Definição e Previsão Legal

Antes de iniciarmos o estudo das obrigações de dar, importante fazer a distinção entre as relações oriundas do direito obrigacional e do direito real.

Primeiramente, quanto aos **efeitos** dessas relações: enquanto no direito obrigacional elas são *inter partes*, ou seja, vinculam apenas as partes que celebram o negócio jurídico, as relações de direito real produzem efeitos *erga omnes*, ou seja, podem ser opostas a terceiros e não ficam restritas às partes celebrantes do contrato.

Quanto à **duração**: enquanto as relações jurídicas de direito obrigacional tendem a ser temporárias, transitórias, a fim de chegar ao adimplemento, as relações de direito real tendem a ser permanentes (com exceção para os direitos reais de garantia e direitos reais de gozo sobre as coisas alheias, que encontram alguma limitação temporal).

Quanto ao **direito de sequela**: é importante lembrar que, no direito obrigacional, inexiste direito de sequela. Supondo que duas pessoas celebraram um compromisso de compra e venda com um determinado vendedor e apenas uma delas levou o instrumento a registro em cartório: apenas aquela que efetivamente fez o registro primeiramente é que terá a propriedade do bem, mesmo que à outra tenha sido prometida a venda em momento anterior. Já no direito real, seria possível reaver a coisa, restabelecer a propriedade, em razão do direito de sequela.

Especificamente sobre a obrigação de dar, esta consiste no *compromisso de entrega ou restituição pelo devedor ao credor*.

Aspecto	Direito Real	Direito Obrigacional
Quanto aos efeitos	Erga omnes (efeitos oponíveis a todos, independentemente de serem ou não partes da relação jurídica)	Inter partes (efeitos vinculados apenas àquelas que são parte da relação jurídica)
Quanto à duração	Relação jurídica permanente (há exceções: direito real de garantia e direitos reais de gozo)	Relação jurídica temporária
Quanto ao direito de sequela (direito de fazer valer seu direito sobre a coisa)	Existe direito de sequela	Não há direito de sequela

Aspecto	Direito Real	Direito Obrigacional
Quanto ao objeto	O objeto é a própria coisa	O objeto é uma prestação (dar, fazer ou não fazer)

Um detalhe importante é que, quando se fala em obrigação de **restituir**, não há transmissão do direito de propriedade, mas sim devolução da **posse direta** obtida a partir de um contrato ou direito real sobre coisa alheia (contrato de locação, comodato, arrendamento, depósito, direito de superfície).

Esse compromisso de entrega se divide em:

- **Dar coisa certa (ou obrigação específica):** a prestação estará definida pelo gênero, quantidade e qualidade da coisa a ser entregue. Desta forma, a coisa certa é conhecida e determinada. Por exemplo, o devedor se obriga a entregar um carro de tal marca, com tais especificações.
- **Dar coisa incerta (ou obrigação genérica, ou ainda "dívida de gênero"):** faltará o atributo da qualidade ao objeto designado para a prestação. A prestação será definida apenas pelo gênero e pela quantidade. A coisa incerta é indeterminada, mas determinável. Por exemplo, a compra de uma cabeça de gado de um rebanho específico: pode ser qualquer animal daquele determinado rebanho. O art. 244 afirma que a escolha da qualidade na obrigação genérica caberá ao devedor porque facilita o adimplemento da obrigação. Porém, como essa é uma norma dispositiva, o credor, caso assim as partes queiram, pode fazer a escolha da qualidade.

> **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.

Dar Coisa Certa	Dar Coisa Incerta
Coisa conhecida e determinada	Coisa indeterminada, mas determinável
Exemplo: iPhone 8, 64 GB, Preto	Exemplo: um óculos de sol de uma ótica

Outra importante disposição acerca do tema é que o credor não é obrigado a receber outra coisa senão aquela combinada e o devedor só se desobriga do débito entregando exatamente aquela coisa combinada, e não outra, mesmo que mais valiosa. Nesse sentido:

> **Art. 313.** O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

Perda na Obrigação de Dar Coisa Certa

E se acontecer algo com a coisa que deveria ser entregue? As consequências são diferentes com relação à obrigação de dar coisa certa e de dar coisa incerta.

No caso da obrigação de dar coisa certa, a danificação ou perecimento gera consequências específicas. Se houver **conduta culposa** no Direito Civil, o responsável terá de efetuar o pagamento de perdas e danos. Caso não haja culpa, não haverá reparação com perdas e danos. As consequências também se diferenciam em razão do momento:

Antes da tradição (antes da entrega da coisa)

1. Perda total (ou perecimento): caso não haja culpa do devedor, o contrato resolve-se para ambas as partes. Devolve-se o que já foi pago pelo credor, regressando as partes ao status quo ante (art. 234, 1ª parte, CC). Caso haja culpa do devedor, resolve-se a obrigação, devolve-se o que já foi pago e há pagamento de perdas e danos pelo culpado (art. 234, 2ª parte, CC).
2. Perda parcial (ou deterioração): caso não haja culpa do devedor, o credor terá o direito potestativo de escolher se fica com o bem, abatido do preço o valor que perdeu, ou se resolve a obrigação (art. 235, CC). Caso haja culpa do devedor, o mesmo direito potestativo, acrescido em qualquer escolha das devidas perdas e danos (art. 236, CC).

Por exemplo, imaginemos que um cachorro de raça seja vendido e por descuido do vendedor ele morra de fome (perda total ou perecimento) ou, em outro exemplo, por descuido do vendedor, o cachorro pegasse uma doença e ficasse cego (perda parcial ou deterioração). Em ambos os casos, como houve responsabilidade, há indenização equivalente aos prejuízos sofridos pelo credor, que podem ser de ordem patrimonial ou moral. Se não houvesse responsabilidade do devedor, ele estaria obrigado apenas a restituir ao credor o valor pago, voltando ao estado anterior. No caso da perda parcial (deterioração), há uma outra opção, que seria entregar a coisa deteriorada, com abatimento proporcional no preço — quem faz essa escolha é o credor.

	Sem Culpa	**Com Culpa**
Perecimento	Resolução do contrato com devolução do equivalente	Resolução do contrato com devolução do equivalente + indenização
Deterioração	Aceita o bem com abatimento do preço ou escolhe a devolução do equivalente	(Aceita o bem com abatimento do preço ou devolução do equivalente) + indenização

> **Art. 234.** 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; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.
>
> **Art. 235.** Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.
>
> **Art. 236.** 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.

Depois da tradição (depois da entrega da coisa)

Se já houve a tradição, a coisa perece para o dono (*res perit domino*), ou seja, para o atual proprietário. São exceções ao *res perit domino*, por um princípio geral de garantia concedido ao adquirente: vícios ocultos, também chamados de redibitórios (art. 441, CC), e vícios jurídicos, também conhecidos como evicção (art. 447, CC). Ou seja, se depois de entregue o bem, este vem a perecer ou se danificar, isto é responsabilidade do credor. Contudo, ele está protegido pelo princípio acima citado, caso o bem já tenha lhe sido entregue com algum problema que levou àquela situação de perecimento (os conhecidos vícios).

> **Art. 441.** A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.
>
> **Art. 447.** Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

Perda na Obrigação de Dar Coisa Incerta

As consequências específicas aplicadas à perda da coisa certa só se aplicam à coisa incerta se a perda ocorrer com **todos** os elementos do conjunto. Pois, se um óculos de sol da ótica se perde, sobram todos os outros para serem entregues. Somente se a ótica inteira pegar fogo, e não sobrar nenhum óculos de sol para ser entregue, é que as consequências se aplicam. E se eu já tiver escolhido o óculo de sol que eu quero? Neste caso, já se qualifica como coisa certa e aplicam-se as consequências estudadas.

Antes da tradição (antes da entrega da coisa)

Genus non perit, isto é, o gênero não perece. Mesmo em caso fortuito ou de força maior, não poderá o devedor alegar a perda do bem (art. 246, CC), já que ao menos o gênero existirá, sendo impensável a sua perda por completo. Por exemplo, o devedor se compromete a entregar 10

cães ao credor. Não poderá alegar perda do objeto antes da tradição, pois o gênero cão não pereceu; quaisquer outros 10 cães poderão ser entregues.

Após a tradição

Após escolha da qualidade e respectiva tradição da coisa, o tratamento será idêntico ao fornecido à obrigação de dar coisa certa, ou seja, perece para o dono. Isso porque a coisa deixou de ser incerta no momento em que sua qualidade foi escolhida.

Obrigação de Restituir

Apesar de ser *subespécie da obrigação de dar*, ela terá um regramento próprio no que diz respeito à perda da coisa, conforme os arts. 238 a 240, CC. Lembrando que, neste tipo de obrigação, não há transmissão do direito de propriedade, mas sim devolução da **posse** direta do bem. Antes ou depois da restituição, quem sofre a perda é o credor, já que ele *nunca deixou de ser proprietário* da coisa (*res perit domino*).

Antes da restituição

1. Perda total (ou perecimento): caso não haja culpa do devedor, o credor sofrerá a perda e o contrato se resolve (art. 238, CC). Caso haja culpa do devedor, o credor sofrerá a perda, mas o devedor responderá pelo equivalente, mais perdas e danos (art. 239, CC).
2. Perda parcial (art. 240): caso não haja culpa do devedor, o credor receberá a coisa tal qual se ache, sem direito a indenização. Caso haja culpa do devedor, o devedor responderá pelo equivalente, mais perdas e danos.

> **Art. 238.** Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.
>
> **Art. 239.** Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.
>
> **Art. 240.** Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239.

Depois da restituição

Após a devolução da coisa ao credor, o tratamento será idêntico ao fornecido à obrigação de dar coisa certa.

Exceções à isenção de responsabilidade do devedor

Como vimos, em se tratando de caso fortuito ou força maior (ou seja, fatores que levam ao perecimento ou à deterioração da coisa de forma imprevisível, sem culpa do devedor), o devedor não responderá por perdas e danos do bem. Contudo, existem duas exceções a esta regra:

- **Mora do devedor** (art. 399 do CC): caso o bem a ser entregue se perca ou sofra danos em razão de caso fortuito ou força maior no momento em que o devedor está em mora, ou seja, em atraso no cumprimento da obrigação, ele será responsável pelo pagamento das perdas e danos.
- **Cláusula de assunção de responsabilidade** (art. 393 do CC): caso o bem a ser entregue se perca ou sofra danos em razão de caso fortuito ou força maior, mas exista no contrato uma previsão de responsabilidade por parte do devedor, ele também responderá por esse ocorrido.

Hipóteses de perda do bem

Sempre que estiver em discussão uma obrigação de dar, em havendo perda do bem, a primeira pergunta que deve ser feita é: houve culpa do devedor? Ao responder tal questionamento, nascem dois cenários:

1. O bem perdeu-se por culpa do devedor, fato que levará, então, à extinção do contrato, à restituição dos valores eventualmente pagos e à indenização por perdas e danos (emergentes e lucros cessantes).
2. O bem perde-se sem culpa do devedor, situação que implicará extinção do contrato e restituição dos valores eventualmente pagos, sem indenização.

Caso fortuito e força maior

A definição de tais conceitos não é uniforme na doutrina, mas, de forma geral, dizem respeito a ocasiões nas quais ocorre um fato que não tem origem na conduta do credor e nem do devedor.

Seja caso fortuito ou força maior, a consequência será a isenção de responsabilidade do devedor. Todavia, há exceções:

- Se o devedor estiver em mora, ele será responsabilizado pela perda do bem, ainda que isso tenha sido ocasionado por caso fortuito ou força maior (Art. 399 CC/02).
- Se tiver sido celebrada cláusula de assunção de responsabilidade, o devedor também será responsável (Art. 393 CC/02). Essa cláusula não pode ser aplicada se o contrato celebrado for no âmbito das relações de consumo.