

QUESTÃO SOBRE A ESCOLHA NA OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA

Maurício Requião¹

maurequiao@gmail.com

Resumo: Este artigo pretende discutir a escolha na obrigação de dar coisa incerta. Apesar de o Código Civil trazer regulamentação sobre como deve esta ocorrer, existem alguns aspectos que são controversos ou não abordados pela legislação; estes são o objeto do presente artigo.

Palavras-chave: Direito Civil – obrigação de dar coisa incerta – escolha – boa-fé

Abstract: This paper aims discuss the choice in the obligation wich object is to give uncertain thing. Even though the Civil Code brings regulamentation about how should it be done, there are some aspects wich are controversial or not approached by the legislation; these are this paper's object.

Keywords: Civil Law - obligation to give uncertain thing – choice – good faith

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA E A ESCOLHA

3. O CREDOR TAMBÉM É OBRIGADO A ESCOLHER PELO MEIO TERMO?

4. A MODIFICAÇÃO DO PADRÃO MEIO-TERMO NO UNIVERSO ESPECIFICADO

5. A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA DE GÊNERO LIMITADO

6. O SENTIDO DA CIENTIFICAÇÃO DO CREDOR

7. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

¹ Doutor em Direito. Advogado. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFBA e na Faculdade Baiana de Direito. e-mail:

QUESTÃO SOBRE A ESCOLHA NA OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 disciplina dentre as modalidades de obrigações a de dar coisa incerta. Nesta, sem sombra de dúvida, o ponto central é a escolha. Acontece que, apesar de a legislação trazer diversos regramentos sobre este ato, muitas dúvidas surgem não só quanto à interpretação do que está disposto, como também quanto a questões que não foram previstas pelo legislador. O objetivo deste artigo é, justamente, trazer à baila tais problemas.

O recorte, portanto, é preciso: tratar de problemas envolvendo a escolha na obrigação de dar coisa incerta. Temas outros relativos a esta modalidade de obrigação, ou a comparações desta com outras modalidades serão tratados apenas de modo transversal, quando se julgar necessário para o desenvolvimento do texto.

Saliente-se também que se faz presente no texto a citação a alguns manuais e cursos de Direito Civil, que não é o mais comum em artigos científicos, mas que aqui foi necessário por dois motivos. Primeiro porque há interesse em ver como o tema é tratado nestes livros que acabam sendo a principal fonte de formação dos estudantes e de consultas dos profissionais. Em segundo lugar, porque os temas envolvendo as modalidades das obrigações não costumam, infelizmente, ser alvo de artigos, de modo que os cursos e manuais acabam se colocando aqui como importantes para o diálogo.

2. A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA E A ESCOLHA

O Código Civil de 2002 adotou, de forma expressa, a divisão das obrigações de dar em obrigação de dar coisa certa e obrigação de dar coisa incerta². Enquanto nas primeiras já se tem perfeitamente, concretamente, individualizada a coisa a ser entregue, nas segundas o que se tem é tão somente, para utilizar a letra do Código, a especificação do seu “gênero e quantidade”³.

Dito de outra forma, nas obrigações de dar coisa incerta se sabe qual é a prestação a ser cumprida, o que ainda se tem é tão somente a necessidade de individualizar a coisa

² Embora tenha artigos que se relacionem diretamente também às obrigações pecuniárias, não foi dedicada uma seção a esta.

³ Críticas existem quanto ao uso do termo “gênero”, com a proposta de sua substituição por “espécie”, mas o assunto não será abordado por fugir ao recorte proposto.

que será entregue, a partir do universo de várias coisas correspondentes àquele gênero ao qual pertence. A escolha na obrigação de dar coisa incerta não guarda qualquer relação com aquela da obrigação alternativa. Nesta se vai escolher dentre prestações qual será cumprida, enquanto que naquela o que se escolhe é a coisa, na já especificada prestação. Nesse sentido é que Pontes de Miranda afirma que na obrigação de dar coisa incerta a escolha é *interna*, enquanto que na obrigação alternativa é *externa*⁴.

O que acontece é que a coisa não foi ainda, por assim dizer, trazida a concreto. O que se tem é a sua determinação em abstrato, a partir da indicação do seu gênero e quantidade. Por isso mesmo é que, em regra, não se pode falar de perda ou deterioração da coisa na obrigação de dar coisa incerta, nos termos do conhecido brocardo romano *genus non perit*, plasmado na regra do art.246 do Código Civil. Isso porque, como não está concretamente determinada a coisa a ser entregue, se aquela com que se intencionava cumprir – destaque-se, *intencionava*, mas não ainda havia se procedido ao correto rito para sua individualização – em regra há a possibilidade de sua substituição por outra, em perfeito estado, para atender ao interesse do credor.

Para que se chegue até a coisa em concreto é necessário que seja realizada a escolha. A escolha nada mais é do que o ato de individualização da coisa; a sua concretização⁵⁻⁶, a sua separação de outras do mesmo gênero que igualmente poderiam ser utilizadas para cumprir com a obrigação.

Determina o Código Civil que a escolha em regra será realizada pelo devedor. Em tal ato, entretanto, nos termos do art.244, “não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”. É partindo desta reação que a doutrina costuma afirmar que a escolha se guiaria pela regra do meio-termo⁷, ou seja, estaria a escolha do devedor vinculada à

⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t.22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.176.

⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t.22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.181-182. Pontes de Miranda se coloca contrário ao uso do termo concentração nas obrigações de dar coisa incerta, afirmando que este deve ser reservado à escolha na obrigação alternativa. Prefere o uso do termo concretização, com o que se concorda.

⁶ Antunes Varela, tratando do tema da concentração nas obrigações genéricas no Direito Civil português, que seriam o equivalente da obrigação de dar coisa incerta no Direito Civil brasileiro, a partir da análise do art.541º, do Código Civil português, aponta que “são quatro as causas da concentração previstas na lei: o acordo das partes; a extinção parcial do gênero; a mora do credor; e a entrega ao transportador, expedidor ou receptor da coisa”. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*: v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.822.

⁷ Ao longo da história, entretanto, nem sempre foi assim. Se tem notícia tanto da obrigatoriedade de solver com coisa da melhor qualidade, “segundo o ‘Espelho da Suábia’ (*Schwabenspiegel*), conforme COUTO E

qualidade média que se espera da coisa em questão, ou seja, “não necessita ser de ótima qualidade, mas também não pode ser de baixa ou péssima: *mediae aestimationis*”⁸.

Defende-se aqui que essa ideia de qualidade média exclui não apenas a pior das coisas, mas também aquelas que se lhe avizinham em termos de baixa qualidade. Se as coisas pudessem ter sua qualidade expressa numa escala de zero a dez, para se atender ao meio-termo não basta não pagar com aquela de qualidade zero; aquelas que lhe são próximas também estariam excluídas. Por outro lado, isso não implica a necessidade de pagar exatamente com a coisa de qualidade cinco na escala apresentada, mas ao menos de qualidade muito próxima a isso.

É que a lógica aqui se encontra não apenas legalmente expressa, mas deve ser pensada também em consonância com os ditames da boa-fé objetiva. O que importa é delimitar o que é a expectativa legítima e o seu atendimento dentro do padrão ideal de conduta.

Se a coisa foi pensada em termos genéricos, abstratos, o que pode o credor esperar é que a que seja entregue corresponda, ao menos, a este padrão; mas, até pela própria redação do art.244, que fala apenas de não entregar a pior das coisas, não parece que o adimplemento se dê apenas pagando a coisa que é o exato meio-termo. Em contrapartida, qualquer expectativa do credor para além disso excederia os limites do razoável.

Importante destacar que os limites da escolha encontram diferentes critérios. Isso porque por um lado há proibição de que o devedor dê a pior das coisas. Assim, se entrega coisa abaixo da média, nos termos que se acabou de discutir, estará descumprindo a sua obrigação.

Não há, ao revés, proibição para que ele preste coisa de melhor qualidade. Desta feita, se o devedor, por exemplo, pretendendo cativar o credor para futuras negociações, busca adimplir com a coisa na melhor qualidade que possui, igualmente adimple a obrigação⁹.

SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.139; como também da possibilidade de solver com coisa de qualidade inferior à média, conforme MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.85.

⁸ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: v.2*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.43

⁹ Embora, eventualmente, isso possa trazer impactos quanto ao padrão do que seria a razoável expectativa quanto ao meio-termo nas futuras negociações entre estes sujeitos.

3. O CREDOR TAMBÉM É OBRIGADO A ESCOLHER PELO MEIO TERMO?

Para abrir discussão desta questão, até porque invoca pontos de interpretação textual, parece essencial se iniciar com a integral reprodução do art.244, do Código Civil: “Art.244. 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 a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”.

Pode o artigo ser cingido em duas partes. A primeira delas determina que, em regra, o direito de escolha caberá ao devedor. Quanto à interpretação disso, nenhuma dúvida resta.

A discussão que poderia surgir diz respeito precisamente à segunda parte: quando o artigo determina os critérios da escolha, o está fazendo apenas para o devedor, ou para todo e qualquer sujeito a quem seja, fugindo à regra geral colocada na primeira parte, deferido tal direito? Simplificando: está também o credor adstrito a escolher de acordo com o meio-termo?

Há certa opinião de parte da doutrina de que, por conta da boa-fé objetiva, mesmo “se for pactuado que a escolha compete ao credor, não poderá ele exigir que o devedor entregue a melhor das coisas, mas tão somente as que reflitam a qualidade média do gênero”¹⁰. Não é este, contudo, o entendimento que se apresenta no presente texto, pelas razões que se passa a expor.

A resposta a tal questão parece negativa, com o que também concorda parte da doutrina¹¹, e os argumentos nesse sentido são diversos. Primeiro, por uma questão de ordem lógica, já que o artigo em sua primeira parte tem em seu foco a apresentação da regra geral, ou seja, da escolha pelo devedor. Assim, parece lógico que a segunda parte do artigo disso não fuja e continue a versar sobre o mesmo tema, pautando, portanto, critérios da escolha a serem observados pelo devedor, que possui a preferência legal em fazê-la.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: v.4. São Paulo: Atlas, 2008, p.60.

¹¹ VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidades das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p.109. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: v.2. São Paulo: Atlas, 2015, p.161.

Ainda nesse sentido, isso pode ser inferido também a partir de análise semântica baseada nos próprios núcleos verbais utilizados: “não poderá dar” e “nem será obrigado a prestar”. Quem dá, quem presta, é o devedor. Acredita-se, portanto, que o Código traz regra somente quanto à escolha do devedor, mas não do credor.

Por fim, uma questão de ordem prática que também justifica a interpretação que aqui é apresentada. No mundo negocial, quando se defere ao credor o direito de escolha, fugindo à regra geral determinada pelo Código Civil, o comum é que se espere que ele escolha a melhor das coisas. É que, como afirma Sílvio Rodrigues, “se as partes decidiram ilidir a incidência de lei supletiva, para alterar a competência de escolha, essa atitude adveio, naturalmente, do propósito de favorecer o credor, permitindo que receba o que de melhor encontrar, pois, se outro fosse o desejo dos contratantes, não utilizariam tal cláusula”¹².

Aqui, um desafio: vasculhe o leitor a sua memória e consciência e encontre uma única vez em que, numa situação puramente negocial, sendo credor e lhe tendo sido deferido o direito de escolha, tenha escolhido coisa que não fosse a melhor dentre as apresentadas.

Embora em fórmula um tanto confusa para os moldes do Direito Civil brasileiro, em que a transferência da propriedade não se dá com o simples negócio jurídico, é também esse o pensamento exposto por Pothier: “Quando a livre escolha é concedida ao credor por uma cláusula particular da convenção, como quando alguém se obriga para comigo a me dar um dos cães de seu canil, à minha escolha (...), em virtude da cláusula que me concede a escolha, cada um dos cães do canil do devedor me é devido sob uma espécie de condição, no caso de eu o escolher, porque, em virtude dessa cláusula, não há um cão sequer que eu não tenha direito de exigir”¹³.

Trata-se, portanto, de questão relacionada também aos usos e costumes, a defesa da interpretação de que as limitações quanto ao direito de escolha do art.244 são aplicáveis ao devedor e somente a ele. E este ponto é importante pois, como já apontado,

¹² RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: v.2. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.30.

¹³ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p.246-247. Destaca-se a questão pois Pothier só consegue formular a ideia de que “todos os cães lhe pertenceriam” por partir da lógica do sistema francês, em que a propriedade se transmite já pela realização da obrigação, nos termos do art.711, do seu Código Civil: “*La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations*”.

a escolha na obrigação de dar coisa incerta tem muito a ver com a expectativa legítima criada, fundamentada nos ditames da boa-fé objetiva. Se os usos e costumes guiam a expectativa para que se já espere que o credor escolherá a melhor das coisas, então nada há de ilícito ou de oposto à boa-fé objetiva quando se comporta de tal forma. O fundamento da boa-fé objetiva, acredita-se, inclina-se nesse sentido e não naquele apontado por parte da doutrina acima mencionada.

Saliente-se que isso não implica a impossibilidade de que, tendo sido deferida a escolha ao credor, possa ele ser obrigado, também por força de cláusula contratual ou dos usos e costumes, a escolher pelo meio-termo. Como destaca Silvio Rodrigues, “o exercício desse direito pode revelar-se abusivo, se for manifestamente contrário ao espírito que norteou as partes ao firmarem o contrato”¹⁴. O que se afirma, tão somente, é que esta não é a regra.

Conclui-se, assim, quanto a esta questão, que, em regra, quando for a escolha deferida ao credor ele não estará adstrito a escolher de acordo com a regra do meio-termo.

4. A MODIFICAÇÃO DO PADRÃO MEIO-TERMO NO UNIVERSO ESPECIFICADO

Como já relatado, embora a escolha caiba em regra ao devedor isso não significa que tal direito se dê desvinculado de qualquer parâmetro, já que há que escolher levando em conta o critério do meio-termo. A fixação deste padrão, conforme sustentado, se deve muito em parte à ideia da boa-fé objetiva. Afinal, quando se cria obrigação como sendo de dar coisa incerta, é de extrema importância o fator de representação da realidade sobre o que é a qualidade média da coisa.

É com base nesta ideia que se passa a tecer algumas considerações sobre situações em que pode haver modificação sobre o que seria o parâmetro mediano esperado. É que, quando a escolha deva se dar com base no que aqui se chamará de *universo geral*, o seu parâmetro é aquele adotado também, por conseguinte, de modo geral. O *universo geral* engloba, por assim dizer, a totalidade das coisas daquela espécie, sem qualquer recorte de concretização.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: v.2. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.30.

Acontece que nem sempre é assim. Por vezes o credor, antes de fechar o negócio, é apresentado a certo *universo específico* do qual a coisa incerta será retirada. Nestes casos, o parâmetro para definição do que seria o meio-termo deixa de ser aquele que leva em consideração a coisa como apresentada no *universo geral* e passa a ser a ideia que dela se pode fazer a partir deste *universo específico*, que é já um recorte, que traz certo grau de concretização e limitação em relação à generalidade ainda mais abstrata do anterior.

Pense-se, por exemplo, com um contrato de compra e venda de um boi. Imagine-se situação em que um pecuarista vende a outro um boi, da raça nelore, com 5 anos de idade. Caso o contrato tenha sido fixado nestes termos gerais, tanto comprador como vendedor estarão fazendo projeção, baseada na ideia de um padrão geral (que se norteia pela boa-fé objetiva), como não poderia deixar de ser, sobre qual seria, em média, o peso do animal objeto da avença. Decerto que pode o comprador nutrir esperanças de que seja um pouco mais gordo e o vendedor pretender entregar um que seja um pouco mais magro do que este boi geral idealizado, mas ambos saberão que deve ele pesar cerca de certo número de arrobas.

Imagine-se agora contrato sobre o mesmo objeto, porém partindo de um quadro ligeiramente diferente. Nesta segunda situação aqui exposta, o comprador, antes da realização do negócio, visita a fazenda do vendedor e tem a oportunidade de ver os bois dentre os quais se retirará aquele a lhe ser entregue, caso resolva fechar contrato.

Decerto que a partir de então a expectativa do comprador quanto à entrega do animal não será mais a mesma, extremamente geral, mas sim um tanto mais concreta, com base nos dados a que teve acesso. Se os bois eram todos acima do peso e extremamente saudáveis, certamente que a sua ideia sobre meio-termo, com base na mesma boa-fé objetiva, se formará agora a partir desse *universo específico*. O meio-termo aqui, portanto, corresponderá a um boi que está acima daquele meio-termo dos bois quando pensados no *universo geral*. O mesmo pode ser dito se, ao revés, forem todos os bois extremamente magros e com aparência doentia; a expectativa do meio-termo será gerenciada a partir deste universo, de modo que a entrega de um boi que poderia ser considerado magro demais para atender ao padrão do meio-termo no *universo geral*, não necessariamente o será neste *universo específico*.

Defende-se aqui que, se quando da formação da relação obrigacional esta se deu tendo por base *universo específico*, também a escolha a tal universo estará vinculada. Assim, voltando ao exemplo, o dono da fazenda visitada que apenas possui bois gordos e vistosos, só adimplirá sua obrigação entregando um boi que corresponda ao meio-termo, ao padrão médio, destes animais apresentados. Padrão este que, seguramente, estará acima do que é considerado como sendo a média regular. O mesmo ocorre com a escolha a partir do universo apresentado dos bois magros e doentios: poderá o devedor se desobrigar entregando boi de qualidade inferior à média regular, desde que tal se enquadre na média do produto apresentado.

No caso específico da compra e venda se pode invocar ainda o argumento da venda por amostragem, protótipo ou modelo que, acredita-se, serve, por analogia, como um reforço à tese ora apresentada, expansível a obrigação de dar coisa incerta oriunda de qualquer situação negocial.

É, portanto, diferente o padrão do que é a qualidade média da coisa a ser escolhida conforme deva tal escolha se dar a partir de *universo geral* ou de *universo específico*, pois, mantendo-se a lógica de que o padrão da escolha é derivado da boa-fé objetiva, a expectativa das partes quanto à coisa que será utilizada para cumprir com a obrigação certamente se modifica levando em conta o conhecimento do grau médio das coisas a partir das quais se realizará a concentração.

5. A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA DE GÊNERO LIMITADO

Conforme inicialmente abordado, nos termos do art.246 não há que se falar em perda ou deterioração na obrigação de dar coisa incerta antes de realizada a escolha. Isto porque estaria ela determinada pelo gênero e quantidade e, sendo impossível o perecimento do gênero, sempre seria possível substituir a coisa percida ou deteriorada por outra para assim satisfazer ao credor. Como já pontuava Pothier: “o prejuízo ocasionado pela perda das coisas desse gênero, ocorrida depois da obrigação assumida, não recai sobre o credor; porque as coisas que perecem não são as que lhe são devidas, bastando, portanto, subsistir uma delas, seja em que parte for, para que a obrigação subsista”¹⁵. O risco, portanto, estaria sempre a cargo do devedor.

¹⁵ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p.243.

Acontece que existem algumas situações em que se pode ter coisa que, ainda que incerta, pertença a gênero extremamente limitado, o que pode levar a algumas reflexões quanto ao caráter absoluto da norma consubstanciada no art.246. A necessidade desta teorização se dá, de modo mais específico, nas situações em que a perda do gênero e, por conseguinte, da coisa, não se relaciona com ato culposo do devedor. Caso se fosse seguir a regra plasmada no Código Civil, essa perda ou deterioração de fato, que ocorreu sem culpa, de modo algum resolveria a obrigação para o devedor, que seria obrigado a pagar a indenização devida em caso de inadimplemento, já que não teria como alegar tal em seu favor por se tratar de uma obrigação de dar coisa incerta.

Acontece que há que se atentar aqui para um detalhe de suma importância. O que impede a alegação da perda ou deterioração sem culpa como modo de resolução sem responsabilidade para o devedor é a ideia de que *genus non perit* ou *genus nunquam perit*. Só que, na situação que aqui se apresenta, houve o perecimento (ou quase) do gênero em questão. Ora, resta destruída a própria base que fundamenta a impossibilidade da extinção da obrigação sem responsabilização do devedor, de modo que não parece razoável que a solução seja a mesma.

O tema já foi aventado pela doutrina que normalmente admite, com diferentes graus, a possibilidade que se acabou de apresentar¹⁶. O que se fará aqui é desenvolver o tema e a discussão sobre que tipo de limitação no gênero seria suficiente para permitir a resolução da obrigação.

Para melhor ilustrar, apresenta-se o seguinte exemplo. Imagine-se que dois sujeitos, apreciadores de um bom vinho, celebraram contrato de compra e venda de uma garrafa de safra extremamente rara. Um deles possui as cinco últimas (e iguais) garrafas desta safra e realizou o contrato sem preocupação em individualizar previamente qual delas estaria vendendo. Situação, portanto, classificável como obrigação de dar coisa

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: v.4. São Paulo: Atlas, 2008, p.62. VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidades das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p.112. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: v.2. São Paulo: Saraiva, 2003, p.46. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: v. II. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.57. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*: v.2. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.83. CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. In: *Revista CEJ*, v.9, n.29. Brasília: CEJ, 2005, p.82. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*: v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.826.

incerta, vez que qualquer das garrafas pode ser utilizada para o adimplemento da obrigação.

Ocorre que, por revés do destino, antes que se realizasse a escolha e a devida cientificação do credor, ocorreu uma enchente que acabou por destruir a adega do vendedor e, por conseguinte, todas as cinco garrafas a partir das quais poderia fazer a individualização e cumprir com a sua obrigação. Não há culpa de qualquer espécie por parte do devedor no caso apresentado. Por outro lado, também não há como ele substituir a coisa por outra do mesmo gênero, vez que, nesta situação, outra coisa simplesmente não há.

Desta feita, a única solução que parece justa em tais casos é que se dê a extinção da obrigação sem a responsabilização do devedor. É uma questão de coerência do sistema jurídico e, diria mais, de lógica matemática. Não há como se sustentar a aplicação de uma consequência quando desaparece seu fundamento. Não há como se dizer que a responsabilidade será sempre mantida já que o gênero não perece, quando o próprio gênero pereceu.

Ademais, levando em conta a importância da boa-fé objetiva no gerenciamento das expectativas e deveres nas relações obrigacionais, parece razoável afirmar que não é sequer necessário que ocorra o perecimento do gênero como um todo para que se possa aplicar a solução aqui proposta¹⁷. Basta que se trate de perecimento substancial, que quebre com a própria lógica da base objetiva em que se formou a obrigação, em solução muito parecida àquela proposta por Larenz em sua teoria da base objetiva do negócio jurídico¹⁸. Como afirma Clóvis do Couto e Silva, “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*”¹⁹.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: v.2. São Paulo: Atlas, 2015, p.163.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, *passim*.

¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.152.

Retornando ao exemplo aventado, ainda que existissem, por exemplo, duas outras garrafas do citado vinho, pertencentes a dois outros colecionadores, não se vê como se poderia esperar como razoável solução a exigência de que fosse o devedor obrigado a conseguir uma destas garrafas para só assim solver a sua obrigação sem que lhe fossem imputadas perdas e danos. Tal possibilidade dificilmente foi aventada pelos contratantes no momento em que se firmou a obrigação, não integrando assim a expectativa das condutas que poderiam ser consideradas como exigíveis para o adimplemento.

A mesma linha de pensamento quanto à liberação do devedor é encontrada quando a obrigação de dar coisa incerta é firmada já considerando um *universo específico*, para se utilizar o termo acima cunhado. Assim, por exemplo, se o devedor se compromete a solver a obrigação *apenas* com uma coisa dentre diversas do mesmo gênero que se encontravam em certo depósito – e não com outra daquela espécie, retirável de outro lugar – e o depósito, por uma fatalidade, queima destruindo todas elas, estaria desobrigado o devedor²⁰. Assim é que se a coisa deveria ser retirada necessariamente daquele especificado universo e todo ele pereceu por fato não imputável ao devedor, igualmente estaria ele liberado.

6. O SENTIDO DA CIENTIFICAÇÃO DO CREDOR

A escolha individualiza o bem, mas não é ela que faz com que deixem de ser aplicadas as regras da obrigação de dar coisa incerta e passem a ser aplicadas as de dar coisa certa. Para que isso aconteça, além da realização da escolha é necessário, nos exatos termos do art.245, que seja “cientificado da escolha o credor”.

A doutrina, ao analisar este artigo, tem se preocupado unicamente em destacar que a modificação do regramento da obrigação não se dá a partir da escolha, mas sim da sua cientificação²¹. Por outro lado, não parece ter despertado interesse até então a discussão sobre o que seria necessário para se considerar que esteja cientificado o credor.

Acredita-se que haveria a possibilidade de apresentar duas possíveis interpretações para o dispositivo apontado, e isto gira em torno do que se deve entender por “cientificado”. Um primeiro sentido seria indicar que ter o credor por cientificado

²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.151.

²¹ Não se abordará aqui as discussões sobre teoria da separação e da entrega, posto que não parecem muito relevantes diante da redação apresentada no Código Civil de 2002. Em caso de interesse sobre o tema ver: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t.22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.182.

significaria realizar a ele a comunicação quanto à escolha. Haveria, portanto, um ato jurídico comunicativo²² que teria por efeito fazer com que, automaticamente após essa comunicação, a coisa em questão passasse a ser considerada individualizada e, por conseguinte, estivesse por exemplo sujeita à alegação de perda ou deterioração.

Numa segunda interpretação, que aqui se entende como mais adequada, cientificar o credor não significa tão somente lhe notificar quanto à realização da escolha, mas sim neste ato lhe fornecer elementos suficientes (ciência, conhecimento) para que consiga também ele distinguir a coisa escolhida de outras da mesma espécie. O preenchimento deste ato jurídico comunicativo não se daria unicamente pelo aviso ao credor, mas sim ao lhe fornecer elementos que o permitam ter ciência quanto a qual é a coisa escolhida.

E, mais uma vez, entre as duas opções há enorme diferença de ordem prática. O que está em jogo aqui é a partir de quando a obrigação passará a se guiar pelas regras da obrigação de dar coisa certa. O regime da obrigação de dar coisa certa é, em regra, mais protetivo do devedor do que o de dar coisa incerta²³. Isso porque apenas naquela é que poderá eventualmente ver sua obrigação resolvida e sua responsabilidade afastada, nos casos em que o dano sofrido pela coisa se dê sem sua culpa. Na de dar coisa incerta, jamais.

Sendo este ato comunicativo realizado pelo devedor, e lhe trazendo a vantagem acima apontada, parece que deve ele se dar de modo que, para o credor, reste inequívoca a realização da escolha. Defende-se tal posição para evitar situação em que possa, posteriormente à cientificação, um devedor de má-fé modificar a coisa escolhida a fim de se liberar da obrigação em virtude de evento que não lhe seja imputável.

A fim de ilustrar a diferença, apresenta-se exemplo. Uma cadela, propriedade de determinado sujeito, deu cria a cinco filhotes. Negociando com um comprador, vendeu, na modalidade de obrigação de dar coisa incerta, um dos filhotes pelo valor X. Negociando com segundo comprador que demonstrou mais interesse, vendeu, também na modalidade de obrigação de dar coisa incerta, um segundo filhote pelo valor de 2X.

²² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.164. Em sentido contrário, considerando a escolha como ato-fato: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.153-154.

²³ CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. In: *Revista CEJ*, v.9, n.29. Brasília: CEJ, 2005, p.82.

Após fechar ambos contratos, ligou para cada um dos sujeitos e os avisou que já havia realizado a escolha do filhote que seria entregue para cada um deles. Destaque-se que de acordo com a primeira interpretação, mas não com a segunda, a partir deste momento a obrigação já passaria a se guiar pelas regras da obrigação de dar coisa certa.

Prossegue-se. Depois da citada comunicação acontece evento não imputável ao devedor, uma doença súbita e inesperada, por exemplo, que mata quatro dos cinco filhotes. Não é necessário muito esforço para se concluir que, em querendo agir de má-fé, o devedor afirmaria a todo custo que o filhote sobrevivente seria justamente aquele vendido pelo preço de 2X. E, ainda que o sobrevivente houvesse sido o vendido pelo valor X, ou qualquer dos três outros, nenhum dos credores teria jamais como provar ou contestar a alegação do devedor, já que aquela comunicação realizada é nada além disso, ou, dito de outra maneira, não é propriamente uma cientificação.

Por conta de tal pensamento é que se considera que a cientificação do credor não é mero aviso, mas sim o fornecimento a este de elementos que o permitam, tanto quanto o devedor, identificar qual a coisa escolhida. Somente após o preenchimento de tal conteúdo é que passaria a obrigação a se guiar pelas regras da de dar coisa certa.

7. CONCLUSÃO

Como se pôde notar ao longo do desenvolvimento do presente texto, há todo um universo inexplorado – ou no mínimo controverso – no que toca à escolha na obrigação de dar coisa incerta.

Um fator essencial que se deve ter em mente para resolver tais questões é o de que a escolha na obrigação de dar coisa incerta se relaciona muito com a formação da expectativa em torno de coisa que possui qualidade mediana. É o gerenciamento dessa expectativa que deve ser observado e que, em última instância, está relacionado com a boa-fé objetiva.

É que se a obrigação é criada sobre coisa considerada incerta, isso significa que tanto credor como devedor partem de uma abstração sobre a coisa, que a considera de maneira geral, dentro do que é o padrão mediano, ou seja, atendendo aos moldes da boa-fé objetiva.

Por fim, destaque-se que ao se trazer a boa-fé objetiva como importante elemento na presente discussão, isso não quer dizer desprezo às regras expressas no Código Civil e isto, acredita-se, ficou claro ao longo do texto. O princípio aqui funciona antes como baliza que ajuda a interpretar os pontos controversos e preencher eventuais lacunas do texto legal.

REFERÊNCIAS

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*: v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2013

CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. In: *Revista CEJ*, v.9, n.29. Brasília: CEJ, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: v.2. São Paulo: Atlas, 2015, p.161.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*: v.2. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: v.2. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: v. II. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.57.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t.22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: v.2. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: v.4. São Paulo: Atlas, 2008.

VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidades das obrigações: obrigações de dar. In: