

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 termo

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; cinquenta 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 cinquenta, 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 êle 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. Êsse comprador pode preferir mandar buscar as mercadorias, ou êle 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. SCHOLLMAYER, *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 arguir 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.

§ 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).

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.