

42
M 672
2012
V. 22

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXII

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Obrigações e suas espécies.
Fontes e espécies de obrigações

Atualizado por
Nelson Nery Jr.
Rosa Maria de Andrade Nery

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO IV OBRIGAÇÕES DE DAR

§ 2.694. CONCEITO DE OBRIGAÇÃO DE DAR

1. DÍVIDA E OBRIGAÇÃO. — Sabemos que há créditos de dar sem que lhes haja nascido, ou já se lhes haja desaparecido ou prescrito a pretensão a que se dê. A tais créditos não corresponde pretensão, como às dívidas, que lhes são correlatas, não corresponde obrigação. Todavia, na linguagem generalizada, só se sói falar de obrigações de dar, porque — de regra — das dívidas de dar se irradiam obrigações de dar. Se queremos rigor e verdade, enquanto não há pretensão a que se dê não há obrigação de dar, pôsto que já exista crédito de dar e dívida de dar. O intérprete e o aplicador da lei têm de estar atentos aos dois conceitos: crédito e pretensão; a que correspondem os outros dois: dívida e obrigação.

É preciso não se confundir a obrigação de dar com a transferência. Quem vende obriga-se a dar; ainda não dá. Se deu imediatamente após obrigar-se, obrigou-se e transferiu. Nas escrituras públicas costuma-se dizer: “vende e transfere a propriedade e a posse”. Aí, vende-se, portanto obriga-se a dar; e dá-se. O dar já é execução da obrigação. Tanto assim que resulta de acôrdo de transmissão, que serve ao registo da propriedade imobiliária, e é ineliminável na transferência da propriedade mobiliária. Por outro lado, pode alguém se obrigar a dar, *e. g.*, vendendo o imóvel, livre e desembaraçado, e sômente poder transferir a propriedade, conforme o registo, por lhe faltar a posse. Tal adimplemento é insatisfatório, porque se prometeram propriedade e posse e só se presta propriedade. Se o adquirente anui em só receber a propriedade, tem pretensão a que se indenize do dano causado pela falta da transferência da posse. Houve acôrdo

de transmissão da propriedade, e não houve, ou foi ineficaz, o acôrdo de transferência da posse.

Os intérpretes de códigos que reputam adquirente, desde a perfeição do contrato de compra-e-venda, o comprador, não atendem a que, com o contrato de compra-e-venda, apenas nasce a *obligatio*. Para que ocorra a aquisição é preciso que se observe a lei sôbre aquisição da propriedade, que é de direito das coisas, e não de direito das obrigações. Têm-se de evitar, energicamente, todos os êrros da doutrina francesa e de povos que a imitaram. No sistema jurídico brasileiro, não há, nem se podem insinuar, regras jurídicas como as do Código Civil francês, art. 1.138, alínea 2.ª, e 1.583. Naquêle está escrito, o que se choca, fundamente, com os princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro: “Elle (la obligation de livrer la chose) rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”. Tudo que aí está não cabe em sistema jurídico que alcançou a mais perfeita teoria da posse e de modo nenhum permite aquisição da propriedade mobiliária pela tradição sem tradição; nem confunde a eficácia do registro de imóveis com a de transmissão de posse.

A obrigação de dar coisa futura põe ao vivo a distinção entre obrigação de dar e dação, entre a obrigação do vendedor ou do locador e a aquisição da propriedade e posse do bem vendido ou da posse imediata do bem alugado. A propósito de coisas futuras, pode haver o acôrdo pelo qual o outorgado, em dado momento, ou época (*e. g.*, colheita), exerça os atos possessórios, mas êsse é outro problema de que já se tratou no direito das coisas. A propósito de universalidades, o acôrdo de transmissão determina que se adquiram os bens futuros à medida que se tornem bens atuais.

Se há impossibilidade decorrente de não ser proprietário o outorgante, nas obrigações de dar, também é preciso que se evite falar de nulidade ou de rescisão. Quem vende a coisa de outrem apenas não pode prestá-la sem que a adquira: nenhuma impossibilidade objetiva existe, no momento da conclusão do contrato, que justifique invocar-se o Código Civil, art. 145, II, 2.ª parte. É caso de resolução. Se, a despeito da alienidade o outorgante presta, presta o que não era seu, e ou (*a*) adquire, depois, a propriedade, e dá-se a *pós-eficacização*, ou (*b*) o credor que recebeu o que não podia ser prestado satisfatoriamente pede a resolução de contrato. Se vem contra o outorgante o terceiro, dono ou possuidor do bem prestado, há a ação por evicção.

No plano do direito das obrigações, a pós-eficacização suscita alguns problemas. Se o alienante de coisa alheia adquire o que alienara, sem ter direito de propriedade, e no momento da aquisição tem dívidas, ¿pode ser penhorada, no momento da aquisição, a propriedade que *está a passar* por êle? A resposta tem de ser negativa, desde que tenha eficácia *erga omnes* o negócio jurídico de transferência (*e. g.*, foi feito o registro do documento de alienação do bem móvel). O direito do adquirente de que se trata é *direito expectativo* (Tomo V, §§ 573, 10, 576, 577, 578 e 591, 6).

Tem-se pretendido que, se A envia *x*, em dinheiro, por B, a C, B, mandatário, ou serviçal da posse, se torna dono do dinheiro. Em princípio, diz-se, o mandatário torna-se dono do dinheiro, salvo se foi entregue o dinheiro em embrulho fechado, maleta, ou cofre. Ora, em princípio, o contrário é que ocorre: o mandatário não se torna dono do dinheiro; o mandatário adquire, apenas, a posse imediata imprópria. Quando a lei faz passar ao patrimônio do contraente o que se lhe entrega, os textos são explícitos (*e. g.*, Código Civil, art. 1.280, sôbre depósito, e art. 726, sôbre usufruto). Se o mandatário se apropria do dinheiro com que iria solver a obrigação do mandante, comete ato ilícito absoluto, e não só relativo.

Se A vende a B e, antes da transmissão, C, credor de A, penhora bens dêsse, a coisa vendida pode ser incluída, salvo se o acôrdo de transmissão, ou, o que é excepcional, o contrato de compra-e-venda tem eficácia *erga omnes*.

2. ESPÉCIES DE OBRIGAÇÕES DE DAR. – As obrigações de dar ou são obrigações de dar coisa certa ou obrigações de dar coisa incerta. Observe-se, de início, que o conceito de *certo* aqui só se refere ao bem, à coisa, e não à dívida. A dívida pode ser certa, pôsto que incerta a coisa que é objeto da obrigação. De regra, as obrigações ditas *certas* e *líquidas* são obrigações certas de coisas incertas (*e. g.*, tantos mil cruzeiros) e *líquidas*, isto é, concebidas com liquidez ou já liquidadas.

A divisão das obrigações (ou dos créditos) em mobiliários e imobiliários liga-se a elipses que se devem evitar: obrigações de prestar bens móveis, obrigações de prestar bens imóveis.

Não é menos elíptica a que se faz entre obrigações reais e obrigações pessoais: obrigações que se irradiam do fato de alguém ser possuidor, dono, ou titular de direito real limitado; e obrigações que se irradiam da imputação a alguém sem se atender a qualquer titularidade de direito real.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 2.694. A – Legislação

A obrigação de dar, atualmente, é disciplinada pelos arts. 233 a 246 do CC/2002.

§ 2.694. B – Doutrina

A prestação, quanto ao fim buscado pela obrigação, pode ser classificada como prestação de fato (*facere*) e prestação de coisa (*dare*), positivas ou negativas (ou seja, não dar e não fazer).

A prestação de coisa liga-se imediatamente com a ideia de dar, prestar ou restituir. A primeira (dar) consiste em entregar ao credor algo “que já lhe pertence desde a constituição do vínculo (ex: venda de coisa determinada)” ou “que passa a ser dele por virtude da própria entrega (ex. venda de coisa indeterminada)”; a segunda (prestar) refere-se à coisas que serão postas à disposição do credor, para uso ou fruição, mas não saem da titulariedade do devedor; a terceira (restituir) refere-se à qualidade da prestação em que a coisa é devolvida para a mão de quem é titular de sua propriedade, feita por quem, temporariamente, valeu-se de seu uso ou fruição (ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, p. 38).

Em nosso sistema, constitui-se num compromisso de entrega de coisa, e não a efetiva entrega da coisa. Vale dizer, a obrigação de dar gera um crédito, e não um direito real: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Para que haja a constituição do direito real é imprescindível que haja o registro (no caso de bens imóveis) ou a tradição (em se tratando de bens móveis). Lafayette explica bem essa diferença quando diz: Os direitos pessoais (obrigações) têm por objeto imediato, não coisas corpóreas, senão atos ou prestações de pessoas determinadas. Um grande número destes atos (*obligationes dandi*), uma vez realizados, dão em resultado um direito real ou conduzem ao exercício desse direito, efeito, que suposto argúa intimidade entre uns e outros direitos, todavia não lhes destrói a diferença (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*, adaptado ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956. § 1.º, p. 20-21).

§ 2.694. C – Jurisprudência

“As disposições do art. 236 do novo Código Civil também são aplicáveis à hipótese do art. 240, *in fine*” (Enunciado 15 da I Jornada de Direito Civil do STJ).

§ 2.695. OBRIGAÇÕES DE DAR COISA CERTA

1. CERTEZA DA COISA. – Coisa certa é a coisa individuada. As características apontadas só as tem a coisa que se há de prestar. Noutros termos: os sinais distintivos bastam para a *identificação*. Não há outra que os tenha a todos. Pelo menos um há de faltar às outras coisas do mesmo gênero. Se a coisa que se há de prestar foi indicada com características que em sua totalidade outras coisas têm, é uma dentro do gênero; não é coisa certa.

A obrigação de dar coisa certa é obrigação em que se determinou o objeto a ser prestado e se individuou tal objeto. Por isso mesmo, “o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa” (Código Civil, art. 863). De regra, tal obrigação tem por objeto coisa não-fungível, porém o conceito de fungibilidade é estranho à distinção das obrigações em obrigações de dar coisa certa e obrigações de dar coisa incerta. O figurante ou os figurantes do negócio jurídico podem estabelecer a *certeza* da coisa, a despeito de sua fungibilidade. Pode-se, até, comprar a cédula de mil cruzeiros da emissão x, n. 10.000, ou prometer-se contra-prestar tal cédula.

A executabilidade forçada em natura não caracteriza as obrigações de dar. Há outras obrigações de fazer que são executáveis, forçadamente, em natura. O próprio Código Civil, no art. 881, supõe que existam: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à conta do devedor, havendo recusa ou mora dêste, ou pedir indenização por perdas e danos”. As obrigações de obra ou de serviço que possa ser executado por terceiro estão previstas nos arts. 1.000-1.003 do Código de Processo Civil. As obrigações de declarar vontade são executáveis, forçadamente, conforme o art. 1.006 do Código de Processo Civil.

Obrigações de dar não são apenas as de entregar a coisa para que o credor adquira a propriedade. O contrato de compra-e-venda é gerador de obrigação de dar. A transferência da propriedade provém do acórdo de transmissão, que não gera obrigação, posto que vincule. Dá-se a posse, mediata, ou imediata, própria ou imprópria. Dá-se o que se prometeu entregar. A passagem da coisa não é característica da obrigação de dar. Se B recebe de A cartazes para pregar nas ruas, não é de dar a obrigação, mas de fazer. Se C encomendou retrato a D, a obrigação de D é obrigação de fazer, não é de dar (compra-e-venda). Mas é obrigação de dar a do pintor que promete entregar o quadro já pintado.

2. **ACESSÕES E PERTENÇAS.** – A obrigação de dar coisa certa abrange as acessões e as pertenças, salvo ressalva. Di-lo o Código Civil, art. 864, explicitamente, pôsto que em má terminologia: “A obrigação de dar coisa certa abrange-lhe os acessórios, pôsto não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso”.

3. **PERDA OU DETERIORAÇÃO DA COISA, PERTENCENTE AO DEVEDOR, ANTES DA TRADIÇÃO.** – Se a coisa se perde ou deteriora antes de ser entregue ao credor – e a tradição pode ser qualquer: simples, *longa manu*, *brevi manu*, ou pelo constituto possessório, ou pela cessão da pretensão à entrega – o que importa saber-se é se houve culpa do devedor, ou se não houve.

(a) Porque o art. 865, alínea 1.^a, do Código Civil estatui: “Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes”. E a alínea 2.^a: “Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá êste pelo equivalente, mais as perdas e danos”. A perda da coisa certa tem como consequência nascer o direito à resolução do negócio jurídico, cabendo ao devedor o ônus de alegar e provar que houve a perda, que inclui a total destruição, e não ter tido culpa. A resolução importa em que o devedor restitua o que recebeu do credor. Se houve culpa do devedor, a resolução pode ocorrer, mas o credor tem pretensão a haver o equivalente mais perdas e danos. Num e noutro caso, o devedor tem de comunicar ao credor o que aconteceu. A resolução não é automática, *ipso iure*. Nasce ao devedor, na espécie do art. 865, alínea 1.^a, direito formativo extintivo, que é o direito à resolução. Com o exercício dêle, pode o credor repetir o que prestara. Se houve culpa do devedor (art. 865, alínea 2.^a), não há direito de resolução: o credor tem pretensão a haver o equivalente mais perdas e danos.

Quando se fala de culpa do devedor há de entender-se dêle, do seu representante legal, ou voluntário, ou do servidor da posse ou do auxiliar.

Se o devedor transforma a coisa devida, de modo que surja espécie nova, ou se tal acontece por ato de representante legal, ou voluntário, ou servidor da posse, ou auxiliar, rege o art. 867, e não o art. 865, alínea 2.^a, do Código Civil. Salvo se, com a especificação, a *nova species* pertence a outrem, porque, então, houve “perda”, segundo o art. 865.

(b) Estatui o art. 866 do Código Civil: “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”. Com as expressões “poderá o credor resolver a obrigação” ou “aceitar a coisa”, os legisladores do Código Civil puseram a alternativa: recebimento da coisa *mais* o valor que a coisa perdeu; ou direito à resolução. Para exercer êsse, é preciso não aceitar, ou, receber não sem protesto, a coisa, tal como se acha.

Se o devedor foi culpado, não há resolubilidade do negócio jurídico. A alternativa é diferente. Diz o art. 867 do Código Civil: “Sendo culpado o devedor, 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”.

(c) O figurante ou os figurantes podem inserir cláusula de prazo para o exercício do direito de resolução. Se não se estabeleceu prazo, pode o outro figurante pedir ao juiz que preceite, cominatôriamente, o titular do direito de resolução, fixando-lhe prazo razoável para o exercício, findo o qual se extinga o direito de resolução. Além disso, o decurso de algum tempo, após a ciência do nascimento do direito de resolução, pode ser renúncia a êsse, o que cumpre averiguar-se.

O que acima dissemos só se entende com as obrigações de dar a coisa certa, *que não é do credor*. Da perda ou deterioração das coisas *restituíveis*, cogitam os arts. 869-873 do Código Civil.

4. **PROPRIEDADE OU POSSE OU TITULARIDADE DA COISA CERTA E TRADIÇÃO.** – Enquanto a coisa certa não é prestada ao credor, pertence ao devedor, ou a outrem, ou, se a obrigação é de prestar a posse da coisa certa, possuidor é o devedor, ou terceiro, ou, se se trata de direito certo ou pretensão certa que, é objeto da prestação, o devedor ou terceiro é o titular. O art. 868 do Código Civil apenas cogitou de uma das espécies, a das obrigações de dar coisa certa, com transferência do domínio; daí dizer: “Até a tradição, pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço. Se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação”. Melhoramentos e acrescidos são, aí, benfeitorias, não o que se compreende no objeto da prestação, consoante o que se estatui no art. 864 do Código Civil. Melhoramentos e acrescidos são benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias. As últimas não dão ensejo a que, não as querendo pagar o credor, nasça ao devedor direito a resolução do contrato, ainda se não as quiser tolerar o devedor. *Aliter*, as necessárias. Quanto às úteis, seria difícil excluí-las, *de lege lata*, da incidência do art. 864.

Quanto aos frutos da coisa certa, antes da tradição, explicita o art. 868, parágrafo único: “Também os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao credor os pendentes”. Frutos que pendem são frutos que ainda são parte integrante do bem. Se o devedor incorre em mora, tem de prestar perdas e danos pelos frutos que pendiam no momento em que deveria ter sido entregue a coisa certa.

Se o outorgante presta a posse, mas ainda deve a propriedade, os riscos são a seu cargo, porque houve tradição da posse, e não transmissão da posse e da propriedade. *Aliter*, se a dívida era só de posse.

Se o obrigado prestou a posse do bem imóvel e assinou o acôrdo de transmissão, a transferência só depende do registro, de modo que os riscos estão a cargo do credor, e não do devedor que, se eficaz o acôrdo de transmissão, está liberado.

No caso de venda da coisa móvel futura, os riscos são do devedor até o momento da tradição. A distinção que se pretendeu improvisar, na doutrina francesa e na italiana, entre venda de coisa futura e venda de expectativa, foi de artificialidade gritante; e fêz bem F. DE VISSCHER (*La Vente des choses futures et la théorie d'un risque contractuel*, 112) em crítica-la. Os riscos são, *na dúvida*, do credor, e não salvo estipulação em contrário, porque a futuridade implica assunção de riscos, se não resulta das circunstâncias que os manteve para si o devedor. Se a venda foi de colheita, tem-se de interpretar o contrato e, *na dúvida*, o credor assumiu os riscos.

O art. 868 do Código Civil diz que, até à tradição, a coisa pertence ao devedor, e o art. 865, alínea 1.ª, cogita da impossibilidade objetiva sem culpa do devedor. Se a prestação é em bem imóvel, a entrega da posse ou é seguida do acôrdo de transmissão da propriedade, ou não é. Se não houve acôrdo de transmissão da propriedade imóvel, o acôrdo de transmissão da posse não pode deslocar a imputação dos riscos, porque não liberou o devedor. Se houve e é eficaz, a liberação ocorreu, e os riscos são carregados ao credor.

Em se tratando de promessa unilateral, as regras jurídicas sobre os riscos incidem até o dia em que o beneficiário recebe e após a recepção.

O credor pode não ser o proprietário. Então, com a tradição, o devedor deixa de ser carregado com os riscos e a outrem passam eles. A quem? *¿Res perit domino* ou *res perit creditori*? A situação do credor, que recebeu a coisa e ainda não é dono, depende de se saber se o devedor já se liberou ou não. Se já se liberou, não há dúvida que o credor enfrenta os riscos. Se havia apenas obrigação de dar a posse, e o devedor

se liberou, os riscos são conforme os princípios concernentes à posse mediata e à posse imediata, pois algo permanece de regramento entre os dois possuidores, ou entre eles e o possuidor mediato próprio. No direito brasileiro, para que haja liberação do devedor que se obrigou a prestar propriedade de bem móvel, é de mister a tradição ou a cessão da pretensão à entrega (Código Civil, arts. 620-622). Para que ceda pretensão à entrega, é de mister que a tenha. Não se faz cessão de pretensão à entrega sem que se tenha tal pretensão. (De passagem, observemos que, em direito francês, o mais imperfeito sistema jurídico em matéria de posse e de transferência da propriedade que já se concebeu, a venda transmite a propriedade dos bens móveis ainda antes do pagamento, sendo isoladas as opiniões contrárias, e. g., A. BURADA, *Les Droits du vendeur d'effets mobiliers non payés*, 113.)

A entrega dos títulos representativos é tradição, no sentido dos arts. 620-622 do Código Civil, e no sentido do art. 520, II. É o caso dos *warrants* e dos conhecimentos de depósito, do *deliveřy order* assinado pelo agente do navio.

5. OBRIGAÇÕES DE RESTITUIR. – Quem restitui dá, porém dá o que não é seu, nem de terceiro, e sim do próprio credor, ou de alguém que ao credor outorgou a entrega. Restitui-se o que é de propriedade alheia, restitui-se o que é de posse alheia, restitui-se o objeto sobre que o credor tem algum direito que já existia ao tempo do nascimento da obrigação. As obrigações de restituir são espécie das obrigações de dar.

(a) O Código Civil, nos arts. 869-873, cogitou, em particular, das *obrigações de restituir coisa certa*. Primeiro, tratou da *perda* da coisa. “Se a obrigação fôr de restituir coisa certa”, diz o art. 869, “e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, salvos, porém, a êle os seus direitos até o dia da perda”. A resolução é, pois, *ipso iure*. O que ocorre é que nasce ao credor e ao devedor objeção de resolução. O que seria contraprestação pelo tempo em que a coisa certa esteve com o devedor é devido ao credor: são “os seus direitos até o dia da perda”, conforme o art. 869.

Se a coisa restituível se perde por culpa do devedor, incide o art. 865, 2.ª alínea (Código Civil, art. 870: “Se a coisa se perdeu por culpa do devedor, vigorará o disposto no art. 865, 2.ª parte”; aliás, 2.ª alínea). Não há, então, pensar-se em direito de resolução. O devedor, em vez de prestar a coisa, presta o equivalente mais as perdas e danos.

(b) O art. 871 do Código Civil tem por assuntos a *deterioração da coisa restituível*, se não há, ou se há culpa do devedor: “Se a coisa restituível se deteriorou sem culpa do devedor, recebê-la-á, tal qual se ache, o credor, sem direito à indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 867”. Ou o credor exige o equivalente, ou aceita a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, numa e noutra espécie, indenização de perdas e danos.

Há compensabilidade do valor das benfeitorias com o dos danos (art. 518).

É preciso que aquelas existam ao tempo da restituição (arg. ao art. 518, 2.^a parte).

O direito de opção de que fala o art. 519 tem-no o devedor que restitui.

6. MELHORAMENTOS, ACRÉSCIMOS E FRUTOS. – Pode ser que o devedor da coisa restituível tenha de melhorar ou aumentar a coisa. Importa saber-se se houve despesa ou trabalho do devedor, ou se não houve. Se não houve, rege o art. 872: “Se, no caso do art. 869, a coisa tiver melhoramento ou aumento sem despesa, ou trabalho do devedor, lucrará o credor o melhoramento, ou aumento, sem pagar indenização”. Se houve, diz o art. 873: “Se, para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho, ou dispêndio, vigorará o estatuído nos arts. 516 a 519”. A remissão aos arts. 516-519 explica-se por se tratar de restituição, e não de dação do seu. A diferença entre o art. 873 e o art. 868 está, principalmente, em que, no art. 868, se podia estabelecer o direito de resolução, e no art. 873, não. Trata-se o devedor como possuidor de coisa alheia. As benfeitorias necessárias e úteis são indenizadas, se feitas de boa fé. Quanto às voluptuárias, feitas de boa fé, há o devedor o *ius tollendi*. Pela indenização daquelas, tem o devedor direito de retenção (art. 516). Se de má fé as fez, só lhe cabe a pretensão à indenização das necessárias, sem direito de retenção. Se de má fé fez as voluptuárias, nenhuma pretensão lhe assiste, nem o *ius tollendi*.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 2.695. A – Legislação

Os arts. 233 a 242 do CC/2002 cuidam da obrigação de dar coisa certa. Nas relações de consumo, sobre a entrega de coisa certa, encontramos sua regulamentação no inc. I do art. 35 do CDC.

§ 2.695. B – Doutrina

A coisa a entregar pode ser certa ou incerta, mas determinável. Certa é a coisa especificada, determinada, caracterizada e individuada entre todas as demais de sua espécie. O aforismo jurídico *debitor aliud pro alio, invito creditore solvere non potest* (o devedor não pode pagar, contra a vontade do credor, uma coisa por outra – Digesto 12, 1, 2, 1), que inspirou a regra do art. 313 do CC/2002, contém lição precisa: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. Ou seja: o credor não é obrigado a receber coisa, ainda que mais valiosa, nem lhe é dado exigir coisa, ainda que menos valiosa. Não pode ser obrigado a dar quitação ou receber coisa por outra, contra sua vontade.

A regra não se aplica aos negócios que tenham por objeto obrigações alternativas (arts. 252 a 256 do CC/2002), ou nas hipóteses de dação em pagamento (arts. 356 a 359 do CC/2002), porque é da natureza das obrigações alternativas permitir que o credor (ou o devedor, conforme a avença) escolha qual o objeto da prestação devida, não sendo certo, por isso, o objeto da obrigação; de outro lado, a dação em pagamento se reveste exatamente desse cunho, qual seja, a possibilidade do recebimento de outra coisa, diversa da combinada, servir para desonerar o devedor de sua obrigação.

A prestação pode ter conteúdo positivo (de coisa ou de fato) ou negativo e ter como escopo atender a interesse do credor, legitimamente tutelado pelo ordenamento jurídico. A licitude da prestação liga-se, evidentemente, à licitude do objeto do negócio jurídico, mas com ele não se confunde.

Dare aliud est, et aliud dare promittere (dar não é prometer dar).

Dare et remittere, paria sunt (dar e perdoar importam o mesmo).

Dare significat dominium transferre (doar significa transferir domínio).

A obrigação de dar coisa certa só se cumpre com a efetiva entrega daquela coisa individuada e especial que foi objeto do negócio entre as partes. O art. 35, I, do CDC prevê hipótese de entrega de coisa certa em que o consumidor terá de postular em juízo, em ação de conhecimento, a condenação do fornecedor à entrega. Bens móveis e imóveis podem ser objeto da prestação de dar coisa certa.

A coisa, e seus acessórios, pertence ao devedor até a tradição. Os acréscimos – que são denominados “cômodos” – podem ser cobrados pelo devedor. Já nas obrigações de restituir coisa certa, o acréscimo ou melhoramento à coisa sem despesa ou trabalho de devedor beneficiam o credor que resta desobrigado de indenizar (art. 241 do CC/2002).

§ 2.696. DÍVIDAS PECUNIÁRIAS

1. FUNÇÃO DO DINHEIRO. – A tódia economia financeira, ou, em particular, monetária, corresponde supra-estrutura jurídica, de caráter finan-

há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988. Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP)” (STF, ADIn 493/DF, Pleno, j. 25.06.1992, m.v., rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.1992).

§ 2.698. OBRIGAÇÕES DE DAR COISA INCERTA

1. INDICAÇÃO MÍNIMA. – A obrigação de dar coisa incerta supõe que a coisa se possa tornar certa. Torna-se certa a coisa incerta sempre que se determina, segundo o gênero e qualidade, a coisa que há de ser prestada. A obrigação de dar coisa incerta que não se poderia tornar certa não é obrigação: não é *nula*, porque não se trata, aí, de impossibilidade do objeto, mas sim de indeterminabilidade, que pré-exclui *haver-se querido*.

O objeto da prestação é determinado, nas obrigações genéricas, por algumas características de gênero e qualidade. Nas obrigações de dar coisa certa, a prestação é indicada por seus sinais particulares.

O outorgante pode determinar o gênero mediante as características que entenda e, se bilateral o negócio jurídico, há de ter havido o acôrdo na determinação. Maior número de características diminui o gênero. Uma delas, para maior exigência, é a de *proveniência*; outra, a do *fabricante*, ou a do *lugar* em que se acha a coisa. Menos características ou sinais se apontaram, maior é a liberdade do devedor no escolher (expressão que adiante examinaremos).

2. PRESTAÇÃO DA COISA INCERTA. – Lê-se no art. 875 do Código Civil: “Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação. Mas não poderá dar coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”. Há duas regras jurídicas no art. 874: uma, a da 2.ª parte, diz que o devedor não há de prestar o pior, nem é adstrito a prestar o melhor (= há de prestar o que é de gênero médio e de qualidade média); outra, a da 1.ª parte, é *ius dispositivum*, e enuncia que ao devedor cabe escolher dentro da classe de coisas que podem ser prestadas. Essa classe de coisas é a das coisas desde as tidas

como coisas piores do mesmo gênero e qualidade até as coisas melhores do mesmo gênero e qualidade.

Dívidas de coisas determinadas pelo gênero e qualidade (*Gattungsschulden*) são dívidas de prestações em coisas que se fixam por sinais de gênero e de qualidade. Sem êsses sinais, não há determinabilidade (W. HAVER, *Die Gattungsschuld*, 6).

O fato de só existir uma coisa do gênero e qualidade não tira à dívida o ser dívida de coisa determinada pelo gênero e qualidade. A dívida de títulos negociáveis não deixa de ser dívida de coisa determinada pelo gênero e qualidade porque só restam alguns exemplares, um só ou nenhum. Nem é essencial que a determinação se cifre em sinais de gênero, nem, tão-pouco, que seja fungível.

“Pior” no art. 875, 2.ª parte, é o objeto abaixo do médio (= da qualidade inferior à média). “Melhor” é o que está acima de qualquer objeto acima do médio.

A dicotomia das coisas em fungíveis e não fungíveis nada tem com a das obrigações em obrigações de dar coisa certa e obrigações de dar coisa incerta (obrigações genéricas ou de dar coisas determinadas pelo gênero e qualidade). Quase sempre, porém não sempre, o objeto das prestações, nas obrigações genéricas, são coisas fungíveis; e nas obrigações de dar coisa incerta (= obrigações de dar coisas individualizadas), são coisas infungíveis. Mas pode haver obrigações de dar coisa certa, a despeito da fungibilidade (*e. g.*, a de prestar o relógio da marca tal que o outorgante tem desde alguns meses), e obrigações de dar coisa incerta, a despeito da infungibilidade (*e. g.*, a de prestar uma tela de tal pintor).

As *obrigações genéricas* (= de prestar coisas determinadas pelo gênero e qualidade) podem ser *puramente genéricas* ou *restritamente genéricas*, – aquelas permitem escolha dentro de classe, essas, não, porque se reduziu a classe a ponto de ser sem sentido a escolha (*e. g.*, três caixas do vinho que foi remetido pelo vapor tal; dois touros da fazenda de criação de B; um dos meus cavalos).

Alguns autores confundiram as obrigações genéricas restritas com as obrigações alternativas (*e. g.*, G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 4.ª ed., 47; CARL CROME, *System*, II, 46, nota 7; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 19; WILHELM CUNO, *Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem BGB.*, 7; G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 146; W. SCHÖLLER, *Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, Gruchots Beiträge*, 46, 27), o que vem de longe (cf. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.ª

ed., 21, nota 17); mas as obrigações alternativas põem em foco duas ou mais prestações, uma só das quais pode ser executada, razão por que pode ocorrer alternatividade a respeito de duas ou mais obrigações de gênero e qualidade. A investigação científica repeliu a confusão doutrinária (e. g., WALTER HAVER, *Die Gattungsschuld*, 21 s.; F. SCHOLLMAYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 9; H. A. FISCHER, *Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden*, *Jherings Jahrbücher*, 51, 160; E. HAVENSTEIN, *Die Gattung*, *Gruchots Beiträge*, 55, 449; W. KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, 93).

O conceito de “escolha” nos arts. 875-877 não é o mesmo dos arts. 884 e 887. Ali, por se tratar de escolha dentro do gênero ou do subgênero (espécie), não há escolha entre duas prestações: há escolha *interna*. Nos arts. 884 (escolha pelo devedor, nas obrigações alternativas) e 887 (escolha pelo credor, nas obrigações alternativas), a escolha é *externa*. Não há, nos arts. 875-877, escolha entre *a* e *b*, ou entre *a*, *b* e *c*, mas apenas *dentro* de *a*, ou de *b*, ou de *c*. Em verdade, não se escolhe: presta-se o que está em *a* e qualquer elemento de *a* satisfaz (prestabilidade objetiva). A escolha, nos arts. 875-877, é *concretização*; não, propriamente, escolha. O devedor concretiza numa coisa a prestação, de modo que tal concretização torna *certa* a coisa, que era incerta. Adiante, n. 4.

O art. 875, 1.^a parte, é *ius dispositivum* (“se o contrário não resultar do título da obrigação”); e também o é, sem que o diga, a 2.^a parte: pode-se explícita ou implicitamente dispor diferentemente. Se o industrial ou o comerciante vende produto da sua fábrica, ou mercadoria do seu estabelecimento comercial, é de entender-se que o objeto da compra foi o produto da fábrica, ou a mercadoria do estabelecimento comercial.

Se a coisa é acima da espécie pior e abaixo da melhor, ou a melhor, decide-se pelos usos e costumes do lugar da execução (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 48), mas as circunstâncias podem estabelecer que seja conforme o lugar da conclusão do negócio jurídico.

Se o devedor solve com a melhor qualidade, o credor somente pode rejeitar a prestação se alega e prova que o seu interesse se firmou especialmente na qualidade média, ou outra, intercalar (H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 1, 35). Se a coisa mudou, tem-se a coisa mudada como se não houvesse mudado (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 401).

Tratando-se de *obrigações de legado*, o Código Civil estatui (art. 1.697): “Se o legado consiste em coisa determinada pelo gênero, ou pela espécie, ao herdeiro tocará escolhê-la, guardando, porém, o meio terno

entre as congêneres da melhor e pior qualidade (art. 1.699)”. No art. 1.698: “A mesma regra observar-se-á, quando a escolha fôr deixada a arbítrio de terceiro; e, se este a não quiser ou não puder exercer, ao juiz competirá fazê-la, guardado o disposto no artigo anterior, última parte”. “Se a opção foi deixada ao legatário”, previne o art. 1.699, “este poderá escolher, do gênero, ou espécie, determinado, a melhor coisa, que houver na herança; e, se nesta não existir a coisa de tal espécie, dar-lhe-á de outra congênera o herdeiro, observada a disposição do art. 1.697, última parte”.

A determinação genérica pode ser pela quantidade, ou pelo ano (e. g., três dúzias de garrafas de aguardente “coroa”, isto é, da primeira aguardente produzida, no ano, pelo alambique; cinqüenta arrobas de batatas apanhadas por B no corrente ano; vinte caixas de vinho marca M, do ano de 1947). Com isso não se tornou certa a coisa. Mas é de coisa certa a obrigação do vendedor de tôda a colheita, ou de todos os vinhos de 1947 que se acham no armazém C. A obrigação de prestar o vinho do tonel T, engarrafado, é obrigação de dar coisa certa, mesclada a obrigação de fazer, que é a de engarrafar; a obrigação de prestar vinte garrafas de vinho do tonel de cinqüenta, ou cem, é obrigação genérica (cf. H. A. FISCHER, *Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden*, *Jherings Jahrbücher*, 51, 179 s.; W. KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, 67 s.).

Se a obrigação genérica é *irrestrita*, não há impossibilidade liberatória pela extinção do gênero ou qualidade que se tenha, salvo se a prestação mesma se tornou impossível. Existe, no sistema jurídico brasileiro, regra jurídica não-escrita, que corresponde, aproximadamente, à do § 279 do Código Civil alemão, onde se diz que, se o objeto devido só é determinado por seu gênero, o devedor, enquanto a prestação desse gênero é possível, também responde por sua inaptidão à prestação, ainda que não tenha culpa. Todavia, a regra jurídica tem diferente extensão. No direito brasileiro, antes da concretização, o devedor responde pela prestação, quer se tenha extinto a coisa, que pretendia prestar, quer o gênero mesmo, uma vez que tal impossibilidade sobreveio. Se há *impossibilidade superveniente interior* e *exterior*, isto é, se não há possibilidade de se obter fora da massa total, de que se haveria de tirar a coisa prestanda, aquilo que se prometeu, *Genus non perit*, mas tem-se de atender a que a impossibilidade seja *absoluta*, tal como se o Estado desapropriou ou requisitou, expropriativamente, todos os objetos do mesmo gênero. Rigorosamente, não há exceção à regra jurídica *Genus perire non censetur*, porque se supõe impossibilidade de prestação, e não só perecimento do gênero. Enquanto há possibilidade de prestar, pôs-

to que haja perecido o gênero, de que se havia de tirar, o devedor responde, ainda sem culpa. Todavia, cumpre distinguir-se: se o gênero foi restringido, a impossibilidade liberatória ocorre mais facilmente, porque pode não se ter deixado margem à obtenção *fora* da massa total, que se tinha em vista. Aí, a impossibilidade é *objetiva*, e não subjetiva (isto é, fêz-se, pela restrição, objetiva).

3. RESPONSABILIDADE ANTES DA CONCRETIZAÇÃO. – (a) Antes da concretização, dita, nos arts. 875-877 do Código Civil, escolha, todo risco cabe ao devedor (art. 877: “Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior, ou caso fortuito”). *Genus perire non censetur*.

A obrigação de dar dinheiro pode ser obrigação de dar, com escolha, se destinado a algum fim determinado.

O devedor fica livre da responsabilidade se a prestação se tornou objetivamente impossível sem culpa do devedor, e sem que ele possa obter o que poderia fazer as vezes da coisa prometida, ou se a dificuldade objetiva pode ser tida como impossibilidade (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 98; H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, II, 110 s.; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 1, 151, nota 2; B. MATTHIAS, *Lehrbuch*, I, 6.^a-7.^a ed., 210; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 91; sem razão: G. HARTMANN, *Die Obligation*, 172; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 203, cp. 206 e 208; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 693; P. KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 101, 1 s.; O. WENDT, *Unterlassungen und Versäumnisse*, 92, 53; F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, 14, e Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre, *Jherings Jahrbücher*, 43, 108; WILHELM BIERMANN, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 91, 76). A extraordinária dificuldade impossibilidade é. Não há, porém, invocar-se equidade, porque seria criar-se regra jurídica nova, nem introduzir-se cláusula *rebus sic stantibus* implícita ou tácita. Os usos e costumes é que podem estabelecer equivalência entre dificuldade extraordinária e impossibilidade. Não na há no tocante à elevação dos preços, ou dos transportes, ou à falta de braços. Há, no que tange à destruição da colheita da região, se foi restrita a ela a obrigação de dar coisa incerta (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 494). A greve não é impossibilidade, se a prestação é a tempo certo. Daí a vantagem da *cláusula de greve* (*Streitklausel*).

Tão-pouco é impossibilidade objetiva a sêca. O assunto seria para lei especial, inclusive moratória, se a calamidade é extensa.

Se a impossibilidade só atingiu parte da massa total que havia de ser destinada a alguns adquirentes, tem o devedor de dividir proporcionalmente o restante, e pode fazê-lo.

A doença, a morte e o desconhecimento da dívida não eximem da responsabilidade segundo o art. 877 do Código Civil o devedor (K. COSACK, *Lehrbuch*, 6.^a ed., I, 422; F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, 125; H. A. FISCHER, *Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre*, 30; E. HÖLDER, *Zur Lehre von der Haftung für Verzug*, *Das Recht*, 15, 679; sem razão: P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 129; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 237; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 1, 157; CARL CROME, *System*, II, 123, nota 15; E. GOLDMANN-H. LILIENTHAL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 165; W. BERNDORFF, *Die Gattungsschuld*, 47; W. KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung*, 117; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 92; E. HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug*, 145).

A falta de recursos do devedor nunca é suficiente para que se compo- nha a figura da impossibilidade objetiva. Nem basta o ter invertido e perdido dinheiro para adquirir o que pudesse ser prestado (H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 1, 184; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 697; sem razão, H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 92, e P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 103 s.).

A 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 12 de fevereiro de 1944 (A. J., 74, 174), teve ensejo de decidir caso em que os credores eram de outro Estado (Bolívia), a que havia de ser enviada a prestação. Ocorreram dois fatos que o devedor alegou: inundação no depósito e proibição de exportação. O tratarem-se os dois com os mesmos princípios seria grave erro: a inundação não eximiria o devedor – uma vez que ainda não se dera a concretização – de prestar o que prometera, e poderia adquirir o *genus*. Havia-o. Quanto à proibição de exportação, ter-se-ia de indagar, o que, *in casu*, não se fêz, se a obrigação era de exportar ou de entregar para ser exportado, ou a quem se fêz credor de coisa genérica. Na generalidade dos casos, o comprador estrangeiro não compra com a obrigação de remeter e chegar a certo momento, compra com a obrigação de remeter até certa data. Esse comprador pode preferir mandar buscar as mercadorias, ou ele mesmo buscá-las. Então, a proibição de exportação não o atinge. Comprou o que qualquer outra pessoa poderia comprar. A proibição de exportação

sòmente é óbice ao adimplemento da obrigação genérica se o devedor não pode prestar, a despeito de o querer. A perda ou deterioração do que estava depositado não impedia que o devedor adquirisse fora, pois a obrigação não fôra *obrigação genérica restringida*. A impossibilidade, oriunda da proibição estatal de exportação, sòmente poderia existir se a prestação fôsse de exportar mercadoria, porque, aí, estaria impossibilitada a prestação mesma. O acórdão misturou conceitos e solapou o art. 877, chegando mesmo a invocar o art. 865 só referente às obrigações de dar coisa certa.

No momento em que, nas obrigações genéricas, o devedor presta, fazendo a tradição, necessariamente escolheu, se a escolha a êle tocava, ou escolheu o credor, pois que, tendo de escolher, recebeu. Em verdade, houve escolha e tradição. O que dissemos há de entender-se para qualquer espécie de tradição. O que importa é que o devedor haja prestado e o credor haja recebido (= não haja recusado). Se a obrigação é de prestar gênero e a escolha cabe ao devedor, a expedição contém escolha. Se a escolha foi atribuída ao credor, a expedição não significa que o credor escolheu. Pode acontecer, porém seria de alegar-se e provar-se, que o credor haja, por urgência, aberto mão da concretização por ato seu, mas isso não atinge o princípio de que a expedição não contém escolha. A determinação do momento da escolha, ainda se escolha contida em ato tradição, é assaz importante porque os riscos são regulados conforme os arts. 877 e 876 do Código Civil (antes ou depois da escolha, respectivamente). É perigoso, em se tratando de mercadorias expedidas, com a escolha pelo credor, supor-se que o credor preferiu a expedição urgente ou mais cômoda (*e. g.*, mais barata, devido a oportunidade de frete) ao exercício do direito de concretização. Não se deve mesclar a êsse problema o da recusa das mercadorias por não caberem no gênero, ou por estarem com vícios.

Se a expedição não foi feita com instruções do credor, que teria a escolha, foi a risco do devedor, e não há pensar-se em que o credor não pode recusar a prestação com a alegação de que o gênero contém outras coisas que êle escolheria.

O que acima se disse sôbre expedição pode ser invocado para a remessa de título representativo da mercadoria, sempre que não representa quota em gênero representado.

(b) O art. 877 é *ius dispositivum*. A responsabilidade, antes da concretização, pode ser regrada diversamente. É o que acontece, por exemplo, quando se inclui *cláusula de greve*, ou *cláusula de revolução*, ou *cláusula de guerra*, ou outra cláusula liberatória por fato. Todavia, havemos de ad-

vertir em que a cláusula de greve não pré-exclui a responsabilidade se a greve foi provocada pelo devedor, como se derivou de despedidas injustas de operários (P. KRÜCKMANN, Zur Streikklausel, *Archiv für die civilistische Praxis*, 101, 432), salvo se a cláusula explicitamente pré-excluiu a responsabilidade ainda por culpa do devedor (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 495). A interpretação da cláusula é estrita.

Quanto ao ônus da prova, o devedor é que tem de provar que houve a impossibilidade objetiva, ou que alguma circunstância, prevista pelo negócio jurídico, ocorreu, que o liberou. Se a coisa a ser prestada não poderia ser adquirida de outrem, toca ao devedor alegá-lo e prová-lo (FR. LEONHARD, *Die Beweislast*, 365).

Quando ocorre a impossibilitação tem o devedor o ônus de comunicá-lo ao credor, se pode advir a êsse algum dano (cp. F. LEONHARD), *Die Beweislast*, 365; W. KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung*, 113).

4. CONCRETIZAÇÃO. – Diz o art. 876 do Código Civil: “Feita a escolha, vigorará o disposto na seção anterior”. Seção anterior é a seção sôbre obrigações de dar coisa certa (arts. 863-873). A concretização torna certa a coisa. Não basta que o devedor *envie* a coisa ao devedor: é preciso que êle faça saber ao credor que adimple, com a coisa enviada, a obrigação genérica (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 401). Nas obrigações genéricas a distância, o credor tem de comunicar a concentração antes de remeter, ou entregar ao transportador. Em se tratando de transporte por mar, ou ar, o conhecimento de transporte é que pode significar entrega, mas a concretização há de ser antes comunicada, ou o art. 876 do Código Civil sòmente incide a partir da comunicação. Não basta despacho da mercadoria em vapor, ou aeronave. Se nenhuma comunicação foi feita, a que resulte do recebimento do conhecimento de transporte, da fatura ou outro papel é que pode contê-la.

Na doutrina e na jurisprudência, ainda alemãs, há ambigüidade no emprego da expressão concentração, *Konzentration*. Ora se refere à escolha nas obrigações genéricas, ora à escolha nas obrigações alternativas. Já é muito que se fale de escolha a propósito de obrigações genéricas e de obrigações alternativas, pois o conteúdo de “escolha”, aqui e ali, não é o mesmo. Quanto ao mesmo termo, concentração, para as duas espécies, é de repelir-se. Tem-se de usar apenas para uma. Ora, se, no que concerne às obrigações alternativas, se pode falar de concentração, e escolha, real-

mente, há, não é que ocorre com as obrigações genéricas. Nessas, nem há propriamente escolha, salvo se a dizemos *interna*, nem assenta falar-se de concentração. Quem escolhe internamente (= dentro do gênero) não concentra, concretiza. Daí, no propósito de precisão terminológica, reservamos “concretização” para as obrigações genéricas e “concentração” para as obrigações alternativas.

A *teoria da separação* (Ausscheidungstheorie) ou da *individualização* exigia a separação ou individualização da coisa determinada, perante o credor, e a *teoria da entrega* (Lieferungstheorie) só concebia escolha, concretização, com o ato de entrega.

A teoria da separação em verdade parte-se em três: a da separação por ato unilateral com *remessa* da declaração (F. REGELBERGER, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf, *Archiv für die civilistische Praxis*, 49, 209); a da separação, com manifestação de vontade receptícia (que, no fundo, era a de H. THÖL (*Das Handelsrecht*, I, §§ 73 e 74, nota 18; 6.^a ed., § 262); a da separação em virtude de negócio jurídico bilateral (E. I. BEKKER, em 1862). As advertências de W. ENDEMANN (*Das deutsche Handelsrecht*, § 110, notas 17-21) deveriam ter bastado para se não admitir c); e as de H. THÖL, para se não insistir em a).

Foi R. VON JHERING quem mais sustentou a teoria da entrega, ou pela remessa com tradição, ou pela tradição com o constituto possessório, ou pela mora do credor que não foi buscar.

Sempre podem os contraentes ou o declarante unilateral fixar em outro momento a eficácia do ato de escolha. Então, a concretização dá-se conforme se estabeleceu, afastada a regra jurídica dispositiva.

A concretização também pode dar-se pelo comum acôrdo do devedor e do credor (F. SCHOLLMMEYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 11; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 20). Mas é preciso advertir-se em que, uma vez que a concretização (= escolha, no sentido dos arts. 875-877) tocava ao devedor, há mudança no conteúdo do negócio jurídico (WALTER HAVER, *Die Gattungsschuld*, 37 s.; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 675, nota 13 a), ou a manifestação de vontade do credor foi apenas recebimento satisfativo da prestação.

A concretização pode ter sido deixada ao credor (Código Civil, art. 875, 1.^a parte). Tudo se passa como se estabelece no art. 876, bem como conforme o art. 877, salvo se o credor deixa de exercer, em tempo, o poder de concretizar.

5. EFEITOS DA CONCRETIZAÇÃO. – A eficácia da concretização é a de tornar certa a coisa incerta, mas a aceitação não se entende ter sido desde o comêço (= a concretização não tem eficácia *ex tunc*, como se daria com a escolha nas obrigações alternativas). O art. 865 do Código Civil pode incidir desde a concretização; bem assim, o art. 866, ou o art. 867. Se o credor incorre em mora de receber, após a concretização pelo devedor, o art. 958 é invocável.

O credor pode exercer o que lhe resulte da incidência dos arts. 1.101-1.106 do Código Civil. Cumpre, porém, atender-se a que, se o credor alega existir vício, sem argüir ter sido contra os princípios a concretização, não mais pode ir contra o devedor por inadimplemento do contrato.

Se o devedor infringiu a regra jurídica do art. 875, 2.^a parte, o credor há de rejeitar a prestação, como se não houvesse ocorrido a concretização (KONRAD SCHNEIDER, *Treu und Glauben*, 244). Admitido que não foi observada a regra jurídica do art. 857, 2.^a parte, ou cláusula negocial que substituiu tal norma, que é *dispositiva*, não tem o credor de alegar e provar haver interesse especial em que se obedeça à regra jurídica ou à cláusula.

No momento em que se dá a concretização, o tornar-se certa a coisa incerta, a obrigação genérica desaparece, por transformação: a obrigação passou a ser de coisa certa.

A concretização pode ser no momento da entrega, ou antes, se foi isso estabelecido; ou se só resta uma coisa do gênero. Se nada se dispôs, a concretização tem de ser imediatamente antes da entrega, ou remessa, *pelo menos*, para que se possa dar a *mora accipiendi*. Se o devedor tem de prestar a coisa no domicílio, ou residência do credor, ou noutro lugar que foi designado, a concretização tem de ser imediatamente antes da entrega, *pelo menos*. Se o credor tem de enviar a coisa, a comunicação da concretização pode ser durante o trajecto, portanto antes da *mora accipiendi*, até a chegada ao credor. Se o credor tem de ir buscar a coisa, a apresentação da coisa é concretização e comunicação dessa.

Se a remessa é coletiva, como se o devedor envia, indivisamente, para dois ou mais credores, vagões de gêneros, ou se há de considerar a massa total como concretização *pro indiviso* (e então todos os credores correm o risco da viagem, por haver comunhão de interesses), ou como primeiro passo para a concretização, como se algum devedor que tivesse de prestar vinte coisas a cinco credores e tivesse cem, primeiro elegeisse vinte e deixasse para depois a eleição das outras. Não há solução *a priori*. A remessa

somente é a risco dos credores se é de supor-se que os credores tinham de admitir a remessa em massa.

Em qualquer caso, a concretização tem de dar-se, ao mais tardar, com a *mora accipiendi*, isto é, imediatamente antes de se produzir a mora.

As obrigações de dar coisa incerta são obrigações que têm a destinação da mudança, de se tornarem obrigações de dar coisa certa. A concretização opera essa transformação sem que se varie de conteúdo da obrigação. Apenas o incerto cede lugar ao certo, que estava *dentro* do que se prometeu. O regime jurídico deixa de ser o das obrigações genéricas para ser o das obrigações de dar coisa certa.

Se o devedor, antes da concretização, sofre a perda ou a deterioração da coisa (Código Civil, art. 877), não lhe nasce a pretensão à contraprestação. Se o credor exige perdas e danos, a pretensão à contraprestação nasce e persiste. Portanto, a pretensão à contraprestação é dependente da atitude do credor: enquanto o devedor não presta o que havia de prestar, há a exceção *non adimpleti contractus*; se comunica ao credor que a coisa se perdeu ou deteriorou, suscita a atitude do credor, que ou deixa de contraprestar, ou pede perdas e danos e contrapresta.

Após a concretização e antes da mora, as regras jurídicas sobre imputação da responsabilidade pela impossibilidade objetiva são as regras jurídicas do Código Civil, arts. 865, alínea 2.ª, 867, 870 e 871, 1.ª parte. Se sobrevém a tradição, cessa a responsabilidade do devedor. Se incorre em mora, a regra jurídica que incide é a do art. 957. Durante o intervalo, poderia o devedor ter comunicado ao credor o que aconteceu, impossibilitando, objetivamente, a prestação. Se verdadeira a afirmação, mora não ocorreria; se falsa, teria de prestar a indenização antes, para que em mora não incorresse. A mora nada tem com o que se imputa ao devedor, por fato antes da mora. Apenas, se, ao tempo que seria o de adimplir, a obrigação subsiste, o devedor que não satisfaz a obrigação incorre em mora.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 2.698. A – Legislação

A obrigação de dar coisa certa encontra regulamentação legal nos arts. 243 a 246 do CC/2002.

§ 2.698. B – Doutrina

Coisa incerta é coisa fixada pelo gênero, e seu objeto vem a ser determinado quando do adimplemento em ato de escolha. Se nada se convencionar, a escolha (ou concentração) cabe ao devedor (*ex vi* do art. 244 do CC/2002), que terá a obrigação de entregar o meio-termo, nem o melhor, nem o pior. Uma vez feita a escolha, pelo devedor ou credor – se assim se tratou –, a coisa resta individuada e a obrigação tratada passa a ser de dar coisa certa (art. 245 do CC/2002).

Enquanto não houver a escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, inclusive por caso fortuito ou força maior, já que o gênero não perece (art. 246 do CC/2002): *genus nunquam perit* (o princípio deve ser sopesado com base na teoria das coisas fungíveis de existência limitada para se depreender sua limitação). Uma vez realizada a escolha, a obrigação se consubstancia como sendo de dar coisa certa e passa a ser regida pelos regramentos atinentes do Código Civil.

§ 2.698. C – Jurisprudência

Obrigação de entregar coisa incerta. É título executivo extrajudicial o instrumento particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas do qual conste a obrigação de entregar coisa fungível (TARJ, AgIn 20.476, 4.ª Cam., j. 10.02.1981, rel. Raul Quental, RT 564/224).