do arrendatário, da qual deve resultar prejuízo econômico àquele que paga o arrendamento, não deve correr por conta deste último, mas do credor, em razão do princípio geral. O aspecto predominante é a base de interesses que a norma protege. Indiscutivelmente, a tônica das disposições legislativas a respeito do risco, perecimento sem culpa, em matéria de obrigação de restituir, é o aspecto protetivo dos interesses do devedor. Daí a disposição matriz do art. 869 (238).^[245] Não há, portanto, como distinguir, sob esse ângulo, a impossibilidade total da parcial. No nosso direito, acertadamente, a impossibilidade total distingue-se da parcial no que diz respeito ao tratamento jurídico, no fato de que, na última hipótese, a resolução fica na dependência do exercício do direito formativo extintivo. Confere-se, também, via de regra, a faculdade de nivelar economicamente a contraprestação.

Deterioração por culpa do devedor

Na impossibilidade total em razão de culpa, nos termos do art. 870 (239), aplicar-se-á o disposto no art. 865 (234), *in fine* – isto é, “responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos”. Na hipótese de impossibilidade parcial (deterioração), aplicam-se as regras do art. 867 (236) – isto é, “poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”.

Melhoramentos e acréscidos

Pode ocorrer que no desenvolvimento do processo, no período entre o nascimento da obrigação e o seu adimplemento, haja melhoramento no bem a ser prestado. É preciso distinguir, nesse ponto, duas hipóteses: a) se o aumento ou melhoramento ocorreu sem despesa ou trabalho, o credor receberá o acréscimo sem indenização; cuida-se de melhoria sem trabalho ou despesa, vale dizer, de acréscimo natural, seja em razão do motivo ocasional ou fortuito, da sorte, como se costuma dizer, seja em razão do próprio crescimento vegetal, seja por motivo de qualquer outro fato natural, do qual resulte a aquisição de propriedade, como nas hipóteses de acessão; b) todavia, se para esse melhoramento empregou o devedor trabalho ou dispêndio, vigorará o estatuído nos arts. 516 (1.219) a 519 (1.222) do Código Civil, que se relacionam com as benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. Cabe, portanto, ao devedor, a restituição da indenização, bem como direito de retenção, se se tratar de benfeitorias necessárias e úteis.

Obrigações de fazer e de não fazer

Diversamente das obrigações de dar, cujo objeto da prestação é uma coisa ou direitos, algo que já existe, atribuição patrimonial, a obrigação de fazer tem como objeto da prestação, a própria atividade. É preciso salientar que nem toda declaração de vontade se constitui em objeto da obrigação de fazer. No direito germânico, por exemplo, o acordo de transmissão seria considerado adimplemento de obrigação de dar, se essa divisão tivesse sido recebida no Código de 1900^[246] ou na doutrina.^[247] Na hipótese de declaração de vontade, a obrigação será de fazer, quando o adimplemento não se constituir imediatamente em atribuição patrimonial. Assim, o pré-contrato, uma vez que não se dirige imediatamente a uma atribuição patrimonial (existe a compra e venda, que ocasiona obrigação de dar), gera obrigação de fazer.

Obrigação de fazer, de modo geral, relaciona-se a trabalho ou a serviço determinado (*opus facere*). Tornou-se corrente a definição de Savigny,^[248] por meio de subtração, segundo a qual, quando não se tratasse de obrigação de dar (de transmissão de propriedade ou algo equivalente), se cogitaria da *obligatio faciendi*. A distinção que nosso Código Civil adotou, filiou-se ao direito romano, com as particularidades já mencionadas. Poder-se-ia definir a obrigação de fazer, segundo Kunkel, como toda aquela

Realmente, a hipótese não é, à evidência, de nulidade, mas de ineficácia. De ineficácia, apenas, como dívida em moeda estrangeira, ou como dívida cláusula-ouro, devendo-se operar a conversão em moeda nacional, no momento da existência do negócio jurídico. A proibição não se deduz pura e simplesmente do princípio do curso forçado do cruzeiro (*real*). Ela decorre da exigência de que a prestação seja feita em moeda nacional, pelo seu valor legal.

Obrigações genéricas em sentido próprio

São conhecidas, desde o direito romano, as obrigações genéricas em sentido próprio, obrigações estas de prestar coisas ainda não determinadas no momento da existência do negócio jurídico, embora determináveis no desenvolvimento da relação obrigacional. A determinabilidade é característica da obrigação, pois sem a possibilidade de determinação da *res debita* não se pode realizar o adimplemento. Para a existência de dever, a determinação mínima é a do gênero e quantidade.^[297] É óbvio, assim, que a obrigação genérica se distingue da de prestar coisa certa, porque, nesta última, o objeto é conhecido e individualizado no momento em que se aperfeiçoa o negócio jurídico.

Nem sempre, porém, é fácil distinguir se, *in casu*, se trata de uma ou outra espécie de obrigação. É questão de interpretação saber se alguém pretende adquirir um objeto tendo em vista o gênero a que ele pertence, ou se o faz tendo presente uma unidade determinada, embora esta possa ser igual a dezenas de outras. A fungibilidade, por si só, não caracteriza a obrigação genérica, pois existem coisas fungíveis que são adquiridas *ut singuli*, em razão de assim haverem sido escolhidas, como uma joia, no joalheiro. O joalheiro, em geral, comerciante grossista, compra-as como coisa genérica, mas o comprador, que as vê no mostruário, via de regra adquire-as como coisa certa, determinada.^[298]

Há certas hipóteses de deveres de prestar coisa certa que, externamente, se assemelham aos que se dirigem a coisas indeterminadas. É exemplo dessa virtualidade o vínculo obrigacional que tenha como objeto da prestação uma *universitas rerum*, como uma fábrica ou empresa determinada, ou algo análogo. Embora essa universalidade possa ser constituída de coisas móveis e imóveis, de direitos reais, absolutos e limitados, e direitos pessoais, ainda assim a obrigação é de dar coisa certa, pois que a empresa ou fábrica está determinada no próprio negócio jurídico.

As dívidas genéricas comportam graus, tendo em vista a concretização do vínculo jurídico no *iter* do adimplemento. *In thesi*, o objeto das prestações desse tipo de deveres, no momento em que o ato jurídico se torna eficaz, só existe idealmente.

Todavia, o processo da relação jurídica supõe, como momento prévio ao adimplemento, a determinação da *res debita*. Em função dessa circunstância é usual dividir-se as obrigações em puramente genéricas ou restritas. Estas últimas, a seu turno, comportam graus de restrição, verificáveis por processo hermenêutico. Constitui dívida genérica restrita a que resulta da compra de algumas unidades existentes dentro de depósito de uma fábrica, indicadas, apenas, pelo gênero e quantidade. Não o é, porém, a que resulta da venda em sua totalidade de provisões depositadas em certo lugar, devendo-se verificar o preço dessas mesmas provisões pelo número, quantidade ou peso de cada uma das unidades existentes (*emptio ad mensuram*). A dívida é de coisa certa, porque a determinação diz respeito apenas ao preço.^[299] Conclui-se, pois, que, para caracterizar a dívida genérica restrita, se faz necessário que a disposição se refira a algumas unidades (quantidade), indicadas pelo gênero, existentes dentro de um círculo espacialmente determinado (v.g., depósito, fábrica, empresa).

A restrição pode resultar da atividade exercida por quem aliena. De modo geral, o fabricante vincula-se pela mercadoria que ele produz ou tem em depósito. Sendo o objeto das dívidas genéricas indicado apenas idealmente, vige o princípio de que o risco corre sempre por conta do devedor, que não se libera em virtude de caso fortuito ou de força maior. Daí o adágio: *genus perire non censetur*.

Nas dívidas genéricas restritas, já não se pode dizer o mesmo. Se a mercadoria, que estava no depósito, queimou, libera-se o devedor, ainda antes de concretização, se não sobrou nenhuma do gênero que se prometeu prestar.

As dívidas de prestar coisas indicadas apenas pelo gênero, que se recebem contando, pesando, medindo ou assinalando, dão motivo a problemas técnico-jurídicos.

No direito romano, a *emptio venditio* era contrato consensual. Mas, na hipótese de se tratar de coisa que se devia receber, pesando e contando, não se reputava perfeito o contrato antes de realizados esses atos.^[300] Por esse motivo, quando fosse, a concretização, encargo de terceiro, a dívida era considerada como de coisa certa, pois estava sob essa condição.^[301] O Código Napoleônico seguiu o paradigma romano, dispondo não ser perfeita a venda, para o efeito da aplicação das regras referentes ao risco, antes de realizar-se a contagem ou pesagem.^[302]

No direito brasileiro, esse tipo particular de obrigações genéricas sofreu tratamento legislativo semelhante no §1º do art. 1.127 (492) e no art. 1.144 (509) e seu parágrafo único do Código Civil.

Pelo art. 1.144 (509), a venda a contento (de gêneros que se costumam provar, medir, pesar ou experimentar) é havida como sob condição suspensiva, “se no contrato não se lhe tiver dado expressamente o caráter de condição resolutiva”. No que diz respeito aos riscos, os casos fortuitos ocorrentes no momento em que se realizam aqueles atos, pelo art. 1.127 (492), §1º, correrão por conta do comprador, desde que tenham as aludidas mercadorias sido postas à sua disposição. Em outras palavras, desde que se haja operado a cessão da pretensão à entrega. Este último ato não precisa vir expressamente declarado. A pesagem e contagem para efeitos da tradição, em se tratando de gêneros que somente podem ser recebidos dessa forma, têm o significado (declaração silente) de que os mesmos estão à disposição do comprador. A regra, aliás, não é apenas sobre a concretização de certas dívidas genéricas, mas o é também sobre a tradição. O que se transfere, aí, é o risco. Mesmo que a coisa tenha sido destruída ou deteriorada (impossibilidade parcial) em razão de caso fortuito ou força maior, o *periculum est emptori* significa afirmar que o evento não afeta a pretensão do vendedor de haver o preço.

A obrigação genérica como processo

O vínculo da obrigação genérica, ao endereçar-se, no plano dos direitos pessoais, ao adimplemento, encontra uma fase ou momento necessário à eficácia do ato dispositivo. Quando se aludiu à dívida puramente genérica, admitiu-se que *in thesi* o vínculo obrigacional se deveria endereçar a todos os objetos existentes no mundo físico, abrangidos pelo gênero. Assim ganharia realmente significado o princípio *genus perire non censetur*. Admitida, em toda sua amplitude, essa regra, importaria em afirmarmos que, supostamente existente, em algum lugar do mundo, apenas uma unidade do gênero prometido, mesmo assim a dívida seria exigível, não militando em favor do devedor a circunstância da impossibilidade. Não pode, todavia, ser dessa forma entendido o âmbito espacial em que se deve procurar o objeto prometido. A mera circunstância de estarem indicadas idealmente as coisas que deverão ser objeto da concretização não permite que se exclua semelhante inferência.

Embora esteja firme na doutrina e na jurisprudência o discrimine entre impossibilidade e dificuldade, não se pode concluir com aquela amplitude. Em princípio, a maior ou menor restrição depende de hermenêutica.

Exigir que o adimplemento se realize sem consideração do espaço em que se encontra o objeto, é um *plus* que não se pode admitir *a priori*. Assim, quando alguém se obriga a entregar determinada mercadoria, não se lhe impõe o dever de pesquisar, em todo o globo, a existência de uma unidade para satisfazer o prometido. Da própria interpretação do contrato, tirar-se-á o âmbito espacial dentro do qual tenha aplicação o princípio *genus perire non censetur*.

Essa relativização do conceito de dívida genérica, ainda que pura ou não restrita, resulta, de um lado, da aplicação do princípio da boa-fé, que fixa os limites da conduta do devedor; de outro, do conceito da obrigação como processo. Mesmo na obrigação genérica em que os objetos estão apenas idealmente indicados, já se manifestam relativizações, que são efeitos da concreção por que passará o vínculo ao se desenvolver em direção ao adimplemento.

Há, assim, implicações de polaridade entre a obrigação e seu adimplemento — implicações estas que permitem que se possa considerar a obrigação como processo.

A concretização

No *iter* de desenvolvimento, há uma fase da relação jurídica genérica que se denomina concretização. Em nosso Código Civil,^[303] ela tem o nome de “escolha”.

O princípio é de que “a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação”,^[304] permitindo-se, portanto, que o credor possa realizá-la, bem como um terceiro. A qualidade da coisa a ser prestada é a média, não estando obrigado o devedor a prestar a melhor, nem podendo prestar a pior.^[305]

A determinação, por sua vez, supõe um ato, ou melhor, uma atividade, que individualize o objeto da prestação. O ato material de que resultará a concretização é ato-fato, que se situa no plano do nascimento e desenvolvimento das relações obrigacionais. A partir desse momento, o risco das obrigações regular-se-á conforme os princípios pertinentes aos deveres de prestar coisa certa.^[306]

Ainda que a concretização diga respeito ao objeto da prestação (e a prestação mesma, quando ato dispositivo de direitos reais, se situe no plano do direito das coisas), aquela se localiza no plano do nascimento e desenvolvimento das obrigações.

Em nosso direito, quando se cuida de transferência de direitos reais, a prestação mesma é negócio jurídico (de adimplemento, ou acordo de transmissão), sendo a vontade considerada codeclarada. Mas a concretização opera-se no plano dos direitos obrigacionais, porque o tratamento que sofre a dívida — após a ocorrência do ato-fato de escolha — é a de dívida de dar coisa certa. Vale dizer que a individualização do objeto da prestação se realiza na dimensão do nascimento e desenvolvimento dos direitos obrigacionais.

Há alguns autores que sustentam que essa concretização, de modo similar ao que ocorre nas obrigações alternativas, se realiza mediante o exercício de direito formativo modificativo. De nenhum modo se pode adotar essa posição. A individualização realiza-se mediante atividades ou volições que entram no mundo jurídico como fatos. Constituem mero arbítrio e, portanto, ato-fato.^[307]

No que respeita à concretização, o Código Civil determina que, “feita a escolha, vigiará o disposto na seção anterior”,^[308] isto é, o conjunto de regras que se endereçam às obrigações de dar coisa certa. O Código Civil alemão formula regra um tanto diversa, determinando que se operará a concretização desde que o devedor tenha feito o necessário.^[309]

É preciso notar que, por meio da concretização, não resulta nenhuma modificação na prestação ou no vínculo obrigacional. Tal não se verifica porque a mencionada concretização não constitui negócio jurídico. Ela requer, apenas, critérios objetivos, que tornem clara a vinculação da mercadoria à finalidade contratual.^[310]

Nosso Código Civil, porém, fixou determinado critério objetivo para esse efeito: a escolha. Filiou-se, assim, à corrente daqueles que exigiam um momento taxativamente determinado para que se pudesse operar a transmissão do risco.^[311] Exclui-se a hipótese em que haja acordo de vontades entre devedor e credor sobre a mercadoria a ser individualizada, porque, nesse caso, ocorreria novo negócio jurídico.^[312]

A dificuldade surge em razão de que um só dos partícipes deve escolher, resultando dúvidas a respeito do momento em que se deve considerar individualizado o objeto da prestação.

Entre as duas correntes — de concretização com a escolha, predileta dos juristas do direito comum, ou caso a caso, solução do BGB, dependendo do exame da conduta do devedor (verificação se este realizou, ou não, o necessário) —, fixou nosso codificador o primeiro dos princípios, com algumas particularidades.

Para melhor examinarmos o alcance do nosso sistema, convém façamos breve notícia histórica. No tempo do direito comum, prevalecia o primeiro princípio, de que partiam duas grandes correntes: para uns, era bastante a mera especificação fática (*Ausscheidungstheorie*); para outros, havia necessidade de comunicar que a escolha se efetivara (*Individualisierungstheorie*). Em ambas as hipóteses, havia modificação na relação obrigacional. Essa modificação se harmonizava com a construção causalística do vínculo e do adimplemento,^[313] sendo que as alterações que aquele viesse a sofrer seriam decorrência de novas causas, de que resultariam, à sua vez, novos efeitos. Feita a escolha (causa), deveria suceder modificação no vínculo, que, de genérico, se transformaria em de dar coisa certa. Por coerência, deveriam concluir que a referida escolha era ato que pertencia à categoria de negócio jurídico, porque somente este último tinha o condão de criar, modificar e transferir direitos. Era, ainda, o raciocínio com base na causa eficiente (*causa aequat effectum; cessante causa, cessat effectum*).

Em realidade, não é assim. Afirma-se atualmente que, nas obrigações genéricas, a concretização não opera modificações no conteúdo da dívida, pois representa, apenas, uma fase no processo da relação genérica.

Somente a concepção da relação como processo é que permite solucionar o problema da concretização nas obrigações genéricas, pois esclarece a circunstância de que a obrigação se dirige — por força que radica em sua essência — ao adimplemento e não pode alterar o vínculo, requisito necessário de sua estrutura.

Concretização e dívida *quéable* ou *portable*

Salientamos suficientemente, a nosso ver, a circunstância de que a concretização difere, em muito, no direito germânico atual, da orientação a que se filiou nosso Código Civil. Mas, antes ainda de entrar em vigor o BGB, houve juristas do prestígio de um Jhering que negavam a possibilidade de concretização da dívida — e, conseqüentemente, do risco — antes da entrega.^[314]

A diferença de opinião, porém, de modo geral é visível entre os juristas que, como Windscheid, se inclinavam, antes do advento do BGB, por solução em que se determinasse, de modo exato, o momento em que o risco se restringisse (de genérico para específico) e que, após aquele acontecimento, adaptaram suas convicções à nova orientação legislativa.^[315]

No direito brasileiro, ao contrário do que se diz costumeiramente, o efeito da concretização não se relaciona, em princípio (ou pode não se relacionar), com o tipo de dívida — *quéable* ou *portable*. As regras a esse respeito no direito germânico ligam-se diretamente à prestação, vale dizer, ao adimplemento.

Em nosso direito, a concretização realiza-se na dimensão do desenvolvimento da dívida, como deveria suceder, logicamente, a todos os sistemas. No direito germânico, em virtude mesmo daquele relacionamento com o tipo de dívida, tem-se afirmado que a concretização se constitui em início de adimplemento, pertencendo, portanto, a este último plano. Mas, mesmo em nosso direito, se aquele que deveria individualizar o bem o houver enviado ao adquirente sem a cautela de transmitir aviso, considerar-se-á concretizada a prestação desde o momento em que este último o receber.

Como se percebe, o nosso Código Civil concedeu faculdade ao devedor de determinar no tempo, com toda a exatidão, o momento da concretização — faculdade que, *ex lege*, não existe no direito germânico, que impõe o exame, caso a caso, das hipóteses. Daí a vinculação com o tipo de dívida (de vir buscar, ir levar ou enviar).

Obrigações alternativas e com *facultas alternativa*

O desenvolvimento do vínculo obrigacional em que se contempla a possibilidade de escolha entre duas ou mais prestações possíveis apresenta-se, no mundo social, com certa semelhança às obrigações genéricas de tipo restrito. A diferença dogmática é, contudo, nítida, em face da categoria do ato escolha e da circunstância de existirem *ab initio* pelo menos duas prestações como possíveis. As alternativas podem consistir em prestações de natureza diferente, como, por exemplo, em escolher entre um automóvel e uma viagem. Nessa hipótese, o desenvolvimento do vínculo obedecerá aos princípios que comandam as obrigações respectivas. Pode consistir, portanto, em prestações de dar e de fazer, que se desenvolverão, feita a escolha, segundo regras próprias. Deve-se evitar, de modo igual, incluir no número das alternativas, porque não o são certas possibilidades legais (concorrências eletivas), tais como aquelas existentes entre adimplemento e resolução, entre redibição e *quanti minoris*.^[316] As alternativas supõem provisória indeterminação do conteúdo do que se vai prestar, e, por esse motivo, não se podem, também, haver como tais aquelas obrigações em que se reservou a uma das partes a fixação do momento da entrega, ou do tipo de transporte a ser utilizado, ou do modo de pagamento etc. Essas