

## O EXERCÍCIO DA ESCOLHA: CONTROLE E CONSEQUÊNCIAS

Ricardo de Azevedo Olivieri<sup>1</sup>  
Edison Tetsuzo Namba<sup>2</sup>

**RESUMO:** Esquecida ou até mesmo negligenciada por muitos, a obrigação de prestar algo incerto é uma das formas pelas quais o Código Civil Brasileiro a torna obrigatória. A responsabilidade de dar coisa incerta é aquela em que o propósito é a transmissão de uma quantidade de certo gênero e não específica, como é o caso da incumbência assumido pelo devedor de entregar ao credor 100 unidades de melancias. Questiona-se: qual tipo de melancias? Preliminarmente, não se define a sua qualidade. A enunciação, coisa incerta aponta que a responsabilidade tem objeto incerto, mas não absolutamente, já que deve ser reconhecida pelo gênero e pela quantidade. É, conseqüentemente, incerto, mas determinável. A deliberação consagrar-se-á pela apuração, em concordância do artigo 244 do Código Civil. Acontecendo, pois, a escolha, tomando ciência o credor, acaba a incerteza da obrigação, passando a vigorar as normas relativas às obrigações de dar coisa certa. A deliberação é a intervenção da distinção das coisas imutáveis da espécie, isto é, o reconhecimento quanto à qualidade da coisa a ser entregue. Ensina, Caio Mário, (apud Orosimbo Nonato), que cessará a indeterminação da obrigação com a escolha, a qual se verifica e se reputa consumada, tanto no momento em que o devedor efetiva a entrega real da coisa, como ainda quando diligencia praticar o ato necessário à prestação. Insistimos, desta forma, que a circunstância de oscilações deve ser provisória, sob pena de faltar objeto à obrigação. O devedor não pode ser compelido à prestação genérica. Quem tem responsabilidade de manifestar preferência na qualidade? Em regra, o titular do direito de escolha é o devedor, a não ser que as partes estipulem em sentido contrário. Facultado em contrato a prerrogativa de escolha ao credor, há que se entender que lhe foi deferido o direito de exigir a qualidade do objeto, pois se outro fosse o desejo dos contratantes, não utilizariam tal cláusula. Reconhece-se que o nome técnico dado à escolha da qualidade é chamado de concentração. A concentração é o ato unilateral que exterioriza a entrega, o depósito do pagamento, a constituição em mora ou outro ato jurídico que importe a comunicação ao credor. Ademais, o Código Civil Brasileiro, no artigo 244, designa um artifício para o devedor comportar-se de um certo modo à concentração da essência da coisa a ser entregue, a saber: Primeiro, no momento em que, nada específica no contrato, competirá a escolha ao devedor. Segundo o devedor de jeito nenhum, expor-se-á, dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor. Tal critério deve ser entendido no sentido de que o devedor deve escolher pela média. Portanto, as partes devem respeitar o critério do meio-termo, que significa escolha pela qualidade intermediária. Neste âmbito, coisa incerta pode ser identificada em um pequeno número de contratos por meio de expressões como "mais ou menos ou cerca de", como nos contratos de fornecimento de matérias-primas para as indústrias. As obrigações de dar coisa certa são tais em que o devedor se remete a entregar ao credor um objeto perfeitamente determinado. O bem será indispensavelmente reputado em sua personalidade, conjeturado, a lei que nenhum outro proveito o credor possui em receber diferente objeto daquele acordado. Com efeito, se a coisa for certa, a coisa será insubstituível e a obrigação subsistirá até à entrega da coisa ao credor. Caso contrário, resultarão danos, caso em que a obrigação original será convertida em outra obrigação, e a primeira não poderá cumpri-la.

3229

**Palavras-chave:** Direito das Obrigações. O exercício da escolha. Controle e conseqüências.

<sup>1</sup>Cursando Bacharelado em Direito pela Faculdade de direito de Santo André- FADISA.

<sup>2</sup>Orientador do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Santo André-FADISA.

**ABSTRACT:** Forgotten or even neglected by many, the obligation to provide something uncertain is one of the ways in which the Brazilian Civil Code makes it mandatory. The responsibility of giving an uncertain thing is the one in which the purpose is the transmission of a quantity of a certain type and not specified, as is the case of the task assumed by the debtor to deliver to the creditor 100 units of watermelons. Question: what kind of watermelons? Preliminarily, its quality is not defined. The enunciation, uncertain thing points out that the responsibility has an uncertain object, but not absolutely, since it must be recognized by gender and quantity. It is consequently uncertain, but determinable. The deliberation will be consecrated by the calculation, in accordance with article 244 of the Civil Code. When, therefore, the choice takes place, the creditor becomes aware, the uncertainty of the obligation ends, and the norms relating to the obligations of giving a certain thing come into force. The deliberation is the intervention of the distinction of the immutable things of the species, that is, the recognition as to the quality of the thing to be delivered. Caio Mário (apud Orosimbo Nonato), teaches that the indetermination of the obligation will cease with the choice, which is verified and considered consummated, both at the moment when the debtor effectively delivers the thing, and even when he endeavors to practice the act necessary for the provision. We insist, therefore, that the circumstance of oscillations must be provisional, otherwise the obligation lacks object. The debtor cannot be compelled to perform generically. Who is responsible for expressing a preference for quality? As a rule, the holder of the right of choice is the debtor, unless the parties stipulate otherwise. Provided in the contract the prerogative of choice to the creditor, it must be understood that he was granted the right to demand the quality of the object, because if another was the wish of the contracting parties, they would not use such a clause. It is recognized that the technical name given to the choice of quality is called concentration. The concentration is the unilateral act that externalizes the delivery, the payment deposit, the constitution in arrears or other legal act that implies the communication to the creditor. Furthermore, the Brazilian Civil Code, in article 244, designates an artifice for the debtor to behave in a certain way to concentrate the essence of the thing to be delivered, namely: First, at the moment when, nothing specifies in the contract, it will compete the choice of the debtor. According to the debtor, in no way will he expose himself, give the worst thing, nor will he be obliged to provide the best. This criterion must be understood in the sense that the debtor must choose the average. Therefore, the parties must respect the middle ground criterion, which means choosing an intermediate quality. In this context, an uncertain thing can be identified in a small number of contracts through expressions such as "more or less or about", as in contracts for the supply of raw materials to industrie. The obligations to give a certain thing are such that the debtor commits himself to delivering a perfectly determined object to the creditor. The good will be indispensably reputed in its personality, conjectured, the law that no other benefit the creditor has in receiving object different from that agreed. Indeed, if the thing is certain, the thing will be irreplaceable and the obligation will survive until the delivery of the thing to the creditor. Otherwise, damages will result, in which case the original obligation will be converted into another obligation, and the first one will not be able to fulfill it.

**Keywords:** Law of Obligations. The exercise of choice. Control and consequences.

**“A Universidade, enquanto instituição, é máquina de fazer pensar!  
A Faculdade de Direito é a engrenagem dessa máquina”  
Marcelo Porto de Oliveira Pimenta.**

## 1. INTRODUÇÃO

Neste contexto, propõe-se resumir conhecimento e erudição, sondar algumas concepções imprescindíveis da modalidade obrigacional de dar coisa incerta.

Exploraremos o exercício da escolha. A concentração da qualidade nesta obrigação e os parâmetros aplicados pelo Código Civil brasileiro para a sua definição exata.

Da mesma forma, prescreveremos, similarmente, alguns contratemplos, que extinguem o desenvolvimento regular dessa relação jurídica obrigacional, relacionando-os com a teoria do risco do Direito Civil.

## 1.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O ARTIGO 243 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Esquecida ou até mesmo negligenciada por muitos, a obrigação de prestar algo incerto é uma das formas pelas quais o Código Civil Brasileiro a torna obrigatória.

A responsabilidade de dar coisa incerta é aquela em que o propósito é a transmissão de uma quantidade de certo gênero e não específica (artigo 243), como é o caso da incumbência assumido pelo devedor de entregar ao credor 100 unidades de melancias. Questiona-se: qual tipo de melancias? Preliminarmente, não se define a sua qualidade.

A enunciação, coisa incerta aponta que a responsabilidade tem objeto incerto, mas não absolutamente, já que deve ser reconhecida pelo gênero e pela quantidade. É, conseqüentemente, incerto, mas determinável.

Compreenda: o que acontece se faltar quantidade e gênero? A incerteza será absoluta, 3231  
por isso ressaltamos que, nesta obrigação, uma obrigação com tal objetivo será impossível, há um momento à tradição, entrega da coisa, que é o ato de escolher o que vai ser entregue, uma vez feita a escolha, de acordo com o contratado, ou conforme estabelece a lei, a obrigação passa a ser regida pela disciplina da obrigação de dar coisa certa (“Certificando da escolha o credor, vigorará o disposto na Seção antecedente” – Art. 245). Essa escolha, chama-se concentração.

Exemplo: escolhei, conforme, as 100 unidades de melancia que cultivei em maio de 2021, as maiores e com cores mais vivas, de ótima qualidade, a fim de serem revendidas no mercado do Rio Grande do Sul.

Em consideração, de acordo com, Catalan (2005, p. 82), de um ponto de vista global, as coisas são representadas por seus tipos. A coisa indeterminada que o Código Civil brasileiro assume é uma situação incerta, mas fácil de determinar no tempo.

Salientamos que o termo “gênero” manuseado pelo legislador está ludibriado. Permanecemos com a mesma apreciação de Álvaro Villaça (2004, p. 67) que compreende ser

mais aconselhável o aproveitamento do termo “espécie<sup>3</sup> pois a palavra gênero tem um sentido muito amplo. Por exemplo, cereal é gênero e arroz é espécie. Assim, se o devedor se obrigar a entregar uma saca de cereal essa obrigação seria impossível de ser adimplida, pois não se poderia saber qual cereal seria o objeto a ser entregue. Nestes termos, será melhor utilizar as expressões espécie e quantidade.

## 1.2 CONCENTRAÇÃO DA QUALIDADE

A deliberação consagrar-se-á pela apuração, em concordância do artigo 244 do Código Civil. Acontecendo, pois, a escolha, tomando ciência o credor, acaba a incerteza da obrigação, passando a vigorar as normas relativas às obrigações de dar coisa certa.

A deliberação é a intervenção da distinção das coisas imutáveis da espécie, isto é, o reconhecimento quanto à qualidade da coisa a ser entregue. Ensina Caio Mário apud Orosimbo Nonato (2005, p. 56) que cessará a indeterminação da obrigação com a escolha, a qual se verifica e se reputa consumada, tanto no momento em que o devedor efetiva a entrega real da coisa, como ainda quando diligência praticar o ato necessário à prestação.

Insistimos, desta forma, que a circunstância de oscilações deve ser provisória, sob pena de faltar objeto à obrigação. O devedor não pode ser compelido à prestação genérica.

3232

Quem tem responsabilidade de manifestar preferência na qualidade? Em regra, o titular do direito de escolha é o devedor, a não ser que as partes estipulem em sentido contrário (artigo 244 do Código Civil Brasileiro).

Facultado em contrato a prerrogativa de escolha ao credor, há que se entender que lhe foi deferido o direito de exigir a qualidade do objeto, pois se outro fosse o desejo dos contratantes, não utilizariam tal cláusula.

Reconhece-se que o nome técnico dado à escolha da qualidade é chamado de concentração. A concentração é o ato unilateral que exterioriza a entrega, o depósito do pagamento, a constituição em mora ou outro ato jurídico que importe a comunicação ao credor (GONÇALVES, 2008, p. 65).

Ademais, o Código Civil Brasileiro, no artigo 244, designa um artifício para o devedor comportar-se de um certo modo à concentração da essência da coisa a ser entrega, a saber: Primeiro, no momento em que, nada específica no contrato, competirá a escolha ao devedor. Segundo o devedor de jeito nenhum, expor-se-á, dar a coisa pior, nem será obrigado

---

3 O Projeto de Lei 6.960/2002 (atual Projeto 276/2007) propõe a seguinte redação ao artigo 243: “A coisa incerta será indicada, ao menos, pela espécie e pela quantidade

a prestar a melhor. Tal critério deve ser entendido no sentido de que o devedor deve escolher pela média (forma de se estabelecer um equilíbrio entre as partes). Portanto, as partes devem respeitar o critério do meio-termo (artigo 244), que significa escolha pela qualidade intermediária.

Neste âmbito, coisa incerta pode ser identificada em um pequeno número de contratos por meio de expressões como “mais ou menos ou cerca de”, como nos contratos de fornecimento de matérias-primas para as indústrias (Carvalho Santos, 1953, p. 66-67).

### 1.3 A RESPONSABILIDADE DE DAR COISA INCERTA E A SUPOSIÇÃO DA TEORIA DO RISCO

A descontinuação na vinculação jurídica obrigacional evidenciada no Código Civil Brasileiro, no artigo 246, ressalta que jamais expor-se-á, o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito, pois o gênero não perece (*genus nunquam perit*).

Somos capazes de mencionar como exemplo desta hipótese, quando o devedor se obriga a entregar dez sacas de milho, ainda que se percam todas as sacas, deverá obter o produto prometido e cumprir a prestação estabelecida na avença.

3233

Conforme à teoria dos riscos empregada na obrigação de dar coisa incerta, propugnamos, a mesma apreciação de Caio Mário (2005, p. 57), que tal, conceito há a possibilidade de ser compreendida em duas etapas peculiares.

No primeiro ciclo, mantenha-se a concentração, seja por notificação ou por oferecimento, a obrigatoriedade deve levar em consideração o gênero e não estar vinculada a um objeto específico. A representação da coisa apenas em espécie não comporta pretensões de extinção ou deterioração, devendo o devedor fornecer a coisa, dentro das espécies pactuadas. Este dever dura enquanto for possível encontrar espécimes da coisa em números prescritos, e espécies inteiras só podem ser extintas por meios extraordinários.

No segundo ciclo, quando o credor, devedor ou terceiro faz uma escolha (indicado no título, como dispõe o artigo 485 do CC), a provisão perde seu caráter de indeterminação, que será considerada de dar coisa certa. Esta alteração de categoria se dá no momento da escolha, e a coisa, que indeteriorável e imperecível, por aquele fato se torna suscetível de dano ou perda.

O risco é amparado por a contratante que decai o infortúnio proveniente da prestação, caso está venha se tornar impossível por caso fortuito ou força maior (TELLES, 1997, p. 306).

O credor tolerará o risco se a obrigação se extinguir, com a conseqüente liberação do devedor. Suportará o risco o devedor, caso continue vinculado ao cumprimento do acordo, devendo, portanto, indenizar os danos suportados pelo credor.

Precavemos, sem embargo, uma transigência à regra de que o gênero (entende-se espécie) não perece, que é o caso das coisas de existência limitada, como um vinho raro ou livros com edições limitadas e que não mais existem no mercado. Nestas hipóteses, poderá o devedor alegar perda ou deterioração quando desaparecida a coisa.

Maria Helena Diniz (2004, p. 89) ilustrando o argumento observa que “se o genus (gênero) é assim delimitado, o perecimento ou inviabilidade de todas as espécies que o componham, desde que não sejam imputáveis ao devedor, acarretará a extinção da obrigação”.

No que diz respeito do tópico, o Projeto de Lei 6.960/2002 (atual Projeto 276/2007) tenciona a subseqüente redação para o artigo 246: “antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.” Sua responsabilidade pelos riscos é maior. O gênero não perece antes da escolha. Essa escolha não é mero arbítrio do devedor, a que, no silêncio do contrato, tem esse direito artigo 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.” Na falta de disposição contratual, não poderá dar a coisa pior, nem se obrigado a dar a melhor.

## **2.DIFERENÇAS ENTRE A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA E A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA**

As obrigações de dar coisa certa são tais em que o devedor se remete a entregar ao credor um objeto perfeitamente determinado. O bem será indispensavelmente reputado em sua personalidade, conjeturado, a lei que nenhum outro proveito o credor possui em receber diferente objeto daquele acordado.

Por intermédio da idealização da transmissão de coisa certa, depreende-se que o devedor não pode modificar unilateralmente o objeto da obrigação, segundo a regra do artigo 313 do Código Civil: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”, ou seja, somente será satisfeita a obrigação caso seja entregue o que

foi ajustado entre as partes, não podendo o credor ser forçado a aceitar outra coisa, ainda que mais valiosa<sup>4</sup>

De acordo com, literato, Renato Lima Charnaux Sertã (ORG. MELLO, 2002, p. 173) com relação a temática:

Com efeito, se a coisa for certa, a coisa será insubstituível e a obrigação subsistirá até à entrega da coisa ao credor. Caso contrário, resultarão danos, caso em que a obrigação original será convertida em outra obrigação, e a primeira não poderá cumpri-la. É o que ocorre, por exemplo, no setor de consumo na hipótese do artigo 35, inciso I, da Lei 8.078/90, que confere ao consumidor a liberdade de exigir o cumprimento obrigatório de obrigações nos termos da oferta feita pelo fornecedor do produto: Ou seja, pode exigir a entrega de determinado item anunciado, observadas as condições acima.

Quanto à obrigação de dar algo incerto, seu traço distintivo é o não reconhecimento imediato da qualidade da coisa entregue. Note-se que na obrigação dada a uma coisa determinada, a qualidade é definida imediatamente, enquanto na coisa indeterminada a concentração atua em um momento futuro, ditado pelas partes, ou seja, só será reconhecida

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

3235

1. Na obrigação de dar coisa incerta, há somente a identificação da espécie e da quantidade.
2. A concentração da qualidade será feita em momento posterior, sendo esta indicada geralmente no acordo estabelecido entre as partes.
3. Em regra, a escolha da qualidade pertencerá ao devedor, salvo estipulação expressa em contrário.
4. A regra *genus nunquam perit* (o gênero nunca perece) deve ser respeitada, de acordo com o artigo 246 do Código Civil, observando as regras da teoria do risco. Ressalta-se que é melhor utilizar o termo espécie e não gênero.
5. Considera-se como exceção à regra as coisas de existência limitada. Dessa forma, o perecimento de todas as espécies que componham a coisa genérica, desde que não sejam imputáveis ao devedor, acarretará a extinção da obrigação.

---

<sup>4</sup> O credor poderá, entretanto, concordar em receber uma coisa por outra como é o caso da dação em pagamento (artigo 356).

6. A obrigação de dar coisa certa é totalmente definida quanto à espécie, quantidade e qualidade. Por outro lado, na coisa incerta falta a qualidade, que será definida em momento posterior.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Anotado e legislação complementar. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

CATALAN, Marcos Jorge, Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. Revista CEJ, Brasília, n. 29, p. 80-85, abr./jun. 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2.

DUQUE, Bruna Lyra. O Direito Contratual e a Intervenção do Estado. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008. v.2.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2004. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.2.

MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. O Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Freitas Bastos Editora, 2002.

TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.