

O art. 26 do referido Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 4.686, de 21-6-1965, passaria a ter a seguinte redação:

“§ 2.º — O Juiz ou o Tribunal determinarão a correção monetária do valor da indenização que fôr fixado em sentença ou acórdão, correção esta que será apurada por ocasião do cálculo final e sempre que houver decorrido prazo superior a um ano a partir da data da avaliação constante do laudo do Perito.

§ 3.º — Sempre que ocorrer atraso no pagamento igual ou superior a um ano, a partir da homologação do cálculo final e uma vez em cada período de ano, poderá ser requerida a correção monetária da indenização. Neste caso, o novo valor a ser acrescido à indenização corresponderá à diferença entre o que tiver sido apurado na forma do parágrafo anterior e o que resultar da correção do valor da indenização correspondente ao tempo compreendido entre a data do laudo do Perito e aquela em que se completaram um ou mais anos da data da homologação do cálculo final”.

Com isso, quer-nos parecer que cessariam as dúvidas existentes, bem como, de uma vez por todas, a incidência da correção sobre correção, como é o caso da cláusula “ano a ano”, contida em diversas decisões.

## A OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA E A OBRIGAÇÃO ACOMPANHADA DE PRESTAÇÃO FACULTATIVA

Dúvidas e soluções em face do Código Civil Brasileiro (\*)

RICARDO CESAR PEREIRA LIRA  
Procurador do Estado da Guanabara

### CAPÍTULO I

#### A OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. — CONCEITO. — FINALIDADE. — FONTES. — COMPARAÇÃO COM OUTRAS FIGURAS OBRIGACIONAIS.

1. A relação obrigacional pode compreender um só objeto, ou uma pluralidade de objetos.

Na primeira hipótese, teremos uma obrigação *simples*; na segunda, estaremos diante de uma obrigação *composta*, também denominada complexa, coletiva ou múltipla (1).

A obrigação *composta* pode ser conjuntiva (também chamada cumulativa), ou alternativa (também chamada disjuntiva).

A conjuntiva é aquela que se apresenta objetivamente plural, dotada de pluralidade de prestações, e que o devedor só cumprirá prestando a totalidade delas. Quanto a essa figura obrigacional, — tal como ocorre com a obrigação *simples* —, não haverá maiores

(\*) Trabalho apresentado à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Concurso para Livre-Docência de Direito Civil.

(1) DOMENICO RUBINO, *Commentario del Codice Civile, a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, Libro Quarto, Delle Obligazioni* (arts. 1.285-1.320), ed. 1963, Nichola Zanichelli Editore (Bologna), Società Ed. Del Foro Italiano (Roma), pág. 1: ‘Con riguardo all’oggetto e al contenuto dell’obbligazione, si suole comunemente distinguere obbligazioni (oggettivamente) *semplici* e obbligazioni (oggettivamente) *complesse, o collettive o multiple* che dir si voglia”.

dificuldades, a partir do momento em que se possa ter a convicção segura de que efetivamente se trata dêste tipo de obrigação.

LAURENT ensinava que a obrigação será conjuntiva quando tenha como objeto várias prestações, estando o devedor vinculado a prestá-las tôdas, em razão de um único título (2).

Assim, quando alguém venda as casas A e B por cinqüenta mil cruzeiros, só dará integral satisfação ao credor entregando as duas, sendo-lhe vedado prestar separadamente a casa A e pedir o preço, por isso que não a vendeu separadamente, compreendendo o contrato as duas casas de modo conjunto. Isso não aconteceria se, no mesmo contrato, êsse alguém tivesse vendido a casa A por quarenta mil cruzeiros, e a casa B por oitenta mil cruzeiros. Teria havido duas vendas, cada qual abrangendo uma coisa: embora sendo um só o contrato, não se configuraria uma obrigação conjuntiva, que pressupõe o mesmo título, e um só fato jurídico.

TOULLIER, citado por LAURENT, entendia que, na obrigação conjuntiva, haveria tantos vínculos quantas fôssem as coisas nela compreendidas, e o devedor poderia fracionar o pagamento, compelindo o credor a receber uma coisa antes da outra. A isso LAURENT objetava, salientando que essa jamais seria uma obrigação conjuntiva, por isso que nela nada existiria de conjuntivo, sendo, ao contrário, tudo separável.

LAROMBIÈRE definia como obrigação conjuntiva aquela que, tendo por objeto várias coisas, obriga o devedor a prestá-las de uma só vez, em virtude de um só e mesmo título. Aduzia, porém, que se as diversas coisas estiverem distintas e separadas, de maneira a criar tantas obrigações diferentes quantos sejam os objetos particularizados, ter-se-ão obrigações simples relativamente a cada qual dêesses objetos. Citava, a seguir, exemplo, de onde se infere que, tal como LAURENT, êle atribuía decisiva importância ao fracionamento do preço (3).

DEMOLOMBE opõe calorosa contestação à opinião de TOULLIER, aderindo ao entendimento de LAROMBIÈRE, e advertindo, finalmente, que a regra da indivisibilidade do pagamento nas obrigações conjuntivas não deve ser tomada como absoluta, podendo o devedor oferecer o pagamento parcial ou separado de cada uma das coisas

(2) F. LAURENT, *Principii di Diritto Civile*, primeira tradução italiana, Società Editrice Libreria, Milão, ed. 1920, vol. XVII, n.º 224, pág. 182.

(3) LAROMBIÈRE, *Théorie et Pratique des Obligations*, Tomo terceiro, arts. 1.188 a 1.225, ed. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, pág. 307.

compreendidas na obrigação, ou podendo o devedor exigi-lo, desde que essa possibilidade resulte dos termos do contrato ou das circunstâncias de fato, seja pela natureza diferente das prestações, seja pela diversidade de tempo e lugar, estabelecidos para o pagamento (4).

Essas dificuldades para uma perfeita identificação de uma obrigação conjuntiva — referidas, exemplificativamente, à luz da doutrina de autores clássicos franceses —, ainda persistem nos dias de hoje. Para que se tenha essa afirmação como procedente, basta ter presentes as considerações de DOMENICO RUBINO sobre o tema (5).

Em que pese ao autorizado opinamento dos que pensam em sentido oposto, não nos parece lógico admitir, em tal hipótese, a pluralidade de obrigações, a possibilidade do cumprimento ou da exigência parcial de cada uma das prestações, dispensar a cada qual um tratamento inteiramente autônomo, e, ainda assim, afirmar que se cuida de uma obrigação conjuntiva. Afigura-se-nos irrespondível o assêrto de AUBRY e RAU, que pedimos vênia para transcrever: “Si plusieurs prestations, distinctes les unes des autres, se trouvaient dues, même en vertu d’un titre unique, il y aurait autant d’obligations simples que de prestations, et non une seule obligation composée” (6).

(4) DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, vol. XXVI, *Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général*, Tomo terceiro, Imprimerie Générale, ed. 1875, págs. 22/26; observa DEMOLOMBE que o texto de ULPIANO (L. 29, f.f. *De verbor. obligat.*) deve ser entendido no sentido de que cada uma das coisas que a obrigação conjuntiva compreende, forma, ela própria, o objeto da obrigação (ver págs. 22/23).

(5) DOMENICO RUBINO, *op. cit.*, págs. 1/3; ainda sobre a matéria, DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, tradução da 6.ª edição italiana, Saraiva, 1934, que reserva a denominação “complexa” àquela obrigação com várias prestações ligadas por um nexo que as reduz a uma unidade indivisível, e opina pela pluralidade de obrigações no caso de várias prestações, sem o referido nexo, possibilitando *solutiones* separadas; MAZEAUD e MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, 2.º Tomo, 3.ª ed., 1966, Ed. Montchrestien, pág. 888: “Le créancier peut exiger le paiement simultané lorsque l’obligation conjunctive est unique mais non, sauf convention contraire, lorsqu’elle est formée d’obligations distinctes”; WALTER STERN, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, verbete *Obbligazioni*, itens 28-29-30, pág. 1.217, ed. 1939, Editrice Torinese; POTHIER, *Oeuvres Complètes*, vol. I, ed. 1835, Depelafol Libraire, pág. 442; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil (Direito das Obrigações)*, 1.ª parte, 2.ª ed., Saraiva, 1962, pág. 114; OROZIMBO NONATO, *Curso de Obrigações (Generalidades-Espécies)*, vol. I, 1.ª ed., Forense, 1959.

(6) AUBRY e RAU, *Cours de Droit Civil Français*, vol. IV, ed. 1902, § 300, pág. 68.

Se se chega à conclusão de que há tantas obrigações distintas quantas sejam as prestações devidas, não nos parece possível afirmar que se está diante de uma obrigação composta conjuntiva. O que existe, em verdade, é uma pluralidade de obrigações simples.

Mas, já agora, cuidando-se de verdadeira obrigação composta conjuntiva, a sua disciplina legal não difere daquela relativa à obrigação simples, inclusive no tocante à indivisibilidade do pagamento, e às conseqüências do inadimplemento.

É certo que quando se fala na indivisibilidade do pagamento na obrigação conjuntiva, é no sentido, por exemplo, de que o devedor não possa forçar o credor a receber um pagamento parcial, já que a divisibilidade pode resultar da natureza e das características de cada prestação, sem prejuízo de que o não pagamento de uma das prestações significará inadimplemento parcial da obrigação, com as mesmas conseqüências da inexecução de parte da prestação em uma obrigação simples (7). Isso porque, na obrigação composta conjuntiva, tôdas as prestações compreendidas na obrigação são devidas, e o devedor só se exonera mediante o pagamento de tôdas elas. Salvo o objeto plural, tudo se passa como se fôra uma obrigação simples. Como assinala CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), essa é a razão que leva o legislador a deixar de estabelecer regras sôbre as obrigações compostas conjuntivas (8).

Acabamos de referir que, na obrigação composta conjuntiva, há pluralidade de prestações, e o devedor só adimplirá pagando tôdas elas. Na obrigação alternativa, há igualmente pluralidade de prestações, mas a obrigação se extingue com a prestação de uma delas.

A deve o carro e dez mil cruzeiros: pluralidade de prestações, que devem ser ambas pagas para que se extinga a obrigação (obrigação composta conjuntiva). A deve o carro ou dez mil cruzeiros: pluralidade de prestações, sendo que com a satisfação de uma só delas, se extinguirá a obrigação (obrigação composta alternativa). De acôrdo com a tradicional fórmula escolástica, frequentemente citada nos textos que tratam da matéria, na obrigação alternativa, "*duae res sunt in obligatione, una autem in solu-*

(7) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, pág. 309; DOMENINO RUBINO, *op. cit.*, pág. 3; OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 325.

(8) CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Doutrina e Prática das Obrigações*, tomo I, 4.<sup>a</sup> ed., Revista Forense, 1956, nota 2, à pág. 194.

*tione*", a qual será objeto de referência mais detida quando analisarmos a estrutura da obrigação alternativa.

Podemos já agora definir a obrigação alternativa nos seguintes termos: é a que compreende duas ou mais prestações, e que o devedor cumprirá com o pagamento de uma delas. Excluimos deliberadamente da definição que vem de ser feita a noção de escolha. Entendemos, como se demonstrará adiante, que a obrigação alternativa pode nascer, desde logo, prevendo-se outra forma de determinação da prestação que não seja a escolha, sem que com isso se descaracterize como verdadeira obrigação alternativa.

2. CLOVIS BEVILAQUA, sem explicitar porque assim lhe parece, acha que a denominação *alternativa* talvez não seja muito adequada a essa figura obrigacional (9).

A doutrina registra que a locução "*obligatio alternativa*" procede dos glosadores, inexistindo nas fontes, onde se encontram expressões como "*rerum alternatio*" e "*locorum alternatio*", e observa que êsse tipo de obrigação não era tratado pelos romanos como uma categoria geral, dado que consideravam o fenômeno à luz de situações concretas, particularmente em relação aos legados (10).

3. A matéria das obrigações alternativas vem tratada em nosso Código Civil, nos artigos 884 a 888, sendo ainda de fazer-se remissão aos artigos 981, 1.700, 1.701 e parágrafo único, e 1.709, do mesmo Código, bem como aos artigos 314, parágrafo único, 900, 901 e 902, todos do Código de Processo Civil (11).

(9) CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das Obrigações*, 8.<sup>a</sup> ed., Livraria Francisco Alves, 1954, pág. 77.

(10) HERNANDEZ GIL (Antonio), in *Naturaliza Juridica de la Obligación Alternativa*, in *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVI, janeiro-dezembro de 1942, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, pág. 549, nota 1: "La denominación procede de los glosadores. Se utiliza alguna vez en las fontes la expresión *rerum alternatio*, pero sin significado tecnico; solo para indicar el contrapuesto de una *locorum alternatio*, cfr. D. 13, 14, 2, 2; 47, 10, 74, 4; 11, 3, 9; 28, 5, 8, 5; se estima que si hubiesen considerado oportuna o necesaria la denominación abstracta, habrían utilizado el término *disiunctivus* (*disiunctiva stipulatio*), como hicieron en casos analogos; por ejemplo, D. 35, 1, 78: "duabus disiunctivis conditionibus..." Véase VALERY GISCARD: *De l'obligation alternative*, Dijon, 1888, pág. 1-2; ANTONINO SMIROLDO, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, ed. 1957, tomo 1, pág. 624, verbete *Obbligazione Alternativa e Facoltativa*; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit.*, pág. 118, invocando SAVIGNY e LOMONACO.

(11) Código Civil francês, ed. Dalloz, 1969-70, arts. 1.189-1.196; Código Civil alemão, ed. trad. para o francês, Librairie Générale de Droit et de

4. As prestações compreendidas na obrigação alternativa podem consistir em dar, fazer ou não fazer; podem ser divisíveis ou indivisíveis; específicas ou genéricas, envolvendo enfim uma grande variedade de hipóteses, não havendo qualquer razão jurídica válida para impedir que as prestações na obrigação alternativa sejam diferentes em seu objeto.

Esse ponto é pacífico na doutrina, e o texto do nosso Código (arts. 884, § 2.º, 885, 886, 887 e 888), aludindo sempre a *prestações*, deixou de incorrer na impropriedade do Código francês, que, em seu art. 1.189, refere-se à “*delivrance de l'une des deux choses*”, produzindo a letra do dispositivo uma limitação descabida, e corrigida pela doutrina francesa (12).

5. Ao contrário do que sugere a letra do Código Civil brasileiro (art. 885: “Se uma das duas prestações...”), a obrigação alternativa pode referir-se a mais de duas prestações. Embora não exista em nosso ordenamento regra idêntica à constante dos artigos 1.196 e 1.291, respectivamente dos Códigos francês e italiano, dispondo que os mesmos princípios se aplicam nos casos em que as prestações, na obrigação alternativa, sejam mais de duas (chamadas obrigações alternativas múltiplas), a doutrina admite-as francamente (13).

Jurisp., 1929, com a colaboração de Bufnoir, Geny, Saleilles e outros, arts. 262-266; Código Civil italiano, ed. CEDAM — Casa Editrice Dott. A. Milani, 1964, arts. 1.285-1.291; Código Civil português, aprovado pelo Decreto-lei n.º 47.344, de 25-11-1966, ed. Livraria Almedina, 1967, art. 543-549; Código Civil espanhol, edição oficial, Madrid, 1968, arts. 1.131-6; Código Civil do Uruguai, ed. Barreiro y Ramos S. A., 1968, anotado pelos professores da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da República Oriental do Uruguai, Drs. Hugo E. Gatti e Héctor J. Cerruti Aicardi, arts. 1.349-1.356; Código Civil do Chile, ed. oficial, Editorial Jurídica de Chile, 1966, arts. 1.499-1.504; Código Civil da Argentina, Ed. Victor P. de Zavalia, 1968, com notas de Velez Sarsfield, arts. 635-642; Código Civil da Venezuela, de 1-10-1942, cópia da ed. oficial, Ed. La Torre, s/d., art. 1.219, al. 2.ª.

(12) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations*, tomo II, ed. Sirey, 1907, pág. 204, nota 2: “Dans l'art. 1.189. ainsi d'ailleurs que dans les art. 1.191 s., le terme chose est pris dans un sens large et comme synonyme de prestation: “Une obligation est alternative, dit *Bigot-Prémeneu*, lorsque quelqu'un s'oblige a donner ou à faire une chose ou une autre, de manière qu'en s'acquittant d'une de ces choses, il soit entièrement libéré”. Exposé des motifs, Fenet, XIII, pág. 245; Loqué, XII, pág. 344, n.º 75, al. 2.º.

(13) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit.*, pág. 119; OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 341; SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, vol. 2.º, ed. Freitas Bastos, 1955, pág. 97: “Tem-se a obrigação alternativa, quando várias coisas estão submetidas, etc. . .”; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI, ed. 1953, pág. 104; FRANZEN DE LIMA, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, vol. II, tomo 1, Ed. Forense, 1958, pág. 51;

6. Outra matéria a ser exposta nestas considerações iniciais é a da finalidade da obrigação alternativa.

Alguns autores conferem à obrigação alternativa a finalidade prática, exclusiva, de operar como garantia de pagamento em favor do credor, partindo do pressuposto, aliás verdadeiro, de que, ao contrário do que acontece na obrigação simples, se uma das prestações se torna impossível por causa inimputável ao devedor, a relação obrigacional não se extingue, subsistindo através do objeto remanescente (14).

Para outros o escopo básico da obrigação alternativa é tornar menos gravosa a situação do devedor (15).

Finalmente, existem aqueles que sustentam que esse tipo de obrigação pode servir tanto às necessidades do credor, como às do devedor (16).

Essa questão não se reduz aos limites de um episódio puramente teórico, já que a posição que se assumira em face dela repercute fundamentalmente em outro problema relevante, que é o do modo pelo qual pode o devedor fazer a opção, no caso de incumbir-lhe a escolha.

Desde que se entenda que a finalidade exclusiva ou primordial da obrigação alternativa seja a de funcionar como *garantia de pagamento em favor do credor*, não há como deixar de concluir que a escolha do devedor não poderá efetivar-se mediante simples declaração de vontade, mas tão-somente pela própria *solutio*.

JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, 4.º vol., 3.ª ed., Borsoi, 1958, pág. 21.

(14) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, pág. 206; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, tomo II, 1.ª ed. brasileira Max Limonad, pág. 908; PLANIOL-RIPPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome VII, *Obligations*, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1931, pág. 356; Carvalho de Mendonça (M. L.), *op. cit.*, pág. 195; CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.), *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, ed. Freitas Bastos, 1947, vol. VI, 1.ª parte, pág. 299.

(15) Essa a opinião de CROME, *apud* DOMENICO RUBINO, *op. cit.*, nota 1, pág. 11, e OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, págs. 345.

(16) ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2.ª ed., da tradução espanhola da 35.ª alemã, por Blas Pérez González e José Alguer, 1954, pág. 101; OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 323; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit.*, pág. 115; VAZ SERRA, *Obrigações Alternativas. Obrigações com Faculdade Alternativa*, in *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n.º 55, abril, 1956, pág. 61 (nota 1); ARNOLDO WALD, *Curso de Direito Civil — Obrigações e Contratos*, ed. Sugestões Literárias, 1969, pág. 36; SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil — Parte Geral das Obrigações*, vol. II, ed. Max Limonad, s/d, pág. 59.

É óbvio que a obrigação alternativa não deixa em princípio de apresentar-se como modalidade obrigacional em que o credor se vê mais garantido contra a eventual impossibilidade inocente de uma ou mais prestações, pois, mesmo que se adote a orientação de admitir a escolha antes da *solutio* —, a obrigação, antes da opção, continuará existindo na medida em que reste um só objeto possível.

Mas êsse fato não elimina a hipótese de que a obrigação alternativa tenha a sua razão de ser — não essencialmente nessa garantia do credor —, mas no interesse do devedor, que, no momento da constituição da obrigação, ainda não tem a convicção segura da prestação que mais lhe interesse entregar, e, assim, reservando-se a titularidade da escolha, defere essa decisão a um momento ulterior.

Quando a opção tenha sido deixada ao credor, é irrelevante indagar-se da finalidade com que as partes ajustaram a obrigação alternativa, e a doutrina não hesita na afirmação do direito que tem o credor de determinar a prestação, antes do momento da *solutio*.

O problema surge quando a escolha caiba ao devedor, ou a terceiro, ou até mesmo quando as partes tenham estipulado outro modo de determinação da prestação, como, por exemplo, um sorteio, que, como se verá, é perfeitamente possível, e não descaracteriza a obrigação como alternativa.

Aliás a doutrina corrente não estuda êsse problema, no caso de escolha de terceiro, ou de outros modos de determinação da prestação.

A nosso ver, as circunstâncias do caso concreto, a pesquisa da vontade das partes, é que poderão conduzir a um resultado. Imagine-se a seguinte situação: Tício é proprietário dos dois exemplares remanescentes de uma obra literária raríssima, dos quais não pretendia desfazer-se por preço algum. Atendendo a apelos insistentes de seu amigo Caio, também bibliófilo, concorda em vender-lhe um dêles. Como ainda não se tenha decidido no momento do contrato, Tício resolve fazer a venda sob alternativa. É evidente — os fatos estão a demonstrar com manifesta clareza —, que esta obrigação alternativa não se pactuou a título de ensejar maior garantia ao comprador (credor), mas para permitir ao vendedor (devedor) uma definição posterior que, por força de

razões pessoais, não era factível no instante da criação da relação obrigacional.

Temos como certo que o devedor, ou o terceiro designado, poderão efetivar a escolha, ou praticar, se êsse fôr o caso, os atos conducentes à determinação da prestação, antes do momento da execução da obrigação, desde que do negócio jurídico não resulte inequívoco que a obrigação se tenha feito sob a forma de alternativa, essencialmente como uma garantia de pagamento em favor do credor.

Quando nos referimos à possibilidade de o devedor praticar atos conducentes à determinação da prestação, queremos aludir àqueles casos em que a determinação tenha sido deixada, por exemplo, aos azares de um sorteio, e, assim, o devedor teria qualidade jurídica, para, antes do instante da execução da obrigação, valer-se dos recursos adequados à obtenção da realização dêsse sorteio.

A obrigação alternativa pode nascer para atender tanto aos interesses do credor, como aos interesses do devedor, e só o exame da situação concreta indicará o caso de que se trate. O que importa é não aceitar a afirmação apriorística e unilateral de que em tôda obrigação alternativa é suposto, essencialmente, ter-se como escopo a maior garantia de pagamento em favor do credor, pois essa é uma formulação que pode não corresponder à realidade dos fatos, e conduzir a soluções erradas no que toca ao importante problema da determinação da prestação com que será feito o pagamento, como se verá adiante, em maior detalhe.

7. As obrigações alternativas podem derivar da lei, ou da vontade das partes, seja através de negócios jurídicos bilaterais, de negócios jurídicos unilaterais, como o testamento ou a promessa de recompensa.

São raros os casos de verdadeiras obrigações alternativas criadas pela lei, pois a lei cria freqüentemente casos de concurso alternativo de direitos distintos, como é o caso do artigo 880, do Código Civil (17), ou situações de alternatividade que não con-

(17) CLÓVIS BEVILAQUA, em seus *Comentários*, vol. IV, págs. 24-25, ed. 1917, Livraria Francisco Alves, salienta que, dos termos do art. 880 do Código Civil não se extrai que a obrigação *faciendi* "seja alternativa, nem que o devedor possa impedir o prosseguimento da ação do credor, oferecendo pagar perdas e danos. Estas resultam da condenação do réu ou da vontade do credor.

substanciam verdadeira obrigação alternativa (art. 950, parágrafo único, do Código Civil).

ARNOLDO WALD indica como de obrigação alternativa o caso do artigo 719, do Código Civil, relativo a usufruto de títulos de crédito, que autoriza o usufrutuário a empregar a importância recebida da respectiva cobrança, assegurando, contudo, ao proprietário, findo o usufruto, o direito de optar entre receber os novos títulos e exigir, em espécie, o dinheiro (18).

PONTES DE MIRANDA enuncia como exemplo de obrigação alternativa, oriunda da lei, a de executar, que tem o mandatário, se faz contrato em nome do mandante, e esse não ratificou a falta de poderes, que o terceiro desconhecia, salientando que os artigos 884/888 do Código Civil se aplicam às obrigações alternativas oriundas da lei (19).

Podemos apontar como caso de obrigação alternativa, derivada da lei, a hipótese contemplada no artigo 403, do Código Civil, em virtude do qual o obrigado a fornecer alimentos poderá optar entre pensionar o alimentando, ou dar-lhe casa, hospedagem e sustento. O respectivo parágrafo único, e o artigo 25, da Lei número 5.478, de 1968, tratam de hipóteses específicas, não impedindo admitir-se que o *caput* do artigo configure verdadeira obrigação alternativa.

As obrigações alternativas podem, como dito, derivar de disposições de última vontade, de que são exemplo corrente os legados alternativos, disciplinados nos artigos 1.700, 1.701 e 1.709, do Código Civil brasileiro. A essas obrigações aplicam-se, em princípio, as disposições dos artigos 884/888. OROZIMBO NONATO

---

Da condenação, porque o Juiz imporá ao devedor a execução do prometido ou pagamento de perdas e danos. Da vontade do credor, porque este poderá propor a opção entre o cumprimento da obrigação ou perdas e danos. Como observa TEIXEIRA DE FREITAS, nota ao art. 952 do Esboço, "o pagamento de perdas e interesses não é o cumprimento da obrigação, é o único remédio possível contra a falta do devedor".

(18) ARNOLDO WALD, op. cit., pág. 36; OROZIMBO NONATO, citando WALD, reproduz o mesmo exemplo, in *Repertório Enciclopédico do Dir. Brasil*, vol. 35/81.

(19) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 22, ed. Borsoi, 1958, pág. 127, e vol. 43, ed. Borsoi, 1963, pág. 72; TEIXEIRA DE FREITAS, na Consolidação, em nota ao art. 564, mostra como caso de obrigação alternativa legal a opção que tinha o comprador, demandado pela ação de lesão, para restituir ao vendedor a coisa comprada, recebendo o seu preço, ou para inteirar o justo preço, segundo o que a coisa valia ao tempo do contrato.

assevera que os testamentos constituem a fonte mais comum de obrigações alternativas (20).

8. Estabeleçam-se, agora, os traços diferenciais entre a obrigação alternativa e outras espécies de obrigações.

Queremos esclarecer que, nessa oportunidade, não poremos em tela as obrigações condicionais, das quais trataremos quando analisarmos a estrutura da obrigação alternativa, bem como não faremos referência a um tipo especial de obrigação, — as imprópriamente chamadas "obrigações facultativas" —, na qual o devedor se reserva a faculdade de entregar outra prestação determinada, ou pelo menos determinável, em lugar da prestação devida. Aliás, vale esclarecer que não fizemos qualquer alusão a esta espécie de obrigação, quando, a título introdutório, examinamos as obrigações simples e compostas, por isso que as imprópriamente chamadas "obrigações facultativas" nada mais são que obrigações *simples*, sem objeto plural, e que só por uma impropriedade de classificação são colocadas entre as obrigações compostas (21).

Vejamos, inclusive para maior nitidez do conceito das obrigações alternativas, as diferenças e pontos de contacto entre elas e outras figuras de obrigação.

9. A obrigação alternativa e a obrigação genérica guardam em comum a circunstância de que, em ambas, ocorre a relativa indeterminação do objeto da obrigação. Todavia a indeterminação que se verifica na obrigação alternativa não é a mesma que acontece na obrigação genérica. Na primeira, que é objeto de atenção específica neste trabalho, as prestações nascem individualizadas, concretas, e a indeterminação está no fato de, até o momento da determinação, não se saber qual delas será utilizada para o pagamento da obrigação. Na segunda, a prestação não é individualizada.

É bastante elucidativo e simples o exemplo trazido à luz por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: se alguém deve o cavalo Relâm-

---

(20) OROZIMBO NONATO, in *Repertório* cit., vol. 35/81; GIORGIO GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, ed. Casa Ed. Fratelli Cammelli, 1899, página 479, registra que o contrato é a fonte principal e mais freqüente de obrigações alternativas.

(21) SÍLVIO RODRIGUES, op. cit., pág. 26: "A obrigação *facultativa* fica mal classificada entre as obrigações múltiplas, pois, a rigor, ela não tem por objeto senão uma prestação, que é a efetivamente devida ao credor".

pago ou o cavalo Trovão, é alternativa a obrigação; se deve um cavalo de sua coudelaria, é genérica (22). Essa diferença de grau na indeterminação, que aparece mais elevado na obrigação genérica (23), se revela através de diferenças substanciais entre os dois tipos, e que estão apreendidas com precisão científica na formulação de BARASSI, salientando que, na genérica, a pluralidade, da qual uma só parte deve ser prestada, é *estruturalmente homogênea*, ao contrário do que se tem na alternativa em que está presente uma pluralidade *de bens reciprocamente heterogêneos* do ponto-de-vista ontológico, indicados de per si, e que estão acidentalmente reunidos no mesmo negócio jurídico, e entre os quais passa a existir a mesma possibilidade de substituição recíproca que existe entre os bens componentes de um mesmo gênero (24).

Daí resulta que, embora os artigos 875/6 do Código Civil falem em escolha, essa não existe propriamente na obrigação de gênero, onde o que ocorre é uma *concretização*, que já existe na alternativa, e onde então a questão da determinação pode corretamente pôr-se em termos de eleição, em termos de opção entre várias prestações que desde o início nasceram individualizadas, aguardando apenas o fato da *concentração* para que a obrigação passe do estado de relativamente indeterminada (quanto ao objeto) para o de uma obrigação perfeitamente determinada (quanto ao objeto). Na genérica, o que conduz à determinação é a *concretização*; na alternativa, o que leva à determinação é a *concentração*, ou seja a escolha entre duas ou mais prestações já em si concretas e individualizadas. Por força dessas razões observa PONTES DE MIRANDA que, se se deseja falar em *escolha*, há de acentuar-se que na genérica a escolha é *interna* (qualquer bem dentro de *a*, que é o gênero), e na alternativa a escolha é externa (opção entre *x* ou *y*) (25).

Daí a necessidade de distinção quanto à escolha, regulada no artigo 875, do Código Civil brasileiro, em que se preceitua que o devedor “não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a pres-

(22) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, ed. Forense, 1962, pág. 95.

(23) PIRES DE LIMA (Fernando Andrade) e ANTUNES VARELA (João de Matos), *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editôra, Ltda., 1957, pág. 257.

(24) BARASSI, LUDOVICO, *La Teoria Generale delle Obligazioni*, vol. I, ed. Dott. A. Giuffrè, 1963, págs. 242/3.

(25) PONTES DE MIRANDA, *Tratado cit.*, vol. 22, págs. 102 e 124.

tar a melhor”, no artigo 1.697, do mesmo Código, em que se estabelece regra análoga no caso de legado de coisa genérica, à opção do herdeiro, e ainda no artigo 1.699, em que se dá ao legatário, quando a eleição lhe incumba, o direito de haver a melhor coisa. Regras desse tipo não são necessárias na obrigação alternativa, pois nesta as prestações já são concretas e individualizadas.

Há ainda a observar que, como o gênero nunca perece, nas obrigações genéricas a obrigação não se extingue pelo perecimento dos indivíduos que o devedor tenha eventualmente em seu patrimônio. Essa idéia não é compatível com as alternativas, em razão do que já ficou exposto (26). Contudo é de notar-se que o princípio *genus non perit* não é de ser recebido sem restrições, por isso que nos casos de obrigação genérica limitada, o desaparecimento inocente de tôdas as espécies tem como consequência a extinção da obrigação (27).

O gênero pode sofrer limitações, noção de que acabamos de valer-nos, para advertir quanto à impossibilidade da aceitação, em termos absolutos, do princípio “*genus non perit*”.

DUMOULIN, citado por LAROMBIÈRE, aludia a uma obrigação *generis subalterni*, referindo-se a um gênero especificado dentro de um conjunto genérico maior, ainda que esse gênero subalterno contivesse apenas dois ou três indivíduos. O caso seria de uma obrigação genérica, pois a maior ou menor quantidade de componentes é fato sem influência sobre a natureza essencial da obrigação. Não se cuidaria de uma obrigação alternativa, dizia DUMOULIN, pois esta pressupõe uma nítida expressão de alternativa (28).

Temos, então, que a obrigação alternativa pode referir-se a duas, três, ou mais prestações (obrigação alternativa múltipla), e o gênero (limitado) pode compreender igualmente pequena quantidade de indivíduos, sendo assim, às vezes, delicada, como afirma LACERDA DE ALMEIDA, a distinção entre a obrigação alternativa e a de gênero (29). Nesses casos, se se está diante de uma obrigação genérica ou de uma obrigação alternativa, é matéria

(26) CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., pág. 197.

(27) DE RUGGIERO, op. cit., pág. 41.

(28) LAROMBIÈRE, op. cit., pág. 312.

(29) LACERDA DE ALMEIDA (Francisco de Paula), *Obrigações*, Ed. Cesar Reinhardt, 1897, pág. 104 (nota 5).

de interpretação do negócio jurídico, verificação da vontade das partes, para saber se os indivíduos foram considerados concretamente, individualizadamente, tomadas em consideração as qualidades individuais dos vários conteúdos de prestação, ou se foi visualizado o todo, o conjunto, o complexo (30).

Resta referir que nada impede que sejam genéricas as prestações alternativas, ou que uma seja específica e outra genérica (31), cumprindo, então, eliminar a incerteza subjetiva, dependente da vontade das partes, determinando-se qual dos gêneros prevalecerá, e, em seguida, eliminar a incerteza objetiva, dentro do gênero escolhido, procedendo-se à concretização, com o que, afinal, se chegará à determinação do objeto da prestação.

10. Considere-se, neste momento, a obrigação alternativa em face da obrigação solidária.

Como acentua REGINA GONDIM, a relativa indeterminação da obrigação, tanto aparece nas obrigações solidárias, como nas obrigações alternativas e nas genéricas. A indeterminação da obrigação solidária, porém, se refere ao aspecto subjetivo da relação obrigacional, sendo que essa incerteza não se refere à qualidade de titular do crédito, ou à de obrigado, mas o que é incerto é qual dos credores irá receber (solidariedade ativa), ou qual dos devedores realizará o pagamento (solidariedade passiva) (32).

Da mesma forma que, na obrigação alternativa, o pagamento de uma das prestações extingue a obrigação, — na obrigação solidária, o pagamento feito a um dos credores, ou por um dos devedores, extingue a obrigação. Essa semelhança, referem BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, levou o jurista alemão FITTING à construção da sua teoria da obrigação solidária, segundo a qual, nessa última espécie, o que há é uma alternativa concernente aos sujeitos (33). Dentro dessa ordem de idéias é que COLMO, estudando a obrigação alternativa, menciona uma solidariedade *real e objetiva* entre prestações, aduzindo que, nas duas espécies, há uma conjunção que solidariza, em uma, as pessoas, em outra, as prestações.

(30) LARENZ, KARL, *Derecho de Obligaciones*, tomo I, versão espanhola de Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 166; PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit., vol. 22, pág. 124, *in fine*.

(31) SERPA LOPES, op. cit., pág. 102; ORLANDO GOMES, *Obrigações*, Ed. Forense, 1961, pág. 86.

(32) REGINA GONDIM, *Natureza Jurídica da Solidariedade*, Ed. Conquista, 1958, págs. 13/14.

(33) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., vol. cit., pág. 250.

Em ambas há uma eleição, e, segundo o referido autor, praticada essa eleição definitiva, a conjunção desaparece (34).

Embora o paralelismo traçado entre essas duas figuras de obrigação seja merecedor de aceitação, e proclamado por consagrados autores, tanto na doutrina estrangeira como nacional (35), e não deixe efetivamente de consubstanciar aproximação entre as obrigações alternativas e solidárias, é igualmente de bom alvitre ter presente a diferença estrutural entre as mesmas existente, de vez que, enquanto nas primeiras a pluralidade de objetos (embora um só dêstes é que será prestado) é essencial, nas outras a pluralidade de sujeitos é que é da essência (36). RUBINO averba o paralelismo em tela de excessivo, não só em nome da diferença estrutural que indica (na solidária, os credores ou devedores participam efetivamente da relação obrigacional, enquanto na alternativa, segundo seu ponto-de-vista pessoal, as prestações estão fora da relação, nela ingressando aquela sobre a qual vem a cair a determinação), mas também quando se analisem através do prisma funcional, pois o fenômeno da garantia do credor intervém diretamente na mecânica da obrigação solidária, e só o faz de maneira indireta na alternativa. É evidente que o citado autor está aludindo, nesse passo, à obrigação solidária passiva (37). Ademais, cabe ressaltar que o credor tem o direito de exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum, continuando, no primeiro caso, todos os demais devedores obrigados solidariamente pelo resto (artigo 904 do Código Civil brasileiro), e que o credor, propondo ação contra um dos devedores solidários, não fica inibido de acionar os outros (artigo 910 do Código Civil brasileiro), quando o que domina na obrigação alternativa é o princípio do pagamento integral de uma das prestações (artigo 884, § 1.º, do Código Civil brasileiro), e o princípio da irrevogabilidade da opção, como se verá (38).

(34) COLMO (ALFREDO), *De las Obligaciones en General*, 3.ª ed. Abeledo-Perrot, B. Aires, s/d, pág. 262.

(35) DEMOLOMBE, op. cit., vol. cit., n.º 119, *in fine*, pág. 93; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., págs. 197/8; EDUARDO ESPÍNOLA, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. II, tomo I, 2.ª ed., Freitas Bastos, 1944, páginas 192/193.

(36) CUNHA GONÇALVES, *Trat.*, vol. e tomo cit., pág. 908.

(37) RUBINO, op. cit., pág. 8, nota (3).

(38) V. HERNANDEZ GIL, op. cit., pág. 568, invocando os textos do Código Civil espanhol, aplicáveis à hipótese.

11. Entre a obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de cláusula penal há um ponto de aproximação consistente no fato de que as prestações não são de ser pagas uma e outra. É curial que se faz referência à cláusula penal compensatória, que funciona como prefixadora do valor do prejuízo sofrido pelo credor com o inadimplemento.

O que há a considerar, contudo, é que, na obrigação alternativa, as duas prestações estão colocadas em um mesmo plano; na obrigação com cláusula penal, a prestação da pena, como subsidiária, pressupõe o descumprimento da obrigação.

Assim, o devedor não tem opção entre o descumprimento da obrigação e o pagamento da pena.

Quanto ao artigo 918 do Código Civil brasileiro, êle tem sempre como pressuposto o inadimplemento de uma obrigação, e o que, em realidade, embora de maneira defeituosa, diz o legislador, no referido dispositivo, é que o credor não poderá exigir simultaneamente a pena e o cumprimento da obrigação, tal como acontece na obrigação alternativa em que o *reus credendi* não pode reclamar uma "e" outra prestação.

Apenas, para concluir, em tema que não oferece dificuldade maior, basta considerar que, contrariamente ao que se verifica com as prestações sob disjuntiva, em matéria de cláusula penal, a nulidade da obrigação importa a da cláusula penal (artigo 922 do Código Civil brasileiro), e a resolução da obrigação, sem culpa do devedor, resolve igualmente a cláusula penal (artigo 924 do Código Civil brasileiro) (39).

## CAPÍTULO II

### A OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. — ESTRUTURA. — CARACTERÍSTICAS.

12. Cabe agora examinar se, na obrigação alternativa, são devidas as duas (ou mais) prestações, ou se uma só é devida, bem como se existem tantas obrigações quantas sejam as prestações, ou

(39) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., vol. cit., pág. 213; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., pág. 197; MUCIO CONTINENTINO, *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*, ed. Livr. Acadêmica, 1926, págs. 63/65.

se, contrariamente, em que pese a pluralidade de prestações, há a unicidade do vínculo.

Já se viu que os romanos não elaboraram uma construção teórica da obrigação alternativa, e a opinião mais antiga remonta aos glosadores, predominando a idéia da pluralidade de obrigações (40).

A elaboração se embasava na teoria das condições, entendendo-se que as obrigações se achavam reciprocamente condicionadas, quanto ao seu nascimento ou quanto à sua execução. Como refere HERNANDEZ GIL, em seu estudo já citado, sustentava-se que a obrigação A existiria condicionada à não existência da obrigação B; a obrigação A se extinguiria com o nascimento da obrigação B.

De outro lado a obrigação B existiria condicionada à não existência da obrigação A, e a obrigação B se extinguiria com o nascimento da obrigação A. Já agora, fazendo incidir a condicionalidade não sobre a existência do vínculo, mas sobre a execução de cada uma das obrigações, ter-se-ia que a obrigação A existiria condicionada à não execução da obrigação B, e a B condicionada à não execução da obrigação A.

Era dominante essa idéia de que as duas eram devidas, ao menos cada uma delas sob a condição de que a outra não fôsse prestada, quando DUMOULIN, como refere LAURENT, a atacou com o seu vigor habitual, qualificando de errônea a concepção segundo a qual os dois objetos estariam compreendidos na obrigação, e assim seriam igualmente devidos.

Em verdade, um só é o devido, e no momento em que nasce a obrigação não se pode saber qual dêles, pois isso fica na dependência da escolha a ser feita pelo devedor ou pelo credor.

LAURENT, na obra citada, assevera que, a exemplo de TOULLIER, adere à opinião de DUMOULIN, no sentido de que o objeto da obrigação alternativa é uma coisa incerta e ainda não determinada entre duas coisas determinadas, e que se tornará certa e determinada como efeito da escolha do devedor ou do credor, de tal forma que, antes dessa escolha, não se sabe qual seja efetivamente a devida.

POTHIER não se define decisivamente na controvérsia, embora pareça tender para a conclusão de que são tôdas devidas, ainda que não o sejam determinadamente (41).

(40) LAURENT, op. cit., pág. 175; HERNANDEZ GIL, op. cit., pág. 556.

(41) Cfr. LAURENT, op. cit., pág. 175; POTHIER, op. cit., vol. cit., *Traité des Obligations*, n.º 248, pág. 442, declara: "Du principe par nous établi, que

LAROMBIÈRE, referindo-se à questão, a considera “purement oiseuse”, e, depois de anotar a aspereza com que DUMOULIN combate a idéia dos antigos doutores, aduz que o sentimento do mesmo é o único que lhe parece conforme com a natureza da obrigação alternativa. Diz êle que se o devedor não está obrigado a prestar tôdas as coisas, mas sòmente uma delas, não é verdadeiro que tôdas elas estejam na obrigação, isto é, sejam tôdas igualmente devidas. Como estão compreendidas no ato, não simplesmente, mas alternativamente, é evidente que elas não estão compreendidas na obrigação da mesma maneira. Até a escolha que será feita pelo devedor ou pelo credor, ignora-se qual será o objeto definitivo da obrigação. E prossegue LAROMBIÈRE, afirmando ser nesse sentido que POTHIER declara que, em uma obrigação alternativa, tôdas as cousas são devidas, sem que, contudo, qualquer delas seja devida determinadamente, — terminando por qualificar de injusta a crítica que TOULLIER faz a POTHIER, acusando-o de êrro e inexactidão, já que a opinião do último, no seu entender, não se afasta, em substância, do pensamento de DUMOULIN (42).

DEMOLOMBE anota que é precisamente na incerteza que existe antes da escolha que é preciso apreciar o caráter da obrigação alternativa, e verificar se as duas cousas estão igualmente *in obligatione*. Antes enfatizara a diferença entre a alternativa e a genérica, para dizer que a primeira compreende determinadamente cada uma das coisas a que se refere, o que não ocorre na segunda, que, ao nascer, só pode produzir um direito de crédito, *jus ad rem*, sem conferir jamais um direito de propriedade, *jus in re*. Como se vê, no fundo de todo o debate, jaz o problema do momento da transferência da propriedade, nas obrigações alternativas, à luz do artigo 1.138 do Código Civil francês: LAURENT, por exemplo, sustentava que a propriedade só se transferia no momento da determinação; DEMOLOMBE concluía que a alternativa conferia ao estipulante, logo na sua formação, o direito de propriedade (*jus in re*), já que, com a escolha, a propriedade seria considerada retroativamente como se tendo transferido ao credor desde o dia do contrato (43).

les choses comprises dans une obligation alternative sont toutes dues, sans néanmoins qu'aucune soit due déterminément...”.

(42) LAROMBIÈRE, op. cit., págs. 310/311.

(43) LAURENT, op. cit., pág. 178; DEMOLOMBE, op. cit., pág. 17.

DEMOLOMBE era de opinião que as duas coisas estavam compreendidas na obrigação da mesma maneira, e no mesmo grau, não sendo mais devida uma que a outra, nem antes que a outra; as duas no mesmo plano, ocorrendo entre elas uma solidariedade real, tal como, nas solidárias, se tem uma solidariedade pessoal (44).

13. A utilização da teoria das condições para explicar a estrutura da obrigação alternativa não é de ser recebida, pois esta última não pode ser confundida com a obrigação condicional. Na condicional, a incerteza está na existência da própria obrigação; na alternativa, não há incerteza quanto à existência da obrigação, mas sim quanto a qual das prestações será utilizada para o pagamento.

A obrigação alternativa é uma obrigação pura, sem modalidades, que nasce, e passa a existir, como tal, de imediato. O que ela tem é um objeto plural, indeterminado, mas determinável; a obrigação condicional tem a sua eficácia subordinada a um acontecimento futuro e incerto (45).

Vale também mencionar que o exercício da escolha não é uma condição, porque não fica dependente dela a própria obrigação, nem a escolha é um fato incerto, pois, como se verá, no caso de recusa de uma das partes o poder de escolha passará à outra, e, como também se observa, se fôsse a escolha uma condição, não teria explicação o fato de a obrigação alternativa poder executar-se, quando a escolha deixa de poder efetivar-se, por ter-se tornado impossível uma de duas prestações (46). Há a assinalar ainda que se não pode tènicamente conferir ao fato da escolha a qualificação técnica de uma condição, porque esta última consubstancia um elemento accidental do negócio jurídico, enquanto a escolha está ligada à determinação de um elemento essencial, que é o objeto (47).

(44) DEMOLOMBE, op. cit., pág. 9.

(45) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., pág. 211; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo III, 2.<sup>a</sup> ed., 1950, pág. 269; LAURENT, op. cit., pág. 185; DEMOLOMBE, op. cit., pág. 29; LAROMBIÈRE, op. cit., pág. 314; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda e Bensa, vol. 2.<sup>o</sup>, 1925, pág. 17.

(46) CUNHA GONÇALVES, *Trat. cit.*, vol. cit., págs. 910/11.

(47) ALLARA (MARIO), *Le Nozioni Fondamentali del Diritto Civile*, volume 1.<sup>o</sup>, 5.<sup>a</sup> ed. (litográfica), G. Giappichelli-Editore, Torino, 1958, pág. 520; RUBINO (DOMENICO), op. cit., pág. 10.

14. Outros pretendem explicar a estrutura da obrigação alternativa através da teoria da pendência, suspensiva ou resolutive.

De acôrdo com a teoria da pendência suspensiva, concebida, segundo HERNANDEZ GIL (48), pelo jurista clássico italiano BARTOLOMEO CHESIO, e aproveitada pelo alemão FITTING, na obrigação alternativa não é incerto se se deve, mas somente qual das prestações é a devida; e, por conseguinte, quando se constitui a obrigação, nenhuma das prestações forma o seu objeto. Só com a eleição é que a prestação sobre a qual a mesma incidiu passa a fazer parte da relação obrigacional, tendo portanto a escolha não simplesmente uma eficácia declaratória, mas constitutiva, de vez que ela cria o objeto da obrigação.

Para os adeptos da teoria da pendência resolutive, tôdas as prestações integram inicialmente a obrigação e são devidas, mas, uma vez praticada a escolha, somente a escolhida fica sendo a devida, produzindo-se a extinção da obrigação com relação às demais.

PLANCK-SIBER, REHBEIN, ENDEMANN, CROME e outros integram essa corrente, observando ENNECCERUS-LEHMANN que por ela parece pronunciar-se o artigo 262 do Código alemão (49).

LITTEN adota a tese da pendência resolutive quando a opção esteja atribuída ao credor, e sustenta a da pendência suspensiva na hipótese de escolha do devedor (50).

WINDSCHEID opina que, se o credor tem a escolha, deve dizer-se que tôdas as prestações estão de imediato *in obligatione*, e se a escolha está com o devedor somente com a efetiva prestação se evidencia o conteúdo da prestação devida (51).

(48) HERNANDEZ GIL, op. cit., pág. 559.

(49) ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., vol. cit., pág. 103, nota 4; art. 262 do Código alemão: "Lorsque plusieurs prestations sont dues de telle manière que l'une ou l'autre seulement doit être effectuée, le droit d'option, dans le doute, appartient au débiteur" (tradução francesa referida na nota 11 do presente trabalho).

(50) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. cit., pág. 124; HERNANDEZ GIL, op. cit., pág. 560.

(51) WINDSCHEID, op. cit., vol. cit., pág. 18, nota 5: "Se il creditore ha la scelta, si deve dire, che ogni contenuto di prestazione è subito *in obligatione*, poichè nulla impedisce al creditore di far valere subito la sua volontà, che gli venga prestato appunto questo contenuto. Quindi la decisione nella L. 76. D. de leg. I.º 30. V. anche L. 112 pr. D. V. O. 45.1, L. 11 D. de fundo dot. 23.5, L. I. C. eod. 5.23. Diversamente, se la scelta al debitore; in questo caso non si può dire subito d'alcun contenuto di prestazione, che esso sia precisamente dovuto, ma soltanto colla prestazione effettiva si manifesta il contenuto di prestazione dovuto. Quindi L. 75, § 4 D. de leg. I.º 30, L. 50 § 1.º D. de leg. II.º 31. V. anche L. 75 § 8.º D. de V. O. 45.1".

Anota-se que a teoria da pendência, indicada como um esforço de explicação para a fórmula "duæ res in obligatione; una in solutione", teve o mérito de haver superado a teoria pluralista (existência de várias obrigações na alternativa, tantas quantas sejam as prestações), e que, conseqüentemente, representou um retrocesso a concepção de PESCATORE, segundo a qual, na alternativa, haverá uma só obrigação, ou pluralidade de obrigações, conforme a escolha caiba ao devedor ou ao credor. Isso porque, segundo PESCATORE, quando a opção incumbe ao primeiro, a obrigação teria um conteúdo alternativamente determinado, sabendo-se de modo abstrato que algo será prestado, e podendo satisfazer-se a obrigação mediante qualquer das prestações concretas, reputadas equivalentes. Nesse caso, a obrigação seria única, porque o credor só pode acionar o devedor de modo alternativo. Ao contrário, quando a opção é do credor, haveria a coexistência alternativa de várias obrigações, de várias pretensões de crédito, em situação análoga à que ocorre, por exemplo, no caso de vício redibitório, em que há um "curso eletivo de ações", entre a redibitória e a *quanti minoris*. Entre as várias objeções válidamente postas à concepção de PESCATORE, é suficiente destacar que a simples atribuição da escolha ao devedor ou ao credor, não deve constituir fator de influência decisiva na essência e na estrutura da obrigação (52).

A teoria da pendência resolutive é repelida com o argumento de que a afirmação segundo a qual aquêle que deve "uma ou outra" deve provisoriamente "cada uma das duas coisas" implica em uma contradição lógica; e a da pendência suspensiva é considerada ainda menos satisfatória, porque pressupõe, ao princípio, uma obrigação destituída de objeto, que só surgiria com a escolha (53).

Além das acima mencionadas, outras teorias de menor voga se propõem a explicar a estrutura da obrigação alternativa, como, por exemplo, a de RYK, que tem a obrigação alternativa como obrigação modal, trazendo, dessa forma, contribuição que em nada esclarece o tema; e a daqueles que, partindo da distinção entre débito e responsabilidade, sustentam que a obrigação alternativa é única com respeito à responsabilidade, e múltipla quanto ao

(52) HERNANDEZ GIL, op. cit., págs. 565/7.

(53) ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., vol. cit., pág. 103, nota 4; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. cit., págs. 123/4.

débito, bastando considerar, quanto a essa última teoria, que, na alternativa, o débito é único, embora tenha por objeto uma ou outra das prestações, e que os próprios partidários da concepção binária da relação obrigacional (débito-responsabilidade) dela não se socorrem para fixar a estrutura da obrigação alternativa (54).

15. A doutrina brasileira se manifesta pela *unidade de vínculo* na obrigação alternativa, e recebe o sufrágio quase unânime dos nossos autores a idéia tradicional de que as *duas (ou mais) prestações são devidas, embora disjuntivamente*. Assim, por exemplo, a lição de CARVALHO DE MENDONÇA (MI), OROZIMBO NONATO, TITO FULGÊNCIO, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e SERPA LOPES (55).

ORLANDO GOMES não se demora na apreciação da matéria, considerando-a sem maior interesse prático, e afirmando que prevalece a doutrina da unidade (56).

(54) HERNANDEZ GIL, op. cit., págs. 569/570.

(55) CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., pág. 195: "... Não há dúvida, porém, que todos os objetos são devidos desde que o laço se contrai; estão na linguagem técnica, *in obligatione*, embora indeterminadamente". — Não é exata a afirmação que se segue ao trecho transcrito, segundo a qual "quando a escolha concentra a obrigação em uma das prestações, as outras ficam *in facultate solutionis*", pois, determinada a prestação pela escolha, o devedor não pode mais pretender solver a obrigação com uma das demais, como ocorreria se elas remanescessem *in facultate solutionis*; OROZIMBO NONATO, *Curso* cit., pág. 338: "Trata-se, pois, de obrigação única, de conteúdo particular, limitadamente determinado. Duas ou mais prestações formam-lhe o objeto, mas devidos (*sic*) disjuntivamente"; TITO FULGÊNCIO, *Do Direito das Obrigações — Das Modalidades das Obrigações* (arts. 863/927), ed. Forense. 1958, pág. 148: "As soluções admitidas pelo nosso Código em matéria de obrigação alternativa implicam a adoção da teoria, ora mais ou menos universalmente aceita, segundo a qual os dois objetos são considerados desde já como devidos"; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op. cit., pág. 94, onde refere ser despidendo frisar que a obrigação alternativa não compreende obrigações distintas, cada uma com o seu objeto, mas uma e só *obligatio* com pagamento indivisível, e, depois de mencionar o opinamento de ENNECCERUS, que o autor inclui entre os adeptos da teoria da pendência resolutória, no sentido de que só é devida aquela coisa sobre que venha a incidir a escolha, assevera que a doutrina tradicional não se compadece com este preciosismo, preferindo conservar a noção de que tôdas as prestações são devidas, liberando-se o devedor pelo pagamento de uma delas; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso* cit., pág. 119, declara que, em seu modo de ver existe na alternativa uma única obrigação, e quanto ao mais, não se contém em seu texto afirmação taxativa de que as duas (ou mais) prestações sejam devidas desde o início; SERPA LOPES, *Curso* cit., págs. 94 e segs., qualificando o problema de agudo, depois de, em síntese, expor as teorias sobre a matéria, conclui, invocando a autoridade de SCUTO, que se trata de obrigação única e perfeita, embora possua conteúdo particular, limitadamente indeterminado, salientando que as duas ou mais prestações são devidas disjuntivamente, embora não efetivamente devidas, pois não devem tôdas ser dadas ou exigidas.

(56) ORLANDO GOMES, op. cit., pág. 88.

PONTES DE MIRANDA é a autorizada voz discrepante entre os os autores nacionais, no que toca, não à unidade do vínculo, mas ao outro problema em tela, asseverando categòricamente que "já se deve uma prestação, e só uma; apenas essa prestação ainda não está determinada". E completa, insistindo que "o crédito é um só, uma só a obrigação, uma só a prestação: essa, indeterminada a princípio, se determina pela escolha pelo que *pode* e *tem direito* de escolher (credor, devedor ou terceiro)" (57).

A observação de ORLANDO GOMES, acima referida, embora não possa ser generalizada de forma a abranger aquêles ordenamentos em que, como, por exemplo, no direito francês (Código Civil, artigo 1.138) e no direito italiano (Código Civil, artigo 1.376), em princípio, a propriedade se transfere pelo contrato, é procedente em sistema como o nosso, em que, contrariamente, o só contrato não transfere o domínio das coisas (Código Civil brasileiro, artigo 620). Semelhante observação já fizera SALEILLES, notando que a controvérsia tinha interesse prático no Código Civil francês, sobretudo no tocante à questão da transferência de propriedade, e que êsse interesse já não fazia sentir-se na teoria do projeto do Código alemão, que não admitia à só convenção o efeito translatício da propriedade (58).

Essa circunstância, porém, se diminui a responsabilidade de quem versa o tema, não o isenta do dever de definir-se diante dêle.

Parece-nos, sobretudo em nosso ordenamento, que o problema é mais de palavras do que de idéias. E nesse passo, pedimos vênha para transcrever a aguda observação de GIORGI:

"A noi fa senso non tanto la mancanza di costruito pratico in una questione di simil genere, quanto il linguaggio oscuro e imperfetto della sua formula, che sostituisce le parole alle idee. Noi diciamo infatti, le due prestazioni poste in alternativa sono veramente *in obligatione* nel senso, che il pagamento tanto dell'una, quanto dell'altra può estinguere l'obbligazione. Non sono *in obligatione* nel senso che tutte e due debbono essere pagate. Egli è dunque un perfetto sofisma il volere ri-

(57) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, págs. 123/4.

(58) SALEILLES, Raymond, *Etude sur la Théorie Générale de l'Obligation (d'après le Premier Projet de Code Civil pour l'Empire Allemand)*, 3.<sup>a</sup> ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925, pág. 8, nota 5.

solvere senza il soccorso di opportune distinzioni, se le cose poste in alternativa siano *in obligatione*. Altra sarà la risposta, se esamineremo la questione all'effetto dei rischi e pericoli; altra, se all'effetto della trasmissione del dominio: altra, se per determinare le conseguenze giuridiche della colpa, in cui incorra l'una e l'altra delle parti" (59).

Entre nós, como já visto, estando afastada a questão da transferência da propriedade, o problema, quanto ao aspecto que ora se focaliza, se resume em disciplinar o destino da obrigação nas hipóteses de impossibilidade inocente ou culposa de uma, algumas ou tôdas as prestações. Se o que ocorre é isso, parece-nos não ser, para tanto, necessário chegar-se à afirmação inicial de que tôdas as prestações estejam *in obligatione*, de que tôdas as prestações sejam devidas, embora, com o que se diz a seguir (... são devidas disjuntivamente), se pretenda enfraquecer o vigor da primeira afirmação.

Aproveitando a lição de ENNECCERUS-LEHMANN, temos que quem deve "uma ou outra prestação" não deve "cada uma de ambas as prestações"; e assim a obrigação alternativa é de ser entendida, em sua estrutura, como consubstanciando um só vínculo, certo quanto a sua existência, e, portanto, não pendente, nem condicional, cujo objeto plural, relativamente indeterminado, se converterá em determinado, pela escolha ou fato equivalente, liberando-se o devedor com a entrega da prestação assim determinada.

A razão que leva o sistema a disciplinar o destino da obrigação no caso de impossibilidade de uma, várias ou tôdas as prestações, não é a de que tôdas elas sejam devidas (disjuntivamente), mas sim a de que cada uma delas pode ser a prestação que, por ter sido escolhida ou determinada, torna certo o objeto da obrigação. O fim natural e desejável de uma obrigação alternativa é tornar-se uma obrigação simples, ordinária. E enquanto não se chega a êsse resultado, o ordenamento disciplina êsse estágio provisório de incerteza relativa.

(59) GIORGI, GIORGIO, *Teoria delle Obbligazioni*, vol. IV, 5.<sup>a</sup> ed., Fratelli-Cammelli, 1899, pág. 484.

Infere-se da estrutura acima delineada que o que caracteriza a obrigação alternativa é a pluralidade de prestações possíveis, distintas e independentes, provocando, desde o nascimento do vínculo, a relativa indeterminação do objeto da obrigação.

16. Cabe, ao final do presente capítulo, trazer à balha algumas situações que, embora se aproximando delas, não caracterizam verdadeiras obrigações alternativas, ou que o são apenas na aparência.

I) É matéria assentada na doutrina que a obrigação referente a duas somas desiguais, ou duas quantidades diferentes de uma mesma coisa, não é uma obrigação alternativa, mas simples. Por exemplo: *A* se obriga pagar a *B* mil cruzeiros ou dois mil cruzeiros; *A* se obriga a entregar a *B* cem sacas de café ou duzentas sacas de café. É evidente que tal obrigação tem apenas um objeto, pois se a escolha incumbe ao devedor a prestação é a menor, e se incumbe ao credor é a maior, pois não é verossímil, dentro da ordem natural das coisas, que assim não seja. Essa conclusão, porém, supõe que as modalidades para as duas prestações sejam as mesmas, pois se assim não fôr, a parte optante pode ter interêsse na prestação maior ou menor, conforme o caso. Por exemplo: *A* se obriga a pagar a *B* mil cruzeiros em seis meses, ou dois mil cruzeiros em vinte e quatro meses. É curial que já agora se apresenta verdadeira obrigação alternativa, pois o devedor optante pode ter interêsse em pagar a maior soma no prazo maior (60).

II) Entre situações jurídicas alternativas que se não caracterizam como verdadeiras *obrigações alternativas*, está a hipótese em que, por exemplo, o pagamento pode ser feito em um ou outro lugar. Aí não se tem verdadeira obrigação alternativa, que pressupõe prestações distintas e independentes, ocorrendo simples modalidade diversa de cumprimento de uma mesma prestação. Tanto que para êsses casos, o Código Civil brasileiro contém regra expressa dando a opção ao credor, quando regula o lugar do pagamento (artigo 950, parágrafo único). Portanto, quando se cuidar de modalidades diversas para adimplemento de uma só prestação,

(60) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 339; CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, vol. XI, pág. 105; GIORGIO GIORGI, *op. cit.*, pág. 481; CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 907; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, vol. cit., pág. 205; POTHIER, *op. cit.*, vol. cit., pág. 442; LAROMBIÈRE, *op. cit.*, pág. 313.

seja de lugar ou de outra natureza, não haverá verdadeira obrigação alternativa (61).

Cabe nessa oportunidade referir a controvérsia que se feriu na doutrina francesa, após a grande guerra de 1914-1918, quando, em decorrência da flutuação monetária, se celebraram contratos de empréstimo com opção de câmbio. Discutiu-se se se tratava de simples modo de adimplemento, ou verdadeira obrigação alternativa.

DE PAGE entendeu que êsses negócios jurídicos davam lugar a verdadeiras obrigações alternativas, já que não se podia considerá-los como apresentando objeto único.

Em posição oposta se colocaram PLANIOL-RIPPERT, sustentando que em realidade a obrigação se referia a uma soma de dinheiro, cujo cálculo diferia segundo o país, mas o devedor não se obrigara a duas coisas, senão a uma só, expressa de duas maneiras diferentes, consubstanciando-se, por via de consequência, simples modalidade de pagamento, e não uma obrigação alternativa (62). Na controvérsia, era de suma importância a qualificação da espécie, já que o artigo 1.190, do Código Civil francês, estatui que a escolha pertence ao devedor, quando não tenha sido expressamente atribuída ao credor. A definição do negócio como refletindo uma obrigação alternativa, a aplicação da letra do texto, somadas à circunstância de que as entidades financiadoras não se haviam

(61) *No sentido do texto*: RUBINO, DOMENICO, op. cit., págs. 19/20; LARENZ, KARL, op. cit., t. cit., pág. 167, nota 1; ORLANDO GOMES, op. cit., pág. 86; CARVALHO SANTOS, op. cit., vol. XI, pág. 104: "... não são alternativas as obrigações quando se deva uma prestação, cujas modalidades são, todavia, alternativas"; *contra*: ENNECERUS-LEHMANN, op. cit., vol. cit., página 102: "... Basta la posibilidad de elección entre dos modalidades de prestación (entregar en Hamburgo o en Berlin, el 1.º de abril o el 1.º de mayo, etc. ...)"; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., t. cit., pág. 194; COLMO, ALFREDO, *De las Obligaciones en General*, 3.ª ed., Abeledo Perrot, pág. 258; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 125, citando vários autores alemães, uns contra, outros a favor; o artigo 636 do Código Civil argentino, em dispositivo criticável pela falta de clareza, dispõe: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, solo lo está a cumplir con una de ellas íntegramente, sea la prestación de una cosa o de un hecho, o del lugar del pago, o de cosas, hechos y lugar de la entrega"; v. ainda ORLANDO GOMES, *in Questões de Direito Civil*, 2.ª ed., 1969, parecer sob n.º 42, item 6.

(62) DE PAGE, HENRI, op. cit., t. cit., págs. 270/271; PLANIOL-RIPPERT, op. cit., t. cit., págs. 357/8; sobre o assunto, mais recentemente SMIROLDO (Antonino), op. cit., item 2, pág. 625, que, quanto a êsses contratos com "option de change", e "option de place", os inclui na categoria das obrigações alternativas: os primeiros porque o débito pecuniário vem determinado em função de várias espécies monetárias, e os últimos porque a diversidade não envolve uma simples modalidade de pagamento, ou seja, o lugar, mas se reporta ao próprio objeto devido.

reservado expressamente a titularidade da opção, acarretariam para os emprestadores um resultado consideravelmente prejudicial. DE PAGE informa que a jurisprudência assentou que o citado artigo 1.190 não devia ser interpretado rigorosamente, e que a atribuição da escolha ao credor podia ser implícita, resultar das circunstâncias, soberanamente sopesadas pelo julgador.

III) Outra hipótese a ser mencionada é aquela em que o fato, contratualmente estabelecido para determinar a prestação, não é futuro, de tal forma que a obrigação substancialmente nasce simples, embora sob a aparência de uma alternativa. Exemplo: A se obriga a vender a B o sêlo *x* ou o sêlo *y*, entre os dois o que seja mais antigo, conforme perícia a ser levada a efeito. Na realidade, o vínculo nasceu com prestação objetivamente determinada, existindo portanto uma obrigação simples e ordinária (63). Se antes do resultado da perícia, vier a perecer aquêle sêlo afinal identificado como o mais antigo, tem-se que a obrigação se resolveu, sendo inaplicáveis os princípios que regulam a obrigação alternativa. Como se viu, ao enunciarmos a característica dessa categoria obrigacional, é da sua essência que, ao formar-se o vínculo, exista a relativa indeterminação do objeto.

IV) Igualmente, só existirá obrigação alternativa na aparência, quando do nascimento da relação, uma das duas prestações (ou tôdas menos uma) já não seja passível de ser objeto de obrigação (artigo 884, do Código Civil brasileiro).

V) Incorre também obrigação alternativa quando uma prestação seja devida, na hipótese de inadimplemento de outra.

Na obrigação alternativa, embora distintas e independentes, formando estruturalmente um conjunto heterogêneo, as prestações, nos termos de negócio jurídico, reciprocamente se equivalem, e estão postas em um mesmo grau, sem qualquer relação de subordinação entre umas e outras. No caso ora contemplado, há uma obrigação, e uma prestação subsidiária, a ser entregue, desde que descumprida a obrigação. Por exemplo, como já se viu, isso acontece com a obrigação acompanhada de cláusula penal compensatória, em que a obrigação subsidiária resulta do acôrdo de vontades. Essa prestação secundária pode exsurgir diretamente da lei, como quando o devedor da obrigação de fazer recusa cumprir a prestação só por êle exequível, determinando o artigo 880, do

(63) RUBINO, DOMENICO, op. cit., págs. 13/14.

Código Civil brasileiro, que êle responderá ao credor com perdas e danos, como único remédio possível contra a falta do devedor. CLÓVIS BEVILAQUA afirma expressamente que não quer isso dizer que a obrigação seja alternativa, nem que o devedor possa impedir o prosseguimento da ação do credor, oferecendo pagar perdas e danos (64).

VI) Não se caracteriza obrigação alternativa, se a determinação da prestação fica subordinada ao não implemento de uma condição, que acompanha uma primeira prestação. A hipótese e o exemplo são de ENNECCERUS-LEHMANN: “Dar-te-ei um cavalo se fôres promovido a capitão; se não o fôres, dar-te-ei uma bicicleta” (65).

VII) Impende, ainda, deixar claro que a obrigação alternativa é uma obrigação primária, no sentido de que ela nasce como tal por efeito imediato da vontade das partes, distinguindo-se daquelas espécies em que, por exemplo, um fato superveniente incide na relação obrigacional, fazendo surgir pretensões alternativas concorrentes. Se uma dessas pretensões é satisfeita, ficam prejudicadas as demais. Mas êsse concurso alternativo de pretensões é estruturalmente diferenciado da obrigação alternativa, porque nesta, ao contrário do que se verifica na outra figura, há unidade de vínculo (66). Afirma VON TUHR não crer que, na obrigação alternativa, se cuide de pretensões alternativas concorrentes. Na obrigação alternativa, na hipótese de ser o credor titular do direito de opção, deve êle antes de tudo proceder à escolha, e só então pode exigir a prestação que assim ficou determinada; o que lhe cabe, em primeira linha, é o que o citado autor qualifica de um crédito dotado de um direito de configuração; em consequência do exercício desse direito é que surge uma pretensão, cujo objeto é a prestação escolhida. Quando a escolha incumbe ao devedor, prossegue o referido autor, o credor tem pretensão a uma única prestação, cujo objeto fica determinado pela vontade do devedor.

Infere-se que, segundo o citado autor, na obrigação alternativa, não há concurso de pretensões, mas pretensão única a uma prestação supervenientemente determinada. Exemplo típico de pretensões alternativas concorrentes é o da ação redibitória e da ação

(64) CLÓVIS BEVILAQUA, *Cód. Civil Coment.*, cit., vol. 4, pág. 24.

(65) ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., pág. 103, n.º 3, e respectiva nota 6.

(66) RUBINO, DOMENICO, op. cit., págs. 21/22.

*quantum minoris* (67). Estremando da obrigação alternativa êsses casos de concorrência, igualmente ENNECCERUS-LEHMANN (68). No mesmo sentido, entre nós, PONTES DE MIRANDA (69).

VIII) Ponha-se em tela, ainda, uma outra situação. Imagine-se que A se obrigue a pagar três mil cruzeiros a B ou C; ou que o testador tenha disposto que o herdeiro dará dez mil cruzeiros a B ou C. Configurar-se-á, na espécie, obrigação alternativa? Não.

Trata-se de obrigação disjunta, que LAROMBIÈRE caracteriza como aquela em que as pessoas que figuram na obrigação são separadas umas das outras por uma partícula alternativa ou disjuntiva, salientando que a qualidade de devedor ou de credor é atribuída a uma ou outra pessoa, alternativamente. Aduz o citado autor que êsse tipo de obrigação produz resultados tão extravagantes e estranhos, que raramente existe na prática. Em função dos termos em que é concebida, essa obrigação confere ao devedor o direito de pagar, à sua escolha, a um dos credores, ficando inteiramente liberado, e essa opção se exerce ainda quando um dos credores se tenha antecipado no pedir o cumprimento da obrigação, já que a matéria se põe no plano de uma preferência pessoal do obrigado. Se o devedor se recusa a fazer a escolha, os benefícios, no entender do referido autor, serão partilhados entre os credores, ao menos entre aquêles que não tenham sido formalmente excluídos.

Anota que as fontes romanas oferecem alguns casos de obrigações disjuntas em matéria testamentária, e que a controvérsia entre os juristas romanos foi tamanha, que Justiniano eli-

(67) VON TUHR (ANDREAS), *Derecho Civil — Teoría General del Derecho Civil Alemán*, vol. 1, trad. por Tito Ravá, Ed. Depalma, 1946, pág. 353.

(68) ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., pág. 101, nota 1, “La obligación alternativa es una obligación *única* con contenido indeterminado respecto a las posibilidades determinadas de prestación. Por tanto, no hay obligación alternativa en los casos en que, en virtud de la ley, se establecen a elección del acreedor varios derechos o pretensiones para su ejercicio, caso de concurrencia electiva, así, por ejemplo pretensión de indemnización y resolución en los §§ 325 y 326 C.c., *redhibición* y *quantum minoris* en los §§ 459 ss. C.c. En estos casos no es aplicable el § 262...”.

(69) PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit., vol. 22, pág. 124: referindo-se à obrigação alternativa aduz que “a pretensão é uma só; uma só a obrigação. O conteúdo é que é indeterminado. Muito diferente é o que se passa quando pretensão e direito, ou duas ou mais pretensões, concorrem (resolução e perdas e danos, art. 1.092, parágrafo único; redibição e pretensão *quantum minoris*, arts. 1.101-1.106). Os arts. 884-888 do Código Civil não são aplicáveis em tais casos”.

minou tôdas as dificuldades, com a decisão de que a partícula disjuntiva deveria ser tomada por conjuntiva, devendo ler-se no testamento *et* em lugar de *aut*. Louva a decisão de Justiniano, dizendo-a baseada na vontade presumida do testador, e bem fundada na razão e na equidade para que não fôsse adotada sob o Código Civil francês, omisso em matéria de obrigação disjunta. A solução não resolvia, porém, aquêles casos em que a disjuntiva representasse a vontade expressa do testador, para o fim de deixar ao herdeiro a opção entre os legatários, quando então não seria possível partilhar os benefícios do legado, já que o testador teria querido beneficiar aquêle em que recaísse a preferência do herdeiro, sem que o outro nada pudesse reclamar. No caso de recusa de escolha por parte do herdeiro, reitera o autor, o legado será partilhado, pois a desigualdade entre os legatários está condicionada à existência de escolha, que outorgaria tudo a um, e nada aos outros. Inexistindo essa condição, tudo fica em perfeita paridade, e os legatários poderão se unir para exigir em conjunto a sua parte, ou mesmo reclamar cada um a totalidade, pois foi essa totalidade o objeto do legado, embora sob a condição de que a escolha se fizesse. Já agora estabelecendo o paralelo e a distinção entre a obrigação disjunta e a obrigação alternativa, assevera LAROMBIÈRE que a primeira se resume, por efeito da opção, em uma obrigação única, da mesma forma que a obrigação alternativa se resume, por efeito da opção, em uma obrigação pura e simples. No primeiro caso, a escolha recai sôbre a pessoa do credor, no segundo, sôbre o objeto da obrigação (70).

DEMOLOMBE (71), depois de apontar que nada era mais raro, nas usanças do seu tempo, que a obrigação disjunta, desenvolve a matéria nos mesmos termos em que o fêz LAROMBIÈRE, mencionando ademais texto de POTHIER (72), que decide, esforçado em

(70) LAROMBIÈRE, op. cit., vol. cit., págs. 353/356; na nota 1, à pág. 355, indicação do texto de JUSTINIANO, referido pelo autor: "L. 4. C. De verb. et. rer. sign."

(71) DEMOLOMBE, op. cit., vol. cit., págs. 78/80.

(72) POTHIER, op. cit., vol. cit., n.º 259, págs. 443/4: "259. On peut apporter pour exemple de cette obligation solidaire, celle qui naît d'une disposition testamentaire qui auroit été faite en ces termes: Mon héritier donnera aux Carmes ou aux Jacobins une somme de cent livres. L'héritier ne doit, dans cette espèce, qu'une seule somme, mais il doit cette somme entière à chacun des deux couvents, qui en sont cocréanciers solidaires, de manière néanmoins que le paiement de cette somme qu'il fera à l'un des deux couvents libèrera envers les deux; L. 16, ff. de leg. 2.º."

fragmento de PAULO, que os dois legatários têm contra o herdeiro um crédito solidário, ao qual o referido POTHIER, aplica efetivamente os efeitos da solidariedade.

DEMOLOMBE não exclui que essa interpretação possa ser exata e que o testador tenha desejado êsse resultado, mas obtempera, adiante, que essa pode não ter sido a intenção, sustentando a opinião de que, diante de semelhante disposição, é de presumir que o testador tenha querido criar, não uma obrigação solidária, mas uma obrigação disjunta.

Na doutrina brasileira, entre aquêles que referem e aceitam a teoria da obrigação disjuntiva está LACERDA DE ALMEIDA, que a conceitua como aquela que é concebida em termos tais que, satisfeita por um dos devedores ou a um dos credores, fica em relação aos demais como se não existisse (73).

Registra, igualmente, que nada mais raro que tais obrigações, principalmente as obrigações disjuntivas em relação aos devedores, e critica a orientação de emprestar a essa categoria obrigacional os caracteres de solidariedade, argumentando que, na obrigação solidária ativa, qualquer dos credores pode exigir o cumprimento da obrigação sem dependência de fato do devedor, contrariamente ao que se verifica na obrigação disjuntiva, em que, nesse caso, a escolha deve competir ao devedor. À guisa de confutação, faz a seguinte indagação: Na obrigação solidária passiva pode o credor chamar a Juízo todos os devedores conjuntamente, mas como conceder-lhe essa faculdade na obrigação disjuntiva sem atacar a idéia fundamental desta? Mais adiante, sustenta que a disjuntiva difere da solidária em que os credores ou devedores disjuntos são entre si completamente estranhos, como que se excluindo uns aos outros. E conclui: "assim não podem os devedores disjuntos ser conjuntamente demandados, nem subsidiariamente, um por outro. Demandado um dêles, está por êsse fato extinto e tem desaparecido a obrigação dos outros. Nem podem *vice-versa* os credores disjuntos demandar conjuntamente a dívida ou pretender um dêles preferir ao outro: neste caso pertence a escolha ao devedor, do mesmo modo que entre devedores disjuntos a es-

Cette solidité entre plusieurs créanciers est d'un usage très rare parnis nous: il ne faut pas la confondre avec l'indivisibilité d'obligation, dont nous parlerons infra".

(73) LACERDA DE ALMEIDA, op. cit., págs. 20/22.

colha pertence ao credor”. Considera que a obrigação disjuntiva é verdadeira disjuntiva no objeto.

EDUARDO ESPÍNOLA é outro dos nossos autores que trata do assunto, na mesma ordem de idéias em que o fizeram os juristas acima mencionados, e ainda invocando o parecer de GIORGI, para indicar que “não se trata aí de uma obrigação única com pluralidade de sujeitos, mas de um concurso de obrigações de modo alternativo, as quais se resumem, por efeito da opção, em uma só, com um credor e um devedor”, e arremata as suas considerações com a assertiva de que, nesta espécie de obrigações, compete ao credor escolher qual dentre os devedores disjuntos deve satisfazer a prestação, cabendo a escolha ao devedor quando a disjuntiva se acha entre os credores (74).

Em posição diametralmente oposta se coloca REGINA GONDIM, que, fundada no já aludido texto de POTHIER, e na lição de GONDIM FILHO, bem como na análise das fontes romanas, qualifica de absurda a conclusão de LAROMBIÈRE no sentido de que os legatários se possam reunir, pedindo cada qual a sua parte, ou mesmo reclamar separadamente a totalidade, observando que, se assim ocorre, é porque as obrigações não são disjuntas, tratando-se de obrigação solidária, como aliás, refere a autora, a qualificava CELSUS na L. 16. D. 31, invocada pelo civilista francês. Anota que os juristas franceses, de caso pensado, fogem ao tratamento das conseqüências das obrigações disjuntas em relação aos devedores.

Registra que a figura obrigacional em tela é ignorada de modo absoluto pela prática moderna, e que a obrigação disjunta tem a existência limitada à forma gramatical, “pois se trata, na realidade, de dívida solidária, conforme reconhecem em geral os romanistas e civilistas de todos os tempos” (75).

Da simples exposição que vem de ser feita, se conclui que a obrigação disjunta se aparta por inteiro da obrigação alternativa, cujo estudo é objeto do presente trabalho. Adotada a posição da segunda corrente, que nega existência à obrigação disjunta, considerando-a solidária, nada mais será necessário acrescentar, pois já ficaram acentuados os extremos entre as alternativas e as solidárias. No que toca à posição daqueles que a admitem, e se em-

(74) EDUARDO ESPÍNOLA, op. cit., vol. cit., págs. 127/129.

(75) REGINA GONDIM, op. cit., págs. 112/118.

penham na construção da respectiva teoria, eles próprios afirmam que a obrigação disjunta não é uma obrigação alternativa, como é o caso de LAROMBIÈRE, enfatizando que, na primeira, a opção se reporta ao aspecto subjetivo da relação obrigacional; na segunda, ao elemento objetivo da mesma. De outro lado, como se recolhe da opinião de ESPÍNOLA, a obrigação disjunta consubstanciaria, antes da opção, um concurso de obrigações, o que não ocorre na alternativa — em que, como visto, a obrigação é única.

Ademais, à luz da teoria proposta no sentido de explicar a obrigação disjunta, a sistemática da escolha é totalmente diversa daquela que existe para a obrigação alternativa. Naquela, quando a disjunção existe entre os credores, a opção é do devedor; quando existe entre os devedores, é do credor. Nesta, a escolha, como se verá, é do devedor, se em contrário não se convencionou.

Justifica-se, assim, a resposta negativa com que se atendeu à indagação posta ao início destas considerações (76).

É despicando salientar que o caso do *solutionis causa adjectus* não se define como caso de obrigação alternativa, pois o terceiro é um simples mandatário, que, em razão da convenção mesma, tem qualidade para receber pelo credor (77).

Outras hipóteses poderiam ser mencionadas, mas as acima arroladas são mais que suficientes para deixar perfeitamente claras a estrutura e as características da obrigação alternativa.

### CAPÍTULO III

#### CONCENTRAÇÃO. — ESCOLHA. — OUTRAS FORMAS DE CONCENTRAÇÃO

17. Já vimos que a obrigação alternativa é um caso de indeterminação relativa do objeto da relação obrigacional.

Ela se situa entre a obrigação com objeto indeterminável, e, portanto, nula, e a obrigação com objeto determinado. E o destino

(76) Ainda no sentido de que a obrigação subjetivamente alternativa não é uma verdadeira e própria obrigação alternativa, RUBINO (DOMENICO), op. cit., págs. 23/26; e SMIRLODO (ANTONINO), op. cit., pág. 625, nota 2, que, — arrimado em GIORGIANI, *Corso di Diritto Civile*, Milano, 1958/1959, *L'Obbligazione, Concetti generali, I soggetti*, págs. 39/40 —, manifesta a opinião de que a obrigação alternativa subjetiva, enquanto o credor não tenha sido determinado, é apenas uma situação prodrômica, constituindo a individuação da pessoa do legatário elemento essencial à formação da relação.

(77) POTHIER, op. cit., vol. cit., pág. 491, n.º 516; REGINA GONDIM, op. cit., pág. 16.

natural da obrigação alternativa é evoluir para a determinação objetiva, e, quando isso ocorre, dá-se o que a doutrina denomina “concentração”.

Podemos, então, definir a concentração como a determinação da prestação a ser feita, para o cumprimento da obrigação.

Há, assim, na vida da relação obrigacional, dois estágios perfeitamente diferenciados, consubstanciando, o primeiro deles, a fase da relativa indeterminação do objeto, e o segundo, a fase em que o objeto já aparece fixado, determinado. Já não mais existe a alternatividade.

É possível que este segundo estágio se reduza a “um nada”, coincidindo com a extinção do vínculo, como acontece no caso em que, cabendo a opção ao devedor, ele escolha entregando uma das prestações. Mas, ainda assim, no plano puramente conceitual, essa identificação da concentração e da extinção não elimina a idéia básica de uma obrigação que nasceu relativamente indeterminada, alcançou a determinação, e extinguiu-se pela *solutio* (78).

Enquanto não acontece a concentração, a obrigação vive provisoriamente um estado de indeterminação, que produz algumas conseqüências.

Antes da concentração, quando a escolha caiba à outra parte, não há mora, seja do devedor, seja do credor. É evidente que se a parte a que incumbe a opção está em mora no praticá-la, esse retardamento pode estar simultaneamente provocando o retardamento do cumprimento da obrigação. Mas se, por exemplo, em uma obrigação a prazo, cabendo a opção ao credor, este não a realizou, embora ultrapassado o momento em que a obrigação deveria ter sido cumprida, o devedor não está em mora.

Antes da concentração, é igualmente indeterminada a natureza da obrigação. Se uma das prestações, por exemplo, tiver por objeto a entrega de um bem móvel, e a outra a de um bem imóvel, a obrigação só se qualificará com a concentração. Da mesma forma, se uma das prestações é divisível e a outra indivisível, a obrigação só se caracterizará como divisível ou indivisível, em virtude da determinação da prestação. Igualmente, se uma prestação consiste em um dar, e a outra em um fazer.

(78) HERNANDEZ GIL, op. cit., págs. 555/6; contra: BARASSI, afirmando que na execução não há transformação prévia em obrigação simples, havendo tão somente a extinção da obrigação — *La Teoria Generale delle Obligazioni*, vol. I, ed. Dott. A. Guiffre, 1963, pág. 250.

A concentração, conseqüentemente, determinando a prestação, torna a obrigação simples, e define a natureza da mesma.

O fato da concentração ganha relêvo naqueles sistemas, como o francês e o italiano, em que a propriedade se transfere pelo só contrato, pois a melhor doutrina entende que o efeito translativo, em se tratando de obrigação alternativa, só tem lugar no momento da determinação da prestação.

Entre nós a concentração assume importância semelhante em matéria de legado alternativo, que refoge ao princípio geral segundo o qual o domínio da coisa legada é transferido ao legatário pelo simples fato da morte do testador (artigo 1692 do Código Civil brasileiro), pois é incerto o que caberá ao beneficiário da “deixa” (79).

A concentração pode realizar-se de duas maneiras: pela vontade daquele que é o titular do direito de escolha, ou independentemente da vontade das partes.

Vamos, agora, analisar nos seus mais variados aspectos, a escolha, que é o modo normal de concentração.

## SEÇÃO I

### Escolha

§ 1.º — *Conceito e natureza da escolha. Exercício do direito de escolha. Indivisibilidade.*

18. A escolha é o ato pelo qual se determina a prestação cuja entrega terá o efeito de extinguir a obrigação (80).

É um ato jurídico, que exige capacidade jurídica do agente (81), e faz cessar a indeterminação própria da obrigação alternativa, concentrando-a no objeto escolhido.

A doutrina discute a natureza da escolha. BARASSI, — depois de salientar que a escolha é um direito, no sentido de que o devedor

(79) CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, vol. II, ed. Freitas Bastos, 1952, pág. 406; OROZIMBO NONATO, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, ed. Forense, n.º 739, pág. 91.

(80) ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., t. cit., vol. cit., pág. 104: “Chama-se eleição a determinação que faz a pessoa facultada para tanto de qual das prestações devidas alternativamente há de produzir o cumprimento da obrigação”; DOMENICO RUBINO: “La scelta è il potere di determinare la prestazione dovuta, fra quelle alternativamente previste, con apposito atto unilaterale di volontà, a ciò direttamente rivolto”, op. cit., pág. 59.

(81) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 372.

pode exercitá-la com a exclusão de qualquer outra pessoa, sobretudo o credor —, afirma que é sobretudo um dever, que se inclui no dever de prestar, já que a recusa de fazê-la expõe o devedor a conseqüências. E é igualmente um direito subjetivo se a escolha cabe ao credor. Em ambos os casos, um direito exclusivo de quem pode exercê-lo, e, conseqüentemente, um direito potestativo (82).

RUBINO assevera que não é uma faculdade, como dispõe o direito positivo italiano, pois, embora estreitamente ligada, do ponto-de-vista funcional, à obrigação, estruturalmente é um poder autônomo, tanto que pode ser atribuído a terceiro, e as faculdades não são poderes autônomos mas tão somente os vários aspectos do conteúdo de um direito subjetivo. Acrescenta que é um poder, e também uma obrigação, no sentido já referido por BARASSI, de quem RUBINO discorda, entendendo a escolha como um poder-dever, e não como um direito subjetivo, já que não é atribuída no exclusivo interesse do titular chamado a exercê-la. Confuta, ainda, BARASSI, quando sustenta que a escolha não é um direito potestativo, porque, embora introduzindo um *quid novi* na relação preexistente, e através de um ato de vontade diretamente endereçado a isso, o seu efeito imediato consiste, não na produção de uma modificação de natureza jurídica, mas somente na determinação de um elemento de fato, isto é, a prestação devida (83). Entre nós, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, partindo do pressuposto da sua transmissibilidade, prefere situá-la como direito ou poder (84); ORLANDO GOMES declara que a escolha pode apresentar-se sob a forma de um dever (85); e PONTES DE MIRANDA a coloca expressamente entre os direitos potestativos, qualificando-a como um direito formativo (86).

Entendemos que a escolha, sôbre ser um direito, não deixa igualmente de ser um dever, tanto que, às expressas, o nosso ordenamento determina que a escolha seja feita pela outra parte, na

(82) BARASSI, op. cit., vol. cit., pág. 260.

(83) DOMENICO RUBINO, op. cit., pág. 59; observe-se que pouco antes, à pág. 54, o citado autor afirmara que a escolha não é meramente declarativa, mas sim constitutiva, isto é, produz uma mudança de situação, e precisamente determina o objeto da obrigação, transformando-a de alternativa em simples, o que parece admitir que a modificação é, também, e sobretudo, de natureza jurídica.

(84) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op. cit., págs. 96 e segs.

(85) ORLANDO GOMES, op. cit., pág. 88.

(86) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 5, págs. 242 e 307, e vol. 22, pág. 126.

hipótese de aquela inicialmente indicada não vir a fazê-la no prazo assinado, como veremos adiante. Analisada a questão do ponto-de-vista do poder, aderimos ao entendimento dos que consideram a escolha um direito potestativo, parecendo-nos haver, não uma simples mutação de fato, como quer RUBINO, mas verdadeira mutação na estrutura da relação obrigacional, que, de alternativa, se convola em simples (87).

19. Ao enfocarmos a distinção entre a obrigação alternativa e a obrigação genérica, deixamos claro que o tipo de indeterminação ocorrente na primeira, não é o tipo de indeterminação que se verifica na segunda. Existindo na obrigação genérica um considerável campo de atuação dentro no qual pode operar o poder de determinação, os sistemas — entre nós, o artigo 875, *in fine*, do Código Civil — se preocupam em estabelecer regra com a qual se impede que a parte exerça o seu direito de forma a lesar os interesses da outra, tomando para cumprimento da obrigação a coisa pior, ou a melhor, conforme o caso.

Na obrigação alternativa não existe êsse problema, já que a eleição se dá, em princípio (a obrigação pode ser simultaneamente alternativa e genérica), entre prestações concretas, individualizadas, que, embora compondo um conjunto estruturalmente heterogêneo, a vontade dos homens, ou a lei, estipula que se possam reciprocamente substituir até o instante da sua definitiva e irrevogável determinação. Por fôrça dessa razão, na obrigação alternativa, o optante está autorizado a produzir livremente a opção, sem a menor atenção aos interesses do outro figurante da relação. Não aderimos à opinião daqueles que discursam no sentido de o optante não poder praticar uma escolha que pareça evidentemente iníqua, em conseqüência do princípio da boa-fé, que domina as partes na obrigação (88). Se A compra de B, por 3 mil cruzeiros, um dos ca-

(87) Assim ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., t. cit., vol. cit., pág. 104, referindo-se à escolha, conforme a doutrina da declaração, adotada pelo Código alemão, e recebível entre nós, como demonstraremos: “se puede ver en ella una modificación de la obligación primitivamente indeterminada, una transformación en obligación simple. En tal caso la elección será vinculante desde el momento de la declaración de elección, toda vez que ésta opera la modificación jurídica y el derecho de elección es un derecho dirigido a esta transformación, un derecho de modificación jurídica o derecho potestativo”; HERNANDEZ GIL, op. cit., pág. 576: “... un derecho potestativo o de formación”; ANTONINO SMIROLDO, op. cit., pág. 626, nota 2.

(88) VAZ SERRA, op. cit., pág. 81, e nota 46; ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., pág. 106, e nota 7; êste último autor cita como favoráveis à opinião do texto do presente trabalho SCHOLLMAYER e FISCHER-HENLE.

valos da coudelaria dêste último (em obrigação qualificável como alternativa, já que as partes mentalizaram espécies, prestações individualizadas), B não poderia eleger aquêle, entre êsses animais, que, em virtude de uma queda, apresentasse um valor inferior ao preço ajustado. Nosso entendimento é de que o devedor poderá escolher êste cavalo, e a sua escolha é definitiva, já que a obrigação se concentra, determinando-se no cavalo cujo valor se depreciou. A salvaguarda do interêsse da parte adversa está garantida no ordenamento. Se essa queda, ensejadora da depreciação, resultou de fortuito, o credor poderá resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu (artigo 866 do Código Civil). Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um e outro caso, indenização das perdas e danos (artigo 867 do Código Civil).

Mas isso não significa que a escolha não se tenha válidamente operado, com a consequência de dispensar-se à relação o tratamento jurídico de uma obrigação simples.

Veremos o ponto, com maior demora e atenção, no capítulo seguinte, quando, a propósito da impossibilidade das prestações, estudarmos também a impossibilidade parcial, ou a deterioração das coisas, objeto da prestação. Já se fixou que a escolha é um direito exclusivo do respectivo titular, exercitável, em consequência, sem consideração ao interêsse da outra parte.

20. É assente que o optante não pode escolher parte de uma prestação, e parte de outra, pois a obrigação se refere a uma ou outra das prestações, e não a metade, fragmentos, partes de prestações. Em nosso ordenamento, a regra está enunciada no artigo 884, § 1.º, do Código Civil: “Não pode, porém, o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra” (89). Êsse mandamento é, aliás, consequência da indivisibilidade do pagamento, em geral, pois ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

(89) Art. 1.191, *in fine*, do Cód. Civil francês; art. 1.285, *in fine*, do Código Civil italiano; art. 266, do Código Civil alemão; art. 544 do Código Civil português; art. 1.131 do Código Civil espanhol; Código Civil argentino, art. 636; art. 1.351, *in fine* do Código Civil do Uruguai; art. 1.500, *in fine*, do Código Civil chileno; art. 1.216, *in fine*, do Código Civil da Venezuela.

O princípio já se extraía das fontes romanas (90).

Embora seja matéria discutida, e que será analisada mais adiante, se o credor recebe parte de uma das prestações, está concentrada a obrigação, e o devedor só poderá liberar-se cumprindo o remanescente daquela que foi parcialmente prestada.

O texto do Código Civil brasileiro só se refere ao devedor, mas é evidente que também o credor está sujeito à indivisibilidade da escolha. A doutrina, tanto nacional, quanto estrangeira, assim ensina (91). Aliás, o Anteprojeto de Código de Obrigações de OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES propunha, no artigo 200, § 1.º, o seguinte enunciado: “Não pode, entretanto, o devedor obrigar o credor, nem êste, se lhe competir a escolha, constranger aquêle ao cumprimento da obrigação, parte em uma prestação e parte em outra”. Os recentes trabalhos de reforma do Código Civil preconizam texto abrangente, mas êsses trabalhos serão analisados especificamente nas conclusões do presente estudo.

A disposição, advirta-se, não é de ordem pública, e assim as partes podem pactuar o contrário, estipulando a divisibilidade do direito de escolha, assumindo a obrigação caráter anormal, conforme a doutrina assente.

A jurisprudência brasileira, pobre em matéria de obrigações alternativas, registra precedente em que se aplicou o princípio da indivisibilidade (92).

(90) VAN WETTER, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, 3.ª ed., tomo II, Librairie A. Marescq, 1893, pág. 65, remetendo a D. 31, de leg. 2.º, L. 15.

(91) TITO FULGÊNCIO, *op. cit.*, pág. 155; OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 355 e segs.; GIORGI, *op. cit.*, pág. 485, que explica a referência exclusiva ao devedor, com a circunstância de que é a êle que geralmente cabe a escolha; GUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 914; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, n.º 1.069, pág. 122; LAURENT, *op. cit.*, pág. 187, para o caso do devedor, e pág. 188, para a hipótese do credor.

(92) Ac. da 1.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, na Apelação Cível n.º 15.575, em 6-4-1942, *in Rev. dos Tribunais*, vol. 138/238: um empregador, condenado a reintegrar um empregado ou pagar-lhe os salários até se completasse o tempo da sua aposentadoria, optara por essa última solução, e como supervenientemente adveio legislação aumentando o lapso de tempo necessário à aposentação, o empregador pretendeu alterar a forma de cumprimento da obrigação. Um dos argumentos de que se socorreu o Tribunal, para repelir a pretensão, foi o da indivisibilidade da escolha, considerando que o empregado já recebera parte da prestação de acôrdo com o segundo termo da alternativa, em virtude de opção anteriormente feita pelo devedor; ver também Ac. da 4.ª Câmara do Tribunal de São Paulo, no agravo de petição n.º 2.092, em 17-11-1937, *in Rev. dos Tribs.*, vol. 112/560, em que o julgador deixou de aplicar a regra da indivisibilidade, por entender que, na espécie, não se caracterizava obrigação alternativa a que se refere o art. 884 do Código

Tem-se, então, como solução assente, na doutrina e na lei, que àquela parte titular do direito de opção não é permitido, em princípio, escolher parte de uma prestação e parte de outra: se A se obrigou a entregar a B dez sacas de café ou dez mil cruzeiros, não pode pretender cumprir a obrigação pagando cinco sacas de café e cinco mil cruzeiros.

O problema voltará a ser examinado, em face da pluralidade de optantes, e quando do estudo da escolha por terceiro, casos em que a regra igualmente incide.

§ 2.º — *A quem cabe a escolha.*

21. É afirmação freqüentemente encontrada nos textos que versam a matéria, aquela, por força da qual, a regra é a de que a escolha cabe ao devedor, desde que não exista disposição em contrário; é ela prevista em tôdas as legislações, ensinada em tôdas as escolas, e o fundamento da mesma está no princípio geral de que a obrigação se interpreta, em caso de dúvida, em favor do devedor (93).

Impende consignar que a regra em foco não é apenas interpretativa, para solução da espécie, em caso de dúvida, mas é igualmente supletiva, preenchendo a lacuna deixada pelos estipulantes, pois a lei presume que essa é a vontade dos mesmos (94). Ademais corresponde à idéia dominante de facilitar ao obrigado o cumprimento da obrigação, tal como acontece com a norma de que, em princípio, as dívidas são quesíveis (art. 950, *caput*, do Código Civil brasileiro).

Seguindo a orientação de quase tôdas as legislações — sendo referido como discrepante o Código dos Bens de MONTENEGRO (artigo 528), que deixava livre a escolha, salvo estipulação em con-

Civil: restituição por massa falida de mercadorias reivindicadas, entendendo o Tribunal que, se elas não existirem mais, a prestação é convertida em pagamento em dinheiro, não havendo assim escolha. De acôrdo com a condenação, o obrigado exibiu as mercadorias que ainda existiam em seu poder, e ofereceu o restante em dinheiro. Não houve quebra do princípio da indivisibilidade, por isso que não se cuidava de obrigação alternativa; no mesmo sentido do aresto anterior: em caso de reivindicação atendida, a condenação não tem alternativa, é uma só: a restituição do reivindicado, que, em certos casos, pode ser substituída pelo respectivo valor, com perdas e danos, ver Ac. da 3.ª Câmara do Tribunal de São Paulo, em 13-9-1945, na Apelação n.º 25.356, *in Rev. dos Tribunais*, vol. 164/195.

(93) GIORGI, op. cit., pág. 486.

(94) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 126, e 131.

trário (95) —, o Código Civil brasileiro, no artigo 884, estabelece: que “nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou”, e, no artigo 1.700, estatui que “no legado alternativo, presume-se deixada ao herdeiro a opção” (96). Alguns rotulam o citado artigo 1.700 de redundante, dispensável, pois o Código já estabelecera os princípios reguladores da obrigação alternativa nos artigos 884 e 888 (97). A crítica, amparada em fundamento indiscutível, se afigura um tanto rigorosa, se se considerar que as fontes romanas, em matéria de legado alternativo, adotavam solução diferente, atribuindo ao legatário o direito de escolha. E isso poderia levar alguns intérpretes, diante do desejado silêncio do texto do nosso Código, no tocante ao legado, a sustentar opinião diferente da consagrada no artigo 884.

Efetivamente, no direito romano, incumbia ao devedor o direito de escolha, salvo no caso de legado alternativo, em que a eleição era do legatário, se de outra forma não houvesse disposto o testador (98).

Vejamos, agora, de que maneira pode, eliminando-se a incidência da regra legal supletiva, ser a titularidade da escolha deferida ao credor.

Nesse passo, a norma do artigo 884 do nosso Código merece a censura válida de OROZIMBO NONATO, na parte em que dispõe “... se outra coisa não se estipulou” (99). Pondera o citado autor que o texto deveria enunciar o princípio com maior amplitude, preceituando que a escolha caberia ao devedor, se o contrário não determinassem a lei ou o ato constitutivo da obrigação (100).

(95) *Apud* CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., pág. 198, nota 18.

(96) Código Civil italiano (art. 1.286); Código Civil francês (art. 1.190); Código Civil alemão: “Art. 262 — Lorsque plusieurs prestations sont dues de telle manière que l’une ou l’autre seulement doive être effectuée, le droit d’option, dans le doute, appartient au débiteur”; Código Civil espanhol (art. 1.132, al. 1.ª); Código Civil português (art. 543, n.º 2); Código Civil argentino (art. 637); Código Civil do Uruguai (art. 1.350); Código Civil do Chile (art. 1.500, al. 2.ª); Código Civil da Venezuela (art. 1.217, al. 1.ª); Projeto Coelho Rodrigues (art. 421); Esboço de Teixeira de Freitas (art. 957, n.º 5).

(97) CLÓVIS BEVILAQUA, *Comentários cits.*, vol. VI, pág. 147; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil (Direito das Sucessões)*, ed. 1962, pág. 170.

(98) VAN WETTER, op. cit., pág. 65; PEDRO BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. da 8.ª ed. italiana, por BACCI e LARROSA, revista por CAMPUZANO HORMA, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, pág. 659.

(99) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 344 e segs.

(100) COELHO DA ROCHA (M. A.), *Instituições de Direito Civil Português*, 3.ª ed., tomo I, 1852, § 114, pág. 76: “Nesta a escolha é do devedor, L. 25. D.

Essa colocação efetivamente abriria ensejo a que, sem discepções, se entendesse que seria possível concluir que a eleição estivesse atribuída ao credor, desde que tal idéia resultasse inequívoca do ato constitutivo da obrigação, embora não estivesse veiculada mediante palavras. E isso é o que se debate entre nossos autores.

TITO FULGÊNCIO e OROZIMBO NONATO postam-se em uma posição menos rigorosa, admitindo o primeiro, sob a invocação dos artigos 85 e 1.666 do Código Civil brasileiro, que a atribuição ao credor do direito de eleição seja expressa ou tácita, desde que, de modo inequívoco, se revele a intenção das partes ou do estipulante, admitindo que o uso local em certas obrigações, o contexto do ato, as circunstâncias do fato, esclarecendo o sentido literal da linguagem, acarretem consigo a idéia de uma opção concedida ao credor (101).

O segundo, depois da reprovação ao texto legal, acima indigitada, adverte que a estipulação, dando ao credor a escolha, pode decorrer do sentido complexo do contrato, embora a derrogação deva ressaltar de modo claro e indubitado (102).

CARVALHO SANTOS é mais rigoroso, pois, embora dispense palavras sacramentais, exige que seja expressa a adjudicação do direito ao credor; impõe a consignação textual da vontade, sob pena de incidir o princípio supletivo (103).

Igualmente mais estrito é CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), asseverando que quando a escolha fôr, mediante estipulação, deferida ao credor, deve sê-lo por palavras expressas e bem claras, como devem ser, aliás, todos os atos de manifestação de vontade, que venham a derogar regras postas por lei (104).

*de contrahend. empt.*; exceto: a) se no título da obrigação se deixou ao credor L. 10, § 6. D. de Jur. dot.; b) ou se por lei ou estylo está determinado o contrário".

(101) TITO FULGÊNCIO, *in cit. Dir. das Obrigações (Modalidades das Obrigações)*, pág. 149.

(102) OROZIMBO NONATO, *op. cit., Curso cit.*, pág. 347.

(103) CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, vol. XI, págs. 110/111.

(104) CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *op. cit.*, págs. 198/199; ver, nesse sentido, Ac. da 3.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de São Paulo, na Apelação Cível n.º 28.277, em 5-6-1946, *in Rev. dos Tribs.*, vol. 164/278: "Sem declaração expressa em contrário, a escolha no cumprimento da obrigação alternativa cabe ao devedor, que deve para tanto ser notificado se não houve fixação de prazo". No corpo do decisório ressalva-se ser certo que "se não exigem palavras sacramentais, mas é certo também, que se requer o emprêgo de termos que não sejam dúbios, e dos quais claramente entende haver estipulado a favor do credor a escolha na forma do pagamento. Não havendo estipulação expressa,

Entendemos que a primeira corrente merece adesão, desde que atende melhor à intenção das partes, e que, como enfatizado por seus defensores, o sentido da entrega ao credor do direito de opção resulte inequívoco do ato constitutivo da obrigação.

É oportuno registrar que mesmo naqueles sistemas em que se exige que a concessão do direito ao credor seja expressa — como, no direito francês, através do art. 1.190 do Código Civil: "Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressement accordé au créancier" —, a controvérsia se põe, existindo autores, como DE PAGE, que salientam não dever interpretar-se o vocábulo "expressément" em sentido rigoroso (105).

22. E se se trata de obrigações alternativas em que as partes são reciprocamente devedoras uma da outra? Como atender-se à indagação diante da regra de que a opção incumbe ao devedor, se ambos os figurantes são devedores, mediante obrigações recíprocas?

prevalecerá a regra geral que manda no caso de omissão do contrato seja a escolha a favor do devedor".

(105) Na doutrina estrangeira, sobre o assunto: PLANIOL-RIPPERT, *op. cit.*, n.º 1.049, pág. 356, sustentando a necessidade de ser expressa a concessão ao credor, não sendo suficiente resultar da intenção; BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, *op. cit.*, pág. 99: não são necessárias fórmulas sacramentais, mas a vontade deve estar enunciada; AUBRY e RAU, *Cours de Droit Civil Français*, vol. IV, ed. 1902, não requerendo palavras sacramentais, mas exigindo certeza total decorrente dos termos da convenção; POTHIER, *op. cit.*, pág. 442, tem sido interpretado como partidário da posição mais estrita, por expressões como a que se encontra, à pág. 442, no n.º 248, "... Si néanmoins, par une clause particulière, le choix étoit accordé au créancier..." (o grifo é nosso); DEMOLOMBE, *op. cit.*, n.º 38, pág. 34, liberal, salientando que o necessário, e bastante, é que não exista dúvida quanto à intenção das partes (o grifo é do autor); LAROMBIÈRE, *op. cit.*, pág. 316, depois de analisar hipóteses concretas de expressões verbais, salienta que "no entanto, se as outras cláusulas do ato e as diversas circunstâncias submetidas a interpretação, estabelecerem que a escolha foi deferida ao credor, é o caso de, se bem que a faculdade não se tenha exprimido em termos formais, reconhecer a sua existência em favor do credor"; LAURENT, *op. cit.*, pág. 188, entende que admitir, no caso, a vontade tácita é exceder os termos da lei; GIORGI, *op. cit.*, pág. 487, discorrendo sobre o assunto na vigência do Código italiano de 1865, que continha disposição análoga à do art. 1.190 do Código francês, refere que a análise da matéria à luz de expressões concretas lhe parece "un poco di gretezza legaleia", e também considerando que a vontade deve ser expressa, acredita ser suficiente o sentido geral do contrato, atribuindo às palavras, segundo as normas de interpretação, o significado que seja conforme com a intenção comum das partes; BARASSI, *op. cit.*, pág. 252, já prelecionando na vigência do Código Italiano de 1942, declara que é possível a forma indireta, mas segura, para concessão da escolha ao credor; ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, pág. 110, admitem que seja tácitamente deferido ao credor o direito de opção, desde que essa intenção resulte clara do negócio jurídico.

O exemplo oferecido pela doutrina estrangeira para ilustrar a hipótese é o seguinte: *A* vende a *B* o cavalo “Relâmpago” por mil cruzeiros ou o cavalo “Trovão” por mil e quinhentos cruzeiros. Desde que as circunstâncias não permitam determinar a quem as partes tenham conferido o direito de eleição, os autores que levantam o problema sustentam que a melhor maneira de cumprir-se o princípio de que, em regra, a eleição incumbe ao devedor — é estabelecer que nenhuma das partes pode fazer valer a sua pretensão senão deixando à outra a titularidade da escolha. Assim, no exemplo figurado, *B* exigiria de *A* ou o cavalo “Relâmpago” ou o cavalo “Trovão”, à escolha de *A*, e *A* exigiria de *B* ou os mil cruzeiros ou os mil e quinhentos cruzeiros, conforme *B* escolha o cavalo “Relâmpago” ou o cavalo “Trovão” (106).

Parece-nos que a solução dada é prosperável entre nós, desde que as obrigações sejam não apenas alternativamente recíprocas, mas, na intenção das partes, as respectivas prestações devam ser simultâneas. Se se estipulou qual das partes deva em primeiro lugar entregar a sua prestação, ambas são devedoras, mas uma delas há de solver o seu débito em primeiro lugar, e, para os fins do artigo 884 do Código Civil brasileiro, deve ter o direito de opção. Tal acontecerá também quando o ordenamento estabeleça a precedência na entrega da prestação. E é isso exatamente o que se verifica no exemplo em tela. Na conformidade do artigo 1.130 do Código Civil brasileiro, não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço. Incumbe, assim, ao comprador entregar antes o preço, para exigir a coisa vendida. O ordenamento coloca o débito do comprador em termos de precedência relativamente à obrigação do vendedor. A obrigação de pagar do comprador antecede a obrigação de dar a coisa vendida, que é do vendedor. Os dois são devedores, reciprocamente, mas, analisando a questão através do prisma da entrega da prestação, o comprador o é antes do vendedor. O primeiro, a nosso ver, deve ter em seu favor o direito de opção.

23. Focalizemos, agora, as conseqüências que decorrem do fato de o devedor, — titular do direito de opção —, não querer ou não poder fazê-lo.

(106) ENNECERUS-LEHMANN, op. cit., t. cit., vol. cit., pág. 106, nota 6, *in fine*; VAZ SERRA, op. cit., pág. 79, que invoca ENNECERUS-LEHMANN, e ainda PESCATORE e VON TUHR, no mesmo sentido.

Que fazer se o devedor, omisso no exercício do direito de escolha, ou recusando-se a praticá-la, retarda o cumprimento da obrigação?

O Código Civil brasileiro, tal como o Código Civil francês, não regulou a hipótese de omissão, ou recusa do devedor, quanto ao exercício do direito de opção.

A codificação alemã contém regra expressa, em seu artigo 264, alínea 1.<sup>a</sup>, estabelecendo que se o devedor, titular do direito de opção, deixa de proceder à escolha até o início do processo de execução, o credor pode, à sua escolha, fazer a execução sobre uma das prestações, sendo lícito, porém, ao devedor, e desde que o credor não tenha recebido total ou parcialmente a prestação escolhida, liberar-se da obrigação cumprindo uma das outras prestações (107).

Tem-se, portanto, à luz dessas regras, que a mora do devedor não provoca a perda do direito de opção. O devedor só o perderá, em favor do credor, na execução, devendo, portanto, este último ingressar com a ação judicial, formulando pedido alternativo (108).

A doutrina se dividiu diante do problema (109).

(107) ENNECERUS-LEHMANN, op. cit., t. cit., vol. cit., pág. 108, V, esclarece que o direito de eleição do devedor, no caso do art. 264, alínea 1, subsiste, contudo de maneira limitada, já que poderá exercitar-se mediante o efetivo oferecimento (o grifo é do texto) de uma das outras prestações. Salientam que o direito de escolha do devedor só se extinguirá com o recebimento, pelo credor, no todo ou em parte, da prestação sobre a qual este último fez incidir o processo de execução; entendem, ainda, que o fato de o credor endereçar a execução contra uma das prestações não significa que tenha perdido a possibilidade de dirigi-la contra uma das outras (certamente no pressuposto de não se ter pago com a primeira investida), qualificando de sumamente injusta a opinião de PLANCK, DERNBURG, REHBEIN, e outros autores que citam, favoráveis ao entendimento de que se configura em favor do devedor, neste caso, uma *facultas alternativa* (modalidade de obrigação que será estudada no presente trabalho, mais adiante), o que implica na impossibilidade de o credor endereçar a execução contra qualquer das outras prestações, no caso de não conseguir a prestação por ele inicialmente escolhida; KARL LARENZ, op. cit., pág. 170, analisando o direito de opção do devedor nesta fase de execução, afirma que a simples declaração de eleição (sem efetiva oferta da prestação) seria inoperante; o Código Civil da Venezuela (art. 1.217, al. 3.<sup>a</sup>) formula disposição semelhante à do Código alemão, assim: “Cuando el devedor, condeñado alternativamente a la entrega de una o de varias cosas, no cumple su obligación puede hacerse poner en posesión de una cualquiera de ellas, a su elección, salvo para el devedor el derecho de libertarse entregando en ese momento al acreedor cualquiera de las otras” (o grifo é nosso).

(108) Assim já ensinava WINDSCHEID, op. cit., pág. 22: “... mentre il debitore non perde il diritto di scelta a lui competente per il semplice inizio della lite, ma soltanto, e cioè a favore del creditore, di fronte all'esecuzione”.

(109) LAROMBIÈRE, op. cit., n.º 7, pág. 324, sustentava que o credor podia, diante dos entraves decorrentes do comportamento do devedor, solicitar aos juizes que fizessem a escolha, ou que o próprio credor fôsse autorizado a fazê-la,

Entre nós, CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), discursando sobre o assunto, antes do evento do Código de Processo Civil, observava não termos regra expressa como no Código alemão, para solução da espécie, e invocava princípio geral do processo que, em tal hipótese, permitia ao juiz marcar um prazo em audiência, e, expirado o mesmo, proceder o juiz à escolha, à revelia da parte. Entendia o autor que o juiz não podia deferir a opção à outra parte, nem a terceiro (110).

TITO FULGÊNCIO entendia que o juiz na execução devia mandar citar o executado, assinando-lhe prazo, e se este não fizesse a escolha, seguiria a execução nos termos em que o exequente preferisse (111). Admitia, ainda, que, de acordo com os princípios seria lícito ao réu, tal como no Código alemão, oferecer, segundo o autor, no correr da execução, uma das prestações (111).

FRANCISCO CAMPOS, através de parecer, proferido em 1937, como que antecipava o tratamento que à matéria seria dispensado pelo então futuro Código de Processo Civil (112). Entendia não ajustar-se ao nosso direito a concepção de que, vencida a obrigação, e interpelado, não exercendo o devedor o direito de escolha, esta se devolveria ao credor. O Código Civil estipula, no artigo 884, que a escolha cabe ao devedor, e este assim poderia exercer esse direito na execução, pela entrega por parte do devedor de uma das prestações alternativamente prometidas.

E essa foi realmente a forma pela qual o Código de Processo Civil veio a disciplinar o assunto, dispondo, em seu artigo 900: "Se a condenação for alternativa e, nos termos da lei civil, a escolha couber ao devedor, o exequente pedirá a citação do executado

---

abrindo-se um prazo, decorrido o qual, o devedor decairia do direito de opção; DEMOLOMBE, op. cit., n.º 39, pág. 34/35, igualmente no sentido da escolha deferida ao credor, ou feita pelos próprios juizes em lugar do devedor; AUBRY e RAU, op. cit., pág. 69, opinando pela fixação de um prazo para que o devedor escolha, com a indicação desde logo de uma prestação a ser entregue no caso de expiração do prazo, sem iniciativa do devedor, advertindo que os juizes não poderiam transferir a escolha ao credor; BAUDRY-LACANTINIERIE e BARDE, op. cit., págs. 222/3, no mesmo sentido, aduzindo que deferir a escolha ao credor seria violar a lei do contrato; MAZEAUD e MAZEAUD, op. cit., n.º 1.048, pág. 888, onde se faz remissão a uma decisão de 1964, opinam no sentido de que o juiz não tem o poder de escolher em lugar do devedor, de tal sorte que, se o devedor mantém a sua recusa, não resta senão a rescisão do contrato, com perdas e danos.

(110) CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., pág. 202.

(111) TITO FULGÊNCIO, op. cit., págs. 151/153.

(112) FRANCISCO CAMPOS, Parecer publicado in *Revista Forense*, vol. LXX, 239.

para, no prazo improrrogável de cinco (5) dias, cumprir a prestação, prosseguindo-se na execução conforme a natureza da obrigação escolhida". No artigo 901, regulando a hipótese de o devedor citado não entregar uma das prestações, estatui: "Se o executado, no prazo a que se refere o artigo anterior, deixar de cumprir uma das prestações, devolver-se-á ao exequente o direito à escolha".

Observe-se que, dentro no prazo assinado, o devedor deverá *cumprir* uma das prestações, exaurindo a execução, não sendo suficiente uma simples declaração de escolha (113), salvo se a natureza da prestação escolhida demandar tempo para a sua efetiva entrega, como por exemplo quando se trate de uma prestação de fazer, cujo cumprimento pelo devedor seria materialmente impossível no prazo de cinco dias, estabelecido pela lei. Nesse caso, como refere a parte final do artigo 900 do Código de Processo Civil, a execução prosseguirá "conforme a natureza da obrigação escolhida". Mas é evidente que, embora não tendo perdido o direito de opção — trata-se de um devedor em mora, desde o momento em que uma das prestações devera ter sido anteriormente entregue, depois de oportuna escolha do devedor. Assim, se, *pela natureza da prestação escolhida*, quando citado para a execução, o réu retarda ainda mais o adimplemento —, ele responderá perante o credor por esse fato.

Note-se, ainda, que, diversamente do que se verifica no citado artigo 264, alínea 1.ª, do Código Civil alemão, não pode o credor exequente *de imediato* endereçar a execução a uma das prestações, tendo, necessária e previamente, *de fazer citar o devedor para que, no prazo assinado, escolha uma das prestações*. Vencido esse prazo, sem que o devedor tenha eficazmente produzido essa escolha, o direito é devolvido ao credor exequente. Entendemos que essa escolha, realizada pelo credor exequente, é definitiva, irrevogável, não podendo a execução ser dirigida a qualquer das outras prestações, no caso de o credor não conseguir a prestação inicialmente

---

(113) PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XIII, 2.ª ed., Forense, 1961, n.º 3, pág. 153: "a citação é para "escolher e cumprir", *uno actu*"; V. sobre o assunto JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.º vol., ed. 1960, Saraiva, pág. 160, que, diante da dificuldade de uma obrigação alternativa, consistente em um dar ou fazer, chega à conclusão insatisfatória de que o prazo de cinco dias é "para deliberar a escolha"; a solução do texto parece superar o problema com os termos do próprio dispositivo legal.

escolhida, que, desde a opção, passou a constituir o objeto de uma obrigação simples. Essa norma do Código de Processo Civil, em nosso entender, é de direito material, e, em sua essência, idêntica à que se contém, no artigo 884 do Código Civil. A escolha de uma das prestações da obrigação alternativa, realizada pelo credor, na execução, nos termos do artigo 901 do Código de Processo Civil, é a mesma opção, da mesma natureza, com os mesmos efeitos, daquela que o credor realize, porque assim ficou ajustado entre as partes no ato constitutivo da obrigação. Permitir, nesse caso, o direito de variar ao credor exequente, será desnaturar, descaracterizar, a obrigação alternativa. A escolha do credor exequente, em nosso entender, é definitiva, irrevogável.

Somos de parecer, por outro lado, que a maneira como o nosso Código de Processo Civil regulou a matéria, obrigando o credor exequente a citar o devedor executado para escolher, e assim conservando, ainda no processo de execução, o direito de opção do devedor — não permite que se entenda, como pretendia TITO FULGÊNCIO, inspirado no citado dispositivo do Código alemão, que o devedor ainda possa, no correr da execução, liberar-se pagando a outra prestação, ou uma das outras prestações. O citado autor assim prelecionava antes da vigência do Código de Processo Civil. O texto do Código estabelece um derradeiro prazo para o devedor, não prevendo essa possibilidade alvitada, que, para existir, é de ser expressa, como ocorre no direito alemão, por isso que constitui uma exceção ao princípio da definitividade, da irrevogabilidade da escolha (114) (115).

(114) No sentido do texto: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. cit., págs. 154/5.

(115) E se diante da omissão ou recusa do devedor, o credor, ao invés de ingressar com ação consubstanciando pedido alternativo, formular pedido fixo? AMARAL SANTOS, in *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2.º volume, 2.ª ed., Max Limonad, 1967, pág. 118, afirma que, se na contestação o réu silenciar, entende-se que “êste tácitamente se desinteressou pela escolha”. Se contestar, arguindo o seu direito de escolha, “a sentença que julgar procedente a ação o condenará ao cumprimento da prestação que escolher ou tenha escolhido”; FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, ed. Forense, 1962, págs. 56/57, declara que se o devedor nada disser na contestação do pedido, “supõe-se que êle tácitamente escolheu a prestação exigida pelo autor”, que é colocação bem mais feliz que aquela enunciada por AMARAL SANTOS. Nesse caso, efetivamente, o devedor não se desinteressou, mas escolheu tácitamente. Se o réu, porém, indaga FREDERICO MARQUES, contestar alegando preferir cumprir a outra prestação, o juiz poderá condená-lo a cumprir a prestação escolhida? E conclui afirmativamente, “porque quando

*Quid iuris*, se é o credor que se omite no exercício do seu direito de escolha, ou se recusa a fazê-lo?

Cumpra desde logo afirmar que a mora do credor no escolher não o faz decair do direito.

Se o devedor deseja a determinação da prestação, para, dessa maneira, estar em condições de adimplir, já o Código Civil brasileiro (ao contrário do que ocorria, como vimos, na hipótese de omissão ou recusa do *reus debendi*) disciplina a matéria, ao tratar do pagamento por consignação, que, nos termos concebidos, se aplica por inteiro às obrigações alternativas (116). Na conformidade do dispositivo em questão (artigo 981), se a escolha da coisa indeterminada competir ao credor, será êle citado, para êste fim, sob a cominação de perder o direito e de ser depositada a coisa que o devedor escolher (117). É curial que êste dispositivo se aplique não apenas às obrigações de dar, mas às demais modalidades, com as adaptações indispensáveis. A regra está igualmente no artigo 314, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

o autor se antecipa na escolha que caiba ao réu, fazer, o que cumpre ao juiz é decidir sobre a existência da obrigação, deferindo a escolha ao réu. Logo, se a escolha já se encontra feita, a sentença, ao condenar o réu a cumprir a obrigação, fixará também a prestação cabível de acordo com o que o réu escolherá”. Quando o réu contestar a ação com o fundamento de que lhe cabe a opção, o juiz proferirá condenação alternativa, conclui FREDERICO MARQUES. O processualista faz remissão expressa a JOSÉ ALBERTO DOS REIS, e a nota de PONTES DE MIRANDA referindo o texto do artigo 272, parágrafo único, do Código de Processo Civil português que autoriza *expressamente* o juiz a assim proceder (vide VAZ SERRA, op. cit., no presente trabalho, pág. 83). Parece-nos que a solução do processualista português não é de ser adotada entre nós. O nosso Código de Processo Civil estabelece que a sentença poderá ser “alternativa, quando o fôr o pedido” (artigo 281, *in fine*), e, sobretudo, determina peremptoriamente que “o juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitui objeto do pedido...” (art. 4.º). Já tivemos a oportunidade de mencionar que, em nosso entender, o devedor deve uma prestação relativamente indeterminada, a ser fixada, à sua escolha, entre duas ou mais prestações. Por via de consequência, se o credor, cabendo a opção ao devedor, ingressa com ação formulando pedido fixo (ressalvada a hipótese de o réu contestar, sem arguir o seu direito de escolha, quando se configurará escolha tácita do devedor), deverá o autor ser julgado carecedor de ação em razão da natureza da relação obrigacional, e das citadas disposições do Código de Processo Civil brasileiro. O autor não formulou um pedido adequado ao conflito que o separa do réu (MACHADO GUIMARÃES, *Carência de Ação*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, págs. 99/100). A presente nota versa tema de direito processual estreitamente ligado ao direito de escolha, que é direito material.

(116) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit. (Direito das Obrigações)*, pág. 122.

(117) Art. 264, alínea 2.ª do Código Civil alemão; art. 1.287, alínea 2.ª, do Código Civil italiano.

Como bem observa TITO FULGÊNCIO, para que a escolha passe ao devedor é necessário que o credor esteja em mora no escolher, sendo, aliás, expresso o artigo 264, alínea 2, do Código Civil alemão. Não é de ser acolhida, contudo, a opinião do mesmo autor, de que passando ao devedor a escolha, está ela sujeita aos limites do artigo 875 do Código Civil (118). Esta disposição é pertinente às obrigações genéricas, e insuscetível de ser invocada em matéria de obrigação alternativa. Na obrigação alternativa, o optante faz a escolha livremente. E nem poderia ser de outra forma. Como se viu anteriormente, na obrigação alternativa trata-se de escolha entre *a* ou *b* ou *c*, entre prestações concretas, distintas, independentes, não havendo logicamente lugar para pensar-se em termos de escolha média (nem a coisa pior, nem a coisa melhor). O estabelecimento dessa restrição na fixação do objeto da prestação só é possível quando se trata de “escolha” entre indivíduos que compõem homogêneamente um conjunto, e não entre espécies heterogêneas, que só pela vontade do estipulante, ou estipulantes, se consideram reciprocamente substituíveis, umas pelas outras, para os fins de uma determinada relação obrigacional. Logo, sempre que se trate de obrigação alternativa, mesmo quando a opção, pela omissão ou recusa de uma, tenha passado à outra parte, a optante não está sujeita aos critérios do artigo 875 do Código Civil. Igualmente não está obrigada a escolher a prestação que é de crer teria sido escolhida pela parte a que primitivamente cabia a opção (119).

A providência prevista no artigo 981 do Código Civil, combinado com o artigo 314, parágrafo único, do Código de Processo Civil, é um conveniente recurso que se põe em mãos do devedor, a fim de criar a indispensável situação de determinação, e para que, assim, possa liberar-se da obrigação. Mas o devedor não está obrigado a utilizá-lo. Mesmo que se trate de uma obrigação alternativa a termo certo, se a opção é do credor, o prazo se vence, e o devedor, evidentemente, não estará em mora. O credor é que está em atraso no exercício da opção, embora a mora no escolher não se confunda com a infração do dever de receber (120). Não há, curialmente, *mora solvendi*, pois a escolha não incumbe ao devedor, e a prestação é indeterminada. Não há, a rigor, *mora acci-*

*piendi*, pois não houve oferta e subsequente recusa (artigo 955, *in fine*, do Código Civil). O que existe é mora do credor no escolher. Quando a escolha caiba ao devedor, não havendo a opção até o advento do termo, a mora no escolher implica em *mora solvendi*. Mas a recíproca não é verdadeira. A mora no escolher, por parte do credor, não é, a rigor, *mora accipiendi*. Todavia, a primeira é de ser equiparada à segunda. Está de acôrdo com os nossos princípios o dispositivo do artigo 295, *in fine*, do Código alemão, que assimila à oferta da prestação o convite dirigido ao credor para que êle pratique o ato necessário ao cumprimento da obrigação, bem como o do artigo 296, do mesmo Código, segundo o qual, se para o ato que depende do credor existe tempo prefixado de acôrdo com o calendário, para a ocorrência da *mora accipiendi*, não haverá necessidade de oferta, senão quando o credor tenha praticado o ato que lhe incumbe, na época devida.

Mas, para que o devedor se libere dos riscos (por exemplo, o de ambas as coisas perecerem por fortuito, extinguindo-se dessa forma a alternativa, como se verá, ficando o devedor obrigado a restituir o preço, ou parte do preço, que eventualmente tenha recebido antes da entrega de uma das prestações), êle deverá tomar a providência prevista no artigo 981 do Código Civil, combinado com o artigo 314, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Não escolhendo o credor, no prazo assinado, o devedor depositará a coisa, objeto da prestação por êle escolhida, e assim transferirá os riscos para o credor, com fundamento no artigo 976 do Código Civil. Se o credor escolher, está concentrada a obrigação. Deixa de ser alternativa para sê-lo simples, e o devedor pagará com a prestação escolhida, extinguindo a obrigação. Mas êle se valerá da providência prevista no artigo 981 do Código Civil, combinado com o artigo 314, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se o desejar, se entender do seu interesse. Êle não está em *mora solvendi*. Assim, se o devedor não tomou a referida providência, e, conforme a hipótese figurada, os objetos das duas prestações perecem por fortuito, a obrigação se extingue, no sentido de que o devedor a nada mais está obrigado, senão a restituir o preço, ou parte do preço, que por conta dela, se fôr o caso, tiver recebido. A regra do artigo 981 do Código Civil, que se refere a “coisa indeterminada”, é aplicável também às obrigações alternativas, mas a do artigo 877 — expressão legal do prin-

(118) TITO FULGÊNCIO, *Direito das Obrigações* cit., págs. 152 e 153.

(119) Contra: VAZ SERRA, *op. cit.*, págs. 97 e segs.

(120) PONTES DE MIRANDA, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XIII, cit., pág. 157, item 3, *in fine*.

cípio segundo o qual o gênero não perece —, pela sua própria natureza, e em decorrência da estrutura das obrigações alternativas, incide exclusivamente no caso de obrigações genéricas, com as limitações já indicadas neste trabalho, ou seja, a da possibilidade de extinção do gênero limitado, conforme lição corrente da doutrina.

Ao encerrarmos o presente parágrafo deste Capítulo III, e no momento em que procedemos à análise da omissão ou recusa, por parte do optante, de exercer o seu direito, torna-se oportuna uma referência ao legado alternativo. É incontroverso que os legados alternativos nada mais são que obrigações alternativas cuja fonte é a disposição de última vontade. É certo que ao legado alternativo se aplicam os preceitos relativos às obrigações alternativas em geral, pois êle consubstancia verdadeira obrigação alternativa (121). A ressalva expressa que alguns fazem, relativa à vontade do autor do ato, é despicienda, por isso que o mesmo se passa no que concerne às obrigações alternativas decorrentes de ato *inter vivos*.

Partindo desses pressupostos indiscutidos, sustentamos que, se o herdeiro ou o legatário se omitem no exercício do direito de proceder à escolha, ou se se recusam a fazê-lo, a solução será a mesma que o sistema estabelece para as obrigações alternativas convencionais ou decorrentes de ato unilateral *inter vivos*. Defe-re-se o direito de escolha à outra parte, nos termos e nas condições já mencionadas anteriormente. Não nos parece ter procedênciam a afirmação daqueles que, como CARVALHO SANTOS (122) e OROZIMBO NONATO (123), atribuem a escolha ao juiz. Não é de aplicar-se à hipótese a disposição do artigo 1.698, do Código Civil, relativa a legado de gênero, mas *tão-sòmente para o caso de recusa ou impossibilidade de escolha por parte do terceiro que tenha sido indicado para tanto*. Não regula o dito artigo a im-

(121) CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, vol. cit., pág. 426; CLÓVIS BEVILAQUA, *Comentários*, vol. VI, pág. 147, acrescentando que “não muda a natureza da obrigação por ser sua causa o legado, e não o contrato”; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit. (Direito das Sucessões)*, pág. 170.

(122) CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, ed. cit., vol. XIII, pág. 467, que, ao comentar o artigo 1.700, declara que “se a pessoa a que couber optar não puder ou não quiser fazê-lo, dever-se-á aplicar a regra firmada para os legados de gênero: ao Juiz cabe optar”.

(123) OROZIMBO NONATO, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, ed. cit., vol. III, pág. 101.

possibilidade ou recusa de escolha referentes ao herdeiro ou legatário. Quanto a este ponto, que é o que interessa no momento, o Código, na parte do direito das sucessões, não tem qualquer disposição expressa, seja quanto ao legado genérico, seja quanto ao alternativo. Não há, portanto, como aplicar-se qualquer “regra firmada para os legados de gênero”, como advoga CARVALHO SANTOS, pois inexistente essa regra especial. De desacolher-se igualmente o assêrto de que a lei não prevê o caso. O ordenamento o prevê, sim, mas não através de regra especial contida nas disposições do Código Civil referentes ao direito sucessório. Dispõe sobre o assunto nas disposições aplicáveis às obrigações alternativas em geral, e, portanto, também ao legado alternativo: o artigo 981 do Código Civil, combinado com o artigo 314, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e os artigos 900, 901 e 902, deste último Código, conforme a recusa, ou não exercício da opção, seja do herdeiro, seja do legatário. Descabe, assim, no caso, recurso à analogia, de que se vale OROZIMBO NONATO, com a intenção louvável de não privar o legatário da “deixa” em razão da recusa do herdeiro em fazer a escolha, pois isso seria “incivilidade maior de marca”. *Legem habemus*, e com a aplicação da mesma se afasta a consequência que o autor quer evitar: a insubsistência da disposição pela recusa do devedor. De outro lado, e a matéria aqui é opinativa, atribuir a escolha ao legatário, em caso de recusa do herdeiro, será estar muito mais próximo da vontade do testador, do que atribuí-la a um estranho. O juiz afinal, não deixa de sê-lo. Cogita-se de uma liberalidade, de um benefício que o autor da herança quer adjudicar ao legatário. Atender-se-á melhor à vontade dêle, no caso de recusa do devedor, passando o direito de opção ao próprio beneficiado, e não ao juiz. Repita-se que, como se pretende haver demonstrado, temos lei expressa criando um sistema em virtude do qual, observadas as formalidades prescritas, se o que tem o direito de opção não o exerce, a escolha passa ao outro figurante. E dentro desse sistema está o legado alternativo, por isso que não existe lei que o exclua do mesmo, estabelecendo-lhe regras especiais. Quanto à hipótese de recusa ou não exercício pelo terceiro indicado, dela trataremos mais adiante, quando estudarmos a escolha de terceiro nas obrigações alternativas em geral.

§ 3.º — *Pluralidade de optantes.*

24. Uma obrigação alternativa pode nascer pluralmente subjetiva. Uma obrigação alternativa pode tornar-se supervenientemente uma relação obrigacional que apresente pluralidade de sujeitos, por exemplo, pela morte do credor ou do devedor, deixando mais de um herdeiro.

Em situações como essas, e em que os optantes não cheguem a acôrdo no tocante à escolha, como fazer cessar a indeterminação relativa da obrigação?

O Código Civil brasileiro é omissivo (124).

É evidente, porém, que a escolha de um, ou a escolha da maioria, não significam opção eficaz, bastante para fixar a prestação. A escolha deve ser de todos, e dirigida a todos (125).

CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), diante da omissão do Código Civil, e escrevendo antes da vigência do Código de Processo Civil, entendia que o Juiz devesse marcar um prazo aos optantes, e se eles não chegassem a um acôrdo, o próprio juiz procederia à escolha, não podendo deferi-la à outra parte, nem a terceiro (126). OROZIMBO NONATO conclui, por argumento do artigo 901 do Código de Processo Civil, que a não realização da escolha pelo optante no prazo assinado determina a devolução dessa faculdade à outra parte (127). E efetivamente o problema se facilita desde que se considere que só o acôrdo é que significa escolha eficaz, dando-se assim ao caso a mesma decisão aplicável nas hipóteses em que não ocorre pluralidade de sujeitos.

Podem surgir, porém, situações bastante difíceis e delicadas. Vejamos:

(124) Código italiano, art. 1.286, alínea 3.ª: "Se la scelta deve essere fatta da più persone, il giudice può fissare loro un termine. Se la scelta non è fatta nel termine stabilito, essa è fatta dal giudice".

(125) O Código grego (Decreto-lei n.º 2.250, de 15-3-1940) é expresso, no artigo 306, alínea 2.ª: "En cas de plusieurs créanciers ou débiteurs, la déclaration d'option survient en tout cas en commun, de la part de tous ou à tous". Não declara expressamente como se procederá na inocorrência de acôrdo, mas os artigos 308 e 309, declaram, respectivamente, que se o devedor não fizer a opção até o começo da execução a escolha passará ao credor, e que se o credor está em mora no escolher, o devedor tem o direito de assinar-lhe um prazo razoável para tanto, expirado o qual, o direito de opção passa ao devedor. Código preparado para entrar em vigor a partir de 1-7-1941, mas pôsto a vigorar desde 23-2-1946 (*apud Le Nouveau Code Civil de la Grèce*, SAVIDIS X.).

(126) CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *op. cit.*, 202.

(127) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 358 e segs.

Paulo é credor, à sua escolha, de um imóvel ou da quantia de cem mil cruzeiros. Antes da fixação da prestação êle morre, deixando herdeiros A e B, e legando ao primeiro seus bens imóveis, e ao segundo seus créditos em dinheiro. Se na obrigação alternativa imaginada a escolha incidir sôbre o imóvel, êsse fato resultará em atribuição patrimonial exclusiva em favor de A; se recair na quantia, em vantagem exclusiva para B.

Êsse problema foi largamente discutido na doutrina francesa. TOULLIER opinava pelo sorteio, tomando-se a sorte por juiz, indicando LAROMBIÈRE que uma constituição de JUSTINIANO determinava que a sorte decidisse, quando no legado de uma coisa, à opção dos legatários, os colegatários, ou herdeiros do legatário, não se pusessem de acôrdo (*Instit., De leg.*, § 23). O mesmo LAROMBIÈRE confutava com vigor essa singela forma de dirimir, nada sedutora, anotando que as leis em nenhum momento estabeleciam essa modalidade de jurisdição do acaso. Nos casos de partilha, registra o autor, o recurso à sorte poderia surgir como um expediente imposto pela ordem natural das coisas. Nesses casos se cuida apenas de reconhecer e assinalar o direito de cada uma das partes. Já na hipótese vertente a sorte exerceria verdadeira jurisdição, correspondendo efetivamente a um mister judicial, negando a uma parte, para dar à outra. Conclua no sentido de que os juizes é que deviam pronunciar-se, desde que os próprios credores não pudessem ou não quisessem entender-se. DURANTON propunha que em lugar da sorte, se adotasse a solução da partilha dos benefícios entre os colegatários, que LAROMBIÈRE qualifica de cômodo meio de fugir à dificuldade, e conflitante com a vontade do testador, que deixou a cada um objetos diversos, segundo a sua natureza, mobiliária ou imobiliária. DEMOLOMBE também repelia o sorteio, ou a divisão, sustentando que aos juizes incumbia decidir, de acôrdo com as circunstâncias de cada caso concreto, qual das duas prestações deveria ser a escolhida, e aquêle dos dois legatários que, conseqüentemente, se aproveitaria das conseqüências dessa escolha. A decisão deveria atender, não o interêsse particular, dêsse ou daquele, mas o interêsse geral da sucessão (128).

Entre nós, apesar de nem sempre obter-se uma solução justa, entendemos que não haveria como fugir à aplicação dos princípios

(128) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, vol. cit., págs. 327/9; DEMOLOMBE, *op. cit.*, vol. cit., págs. 39/42.

antecedentemente expostos, e incidentes no caso de pluralidade de optantes. Se os colegatários não resolverem entre si o problema, chegará o momento em que essa dissensão significará perante o devedor inexistência de escolha eficaz, e assim, observadas as formalidades prescritas pela lei, a escolha passará ao devedor. É a solução que se impõe, em face do nosso ordenamento.

25. Vale notar que o fato da pluralidade de optantes não afasta a regra da indivisibilidade da escolha, de que se tratou no § 1.º, da Seção I, deste Capítulo, e por força da qual não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra (artigo 884, § 1.º, do Código Civil), igualmente aplicável quando a opção caiba ao credor, como já se viu.

É princípio assentado aquêle segundo o qual havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta se presume dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores, ou devedores (artigo 890, do Código Civil).

Pois bem. Ainda que se trate de uma obrigação alternativa, em que as duas prestações possíveis sejam divisíveis, e em que haja pluralidade de optantes, inicial ou superveniente, prevalece a regra de que a *solutio* da obrigação alternativa deve operar-se integralmente através da entrega de uma das prestações (artigo 884, § 1.º, do Código Civil). Só depois de concentrada a obrigação alternativa, transformada portanto em obrigação simples, é que poderá incidir a disposição do dito artigo 890.

Se *A*, à sua escolha, deve a *B* e *C* dez sacas de café ou vinte sacas de arroz, não poderá pretender pagar a *B* cinco sacas de café e a *C* dez sacas de arroz. A obrigação há de ser solvida através de uma das prestações: ou em sacas de café ou em sacas de arroz. Desde que, no exemplo citado, *A* escolha cumprir a obrigação em sacas de café, ela está determinada, e a partir de então, na conformidade do artigo 890 do Código Civil, se presume dividida em tantas obrigações iguais e distintas, quantos sejam os credores. *A*, portanto, pagará cinco sacas de café a *B*, e cinco sacas de café a *C* (129).

(129) TITO FULGÊNCIO, *Direito das Obrigações* cit., pág. 155; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado* cit., vol. XXIII, pág. 119; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., vol. cit., pág. 201; GIORGI, op. cit., vol. cit., pág. 485; BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, op. cit., vol. cit., pág. 222; POTHIER, op. cit., vol. cit., pág. 498, n.º 562.

26. No caso de pluralidade de sujeitos, a outra parte deve acautelar-se, verificando se a exigência de pagamento, feita por um, decorre de uma opção regularmente feita, resultante de acôrdo entre os vários credores ou devedores.

Põe-se então o problema de saber quais os efeitos que produz, por exemplo, o pagamento, parcial ou total, de uma das prestações, que o devedor faça a um dos credores, antes de uma opção eficaz.

Na doutrina pátria, TITO FULGÊNCIO refere a questão, invocando DEMOLOMBE e LAROMBIÈRE (130).

As conseqüências são as seguintes:

a) o pagamento não prejudica os outros credores;

b) se o devedor pagar parte de uma prestação, os outros credores discrepantes podem constrangê-lo a pagar parte da outra prestação. O devedor já agora não é de estar protegido pelo princípio da indivisibilidade, existente em seu benefício, mas por êle ininvocável, em razão da sua própria imprudência;

c) se pagou uma prestação indivisível a um dos credores, e em seguida os demais lhe demandam o pagamento, pode exigir que todos entrem em acôrdo quanto à opção, pois não pode ser obrigado a pagar mais do que deve. Se a escolha recair sobre a outra prestação, êle terá o direito de repetir a que pagou;

d) se os credores não chegarem a acôrdo, na conformidade do exposto anteriormente, segundo o nosso ordenamento, a escolha competirá ao devedor.

27. Afirmou-se anteriormente que, no caso de pluralidade de sujeitos, opção eficaz é aquela que dimana do acôrdo entre os vários optantes. Para alguns, porém, essa regra sofre exceção, no caso de obrigações alternativas solidárias.

Para facilitar a colocação do problema, tomemos uma obrigação alternativa, em que a escolha caiba aos devedores, e êstes sejam solidariamente obrigados. É uma obrigação alternativa, solidária passivamente, em que a opção caiba aos devedores. *A*, *B* e *C* devem solidariamente a *D* mil e quinhentos cruzeiros ou mil e quinhentas sacas de café.

Discute-se: deve exigir-se para uma escolha eficaz o acôrdo de todos os devedores solidários? A escolha realizada por um é bastante para obrigar os demais devedores, concentrando a

(130) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrigações* cit., págs. 153/4; LAROMBIÈRE, op. e vol. cit., págs. 330/331; DEMOLOMBE, op. cit., vol. cit., págs. 54/55.

obrigação na prestação por êle escolhida? A escolha assim realizada só determina o objeto da obrigação relativamente àquele devedor que optou, seja contra, seja a seu favor?

ENNECCERUS-LEHMANN entendem que, quando se trata de obrigações solidárias, e não se tenha pactuado em contrário, cada um dos sujeitos pode concentrar a obrigação mediante opção individual, mas esta escolha só operará efeitos pessoais contra o optante ou a favor dêle, ficando a obrigação inalterada no tocante aos demais. Recenhecem como dominante a opinião contrária, que exige para a eficácia da escolha a opção de todos. Contestam a opinião contrária, ponderando que essa solução não é conforme com o tratamento que recebem as obrigações solidárias, sendo ainda dificilmente conciliável com o imperativo da boa-fé. Analisando a posição de SCHOLLMEYER, no sentido de que a escolha de um deve produzir efeitos contra todos e a favor de todos, porque na obrigação solidária é devida uma e a mesma prestação, os referidos autores refutam essa colocação com a observação de que as "obrigações singulares" podem ser muito diversas, uma condicional, outra incondicional, e ainda diferentes quanto ao lugar de vencimento, prestação, e outras modalidades. Observe-se que êsses autores se filiam à corrente segundo a qual os créditos que competem aos credores solidários, ou exigíveis contra os devedores solidários, são obrigações distintas (131). Entre nós, PONTES DE MIRANDA alude à questão, referindo que, nas obrigações solidárias, qualquer dos sujeitos "pode escolher, com eficácia somente para si (pró e contra), ficando inalterada para os outros" (132). Parece-nos que essa conclusão — independentemente da posição doutrinária que se assuma no que toca à estrutura unitária ou não da obrigação solidária —, é de prevalecer em função do direito positivo pátrio. Se um dos devedores solidários pode estipular com o credor, sem consentimento dos demais, qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, não lhes agravando a posição, como autoriza o artigo 907 do Código Civil, pode igualmente

(131) ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., pág. 107, item 2, nota 9; pág. 442, II, item 1; pág. 446, § 91, item II, ns. 1 e 2.

(132) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 132: o autor declara sem razão SCHOLLMEYER, que admite a eficácia, pró e contra todos, da escolha por um dos optantes; KOHLER e PESCATORE, sendo que êste último, como se vê de ENNECCERUS-LEHMANN (nota anterior, pág. 107, item 2, nota 10), entende que, em ambos os casos, isto é, nas solidárias ou não, a declaração feita por um é suficiente e eficaz a favor de todos e contra todos.

escolher com eficácia exclusiva para si e contra si, já que isso em nada agrava, ou piora, a condição dos outros. Trata-se de uma obrigação solidária alternativa, cuja possibilidade de existência, sobretudo considerada a autonomia da vontade, não se pode pôr em dúvida. No mecanismo dessa figura obrigacional, portanto, não de entrar em jôgo os princípios dêsses dois tipos de obrigação. A possibilidade da eleição individual é decorrência do princípio da relativa autonomia das relações entre os sujeitos. Se um pode ajustar qualquer cláusula, obrigação adicional, e até mesmo condição com a parte contrária, sem consentimento dos demais, com a limitação referida, — pode escolher, sem consentimento dos demais, pois o direito de escolha flui normalmente da natureza da obrigação ajustada, considerada do ponto-de-vista de alternatividade que ela apresenta.

§ 4.º — *Transmissibilidade do direito de escolha.*

28. O direito de escolha se transmite aos sucessores do optante, e é igualmente transmissível por ato *inter vivos*, juntamente com a obrigação a que se refere. Portanto, se há a cessão do crédito, em que o credor tem a escolha, o direito de opção segue juntamente com o crédito cedido. Se ocorre a assunção de dívida, com o indispensável consentimento do credor, a escolha que era do primitivo devedor, continua com o nôvo devedor. Se era do credor, continua sendo dêste.

O que não é possível é a cessão isolada do direito de escolha, sem a autorização da parte contrária, pois isso implicaria em modificação do negócio jurídico, transformando-se, sem concordância da outra parte, em uma obrigação alternativa, com opção deferida a terceiro. Basta considerar, como se verá, que as conseqüências da recusa ou do não exercício da opção por parte do terceiro, são diversas das que, já vistas, decorrem da recusa ou omissão de uma das partes.

De outro lado, convém acentuar que a opção pode ser realizada pelo respectivo titular, através de representante (133).

O Código Civil brasileiro é expresso, em seu artigo 1701, quanto à transmissibilidade aos seus herdeiros do direito de escolha, no caso de o herdeiro, ou legatário, a quem caiba a opção, falecer

(133) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 357.

antes de exercê-la. Não contém qualquer regra sôbre a transmissibilidade da opção, quando, no direito das obrigações, disciplina as obrigações alternativas (artigos 884/885). Mas os princípios que dominam a matéria são os acima expostos.

§ 5.º — *Como se faz a escolha. Irrevogabilidade.*

29. No tema das obrigações alternativas, é matéria bastante controvertida a de saber-se como se faz a escolha daquela prestação de que se valerá o devedor para o cumprimento da obrigação.

A controvérsia existe, não quando a opção caiba ao credor, mas quando incumba ao devedor.

Na primeira hipótese, o credor poderá fazer a opção, mediante simples declaração, expressa ou tácita, comunicada à outra parte, inclusive aceitação da prestação oferecida no todo ou em parte pelo devedor, propositura de demanda judicial com pedido fixo, e conseqüente citação inicial do devedor, e ainda, em execução, através do enderço da execução a uma das prestações (134).

(134) Vale referir, apenas a título de complementação, por isso que a matéria é mais de natureza processual, que o credor, com o direito de opção, não está obrigado a ingressar com pedido fixo, podendo formular pedido alternativo. Entende JOSÉ ALBERTO DOS REIS que, nesse caso, isso significa que o credor renunciou, em benefício do réu, ao direito de escolher prestações, isto é, que devolveu esse direito ao devedor (*Comentário ao Código de Processo Civil* (português), vol. 3.º, Coimbra Editôra Limitada, ed. 1946, págs. 126 e segs.); LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, ed. Forense, 2.ª ed., 1959, pág. 330, entende que o credor deve optar até o início da demanda. Infere-se do texto do citado processualista, que êle tem o entendimento de que com o ingresso em juízo, fazendo pedido fixo, o credor não teria prejuízo algum, pois que, perecendo o objeto da prestação escolhida a obrigação se concentraria na outra. Cabe observar que isso seria verdade no caso de perecimento fortuito antes da escolha, e a postulação judicial, com a conseqüente citação, consubstancia declaração unilateral de escolha, comunicada à outra parte, o que determina irrevogavelmente a prestação, tornando a obrigação simples; FREDERICO MARQUES, op. cit., vol. cit., pág. 56, reproduz o ensinamento de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, acima citado. Entendemos que o credor não está obrigado a formular pedido alternativo; se formula pedido alternativo, embora tendo a opção, não nos parece tenha êle renunciado à escolha, tanto que se o réu não contestar, a sentença deverá ser alternativa, nos termos do artigo 902 do Código de Processo Civil, ainda à escolha do credor. O que parece ocorrer é que, embora sem renunciar, o credor, com o pedido alternativo, abre oportunidade ao réu para satisfazer com uma das prestações, como se o credor houvesse declarado: escolha aquela que o réu preferir. O que importa esclarecer, no plano do direito material, é que se o credor, titular da opção, ingressar com pedido alternativo, o réu devedor não está em mora, por isso que o credor não escolheu.

Quanto à escolha do devedor, podemos distinguir, em linhas gerais, duas correntes de opinião.

Para a primeira, a obrigação alternativa não se modifica pela simples declaração de escolha do devedor, mas é uma obrigação em que se escolhe uma das prestações *com o pagamento*. Inexiste, portanto, para os filiados a essa corrente, um direito especial de escolha. Autores há, seguidores dêsse entendimento, que justificam a sua opinião, partindo do pressuposto de que a finalidade da obrigação alternativa é a garantia do credor, de vez que se uma das prestações se torna impossível por fortuito, a obrigação se concentra na remanescente. Assim, não seria possível permitir desde logo ao devedor, mediante simples declaração de escolha, fixar o objeto da obrigação, fazer cessar a indeterminação relativa. Com êsse fato estaria frustrada a referida garantia do credor. Quando estudamos a finalidade da obrigação alternativa, no Capítulo I do presente trabalho, demonstramos que não procede a afirmação de que o escopo da obrigação alternativa seja a garantia do credor. Peca assim essa concepção pela unilateralidade que a marca, pela insubsistência da premissa de que parte para chegar à ilação que proclama.

Para a segunda corrente, a obrigação alternativa se modifica pela simples declaração de escolha do devedor.

Entre os integrantes da primeira escola, podem ser citados na doutrina estrangeira, WINDSCHEID, LAROMBIÈRE, DEMOLOMBE, PLANIOL-RIPPERT, BAUDRY-LACANTINERIE E BARDE, AUBRY E RAU, DE PAGE, VELEZ SARFIELD (135).

Em favor da doutrina da declaração, podem ser mencionados IHERING, LAURENT, GIORGI, ENNECERUS-LEHMANN, LARENZ, WAL-

(135) WINDSCHEID, op. cit., vol. cit., pág. 17, nota 3, pág. 20, nota 9; LAROMBIÈRE, op. cit., vol. cit., pág. 314: entende que o exercício da escolha pelo devedor se faz pela oferta, seguida da aceitação do credor, só se tornando irretroatável depois dessa aceitação; DEMOLOMBE, op. cit., n.º 48, pág. 42: “pela entrega de uma das cousas, ou pela oferta efetiva, em caso de recusa do credor; POTHIER, op. cit., vol. cit., pág. 497, n.º 562, de onde se infere que para o autor a escolha só se consuma com o pagamento total da obrigação; PLANIOL-RIPPERT, op. cit., vol. cit., n.º 1.049, pág. 356, declaram expressamente que a obrigação alternativa é garantia para o credor, e o devedor só pode escolher mediante execução de uma das prestações, ou oferta seguida de consignação; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., vol. cit., pág. 215, n.º 1.062: partidários expressos da doutrina da garantia do credor, e assim para êles o devedor só escolhe pela execução, ou pela oferta seguida de consignação; AUBRY e RAU, op. cit., vol. cit., pág. 70: “pela entrega, ou oferta real em caso de recusa do credor”; DE PAGE, op. cit., vol. cit., pág. 274; VELEZ SARFIELD, Cód. Arg. cit., nota ao art. 637, pág. 151.

TER STERN, ANTONINO SMIROLDO, CUNHA GONÇALVES, VAZ SERRA, COLAGROSSO, COLMO, SALEILLES (136).

A controvérsia repercutiu na doutrina nacional, sobretudo porque o Código Civil brasileiro, ao contrário de outros (137), é omissivo no ponto.

Entre os nossos, pronunciavam-se no primeiro sentido exposto LACERDA DE ALMEIDA, CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), CLÓVIS BEVILAQUA, SERPA LOPES, FRANZEN DE LIMA (138). O artigo 890, da Nova Consolidação das Leis Civis, de CARLOS DE CARVALHO, dispunha nesse sentido (139).

Partidários da teoria da declaração, na doutrina brasileira, podemos citar: TITO FULGÊNCIO, OROZIMBO NONATO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ORLANDO GOMES, PONTES DE MIRANDA, EDUARDO ESPINOLA (140).

(136) IHERING, *apud* WINDSCHEID, op. cit., vol. cit., pág. 20, nota 9; LAURENT, op. cit., vol. cit., pág. 187, n.º 232, contestando a necessidade de aceitação, que qualifica de incompatível com a própria noção de escolha; GIORGI, op. cit., vol. cit., n.º 430, págs. 490/1 — embora dizendo que comumente a escolha do devedor se faz pela oferta efetiva ou pela entrega, não repele a tese de LAURENT; ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., pág. 105; LARENZ, op. cit., vol. cit., pág. 168, *in fine*; WALTER STERN, op. cit., vol. cit., item 33, pág. 1.217; SMIROLDO (Antonino), op. cit., vol. cit., pág. 625; CUNHA GONÇALVES, op. cit., vol. cit., págs. 913 e segs., VAZ SERRA, op. cit., págs. 71 e 72; COLAGROSSO, in *Teoria Generale delle Obbligazioni e dei Contratti*, ed. Casa Ed. Stamperia Nazionale, 1948, pág. 126; COLMO, op. cit., pág. 270, *in fine*; SALEILLES, op. cit., pág. 9, item 9, *in fine*.

(137) Código Civil alemão, art. 263, al. 1.ª: “Le choix se réalise par déclaration envers l'autre partie”, trad. cit.; Código Civil italiano, art. 1.286, al. 2.ª: “La scelta diviene irrevocabile con l'esecuzione di una delle due prestazioni, ovvero con la dichiarazione di scelta, comunicata all'altra parte, o ad entrambe se la scelta è fatta da un terzo”; Código Civil espanhol, art. 1.133: “La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada”; Código grego, art. 306, al. 1.ª: “L'option survient par une déclaration à l'autre partie, et elle est immuable et incompatible de réserve et de terme”.

(138) LACERDA DE ALMEIDA, op. cit., pág. 99; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., vol. cit., págs. 198/9; CLÓVIS BEVILAQUA, considerado por CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), dentro dessa corrente por trecho constante do *Direito das Obrigações*, cit., § 26, pág. 78, onde afirma, a propósito da distinção entre as alternativas e as chamadas facultativas que “... para extinguir-se a obrigação alternativa, não se tratando de *execução*, será preciso que pereçam ou se tornem impossíveis todos os objetos das várias prestações” (o grifo é nosso); SERPA LOPES, op. cit., pág. 105; FRANZEN DE LIMA, op. cit., pág. 55.

(139) “Artigo 890 — As obrigações alternativas se executam com o cumprimento de qualquer das prestações. Não é permitido ao credor exigir parte de uma e parte da outra para formar o valor total da prestação” (Ord. 4, 27, I. — Ord. 4, 96, 8 e II. — Ord. 4, 97, 15. — D. 370 de 1890, art. 23. — Dig. fr. 8, § 2.º, L. 30. — Cód. Com. art. 263”).

(140) TITO FULGÊNCIO, *Direito das Obrigações* cit., pág. 150, e *Programas* cit., pág. 8, que CARVALHO SANTOS (in *Cód. Civil Bras. Interpretado*, cit., vol. XI, pág. 112) cita, sem razão, como partidário da doutrina da entrega

Desejamos indicar, na doutrina estrangeira, o entendimento de DE RUGGIERO, discursando na vigência do Código italiano de 1865, e que se não ajusta com estrita adequação a qualquer das duas correntes acima referidas. Sustenta que a escolha se opera através do cumprimento, ou pela declaração de escolha, desde que definitiva. Segundo o dito autor, quanto a essa última, deve entender-se como definitiva aquela que foi aceita pela outra parte, aceitação que pode ser expressa ou tácita, depreendendo-se do âmbito que o devedor e o credor deram à declaração. Ele analisa englobadamente a escolha do credor e do devedor (141).

Impõe referência em apartado, entre os autores nacionais, igualmente por ter posição insusceptível de uma perfeita filiação a qualquer dos dois grupos aludidos, ARNOLDO WALD. Entende que a declaração de escolha comunicada à outra parte é opção. Afirma, contudo, que, se, depois dessa opção, e antes do cumprimento, a prestação escolhida se torna impossível, o devedor, pela lei brasileira, é obrigado a cumprir a prestação remanescente. Assevera, então, que, por questão de coerência, considera que a opção se torna irreversível depois do cumprimento da prestação, mas a escolha anterior à execução do dever jurídico, quando comunicada à outra parte contratante, vincula o optante que, se modificar a escolha, responderá por perdas e danos (142).

Entendemos, pelas razões já expostas, que o devedor, desde que nada em contrário resulte do ato constitutivo da obrigação, pode fazer a opção mediante simples declaração de vontade comunicada à outra parte, produzindo assim a concentração da obrigação.

30. A declaração de escolha, seja do devedor, seja do credor, é de natureza unilateral receptícia. A simples declaração não é suficiente. É necessário que seja comunicada à outra parte. Se

efetiva; OROZIMBO NONATO, *Curso* cit., vol. cit., pág. 360 e segs.; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso* cit., Dir. Obrig., vol. cit., pág. 124; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op. cit., vol. cit., pág. 97, com a observação seguinte quanto à exigência da oferta real: “... exigência essa que entretanto não enxergamos na lei, e que se desfaz à observação de que em toda dívida *quérable* não é o devedor compelido a levar a prestação ao credor. Admitimo-la como uma forma de escolha tão somente”; ORLANDO GOMES, *Obrigações*, cit., pág. 87; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 127; EDUARDO ESPINOLA, *Sistema* cit., vol. cit., que, invocando SALEILLES, afirma que a teoria da declaração deve ser preferida por mais consentânea com as exigências do comércio dos bens.

(141) DE RUGGIERO (Roberto), *Inst. cit.*, vol. cit., pág. 38.

(142) ARNOLDO WALD, op. cit., vol. cit., págs. 36/37.

feita a ausente, são aplicáveis as regras pertinentes à formação dos contratos entre pessoas que não estão presentes (143).

A declaração pode ser expressa ou tácita. Se o devedor, cabendo-lhe a escolha, realiza o pagamento de parte de uma das prestações, e o credor aceita, há uma declaração tácita do primeiro. Da mesma forma, se a opção cabe ao credor, há declaração de escolha tácita do credor (144).

O devedor não estará escolhendo, se destruir o objeto de uma das prestações, no caso de serem duas as prestações contempladas (145). Não seria uma forma leal, admissível, de escolha, acorde com os princípios da boa-fé, e esse fato, como se verá, não concentra a obrigação na remanescente.

Se o credor recusa a oferta de uma das prestações, subsiste a escolha feita pelo devedor, que posteriormente não poderá pretender dirigir a sua opção à outra (146).

As partes, ou o estipulante, podem regular no ato constitutivo da obrigação, o modo pelo qual se fará a escolha, estabelecendo que a escolha possa fazer-se condicionalmente, ou a termo, bem como que a opção só possa ser feita pelo devedor mediante o cumprimento de uma das prestações. Não se exclui, porém, a *condictio in praesens vel in preteritum collata*, e o termo ou condição que se realiza antes do vencimento da obrigação (147).

As próprias circunstâncias do negócio jurídico podem indicar a pactuação tácita de que a escolha eficaz só possa fazer-se depois de transcorrido certo tempo, ou através do cumprimento (148).

Resumindo, firmamos a nossa preferência pela teoria da declaração, pelos seguintes motivos principais:

(143) ORLANDO GOMES, op. cit., *Obrigações*, pág. 87; LARENZ, op. cit., vol. cit., pág. 168, *in fine*.

(144) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 132; LARENZ, op. cit., vol. cit., pág. 169.

(145) LAURENT, op. cit., pág. 187, n.º 232; GIORGI, op. cit., págs. 490/1.

(146) CUNHA GONÇALVES, op. cit., vol. cit., págs. 917/8; RUBINO (Domenico), op. cit., vol. cit., pág. 71; contra: ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., pág. 106, nota 8; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 128.

(147) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 135; ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., pág. 105.

(148) ENNECCERUS-LEHMANN, loc. cit. nota anterior, item 1, refere interessante exemplo: Se alguém se obriga a entregar-me, dentro de um ano, um cavalo, ou uma soma em dinheiro, não pode pretender, antes de decorrido o prazo, jogar sobre meus ombros o risco do perecimento fortuito do cavalo; se resulta inequivocamente do negócio jurídico que a obrigação se fez alternativa para garantia do credor, a escolha do devedor só pode fazer-se pela *solutio*.

a) tal como CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, não vemos em nossa lei a exigência de que a opção do devedor só possa fazer-se pelo cumprimento de uma das prestações;

b) a teoria contrária confere à obrigação alternativa uma finalidade que está longe de ser exclusiva, ou primordial — a garantia do credor —, sendo de entender-se, em princípio, que a alternatividade foi posta como um instrumento de adequação do cumprimento da obrigação à conveniência do devedor, isto é, como um meio de facilitar a solução da obrigação;

c) a teoria contrária identifica escolha e pagamento, momentos distintos, que necessariamente não hão de estar identificados.

Além disso, há de considerar-se a razão invocada por SALEILLES, já referido, observando que a teoria da declaração é a que oferece maior segurança ao comércio, e ainda é de ponderar-se que é a mais consentânea com as exigências da boa-fé.

A opção do devedor, então, pode praticar-se pela declaração de escolha à outra parte, expressa ou tácita, independentemente de aceitação, ou ainda pelo cumprimento de uma das prestações.

A matéria tende a tornar-se, entre nós, direito positivo, refugindo ao debate e às controvérsias doutrinárias. O Anteprojeto de Código de Obrigações, de OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO DE AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, já propunha, em seu artigo 203, a adoção expressa da teoria da declaração (149). Os trabalhos de reforma do Código Civil brasileiro, como se verá, perfilham a mesma orientação.

31. A escolha, do devedor ou do credor, desde que realizada por um dos modos anteriormente mencionados, é definitiva e irrevogável.

O nosso Código não o declara *expressis verbis* nos artigos 884/888, mas o faz no artigo 1701, parágrafo único, quando cuida da opção no legado alternativo, dispondo que, “uma vez feita, porém, a opção é irrevogável”.

Tem-se, então, que, feita a escolha, o optante não tem o direito de variar, tanto mais quanto, em virtude da escolha, a obrigação se tornou simples, deixando de ser alternativa. Se assim não

(149) “Artigo 203: A escolha pode realizar-se mediante simples declaração do optante à outra parte, e, salvo cláusula em contrário, é irrevogável”.

fôsse a outra parte ficaria sujeita aos caprichos e indecisões daquela que tem a titularidade da escolha (150).

No direito romano, uma corrente entendia que o devedor tinha a *variatio* até a solução da obrigação, e outros distinguiam a fórmula *quem voluero* da fórmula *quem volam*, sustentando-se que havia o direito de mudar quando a fórmula era concebida no futuro (151).

Autores que advogam a teoria do cumprimento, entendem que a escolha do devedor só se torna definitiva pelo pagamento total de uma das prestações (152), e assim o devedor poderá repetir o pagamento parcial realizado, oferecendo como pagamento a outra prestação.

Para nós, como visto, a escolha pode ser feita pela simples declaração de vontade, ou pelo cumprimento, e desde que realizada, por qualquer desses modos se torna definitiva e irrevogável.

Três exceções se abrem a êste princípio:

a) quando a obrigação fôr de prestações periódicas, em que a lei, presumindo a vontade das partes, estabelece que a opção valerá para cada período. É uma presunção que pode ser afastada pelas partes, ou pelo estipulante, ajustando que a escolha será uma só. Entende-se que, a rigor, não se trataria de verdadeira exceção, pois se trata de sucessivas prestações. Embora o artigo 884, § 2.º, do Código Civil brasileiro, só se refira a prestações anuais, o dispositivo se aplica no caso de prestações periódicas, mesmo que não sejam anuais (153). Apesar de o dispositivo só aludir ao devedor, aplica-se também no caso de opção do credor. Parece-nos muito estrito o entendimento de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, que — manifestando a sua antipatia à regra do artigo 884, § 2.º, a seu ver, geradora de incertezas, a considera somente aplicável ao de-

(150) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig.*, cit., pág. 156; OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, págs. 350 e segs.; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Dir. das Obrig.*, vol. cit., pág. 125.

(151) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig.*, cit., pág. 156; SERPA LOPES, *op. cit.*, págs. 105/6; GIORGI, *op. cit.*, vol. cit., pág. 492; BONFANTE, *op. cit.*, pág. 381, e nota 1.

(152) SERPA LOPES, *op. cit.*, pág. 105; POTHIER, *op. cit.*, vol. cit., n.º 562, pág. 497.

(153) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 350 e segs., art. 200, § 2.º, do Anteprojeto de NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e H. GUIMARÃES: "Quando a obrigação se há de cumprir em prestações periódicas, subentende-se caber ao optante a faculdade de exercer a escolha em cada período".

vedor (154). Não há porque, analogicamente, não considerar a regra legal também aplicável ao credor;

b) quando as partes expressamente tenham estipulado o direito de variar (155);

c) quando a própria declaração de vontade traga consigo a carga de incerteza, que autoriza inequivocamente a conclusão de que se não cuida de uma escolha (155).

### § 6.º — Efeitos da escolha.

32. Trata-se de saber se os efeitos da escolha são *ex tunc* ou *ex nunc*. Em outras palavras, se os efeitos da escolha retroagem ao momento da formação do ato constitutivo da obrigação, ou não retroagem.

O Código Civil brasileiro é omissivo. Não o é o Código Civil alemão, segundo o qual a prestação escolhida é considerada como tendo sido a única devida desde o comêço (art. 263, alínea 2.ª).

A questão se reveste de importância naqueles ordenamentos em que a propriedade se transfere pelo só contrato.

DEMOLOMBE entendia que a escolha tem efeito retroativo. Segundo êle, a coisa escolhida era considerada como se tivesse sido, desde o princípio, o objeto da obrigação, tal como se se tratasse de uma condição que se tivesse verificado. A outra, liberada desde a escolha, é de ser tida como se jamais tivesse estado compreendida na obrigação. Entendia que essa retroatividade operava não só entre as partes, como perante terceiros, autorizando, assim, o credor a reivindicar contra o terceiro a coisa que tivesse sido escolhida (156).

LAURENT se opõe, dizendo que não há que aplicar princípio relativo às obrigações condicionais, quando o próprio DEMOLOMBE distingue as alternativas das condicionais. A propriedade só se transfere com a escolha, e assim o credor não poderá reivindicar do terceiro a quem a coisa anteriormente tenha sido transferida pelo devedor. Admite a retroatividade tão somente quanto à definição da natureza da obrigação alternativa, que se determina pela escolha (157).

(154) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit.*, *Dir. das Obrig.*, pág. 126.

(155) CATO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, pág. 96.

(156) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n.º 63, pág. 527.

(157) LAURENT, *op. cit.*, n.º 241, pág. 190.

GIORGI inicialmente admitia a retroatividade para fazer retroagir a aquisição da propriedade, mas declara que, melhor pensando, se fixava no sentido oposto, pois essa colocação seria de efeitos danosos a terceiros. Conclui no sentido de que o princípio da retroatividade não se aplica à transmissão da propriedade, e serve tão somente para fazer depender da escolha a natureza da obrigação (158). CUNHA GONÇALVES é radical no sentido da retroatividade, inclusive quanto à transferência da propriedade e suas conseqüências (159). BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE consideram a retroatividade conseqüência forçada da própria natureza da obrigação alternativa, e admitem a reivindicação (160).

ALLARA (161), COLAGROSSO (162), e RUBINO (163) afirmam que a escolha não retroage.

Em sistemas como o nosso, em que a propriedade não se transfere pelo contrato (art. 620 do Código Civil) o problema se minimiza em sua importância. Declaram-se, entre nós, pela retroatividade da escolha OROZIMBO NONATO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), CARVALHO SANTOS (164). CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA não parece entusiasta dessa colocação, asseverando que, uma vez realizada a escolha, se concentra a obrigação, como se desde o início fôsse simples, o que tem sugerido o tema da retroatividade da concentração (165). De outro lado, LACERDA DE ALMEIDA declarava que a obrigação alternativa não é condicional, e, assim, a escolha não retroage (166) e ORLANDO GOMES afirma que o efeito da escolha é *ex nunc* (167).

A propósito da afirmação de LACERDA DE ALMEIDA, há pouco trazida à colação, vale observar que SALEILLES registra que os autores do projeto do Código alemão, ao estabelecer que a prestação escolhida era de ser tida como a única desde o começo, não tinham em

(158) GIORGI, op. cit., vol. cit., págs. 496/7.

(159) CUNHA GONÇALVES, op. cit., vol. cit., págs. 915/7.

(160) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., vol. cit., págs. 224/228, ms. 1.074/1.078.

(161) ALLARA, op. cit., pág. 525.

(162) COLAGROSSO, op. cit., pág. 127.

(163) RUBINO (Domenico), op. cit., vol. cit., págs. 47 e 53.

(164) OROZIMBO NONATO, *Rep. Enciclopédico* cit., vol. 35/82; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, op. cit., *Obrigs.*, pág. 120; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Interpr.*, vol. XI, págs. 117/118; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., vol. cit., pág. 199.

(165) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op. cit., pág. 96.

(166) LACERDA DE ALMEIDA, op. cit., pág. 98.

(167) ORLANDO GOMES, op. cit., pág. 87.

vista qualquer idéia ligada a condição, mas a retroatividade se explicaria unicamente pelo princípio enunciado pelos antigos, segundo o qual a coisa escolhida desde o princípio estava *in obligatione* (168). Cabe anotar, aliás, que o Código alemão, em seu artigo 158, não confere efeito retroativo à condição suspensiva verificada.

Nossa opinião, pondo-nos, portanto, de acôrdo com ORLANDO GOMES, ALLARA e COLAGROSSO, é que a concentração opera efeitos *ex nunc*. Com a escolha, a prestação que era indeterminada relativamente se determina, e a partir de então a obrigação segue o destino imposto pela natureza da prestação escolhida. Será indivisível, divisível, relativa a móveis ou imóveis, etc., conforme a prestação escolhida.

No caso do legado alternativo, enquanto a escolha não se faz, o legatário não tem propriedade, e passará a tê-la a partir do momento da escolha. A sua propriedade não retroage ao momento da morte do autor da herança.

Não vemos porque falar-se em retroatividade da escolha, como o faz a maioria dos nossos autores.

Anota PONTES DE MIRANDA que a escolha do devedor interrompe a prescrição, o mesmo não acontecendo com a opção do credor (169). Isso é exato, em face do que dispõem o artigo 172, V, do Código Civil, e os demais incisos deste artigo. Mas é óbvio que se a escolha do credor se fizer através de ação judicial com pedido fixo e conseqüente citação do devedor, essa escolha assim feita interromperá a prescrição, na forma do artigo 172, I, do Código Civil, e do art. 166, V, do Código de Processo Civil.

#### § 7.º — Pagamento sem escolha.

33. O pagamento regular tem como pressuposto que seja efetuado com conhecimento de causa, ou seja, de que se trata de uma obrigação alternativa.

Uma errônea idéia pode levar o devedor a pagar, e o credor a receber, as duas prestações, quando uma só é devida.

A doutrina refere situação ocorível. Um devedor, por exemplo, levado a êrro por um lapso da certidão extraída das notas de um tabelião, entrega em pagamento o imóvel x e o imóvel y, quan-

(168) SALEILLES, op. cit., pág. 10, item 10, *in fine*.

(169) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, págs. 135/6.

do, em realidade, era devedor do imóvel x ou do imóvel y. Dúvida não há de que o devedor tem direito à repetição de uma das prestações, já que relativamente à outra ocorreu um pagamento indevido. A quem caberá escolher aquela que deverá ser restituída ao devedor?

POTHIER dá notícia da discussão que se travou sôbre o ponto, no direito romano. CELSO, citado por ULPIANO, entendia que, nesse caso, o credor devia ficar, à sua escolha, com a coisa que preferisse. JULIANO, em contrário, pensava que o devedor tinha o direito de repetir aquela que, à sua opção, desejasse. A opinião de CELSO se baseava no fato de que, sendo as duas coisas devidas, o devedor não poderia afirmar qual das duas seria a devida. Não poderia repetir qualquer delas, sob a alegação de que não era devida. Ele teria o direito de repetição de uma das duas, indeterminadamente, já que, em pagando as duas, pagara mais do que devera ter pago. Além disso, o credor, por seu lado, se tornara devedor na repetição, e nessa qualidade a opção deveria caber-lhe. Assim também opinava Marcelo. POTHIER qualifica o raciocínio de CELSO fundado em uma simples sutileza. JULIANO se amparava na equidade. A *condictio indebiti* é uma espécie de restituição por inteiro que a equidade exige no caso de pagamento indevido. As partes devem ser devolvidas à mesma situação em que estavam anteriormente. Assim o devedor deve ter o mesmo direito que tinha, indicando, à sua escolha, aquela coisa que deve ser restituída pelo credor. Essa opinião foi finalmente confirmada por uma constituição de JUSTINIANO. Observa POTHIER que o credor estará obrigado a restituir na medida em que as duas coisas ainda existam. Se uma delas deixou de existir depois do pagamento, não haveria lugar para repetição, como decidiu JULIANO. Isso porque, restituídas que fôsem as partes ao estado anterior, ainda assim, a remanescente deveria ser paga ao credor (170).

DEMOLOMBE alude ainda a outra opinião, segundo a qual era de distinguir-se se o pagamento das duas cousas tinha sido feito simultâneamente, ou sucessivamente. Na primeira hipótese, a escolha era do credor; na segunda, a coisa a restituir seria aquela paga por último, porque ela é que não seria devida, em razão do pagamento anteriormente feito (170).

(170) POTHIER, op. cit., vol. cit., n.º 257, pág. 443; DEMOLOMBE, op. cit., vol. cit., págs. 47/48; VAN WETTER, op. cit., vol. cit., pág. 65; MAYNZ, *Curso*

GIORGI considera a solução afinal firmada por JUSTINIANO aquela que razoavelmente deve prevalecer, devolvendo-se ao devedor aquela posição na qual se encontraria se não houvesse incidido em êrro, concordando com a lição de POTHIER, se uma das duas coisas perece em mãos do credor por caso fortuito. Se uma delas vem a perecer culposamente por ato do credor, o citado autor observa que a situação será diferente, esteja o credor de má ou de boa-fé. Isto é, se recebera as duas coisas, sabendo ou não que só uma delas era devida. No primeiro caso, estaria sujeito a uma reparação em favor do devedor. Embora o autor não refira expressamente, o credor só estaria sujeito a essa indenização, se a opção do devedor se dirigir a essa prestação tornada impossível por culpa do credor. Se o credor está de boa-fé, não vê, com razão, como se possa plausivelmente obrigar o credor a reparar, embora a destruição da coisa se tenha dado por fato do credor. Os mesmos princípios serão aplicáveis quando, em lugar de uma, ocorrer o perecimento das duas (171).

A lição de GIORGI sôbre o tema é perfeitamente recebível em nosso sistema, sendo de explicitar apenas que, se inicialmente a escolha era do credor, o devedor só poderá pedir a restituição alternativamente, deixando-se ao credor o direito de conservar a prestação que lhe aprouver (172).

34. Pode acontecer que o devedor tenha pago uma coisa, ignorando que se tratava de uma obrigação alternativa, e que, portanto, poderia ter pago prestando outra. O já citado POTHIER oferece expressivo exemplo. Alguém faz um testamento, deixando um determinado quadro a uma pessoa. Posteriormente, através de um codicilo, muda essa disposição, legando à mesma pessoa o quadro ou uma quantia em dinheiro. O codicilo se extravía, só sendo encontrado depois de haver o herdeiro feito a prestação do quadro. A obrigação do herdeiro a rigor não era simples, tendo por objeto a entrega do quadro, mas alternativa: ou o quadro, ou a soma de dinheiro.

Pergunta-se: tem o herdeiro direito à restituição do quadro, para cumprir com a entrega da quantia em dinheiro?

*de Derecho Romano*, trad. de D. Antonio José Pou y Ordinas, tomo II, 1913, pág. 109, nota 11.

(171) GIORGI, op. cit., vol. cit., n.º 432, 433, págs. 498 e segs.

(172) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit., Dir. das Obrig.*, pág. 132.

A matéria era igualmente discutida entre os romanos. CELSO decidia pela negativa. O pagamento feito era de uma coisa devida, não estando, por conseguinte, sujeito a repetição. JULIANO entendia caber a restituição, porque o devedor errôneamente pagou, pensando que devia uma coisa determinada, quando, em realidade, a devia alternativamente. O fundamento dessa opinião, ensina POTHIER, era o de que o êrro em que estava inocentemente o herdeiro quanto à natureza da sua obrigação, não poderia prejudicá-lo, nem agravar essa obrigação, retirando-lhe o direito de opção. Aduz que a repetição há lugar não só quando se tenha pago o que não se devia de maneira alguma, mas também quando se pagou mais que o devido. E quem paga como coisa determinada, o que devia sob alternativa, paga mais que o devido. Eis porque êsse pagamento deve estar sujeito a repetição, oferecendo o devedor em pagamento a outra coisa, em lugar daquela que pagou. Essa solução, refere POTHIER, é mais justa que a primeira, pois dá a cada um o que é seu; e por isso DUMOULIN opinava no sentido da sua adoção. Nota POTHIER que o mesmo DUMOULIN decidia que êsse entendimento não era de ser aplicado de maneira absoluta. A repetição era de ser admitida desde que o credor de boa-fé não sofresse prejuízo. Diz POTHIER que, no exemplo figurado, se o credor houvesse vendido a coisa entregue pelo herdeiro, êste último teria o seu direito de repetição limitado ao montante que excedesse a soma de dinheiro que o herdeiro teria o direito de pagar em lugar da coisa vendida (173). Transportemo-nos para os dias de hoje, para bem compreender o princípio que POTHIER extrai da opinião de DUMOULIN. Imagine-se que o quadro, mencionado no exemplo, valesse Cr\$ 200,00, e a outra prestação da alternativa fôsse a quantia de Cr\$ 100,00. Recebido o quadro pelo credor, êste, de boa-fé, o vendeu por Cr\$ 150,00. Se o credor tivesse de restituir ao devedor o valor do quadro teria de retirar do seu patrimônio Cr\$ 50,00. Recebendo do devedor a prestação por êste escolhida (Cr\$ 100,00), na realidade, o credor teria, da disposição testamentária, um benefício final de apenas Cr\$ 50,00. De acôrdo com a aplicação equitativa dos princípios, sugerida por DUMOULIN, o credor simplesmente restituiria o eventual excesso que o preço pelo qual vendeu a coisa apresenta sôbre a prestação em dinheiro que o deve-

(173) POTHIER, op. cit., vol. cit., ns. 255/6, pág. 443; VAN WETTER, op. cit., vol. cit., pág. 65.

dor escolhesse. O que significa: restituiria tão-sòmente Cr\$ 50,00, ficando com o benefício final de Cr\$ 100,00, correspondente ao valor da prestação escolhida pelo herdeiro, e que era um dos têrmos da alternativa criada pelo autor da herança.

A solução de que cabe a repetição no caso foi acolhida pela doutrina posterior; uns, como BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE (174), entendendo que se tratava de pagamento indevido; outros, como GIORGI (175), que, sem definir-se quanto ao problema, declara expressamente que se contenta em observar que, diante do silêncio da lei, a equidade exige que se admita a repetição, acompanhada da oferta da outra prestação pelo devedor. ENNECCERUS-LEHMANN sustentam que o devedor poderá repetir e fazer a outra prestação, com base nas regras que disciplinam o enriquecimento ilícito. Porém, acrescentam, se o credor imagina que o pagamento tenha sido resultado do exercício do direito de opção pelo devedor, é de ser a hipótese considerada como de declaração válida, porém anulável por êrro, com base no artigo 119 do Código alemão. Se isso ocorrer se produzirão os mesmos efeitos, com a diferença de que o devedor estará obrigado a ressarcir o interêsse negativo, a teor do artigo 122 do mesmo Código (176). LARENZ entende que a impugnação é possível com fundamento no êrro (177).

Entre nós, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO não parece rejeitar a solução pelo caminho da repetição de indébito (178); TITO FULGÊNCIO considera caso de anulabilidade por êrro excusável (179); PONTES DE MIRANDA sustenta que a obrigação de *a* não é idêntica à obrigação de *a* ou *b*, e não sendo idêntica, se se paga *a*, por se ignorar que se deve *a* ou *b*, pagou-se o indevido: a obrigação de *a* não existia. Aduz que pode ser também intentada a ação de anulação por êrro (arts. 86 e 89 do Código Civil), que produz os mesmos efeitos que a repetição; mas, nesse caso, o devedor estará obrigado a ressarcir o interêsse negativo (o dano que o credor não teria sofrido, se o devedor não houvesse errado e dado ensejo a anulação) (180).

(174) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., vol. cit., n.º 1.081, pág. 229.

(175) GIORGI, op. cit., vol. cit., n.º 432, pág. 493.

(176) ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., op. cit., pág. 107, item 1, *in fine*.

(177) LARENZ (KARL), op. cit., vol. cit., pág. 169.

(178) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, op. cit., *Dir. das Obrigações*, pág. 132.

(179) TITO FULGÊNCIO, *Direito das Obrigações*, vol. cit., págs. 158/9.

(180) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, 132/3.

Diante das premissas que estabelecemos, ao estudarmos a estrutura da obrigação alternativa, entendemos que, na hipótese figurada, há um pagamento indevido, e assim o devedor tem legitimidade para a restituição do indébito, com os temperamentos indicados pela doutrina acima exposta. O credor estará obrigado à restituição, na medida em que ela não agrave a sua condição. Quem paga uma das prestações, sem prévia escolha, tal como no caso vertente, está pagando indevidamente, pois, antes dela, o devedor está obrigado a uma prestação relativamente indeterminada.

Cabe referir que a doutrina admite — no caso de o credor receber uma prestação, acreditando tratar-se de uma obrigação simples, quando se cuida, na realidade, de uma obrigação alternativa, à sua opção —, que êle restitua a recebida, e prefira o pagamento com a outra prestação. Nesse caso, como é óbvio, o fundamento não será o indébito, mas a anulabilidade por êrro essencial (181).

#### § 8.º — Escolha e vício redibitório.

35. A escolha pode recair sôbre uma prestação que tenha como objeto a entrega de uma coisa portadora de um vício redibitório.

Indaga-se: Quais os direitos do credor nesse caso? A maioria dos autores que tratam do tema, entendem que há de ser feita uma distinção: se o devedor está de boa-fé, o credor teria os mesmos direitos, como se se tratasse de uma obrigação simples. A ação redibitória, ou a ação estimatória. Quando o devedor esteja de má-fé, o credor poderia pretender a outra prestação, restituindo a coisa recebida. TOULLIER, citado por DEMOLOMBE, entendia que o credor podia voltar atrás em sua escolha (182). LAROMBIÈRE ensinava, em contrário, que êle só estaria intitulado à redibição ou à estimatória, tendo direito a perdas e danos, conforme o devedor tivesse ou não ciência do vício (183). DEMOLOMBE, embora expressamente qualificasse de mais jurídica a opinião de LAROMBIÈRE, admitia que a doutrina de TOULLIER pudesse ser aceita, desde que se discriminasse a boa ou a má-fé do devedor. Mas não para a estrita aplicação da teoria dos vícios redibitórios, e, sim, para en-

(181) TITO FULGÊNCIO, *Direito das Obrigações* cit., págs. 158/9; LARENZ (Karl), op. cit., vol. cit., pág. 169.

(182) DEMOLOMBE, op. cit., vol. cit., n.º 61, pág. 50.

(183) LAROMBIÈRE, op. cit., vol. cit., pág. 320, item 7.

sejar, no segundo caso, que o credor restituísse a coisa recebida e obtivesse a outra (182). GIORGI adota essa última decisão, por entendê-la mais justa (184). SMIBOLDO, mais recentemente, limita os direitos do credor às ações edilícias (185).

Na doutrina nacional, CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.) (186), TITO FULGÊNCIO (187) e CARVALHO SANTOS (188), perfilham a orientação mais liberal de DEMOLOMBE.

Ficamos com a solução de LAROMBIÈRE. Não vemos como se possa adotar a outra, por mais justa que se afigure. A existência de vício redibitório em uma coisa, tal como a própria deterioração culposa por parte do devedor (e isso se verá mais adiante), não faz desaparecer a alternativa. A obrigação, dada a escolha, se tornou simples; e, como tal, é de ser tida para dirimir-se o problema decorrente do vício oculto.

Não vemos, por outro lado, porque cuidar-se do problema sômente quando se pensa na escolha do credor. Êle existe, e deve receber a mesma decisão, nos demais casos.

#### § 9.º — Escolha por terceiro.

36. As partes, ou o estipulante, podem estabelecer que a escolha seja deferida a um terceiro.

Nesse caso, a maioria dos autores sustentam que a obrigação se torna condicional, pois fica na dependência de o terceiro querer, ou poder praticar a escolha. Participam dêsse ponto-de-vista, TITO FULGÊNCIO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARVALHO SANTOS, CARVALHO DE MENDONÇA, GIORGI, SALEILLES e HERNANDEZ GIL (189).

A escolha deferida a terceiro presume-se *intuitu personae*, como assentado na doutrina, não passando aos herdeiros, nem podendo ser transmitida *inter vivos*.

O terceiro não poderá escolher parte de uma prestação, e parte de outra (art. 884, § 1.º, do Código Civil brasileiro).

(184) GIORGI, op. cit., vol. cit., pág. 496.

(185) SMIBOLDO (Antonino), op. cit., vol. cit., pág. 627.

(186) CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., vol. cit., pág. 215.

(187) TITO FULGÊNCIO, op. cit., *Dir. das Obrig.*, págs. 158/159.

(188) CARVALHO SANTOS, *Cód. Civil Interpr.*, vol. XI, pág. 117.

(189) TITO FULGÊNCIO, op. cit., *Dir. das Obrig.*, pág. 150 e *Programas*, loc. cit.; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Dir. das Obrig.* cit., pág. 123; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Brasil. Interpret.*, vol. XI, pág. 111; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., pág. 197; GIORGI, op. cit., vol. cit.; SALEILLES, op. cit., vol. cit., pág. 10; HERNANDEZ GIL, op. cit., vol. cit., pág. 567.

OROZIMBO NONATO, entre nós, aproveitando o ensinamento de RICCI, demonstra que a afirmação de que a obrigação alternativa, com escolha atribuída a terceiro, se torna condicionada, não é de ser recebida nos termos absolutos com que freqüentemente o é (190). Se a intenção das partes foi deixar o negócio, em seus efeitos, dependente da escolha de terceiro, haverá obrigação condicional — e o ato se regulará de acôrdo com as respectivas normas. Mas se as partes não tiverem absolutamente essa intenção, mas a de indicar um terceiro com a finalidade de tutelar o direito de ambas as partes, procedendo a uma opção criteriosa, séria e equânime, não se pode dizer que se tenha querido fazer um negócio condicional. Alude à lição de RICCI, dizendo que, se o terceiro não puder ou não quiser fazer a escolha, o juiz a fará. Menciona que o seu Anteprojeto de Código de Obrigações, artigo 201, propunha: “Quando a escolha compete a terceiro e êste não quer ou não pode exercê-la, cabe a escolha ao Juiz”. Ao ver do citado autor nacional, o princípio enunciado no Anteprojeto vigora independentemente do texto legal expresso, pois afina com os princípios gerais.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA refere a questão, e menciona a doutrina de RICCI, como apresentando visos de verdade (191). PONTES DE MIRANDA não atribui à alternativa, neste caso, caráter de obrigação condicional, entendendo que, se o terceiro não pode ou não quer escolher, a falta de declaração se resolverá pela sentença judicial (192).

Filiamo-nos à última corrente, apenas com a restrição de que não entendemos possível a escolha pela autoridade judicial; salvo no legado alternativo, em que, como pretendemos demonstrar, aplicando a analogia, podemos chegar a êsse resultado.

Como regra, entendemos que, sem lei expressa, a recusa ou a impossibilidade da declaração de escolha, por parte de terceiro, não pode ser suprida com a decisão judicial. No Código Civil italiano (artigo 1.287, alínea 3.<sup>a</sup>) há disposição expressa, e a reforma, em andamento, do nosso Código Civil propõe oportunamente disposição análoga, como veremos.

Se se entende que a escolha por terceiro é intransmissível *causa mortis*, e *inter vivos*, porque se presume que essa indicação

é *intuitu personae*, não vemos como na recusa, ou impossibilidade do terceiro, se possa, sem profunda alteração da vontade das partes, deferir a escolha ao juiz. Entendemos que, na recusa ou impossibilidade do terceiro, a obrigação se extingue. A obrigação existe, com objeto relativamente indeterminado. Não se trata de uma condição, em que se repute o ato inexistente até que se verifique o que seria a condição: escolha do terceiro. O que *existe*, desde logo, é uma obrigação, apenas essa obrigação tem como objeto uma prestação indeterminada, o que, já se viu, é perfeitamente possível. Se, pela recusa ou impossibilidade do terceiro, não incide declaração de escolha, a obrigação, que existia, simplesmente se extingue. Da mesma forma que, antes da escolha, a obrigação alternativa se extingue, se as duas ou mais prestações contempladas se tornam impossíveis, por fortuito. O artigo 888 do Código Civil preceitua expressamente: “Se tôdas as prestações se tornarem impossíveis, sem culpa do devedor, *extinguir-se-á a obrigação*” (o grifo é nosso). Portanto, tem-se uma obrigação, indeterminada relativamente no seu objeto, que ainda nesse estado se extingue, em virtude de as possíveis prestações se terem tornado inexecutíveis, por fortuito. O mesmo ocorre no caso em estudo. A obrigação se *extingue* pela impossibilidade da determinação do objeto. *Extingue-se* porque *existia*, embora com objeto apenas determinável. Não há que interferir na espécie a noção de condição.

Se se trata, porém, de legado alternativo, com escolha deferida a terceiro, entendemos que, com o socorro válido da analogia, podemos chegar à ilação de que existe texto legal deferindo ao juiz a escolha, no caso da recusa ou impossibilidade de terceiro.

O artigo 1.698 do Código Civil brasileiro estabelece, no tocante ao legado genérico, que, quando a escolha fôr deixada a terceiro, se êste não quiser, ou não puder exercer, ao juiz competirá fazê-la, observada a regra que domina a concretização nas obrigações genéricas. Sustentamos que esta disposição pode ser aplicada, por analogia, ao legado alternativo, em que a escolha caiba a terceiro, e êste não queira ou não possa escolher. Onde há a mesma razão de decidir, deve aplicar-se o mesmo preceito. Se o legislador estabeleceu essa regra no legado genérico, foi certamente para que a disposição de última vontade não se extinguísse, pela impossibilidade da determinação da prestação. Se nos

(190) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, págs. 347 e segs.

(191) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, pág. 96, nota 9.

(192) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 131.

outros tipos de obrigações alternativas, as partes, ou o estipulante, podem atingir o resultado buscado, procurando outra pessoa para realizar a escolha, isso seria impossível no caso do legado genérico. E, por força dessa razão, o legislador determinou que, nesse caso, para que não resultasse descumprida a disposição de última vontade, o juiz poderia escolher, em lugar do terceiro recusante ou impossibilitado. Esses mesmos motivos estão presentes no legado alternativo com escolha de terceiro. Por isso entendemos que a regra do artigo 1.698 do nosso Código Civil é aplicável por analogia ao legado alternativo, com escolha de terceiro, com a ressalva evidente da parte final do dispositivo, que é inaplicável à escolha nas obrigações alternativas.

Relembre-se que, como expusemos no § 2.º, item 23, do presente Capítulo III, se se trata de legado alternativo em que a escolha caiba ao herdeiro ou ao legatário, sustentamos que se o titular da opção não quiser ou não puder escolher, o direito, observadas as formalidades legais previstas, passará à outra parte. É evidente que nessa impossibilidade de escolha se não inclui a morte do herdeiro ou legatário, que, como já vimos, e é expressa no artigo 1.701, do Código Civil, determina a passagem do direito de opção aos respectivos herdeiros.

## SEÇÃO II

### Outras formas de concentração

37. Ao encerrarmos êste Capítulo III, é oportuno referir que as partes, ou o estipulante, podem ajustar outras formas de concentração, como, por exemplo, prevendo o sorteio, como meio de determinação da prestação (193).

## CAPÍTULO IV

### IMPOSSIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES

38. Não é de ser recebida a crítica de que os códigos, ao tratar da matéria que é objeto do presente capítulo, fazem-no com luxo de minúcias, demasiada previsão. O assunto suscita

(193) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Dir. das Obrig.*, pág. 123; DE RUGGIERO, *Instít. cit.*, vol. cit., pág. 37; RUBINO (Domenico), *op. cit.*, vol. cit., pág. 56.

problemas, e não será de todo inútil que o legislador lhes dê solução expressa.

39. A impossibilidade de uma das prestações possíveis, contempladas na obrigação alternativa, pode ser, indiferentemente, natural ou jurídica (194).

40. A impossibilidade pode ser inicial, já existente quando da formação do vínculo, ou superveniente.

41. Quando há a impossibilidade inicial de tôdas as prestações, não há obrigação, por falta de objeto.

Se a impossibilidade inicial se refere a uma de duas prestações, não há obrigação alternativa, simplesmente porque não há obrigação plural. Existe obrigação alternativa apenas na aparência. A obrigação é simples, estabelecendo o artigo 885 do Código Civil brasileiro que, se uma das prestações não pode ser objeto da obrigação, subsiste o débito quanto à outra.

Cabe referir que se as partes, ou o estipulante, criarem uma obrigação que é alternativa na aparência, mas, na realidade, estabeleceram uma prestação ilícita, garantida pela possibilidade de exigência de outra prestação, não incidirá a disposição do artigo 885, pois a obrigação é nula. É o caso de uma prestação ilícita, garantida por uma cláusula penal.

A se obriga a entregar a B dez caixas de cigarro estrangeiro contrabandeadas ou a quantia de quinhentos cruzeiros. Não se cuida, em substância, de uma obrigação alternativa, e sim de uma obrigação ilícita, garantida por uma cláusula penal. Por força dessa razão, impossível a primeira prestação, por ilícita, a outra não subsiste. A obrigação é nula, na conformidade do artigo 922, do nosso Código Civil, segundo o qual a nulidade da obrigação importa a da cláusula penal. O que, aliás, é aplicação específica do princípio de que a nulidade do principal acarreta a nulidade do acessório. Caberá ao Juiz apreciar se as partes ou o estipulante, no caso concreto, tinham consciência da ilicitude, e criaram uma obrigação principal ilícita, acompanhada de uma prestação acessória, ou, na ignorância da ilicitude, estabeleceram dois objetos principais, dos quais um é impossível juridicamente (195).

(194) TITO FULGÊNCIO, *op. cit.*, *Dir. das Obrig.*, págs. 160/2.

(195) DEMOLOMBE, *op. cit.*, vol. cit., n.º 11, págs. 10/11; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, vol. cit., n.º 1.046, pág. 207; GIORGI, *op. cit.*, vol. cit.,

A eventual possibilidade superveniente de uma das prestações não transforma em alternativa aquela obrigação que, pela impossibilidade inicial, se formou como simples (196).

42. A impossibilidade superveniente de uma das prestações, por fortuito, concentra a obrigação na outra. A regra se contém igualmente no texto do artigo 885 do Código Civil brasileiro, quando determina que, se uma das prestações se tornar inexecúvel, subsistirá o débito quanto à outra (197).

Essa disposição é de caráter supletivo, e não se aplicará quando inequivocamente contrariar a vontade das partes. Por exemplo, se um colecionador vende, à eleição do comprador, um dos dois únicos exemplares existentes, e um deles vem a perecer (198).

Entendem alguns que seria mais justo se se admitisse ao devedor pagar o equivalente da coisa perecida (199). Diante dos textos legais modernos, e, entre nós, diante do referido artigo 885 do Código Civil, inexiste essa possibilidade. A obrigação se concentra na outra prestação. Caso contrário, o devedor estaria forçando o credor a receber *aliud pro alio*.

pág. 481; TITO FULGÊNCIO, op. cit., *Dir. das Obrig.*, pág. 164.

(196) LAROMBIÈRE, op. cit., vol. cit., pág. 332; GIORGI, op. cit., vol. cit., pág. 481; SMIROLDO, op. cit., vol. cit., item I, pág. 624.

(197) Código Civil francês, art. 1.193; Código Civil italiano, art. 1.288; Código alemão, art. 265; Código Civil grego, art. 310.

(198) ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., t. cit., vol. cit., III, 1, notas 3 e 1; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 137; ORLANDO GOMES, op. cit., *Obrigações*, pág. 37.

(199) O Código Civil francês, art. 1.193, é expresso, declarando que o preço da coisa não pode ser oferecido em seu lugar; DEMOLOMBE, op. cit., vol. cit., n.º 79, pág. 60; GIORGI, op. cit., vol. cit., n.º 440, pág. 503; como declara DEMOLOMBE, e se vê do texto de GIORGI, é grande a controvérsia em torno do que dispunham os textos de direito romano, sobre o ponto; VAN WETTER, op. cit., vol. 2.º, § 326, pág. 65, e notas 9 e 10, afirma que o devedor, que tem a opção, pode também, se preferir, oferecer o preço da coisa perecida, que tenha menor valor. A regra de que o devedor não deve a estimação da coisa perecida por fortuito, é estabelecida no exclusivo interesse do devedor, e cada um é livre de renunciar a um direito estabelecido em seu favor. A decisão contrária causaria prejuízos ao devedor, forçando-o a pagar mais; MAYNZ, op. cit., vol. cit., § 191, e nota 15, sustenta que se uma das coisas pereceu por fortuito, a obrigação passa a ser pura e simples, e o devedor está obrigado a dar outra; BONFANTE, op. cit., pág. 382, declara, nesse caso, haver uma mitigação em favor do devedor, ordenada provavelmente por JUSTINIANO, mediante interpolação, dando-lhe a faculdade de liberar-se pagando o preço do objeto perecido; POTHIER, op. cit., vol. cit., n.º 250, pág. 442, afirma, em face das fontes, que o devedor não pode pagar o equivalente; BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, op. cit., vol. cit., n.º 1.087, pág. 234.

A concentração da obrigação na prestação subsistente, quando uma perece por fortuito, aplica-se indistintamente quando a escolha caiba ao devedor ou ao credor. Quando ela pereça por culpa do devedor, cabendo-lhe a escolha, êle fica obrigado a cumprir com a prestação remanescente, como veremos adiante.

43. Se tôdas as prestações perecem por fortuito, extingue-se a obrigação. É irrelevante, também, nesse caso, a titularidade da escolha. A regra está no artigo 888 do nosso Código Civil. A obrigação não se extinguirá se o devedor estiver em mora, no que é expresso o Código Civil francês (200). Isso decorre, porém, dos princípios gerais.

44. Analisemos agora as diferentes soluções, para aquêles casos em que, uma ou as duas prestações se tornem impossíveis, *cabendo a escolha ao devedor*.

A) Uma das prestações se torna impossível, por culpa do devedor, cabendo-lhe a opção.

Nesse caso, o que há de importante a considerar é que a obrigação não se concentra na outra prestação, como afirma, por exemplo, CARVALHO SANTOS (201), com o raciocínio de que, se o devedor tem a escolha, êle escolhe a subsistente, tornando impossível uma delas.

Realmente, já vimos que, em princípio, o devedor pode escolher uma delas, mediante declaração de vontade comunicada à outra parte, e assim concentrar a obrigação. Mas tornar impossível culposamente uma prestação não é escolher. Como ensina DEMOLOMBE (202) o devedor não pode, sob pretexto de escolher, fazer perecer uma das coisas que é objeto da prestação. Isso não significa uma escolha nas relações entre o devedor e o credor. É um ato contrário à obrigação, e que a desnatura.

O Código Civil francês (artigo 1.193) estabelece que a obrigação alternativa se transforma em pura e simples, se uma das cousas perece, ou não pode ser entregue, *mesmo no caso de culpa do devedor*. O Código Civil italiano de 1865, artigo 1.180, dis-

(200) Código Civil francês, art. 1.195.

(201) CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. cit., pág. 123.

(202) DEMOLOMBE, op. cit., vol. cit., n.º 48, pág. 42.

punha: "L'obbligazione alternativa diviene semplice, se una delle due cose promesse perisce, o non può più essere consegnata, *quantunque ciò accade per colpa del debitore*". O nosso Código, no artigo 885, embora sem alusão expressa à culpa do devedor, mas abrangendo (203), afirma que "subsistirá o débito quanto à outra".

O que se quer dizer nesses três dispositivos não é que a obrigação se concentre na remanescente, mas que o devedor não pode pretender pagar com o equivalente daquela que pereceu, por culpa sua (204). Fica obrigado a pagar com a prestação que resta. Voltaremos a êsse ponto quando cuidarmos da hipótese em que essa prestação remanescente vem a perecer por caso fortuito, quando se tem, à evidência, que a prestação não se concentrou pela impossibilidade da primeira, em razão de culpa do devedor.

B) As duas prestações se tornam impossíveis, por culpa do devedor, incumbindo a escolha ao devedor. O caso está previsto no artigo 886 do Código Civil brasileiro. O devedor fica obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar (205).

OROZIMBO NONATO e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO não concordam com a crítica de CLÓVIS BEVILÁQUA ao referido dispositivo, quando determina o pagamento de perdas e danos pelo devedor (206). CARVALHO SANTOS concorda com CLÓVIS BEVILÁQUA (207). Entendemos que são cabíveis as perdas e danos apuráveis, já que o credor estará recebendo não a prestação, mas *aliud pro alio*.

O Código Civil brasileiro não prevê o caso de perecimento simultâneo. A doutrina, tanto no direito nacional, quanto estrangeiro, também omisso, é no sentido de que o devedor escolherá (208). Já que não há como aplicar-se o critério da lei (a pere-

(203) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig.*, págs. 164/5, ao estudar a extensão da aplicação do art. 885 do Código Civil brasileiro.

(204) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, vol. cit., n.º 1.086, pág. 234; GIORGI, *op. cit.*, vol. cit., n.º 440, pág. 503, escrevendo na vigência do Código italiano de 1865.

(205) Código Civil francês, art. 1.198; Código Civil italiano, art. 1.290, 1.ª parte.

(206) OROZIMBO NONATO, *Curso cit.*, pág. 364; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Dir. das Obrig. cit.*, pág. 129.

(207) CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Brasil. Interpret.*, vol. XI, pág. 128.

(208) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig. cit.*, pág. 170; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, n.º 1.903, pág. 238.

cida por último), parece-nos razoável que o devedor escolha, já que a opção era sua.

C) As duas prestações se tornam impossíveis: a primeira por fortuito, a segunda por culpa do devedor, cabendo ao devedor o direito de opção.

A hipótese é de incidência do já referido artigo 886, ficando o devedor obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar.

D) As duas prestações se tornam impossíveis: a primeira por culpa do devedor, a segunda por fortuito, cabendo a escolha ao devedor.

Trata-se de hipótese igualmente cabível no âmbito de aplicação do artigo 886 (209).

Alguns averbam de rigorosa essa decisão, pois, tornando impossível a primeira, o devedor ficara obrigado a pagar a remanescente. Esta última veio a tornar-se impossível por fortuito. Assim o devedor deveria ser considerado liberado. POTHIER entende assim, a menos que a equidade aconselhe decisão diferente, quando, então, o devedor deveria ser responsabilizado pela impossibilidade da primeira prestação, e não pela segunda (210).

LAURENT, respondendo a POTHIER, salienta que a responsabilidade do devedor, na hipótese, não se funda na equidade, mas no rigor do direito. Deixando perecer a primeira prestação, o devedor corta ao credor a possibilidade de vir a ser pago com a mesma. Enquanto a segunda subsiste, não haverá problema. Se essa perece por fortuito, o credor normalmente deveria ser pago com a outra, que pereceu por culpa do devedor. Essa explicação, que é de TOULLIER, LAURENT a considera decisiva, salientando apenas que o fundamento da responsabilidade do devedor não é delitual, mas contratual. O mesmo LAURENT aduz que seria mais razoável que o ordenamento fizesse o devedor responder por aquela prestação que se tornou impossível por sua culpa. Todavia considera facilmente explicável a decisão do legislador. A primeira razão seria de ordem pragmática, pois seria menos difícil estimar o valor daquela prestação cujo objeto pereceu por último. A segunda, já atendendo a uma colocação jurídica da questão, é que, destruindo a primeira coisa, o devedor assume o risco de a rema-

(209) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig. cit.*, pág. 168.

(210) POTHIER, *op. cit.*, vol. cit., n.º 252, pág. 443.

nescente tornar-se impossível, e assim deverá o respectivo valor (211).

O devedor, então, na situação ora examinada, responderá pelo valor da que se impossibilitou por fortuito, mais as perdas e danos que o caso determinar (artigo 886, do Código Civil brasileiro).

E) Uma das prestações se torna impossível — por culpa do credor —, cabendo a escolha ao devedor.

É hipótese não prevista pelo nosso Código (212). O devedor poderá recusar qualquer prestação, pois pode escolher aquela que se tornou impossível por fato do credor. Poderá, também, entregar a prestação ainda possível, exigindo indenização do credor pela impossibilidade da primeira prestação.

F) As duas prestações se tornam impossíveis, a primeira por fortuito, a segunda por culpa do credor, cabendo a escolha ao devedor.

Concentrada a obrigação na segunda, que veio a tornar-se impossível por fato do próprio credor, fica liberado o devedor.

G) As duas prestações se tornam impossíveis, a primeira por culpa do credor e a segunda por fortuito, sendo a escolha do devedor.

O devedor está liberado, e pode reclamar do credor o valor da primeira (213), com indenização.

H) As duas prestações se tornam impossíveis, ambas por culpa do credor, cabendo a escolha ao devedor.

O devedor determinará qual delas teria escolhido, e exigirá indenização ao credor pela outra (214).

(211) LAURENT, op. cit., vol. cit., n.º 248, págs. 194/5; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., vol. cit., n.º 1.090, pág. 236; GIORGI, op. cit., vol. cit., pág. 506; TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig.*, págs. 166/7.

(212) Código Civil italiano, art. 1.289, al. 1.ª, *in fine*, referente à escolha do devedor: "... Se una delle due prestazioni diviene impossibile per colpa del creditore, il debitore è liberato dall'obbligazione, qualora non preferisca eseguire l'altra prestazione e chiedere il risarcimento dei danni"; Código Civil grego, art. 312, no mesmo sentido; PEREZ GONZALEZ e ALGUER acham essa solução inadapável ao direito espanhol, onde o devedor ficaria obrigado a prestar a remanescente, como se a primeira tivesse perecido por fortuito, reclamando perdas e danos contra o credor, pela responsabilidade da primeira (ENNECCERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., pág. 114, item III, n.º 3); é de notar que a solução de PEREZ GONZALEZ e ALGUER termina por jogar o direito de escolha nas mãos do credor, quando, no caso, a opção cabe ao devedor.

(213) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig.* cit., pág. 171; MAYNZ, op. cit., vol. cit., pág. 112, e nota 26.

(214) MAYNZ, op. cit., vol. cit., pág. 112, e nota 27.

45. Ponhamos em tela as diferentes situações, em que uma ou as duas prestações se tornem impossíveis, *cabendo a escolha ao credor*.

A) Uma das prestações se torna impossível, por culpa do devedor, cabendo a escolha ao credor.

Esta hipótese é expressamente prevista no artigo 887, parte primeira, do Código Civil brasileiro (215).

O credor pode escolher a entrega da outra prestação, ou indenização pela que se tornou impossível.

O dispositivo do artigo 887, parte primeira, não é suficientemente claro no tocante à situação em que o credor escolhe a prestação subsistente. Terá êle, nessa circunstância, direito a perdas e danos? TITO FULGÊNCIO entende que mesmo que o credor escolha a subsistente pode exigir perdas e danos. Sempre haverá culpa do devedor a punir (216). CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, pela formulação do texto em que refere o problema, parece decidir em contrário (217). Tendemos em princípio para essa última posição, embora só o caso concreto possa permitir a adoção de uma, ou de outra.

B) As duas prestações se tornam impossíveis, ambas por culpa do devedor, cabendo a escolha ao credor.

Hipótese expressamente contemplada no artigo 887, parte segunda, do nosso Código. Poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos (218).

C) As duas prestações se tornam impossíveis, a primeira por culpa do devedor, a segunda por fortuito, cabendo a escolha ao credor.

A espécie não está expressamente regulada. O credor terá o direito de exigir o equivalente de uma ou outra, com perdas e danos (219). Poder-se-ia imaginar que a indenização devida de-

(215) Código Civil francês, art. 1.194, alínea 2.ª, *in fine*; Código Civil italiano, art. 1.289, alínea 2.ª, *in fine*; art. 265 do Código alemão.

(216) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig.* cit., pág. 175.

(217) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op. cit., pág. 98.

(218) Código Civil francês, art. 1.194, alínea 2.ª; Código Civil italiano, art. 1.290, *in fine*.

(219) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit., Dir. das Obrig.*, pág. 130, hipótese referida sob letra *f*, embora o autor aluda à hipótese como expressamente regulada no art. 887, 1.ª parte, o que não parece ocorrer; o autor se refere a prestação subsistente, não está tratando da hipótese em que as duas se tornaram impossíveis, uma por culpa do devedor, e a segunda sem culpa do mesmo, cabendo escolha ao credor; Código Civil francês, art. 1.194, última alínea; Código Civil italiano, art. 1.290, *in fine*.

vesse ser relativa àquela que pereceu por culpa do devedor. Mas o fato é que a opção, no caso, é do credor. Não há porque privá-lo dêsse direito, quando, afinal, uma das prestações não veio a ser entregue em espécie por culpa do devedor.

D) As duas prestações se tornam impossíveis: a primeira por fortuito, a segunda por culpa do devedor, cabendo a escolha ao credor.

Com a impossibilidade da primeira por caso fortuito, concentrou-se o débito na outra, na conformidade do artigo 885 do nosso Código Civil. Se a remanescente se torna impossível, por culpa do devedor, êste responderá pelo equivalente, mais perdas e danos, na forma do artigo 865, 2.<sup>a</sup> parte, se se tratar de prestação que tenha por objeto dar coisa certa; e, na forma do artigo 879, *in fine*, se se cuidar de obrigação de fazer. Enfim, com o fortuito a obrigação tornou-se simples, e receberá a disciplina adequada para o caso de inadimplemento por culpa do devedor (220).

E) Uma das prestações se torna impossível, por culpa do credor, cabendo a escolha ao credor.

Hipótese igualmente não prevista pelo nosso Código (221).

Se o procedimento do credor implica em escolha, nada tem mais a reclamar. Caso contrário, entende LAROMBIÈRE que o credor poderá fazer a escolha recair sobre a outra coisa, pagando perdas e danos ao devedor pela outra prestação tornada impossível (222). DEMOLOMBE admite que o devedor, precisamente a título de perdas e danos, possa constranger o credor a contentar-se com a prestação por êle tornada impossível (223). GIORGI adota a última solução referida, e, entre nós, CARVALHO SANTOS (224).

Parece-nos preferível a opinião, citada, de LAROMBIÈRE. A opção é do credor, e se o seu ato não pode ser caracterizado como opção — o que é matéria de fato —, êle não perdeu êsse direito

(220) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit., Dir. das Obrig.*, pág. 180, hipótese estudada sob letra e, escolha do credor.

(221) Código Civil italiano, art. 1.289, alínea 2.<sup>a</sup>; Código Civil grego, art. 313: "Lorsqu'une prestation deviendrait impossible par la faute du créancier auquel appartient le droit d'option, celui-ci jouit du droit soit de réclamer la prestation qui reste et allouer au débiteur de dommages et intérêts pour l'autre, devenue impossible, soit de considérer l'obligation éteinte".

(222) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, vol. cit., n.º 12, pág. 341.

(223) DEMOLOMBE, *op. cit.*, vol. cit., n.º 98, *in fine*, págs. 76/77.

(224) GIORGI, *op. cit.*, vol. cit., pág. 501; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Brasil. Interpretado*, vol. XI, pág. 133.

e pode reclamar a outra prestação subsistente, desde que indenize o devedor pela impossibilidade da que se tornou impossível por fato seu. Além disso, as perdas e danos se reduzem normalmente a prestação pecuniária; não devem consistir no direito deferido ao devedor de considerar-se quitado. É evidente que se o seu comportamento não fôr qualificado como escolha, ainda assim o credor poderá fazer recair a sua escolha sobre a prestação por êle tornada impossível, resolvendo-se a questão. Em outras palavras: êle não fica obrigado a pagar a remanescente. Pode escolher a que pereceu por culpa dêle.

Na conformidade do artigo 265, parte segunda, do Código alemão, tem-se que não ocorre concentração quando a prestação se torna impossível por fato de quem não tenha o direito de escolha. Na situação contemplada, a escolha é do credor, e é o ato do credor que torna impossível a prestação. Logo, a obrigação, como referem ENNECCERUS-LEHMANN (225), se concentra sobre a prestação possível, sendo responsável o credor pela indenização relativa à outra prestação. Todavia, dizem êles, em todos os casos dessa índole, o credor pode liberar-se renunciando ao seu crédito.

Como se vê, são caminhos distintos que conduzem ao mesmo resultado (226).

F) As duas prestações se tornam impossíveis — ambas por culpa do credor —, cabendo a escolha ao credor.

O devedor, é óbvio, nada tem a pagar.

O credor poderá indicar uma das prestações, considerando-se pago com ela, e indenizando o devedor do dano causado pela impossibilidade referente à outra. O Código Civil brasileiro é omissivo (227).

45. Não se pretendeu fazer uma enumeração taxativa das várias combinações possíveis. Mas as expressamente referidas pelo Código, ao lado de outras resolvidas à luz dos princípios gerais, indicam os caminhos para as várias soluções.

(225) ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, t. cit., III, item 3, pág. 113.

(226) Código Civil mexicano, em vigor a 1-10-1932, ed. Editorial Porrúa S. A., 1955, art. 1.974, referindo-se ao anterior, que cuida da impossibilidade de uma das prestações por culpa do credor: "En el caso del artículo anterior, si la elección es del acreedor, con la cosa perdida quedará satisfecha la obligación".

(227) Código Civil mexicano, art. 1.975: "Si las dos cosas se perdieren por culpa del acreedor y es de éste la elección, quedará a su arbitrio devolver el precio que quiera de una de las cosas".

Merece, todavia, uma alusão, a hipótese em que a impossibilidade decorra, não de ato de alguma das partes, mas por culpa de terceiro.

Imagine-se, por exemplo, que, no caso de uma obrigação alternativa, à escolha do devedor, as duas prestações se tornem impossíveis, não por culpa do devedor ou do credor, e sim por culpa de terceiro. Entre nós, TITO FULGÊNCIO e CARVALHO SANTOS ensinam que o devedor é obrigado a ceder, à sua escolha, ao credor, uma das pretensões a reparação que, em seu favor, nasceram contra êsse terceiro (228). TITO FULGÊNCIO extrai argumento do artigo 1.271 do Código Civil, o que não se nos afigura adequado.

Parece-nos que, na hipótese, a culpa de terceiro deve trazer à espécie o mesmo tratamento aplicável quando ocorra o fortuito. Do ponto-de-vista do devedor, êsse ato do terceiro é um fortuito, desde que, evidentemente, não haja da parte do devedor a concorrência de culpa. Assim, quando o artigo 888 estabelece que a obrigação extinguir-se-á se tôdas as prestações se tornarem impossíveis *sem culpa do devedor*, — deve entender-se que entra no âmbito de aplicação dêste dispositivo a hipótese do perecimento de tôdas as prestações por culpa exclusiva de terceiro. O devedor se libera da obrigação perante o credor, e credor e devedor acertarão os seus interesses com o terceiro, no campo da responsabilidade delitual, com fundamento no artigo 159 do Código Civil.

46. Os códigos, em geral, não estabelecem regras para o caso de impossibilidade das prestações, quando a escolha incumba a terceiro. A nossa doutrina, igualmente, silencia quanto ao ponto. Mas ainda aí incidem os princípios gerais, e essa, seguramente, é a razão pela qual os nossos doutores não abordam o tema.

Imaginemos que uma das prestações se torne impossível por fortuito. Incide a parte final do artigo 885 do nosso Código, e a obrigação se concentra na prestação remanescente. O terceiro não pode escolher de forma a obrigar o devedor a pagar o equivalente da prestação que se tornou impossível.

Figure-se que, por culpa do devedor, uma das prestações se torne impossível. O terceiro pode escolher essa prestação ou a remanescente. Se se fixa na primeira, o credor poderá reclamar

(228) TITO FULGÊNCIO, *Dir. das Obrig.*, cit., pág. 181; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Interpretado*, vol. XI, pág. 135.

do devedor o equivalente, com perdas e danos, ou preferir a resolução da obrigação, de acôrdo com os princípios gerais. Se a prestação se torna impossível por culpa do credor, e o terceiro a escolhe, o devedor está liberado da obrigação. Se, nesse caso, o terceiro escolhe a remanescente, o devedor tem de prestá-la, com o direito de indenização contra o credor pela prestação que foi por êste tornada impossível (229).

47. Nas hipóteses acima aventadas, exemplificamos sempre com obrigações alternativas de duas prestações possíveis, mas os princípios estabelecidos se aplicam, com as adaptações necessárias, quando se verse hipótese em que a obrigação alternativa seja múltipla (230).

48. Torna-se oportuno referir que o ordenamento não faz referência aos casos de impossibilidade parcial da prestação, ou de simples deterioração da coisa que é objeto da prestação. Os textos legais só aludem a impossibilidade total, ou perecimento (231).

Assim sendo, a impossibilidade parcial e a deterioração não fazem desaparecer a alternativa, a não ser naqueles casos em que devam equiparar-se a casos de impossibilidade total ou perecimento, pela incapacidade que apresentem de oferecer, em caso concreto, índice de satisfação ao credor.

Assim, se, em uma obrigação alternativa, a coisa que é objeto de uma das prestações, vem a deteriorar-se por fortuito, — o devedor nem por isso está impedido de escolher tal prestação. Determinada a prestação, pela escolha praticada pelo devedor, poderá o credor, na conformidade do artigo 886 do Código Civil, resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu.

Se a deterioração ocorreu por culpa do devedor, ainda assim êle pode escolher a prestação que tem por objeto a coisa deterio-

(229) RUBINO, DOMENICO, op. cit., págs. 115/116.

(230) Código Civil italiano, art. 1.291: "Le regole stabilite in questa sezione si osservano anche quando le prestazione dedotte in obbligatione sono più di due".

(231) ENNECERUS-LEHMANN, t. cit., vol. cit., § 19, item III, n.º 4, pág. 113; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, op. cit., vol. cit., n.º 1.096, pág. 240; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), op. cit., vol. cit., pág. 212; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 139.

rada. Determinada a prestação, pela escolha do devedor, poderá o credor, nos termos do artigo 867 do Código Civil, 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. Não pode o credor, como indenização, exigir a outra.

Nas várias hipóteses que podem ocorrer, o que se verifica é a aplicação dos princípios gerais.

49. Diante do que ficou exposto neste Capítulo, não exige comentário especial, a disposição contida no artigo 1.709 do Código Civil brasileiro, segundo a qual — “se o legado fôr de duas ou mais coisas alternativamente, e algumas delas perecerem, subsistirá quanto às restantes. Perecendo parte de uma, valerá, quanto ao seu remanescente, o legado”.

Apenas a parte final dêste dispositivo impõe uma observação. A letra do artigo, de acôrdo com os princípios gerais, já vistos, em matéria de impossibilidade parcial ou deterioração, permite o seguinte entendimento.

Se uma coisa que é objeto de uma das prestações, se deteriora, por fortuito ou culpa do herdeiro optante, o direito de escolha não teria desaparecido, e portanto o herdeiro poderia escolher essa prestação, tendo por objeto a coisa deteriorada, com as conseqüências já vistas. A parte intacta da coisa deteriorada não deixa de ser *remanescente*, para os fins da parte final do dito artigo 1.709 do Código Civil. Todavia, no caso, — em decorrência da índole da matéria —, parece-nos que se cumprirá melhor a vontade do testador, entendendo que, se, entre as coisas que constituem objeto das prestações de um legado alternativo, há coisas intactas e coisas deterioradas, o herdeiro deverá prestar uma das que estejam intactas. A vontade do testador é beneficiar o legatário com inteiros, e não com frações, ou fragmentos de coisa, mais o faltante em dinheiro; ou com o valor equivalente, mais perdas e danos.

## CAPÍTULO V

### A OBRIGAÇÃO ACOMPANHADA DE PRESTAÇÃO FACULTATIVA

50. O devedor é obrigado a entregar a prestação que é objeto da obrigação; o credor não é obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa. Esse o princípio geral.

Com a aveniência do credor, o devedor pode adimplir, cumprindo com prestação diferente, pagando *aliud pro alio*. como, por exemplo, na dação em pagamento.

Há, porém, uma determinada espécie de obrigação em que o devedor, desde o nascimento do vínculo, se reserva o poder de liberar-se, entregando, ao invés da prestação devida, uma prestação diferente, que está, desde logo, determinada, ou é, pelo menos determinável.

É a impròpriamente chamada “obrigação facultativa”, e para a qual têm sido alvitradas diversas denominações: obrigação com prestação facultativa, obrigação com faculdade de substituição, “direito de afastar”.

A se obriga a entregar a B um certo quadro, e se reserva o poder de cumprir a obrigação prestando uma determinada jóia.

A designação “obrigação facultativa”, devida a DELVINCOURT (232), tem sido criticada, por todos, com o reparo de que a expressão contém uma contradição nos seus próprios termos, já que, válidamente, não se pode conceber, como sugere o *nomen* proposto, uma obrigação que não vincule o devedor (233).

É uma inexatidão terminológica.

Essa modalidade existia nas fontes romanas, como ensina MAYNZ (234), e VAN WETTER (235).

Sem embargo do interêsse prático que oferecem, proclamado por alguns autores (236), os principais códigos não regulam a *facultas alternativa* inclusive o Código Civil brasileiro (237).

(232) DELVINCOURT (Cours-II, 131): “J'appelle obligation “facultative”, celle qui a pour objet une chose déterminée, mais avec la faculté pour le débiteur d'en payer une autre à la place”, *apud* COLMO, op. cit., pág. 253.

(233) ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., t. cit., vol. cit., § 20, item I; CARVALHO DE MENDONÇA (M. L.), op. cit., vol. cit., pág. 195; ORLANDO GOMES, op. cit., *Obrigações*, págs. 92/93.

(234) MAYNZ, op. cit., vol. cit., § 191, nota 29, pág. 113, notando que se encontram exemplos na obrigação do terceiro possuidor de uma coisa hipotecada, que tem a faculdade de evitar a restituição da coisa, pagando ao credor (Fr. 16, § 3.º, D., de pignoribus 20,1), na rescisão de venda por lesão superior à metade, nas ações noxais.

(235) VAN WETTER, op. cit., vol. cit., § 327, pág. 27.

(236) PLANIOL-RIPPERT, op. cit., vol. cit., n.º 1.052, pág. 359; VAZ SERRA, op. cit., vol. cit., pág. 126, nota 148; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, op. cit., *Direito das Obrig.*, pág. 134.

(237) Entre os códigos que regulam expressamente o assunto, podemos citar Código Civil argentino (arts. 643/651); Código Civil chileno (arts. 1.505/7); Código Civil uruguaio (arts. 1.357/1.359); Código Civil colombiano, ed. 1953, Libreria Voluntad S. A. (arts. 1.562/1.564); o Esbôço de Teixeira de Freitas

Tomando-se por sugestão a imagem de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (238), aproveitando o dito de JULIEN BONNECASE, segundo o qual a anticrese é a irmã pobre dos direitos reais de garantia, a *facultas alternativa* é uma espécie de parente pobre das obrigações alternativas, estas, por sua vez, não muito lembradas entre as demais integrantes da família.

51. A finalidade da obrigação com prestação facultativa é facilitar ao devedor o cumprimento da obrigação, já que o devedor tem o poder de substituição, pagando com outra prestação, em lugar da devida.

Ao contrário do que referem DEMOLOMBE (239), que a considera entre as obrigações compostas, e, mais recentemente, BARASSI (240), que a identifica como uma “hipótese marginal de obrigação objetivamente coletiva”, a *facultas alternativa* é uma obrigação simples (241). É uma obrigação com objeto determinado, já que a única que está *in obligatione* é a prestação devida, que alguns denominam principal. A outra prestação, facultativa, que alguns denominam supletória, ou acessória, não está *in obligatione*. Daí a fórmula tradicional *una res est in obligatione, duae autem in facultate solutionis*.

Essas prestações, tanto a devida, como a facultativa, podem consistir em um dar, fazer ou não fazer (242).

52. As obrigações com prestação facultativa podem nascer da vontade humana (testamento, atos unilaterais *inter vivos*, contratos), bem como podem resultar da lei.

O testador dispõe que o herdeiro entregue ao legatário um automóvel, concedendo, todavia, ao devedor o poder de liberar-se pagando dez mil cruzeiros.

que continha a matéria nos arts. 963/68, e no art. 972; o Anteprojeto de Código de Obrigações de OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO DE AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, em seu art. 205, propunha: “Quando a determinação não depende de escolha, ou quando ocorre simples faculdade de mudança do objeto único da obrigação, esta não é alternativa”.

(238) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso cit., Dir. das Obrig.*, págs. 134/5.

(239) DEMOLOMBE, *op. cit.*, vol. cit., pág. 26.

(240) BARASSI, *op. cit.*, pág. 248.

(241) DE RUGGIERO, *op. cit.*, vol. cit., pág. 40; WALTER STERN, *op. cit.*, item 35, pág. 1.218; FRANZEN DE LIMA, *op. cit.*, pág. 50.

(242) COLMO, *op. cit.*, vol. cit., pág. 255.

Interessante hipótese de *facultas alternativa*, resultante da vontade das partes, vai referida por REGINA GONDIM (243), em que o devedor se reserva a faculdade de pagar ao *solutionis causa adiectus* uma coisa diversa daquela que deve ao credor.

Como casos de *facultas alternativa* originada da lei, ARNOLDO WALD menciona o artigo 604 do Código Civil; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO aponta os artigos 603/4, 300, 290, 304 e 701, do mesmo Código, e PONTES DE MIRANDA, entre outros, indica o art. 726. Os casos de *facultas alternativa* legal são raros, e nem sempre, tanto na doutrina nacional, quanto estrangeira, caracterizam à perfeição obrigações do tipo ora considerado (245).

53. Vejamos agora as diferenças entre a obrigação alternativa e a obrigação com prestação facultativa.

Na prática, muitas vezes, não é fácil distinguir se se cuida de uma ou de outra. Analisadas, contudo, do ponto-de-vista teórico, não há como confundi-las.

Na obrigação alternativa o objeto é plural. Há uma indeterminação relativa do objeto da obrigação, por isso que potencialmente pode vir a ser entregue em pagamento qualquer das prestações possíveis — objeto êsse que será normalmente determinado pela escolha do devedor ou do credor. Só uma é devida, mas as duas, ou mais prestações, estão na relação obrigacional, postas no mesmo plano. A obrigação com prestação facultativa tem objeto simples, determinado, em que a prestação principal é que é a devida. Ela preenche o objeto da obrigação, já que a prestação facultativa está fora da relação (246), podendo o devedor dela valer-se para exercer o seu poder de substituição. A “obrigação facultativa” nasce pronta para ser cumprida. A alternativa nasce

(243) REGINA GONDIM, *op. cit.*, pág. 15; sentença de Alcino Pinto Falcão, *in D. J.* de 3-8-1949, págs. 6.447/6.448.

(244) ARNOLDO WALD, *op. cit., Obrigações*, pág. 38; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Obrigações cit.*, pág. 135; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, pág. 142.

(245) Algumas indicações da doutrina estrangeira: ENNECERUS-LEHMANN, *op. cit.*, t. cit., § 20, I, pág. 115, aludindo a disposições do Código alemão: arts. 251, alínea 2.<sup>a</sup>, 257, 258, parte final, art. 775, parte final, 1.087, alínea 2.<sup>a</sup>; 1.712, alínea 2.<sup>a</sup> e outros; LARENZ, *op. cit.*, vol. cit., pág. 172, também no Código alemão; arts. 251, alínea 2.<sup>a</sup>, 528, alínea 1.<sup>a</sup>, 1.712, alínea 2.<sup>a</sup>; GIORGI, *op. cit.*, vol. cit., pág. 512, nota 1: no Código italiano de 1865; arts. 1.865, 1.042, 1.534, no Código francês: 891, 1.681; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, vol. cit., pág. 209, no Código francês: arts. 891, 1.681, 2.131; ALLARA, *op. cit.*, pág. 537, no Código italiano vigente: arts. 746, inc. 1.<sup>o</sup>, art. 1.818.

(246) SMIROLDO ANTONINO, *op. cit.*, vol. cit., pág. 630.

tendo por vencer o estágio de indeterminação, relativo, do seu objeto, para que fique em condições de ser cumprida.

Essas diferenças entre as duas espécies, — perfeitamente delineáveis no terreno teórico —, provocam as seguintes consequências, inteiramente diversas:

A) Na obrigação alternativa a natureza da obrigação depende da concentração. Com ela é que se saberá se a obrigação é relativa a bem móvel ou imóvel, divisível ou indivisível, de dar, fazer, ou não fazer. Na *facultas alternativa* a natureza está desde logo determinada, pela prestação devida, que é a que está *in obligatione*.

B) Na obrigação alternativa o credor poderá exigir qualquer das prestações previstas, na dependência da concentração. Na *facultas alternativa*, o credor só pode exigir a prestação que está *in obligatione*. Nesse passo, aliás, anote-se que não é feliz a observação de CLÓVIS BEVILAQUA, de que, perecendo o objeto da prestação devida, ou tornando-se impossível a sua realização, no caso de culpa ou mora do devedor, poderá o credor escolher entre a prestação facultativa e um equivalente da devida, porque essa situação poderia ter sido dolosamente procurada. Prossegue afirmando que o direito assim impõe para que o devedor não lucre com a própria fraude (247).

A afirmação é incompatível com a natureza e a estrutura da *facultas alternativa*, em que a prestação facultativa existe para que com ela o devedor, em querendo, possa exercer o seu poder de substituição, e não para que o credor possa exigí-la, mesmo no caso de impossibilidade da prestação devida por culpa do devedor. Para que fôsse possível, seria necessário texto legal expresso.

O Código Civil argentino, por exemplo, em seu artigo 648, estabelece que “si el objeto de la prestación principal hubiere perecido o se hubiese hecho imposible por culpa del devedor, el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido o la cosa que era el objeto de la prestación accesoría”. COLMO considera a disposição em tela não de todo jurídica, e, quando refere o ponto que ora nos preocupa, afirma parecer incompreensível a norma, aduzindo que a facultativa não é devida, por isso que não está

(247) CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das Obrigações*, págs. 76/77.

*in obligatione*, mas tão somente *in facultate solutionis*. Procura em seguida uma justificação, salientando que a facultativa não deixaria de ser um equivalente da devida, mas volta a afirmar que o preceito é excepcional, e não se ajusta ao conceito essencial da obrigação com prestação facultativa (248). Se diante de disposição expressa, a solução defendida por CLÓVIS BEVILAQUA encontra reação dêsse teor, como admiti-la entre nós? Não há dúvida de que, no caso da impossibilidade da prestação devida, por culpa do devedor, a hipótese é de ser tratada normalmente de acordo com o regime estabelecido para o inadimplemento de uma obrigação simples.

C) Perecendo por fortuito a prestação *in obligatione*, resolve-se a relação jurídica, embora subsistente a prestação facultativa, o que não acontece na obrigação alternativa, em que, perecendo uma prestação por fortuito, o débito se concentra na prestação remanescente.

D) A obrigação é nula se fôr impossível a prestação *in obligatione*, desprezada a prestação *in facultate solutionis*.

Vale notar que as regras da obrigação alternativa, referentes à escolha, não se aplicam à obrigação com prestação facultativa (249).

Há aquêles que sustentam que nessa última espécie não existe uma escolha, mas tão somente o poder do devedor de substituir a prestação devida pela facultativa no instante do adimplemento (250). Daí resulta que nada impede a exigência imediata do credor, no vencimento, bem como a mora do credor, já que se trata de obrigação determinada no seu objeto, e que não depende de concentração para sua exigibilidade. Também, como consequência, se o devedor declara que pretende cumprir a obrigação com a prestação facultativa, isso não significa que ela se torne a devida. Ainda assim o credor só poderá reclamar a outra, e se, antes do cumprimento, esta perecer por fortuito, extingue-se a obrigação.

No entender de LARENZ, se o devedor declara querer cumprir a prestação devida, poder-se-ia falar, do ponto-de-vista jurídico, em uma renúncia eficaz da sua faculdade de substituição (251).

(248) COLMO, op. cit., pág. 255.

(249) PONTES DE MIRANDA, *Treat. cit.*, vol. 22, pág. 135.

(250) RUBINO, DOMENICO, op. cit., pág. 28.

(251) LARENZ, KARL, op. cit., vol. cit., pág. 172.

Observa PONTES DE MIRANDA que a eficácia da declaração do devedor depende das circunstâncias (252).

Parece-nos que colocação bastante feliz é a de ALLARA, anotando que o exercício do poder de substituição pelo devedor é conjunto com a execução da prestação facultativa. Isso, porém, não significa a impossibilidade de o devedor assumir a obrigação de satisfazer o credor mediante a entrega da supletória — ou mesmo da devida, acrescentamos nós —, sendo que isso consubstanciará um negócio jurídico estranho à figura da obrigação com prestação facultativa (253).

Impende registrar que, como indicado, se dogmáticamente é possível diferenciar-se com precisão a obrigação alternativa da obrigação com prestação facultativa, ocorre que, na prática, nem sempre o discríme será fácil e extreme de dúvidas.

Diante disso, o Código argentino (artigo 651), o Código uruguaio (artigo 1.359), o Código chileno (artigo 1.507), e o Código colombiano (artigo 1.564), determinam que, na dúvida entre a obrigação alternativa e a “obrigação facultativa”, a obrigação será tida como alternativa. Dêsse teor era a disposição constante do artigo 968 do Esbôço de TEIXEIRA DE FREITAS.

Essa, porém, não é a decisão da doutrina. GIORGI, SMIROLDO e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e COLMO (254) opinam que, na dúvida, a obrigação deve ser considerada, não como alternativa, mas como obrigação acompanhada de faculdade alternativa. Essa a solução que, inexistindo, como inexistente, regra expressa em contrário, deve prevalecer entre nós. O ordenamento procura facilitar ao devedor o adimplemento; e a *facultas alternativa* é exatamente para isso.

Será despiciendo acentuar que a *facultas alternativa* se distingue da dação em pagamento, o que aliás está posto na introdução do presente Capítulo (255). Alguns, sem qualquer consequência prática, procuram apresentá-la como uma promessa unilateral *a parte creditoris* de dação em pagamento. Igualmente dispensável

(252) PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 135.

(253) ALLARA, *op. cit.*, pág. 532.

(254) GIORGI, *op. cit.*, vol. cit., pág. 512; SMIROLDO, *op. cit.*, vol. cit., pág. 630; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Dir. das Obrig.*, cit., pág. 139; COLMO, *op. cit.*, pág. 259.

(255) SMIROLDO, *op. cit.*, vol. cit., pág. 630; RUBINO, DOMENICO, *op. cit.*, pág. 36.

dizer que a espécie distingue-se da cláusula penal (256). A última pressupõe inadimplemento, e é, por isso, subsidiária, o que não ocorre com a “obrigação facultativa”.

54. Não será demasia consignar que, no caso de o devedor entregar a prestação devida, ignorando ter a possibilidade de substituição, a doutrina inadmite a repetição. É evidente que não há pagamento indevido (257). Não nos repugnaria, porém, admitir o exame da possibilidade de uma anulatória por erro essencial.

55. A *facultas alternativa* pode existir em benefício do credor. Verifica-se quando o credor tenha o direito de exigir, em lugar da prestação devida, outra determinada, ou pelo menos determinável. A compra de B o cavalo Relâmpago, estipulando as partes que, em lugar da prestação devida, o credor possa exigir a entrega do cavalo Trovão.

Nesse tipo não mais se apresentariam como adequadas as denominações “obrigação com faculdade de solução” ou “direito de afastar”, nas quais, à evidência, tem-se como pressuposto lógico que o poder de substituição esteja com o devedor.

Alguns negam a possibilidade da sua existência. ORLANDO GOMES, entre nós, considera absurda a hipótese. A obrigação se converteria em alternativa, com escolha do credor. Não existiria apenas uma prestação, mas duas prestações, podendo o credor reclamar uma ou outra (258).

Não parece haver dúvida, porém, em que a *facultas alternativa*, a benefício do credor, se diferencia da alternativa, com escolha do credor.

Basta considerar que, na primeira, desde que ocorra a impossibilidade da prestação por fortuito — a obrigação se extingue, não podendo o credor reclamar a outra prestação, como poderia se se cuidasse de alternativa (259).

(256) MAZEAUD e MAZEAUD, *op. cit.*, vol. cit., pág. 889.

(257) ENNECCERUS-LEHMANN, *t. cit.*, *op. cit.*, pág. 116, item 4; LARENZ, *op. cit.*, vol. cit., pág. 192; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 144.

(258) Da mesma forma PESCATORE, *apud* PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 125.

(259) ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, *t. cit.*, vol. cit., § 20, II, nota 5, pág. 116; RUBINO, DOMENICO, *op. cit.*, vol. cit., pág. 38; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.*, vol. 22, pág. 125, e pág. 146.

Ela pode resultar da vontade das partes e da lei (260).

Entende LARENZ que, nesse caso, a declaração do credor tem eficácia, salientando por outro lado que se o credor não faz uso do seu poder, o devedor pode cumprir entregando a prestação devida. Assim, não precisa aguardar a declaração do credor (ou provocá-la, dizemos nós) como ocorre na obrigação alternativa (com escolha do credor), por isso que na *facultas alternativa* a prestação não é relativamente indeterminada. A declaração do credor só se faz necessária, quando êle deseje produzir a modificação da relação obrigacional (261).

56. Pelo exposto, verifica-se que a *facultas alternativa*, sobretudo aquela em favor do devedor, é uma realidade, inclusive no direito positivo de vários países. É um instituto que oferece interesse prático, e inclusive pode servir de utilíssimo instrumento de acertamento de interesses. Se não é tão freqüentemente utilizada como o sejam outras espécies, — não vemos porque o nosso direito positivo a elas não se refira. Alguns autores não fazem a menor referência à espécie. Nos currículos escolares o quadro não é muito diferente.

Os profissionais do fôro, que fazem o dia a dia das transações e composições, praticamente, em sua considerável maioria, a ignoram. A referência do direito positivo à espécie refletiria uma realidade. Não advogamos uma regulamentação minuciosa e inútil, repetidora de princípios incontrovertidos, como são a maioria dos dispositivos constantes de outros sistemas em que a espécie é expressamente regulada. Mas apenas um ou dois dispositivos, definidores da estrutura da obrigação. É o que abordaremos no próximo Capítulo, ao estudarmos a matéria de que trata o presente trabalho, em face da reforma do nosso Código Civil.

(260) Não são de fácil caracterização os casos de *facultas alternativa* do credor *ex vi legis*. PONTES DE MIRANDA cita inúmeros, mas parecem configurar mais casos de pretensões concorrentes, do que propriamente de *facultas alternativa* a benefício do credor — *Trat.*, vol. 22, pág. 147; ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., t. cit., vol. cit., pág. 116, nota 6, indica no Código alemão os artigos 249, alínea 2.<sup>a</sup>, 843, alínea 3.<sup>a</sup> (844, alínea 2.<sup>a</sup>, 845), 915, 1.580, alínea 2.<sup>a</sup>; RUBINO indica caso bem caracterizado, no artigo 198, inc. 2.<sup>o</sup>, do Código italiano, op. cit., pág. 37.

(261) LARENZ, op. cit., vol. cit., págs. 172/3.

CAPÍTULO VI

A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. — A OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA E A OBRIGAÇÃO ACOMPANHADA DE PRESTAÇÃO FACULTATIVA

57. O Projeto de Código de Obrigações — que acompanha, em princípio, os termos do Anteprojeto apresentado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA —, desde que adotado, em suas linhas gerais, representará um significativo aperfeiçoamento do nosso direito positivo, no tocante à matéria. Aproveita as soluções da melhor doutrina.

58. No artigo 108, prevê expressamente as obrigações alternativas múltiplas, e, na parte final, atendendo certamente a sugestão de OROZIMBO NONATO, que tece críticas ao vigente artigo 884, substitui as expressões "... se outra coisa não se estipulou", por "salvo convenção em contrário". Dá ao dispositivo maior amplitude, incorporando a colocação já fixada pela doutrina, decidindo pela desnecessidade do pressuposto textual para a transferência do direito de escolha ao credor, sempre que isso resulte inequívoco do ato constitutivo da obrigação.

59. O § 1.<sup>o</sup>, do artigo 108, permite expressamente que a opção seja deferida a terceiro, o que não acontece no texto vigente, e aduz que se êsse terceiro não quiser, ou não puder exercer a escolha, ela caberá ao Juiz, desde que as partes não acordem a respeito. Com isso se esparcarão as dúvidas, resolvendo a questão que vai exposta no § 9.<sup>o</sup>, Capítulo III, n. 36, do presente trabalho.

60. O § 2.<sup>o</sup>, do citado artigo, dará também solução expressa à hipótese de os vários optantes não chegarem a acôrdo, quanto à escolha, determinando que ela competirá ao Juiz, se êsses optantes não se ajustarem no prazo assinado.

61. A adoção do § 3.<sup>o</sup>, do mesmo artigo 108, representará um aperfeiçoamento do vigente artigo 884, § 2.<sup>o</sup>, referindo-se não a prestações anuais, mas a prestações periódicas. A enunciação se faz de forma a não limitar-se a letra do texto ao devedor optante, como acontece com o Código vigente (artigo 884, § 2.<sup>o</sup>), embora a doutrina, com a exceção mencionada de WASHINGTON DE

BARROS MONTEIRO, tenha dado ao dispositivo o elastério que se impunha.

62. O Projeto, no artigo 109, ao tratar do problema da indivisibilidade, terminou formulando um dispositivo, a nosso ver, não muito feliz, falto de clareza maior. Poderia ter estabelecido simplesmente: "Salvo convenção em contrário, a obrigação não pode ser cumprida parte em uma, parte em outra prestação". Com isso abrangeria a escolha do devedor, do credor, do terceiro, e a hipótese da pluralidade de optantes.

63. No artigo 110, adota a teoria da declaração.

64. Nos artigos 111 a 115 cuida da impossibilidade das prestações, deixando o tema da impossibilidade inicial para ser solucionado à luz dos princípios gerais.

No artigo 112, parte inicial, disciplina a hipótese de impossibilidade de uma das prestações, por culpa do devedor, cabendo a escolha a este. Não é feliz a afirmação de que "a obrigação concentra-se na remanescente". A afirmação é muito taxativa, e pode conduzir à conclusão de que se a outra prestação perecer por fortuito, o devedor ficará liberado, embora a primeira se tenha tornado impossível por sua culpa. A intenção parece ser a afirmação de que o devedor não poderá pretender cumprir a obrigação pagando o equivalente da prestação que se tornou impossível por sua culpa. Assim sendo, talvez o Projeto pudesse ter enunciado o dispositivo da seguinte forma:

"Se a escolha couber ao devedor, e uma das prestações se impossibilitar por culpa sua, o devedor cumprirá a obrigação entregando a prestação remanescente; se por culpa do devedor não se puder cumprir nenhuma das prestações, ficará obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, salvo se o perecimento fôr simultâneo, quando pagará o valor da que escolher, devidas, em um e outro caso, as perdas e danos que o caso determinar".

Aproveitar-se-ia o texto do atual artigo 886, que inclui a hipótese da impossibilidade, por fortuito, da prestação remanescente,

e se regularia a impossibilidade simultânea, que não está prevista no texto vigente.

No artigo 114, o Projeto dispõe sobre a impossibilidade da prestação por culpa do credor, matéria omissa no texto vigente. E a esse propósito, determina que, se a escolha cabe ao credor, a impossibilidade de uma por culpa deste, libera o devedor. Retira, portanto, a possibilidade de o credor preferir o cumprimento da remanescente, respondendo ao devedor pela que se tornou impossível por culpa sua. É uma definição válida do Projeto, que elimina a difícil questão de fato que é a de saber se o credor, quando lhe cabe a escolha, torna impossível uma das prestações, está escolhendo ou não.

No parágrafo único, deste artigo 114, estabelece a inversão da opção, no caso de perecimento *simultâneo* das prestações por culpa do credor, quando a escolha lhe caiba de início. Diz o Projeto que, nesse caso, "poderá o devedor reclamar o valor de uma delas e mais perdas e danos". Aqui a expressão "*simultaneamente*" utilizada pelo projeto é relevante. Isso porque, se a impossibilidade fôr sucessiva, quando ocorrer a impossibilidade da primeira, a obrigação já se extingue, ficando liberado o devedor, e este reclamará indenização pelos prejuízos decorrentes do fato posterior, mas não com fundamento na obrigação — que já se extinguiu —, e sim fundado na responsabilidade delitual da outra parte.

Não nos parece que a expressão "simultaneamente" tenha razão de ser nos artigos 113 e 115, pois nesses casos a solução será a mesma, quer as prestações se tenham tornado impossíveis simultaneamente, ou sucessivamente. A expressão deveria ser eliminada.

De outro lado, o Projeto de Código Civil, nos artigos 790 e 795, se refere ao legado alternativo; nesse último artigo apresenta redação mais clara que a constante do vigente artigo 1709 do Código Civil, no tocante à parte final da regra.

65. Por outro lado, é de admirar que o Projeto de Código de Obrigações não aluda às obrigações acompanhadas de prestação facultativa, considerando sobretudo que o Presidente da Comissão Revisora é OROZIMBO NONATO, que, no seu Anteprojeto, elaborado com PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, preconizava referência a este tipo obrigacional. Já que essa figura de obrigação é uma realidade inegável, não seria desaconselhável que o Pro-

jeto incorporasse disposição semelhante àquela então proposta (ver nota 237, do presente trabalho). Não seria de todo inconveniente que o Projeto contivesse igualmente dispositivo estabelecendo, de acôrdo com a melhor doutrina, que, no caso de dúvida, de haver-se estipulado uma obrigação alternativa ou uma obrigação com prestação facultativa, considerar-se-á a obrigação como sendo do último tipo.

66. Vale mencionar que ao vigente artigo 981 do Código Civil corresponde o artigo 220 do Projeto de Código de Obrigações. Não seria de todo despropositado que, através do Projeto, se incorporassem ao conjunto de disposições, as normas constantes dos artigos 900, 901 e 902 do Código de Processo Civil. A regra do dito artigo 900, por exemplo, no direito alemão, consta, com as diferenças já vistas, do texto do Código Civil, artigo 264, primeira alínea. Os referidos artigos do Código de Processo Civil apresentam conteúdo de direito material, que é o direito de escolha.

## CAPÍTULO VII

### CONCLUSÕES PRINCIPAIS

67. No curso do presente trabalho, indicamos as dúvidas existentes na doutrina em tôrno de várias questões relativas às obrigações alternativas, e às obrigações acompanhadas de prestação facultativa. Expusemos as opiniões em um e outro sentido, e manifestamos o nosso ponto-de-vista pessoal quanto ao ponto controvertido.

A simples exposição do assunto revela a importância do tema, e o fato de que um determinado tipo de obrigação tenha, na vida corrente, existência menos freqüente que outros, não libera o estudioso do dever de analisá-lo com a mesma atenção, com o mesmo cuidado.

Assim, as principais conclusões a serem arroladas, no concernente aos vários pontos controversos abordados, são as seguintes:

1.<sup>a</sup>) — A maior garantia de pagamento do credor não é “a” finalidade da obrigação alternativa. A obrigação pode nascer alternativa porque tal seja do interesse do devedor. Assim, o devedor a quem compete a escolha, ou o terceiro designado para tanto, poderão efetivar a escolha, ou praticar os atos conducentes à deter-

minação da prestação (por exemplo, o sorteio), antes da época do cumprimento da obrigação, desde que não resulte inequívoco do ato constitutivo da obrigação que ela se tenha feito sob a forma alternativa, essencialmente, como uma garantia de pagamento em favor do credor.

2.<sup>a</sup>) — Determinada a prestação pela escolha, as demais não ficam *in facultate solutionis*, não podendo o devedor pretender solver a obrigação pela entrega de uma das outras prestações.

3.<sup>a</sup>) — As prestações previstas na obrigação alternativa não são *tôdas devidas* (disjuntivamente), pois aquêle que deve uma “ou” outra prestação, não deve cada uma delas. A obrigação alternativa, em sua estrutura, consubstancia um só vínculo, certo quanto à sua existência — portanto, não pendente, nem condicional —, cujo objeto plural, relativamente indeterminado, se converterá em determinado, pela escolha ou fato equivalente, liberando-se o devedor com a entrega da prestação assim determinada; conseqüentemente, o que caracteriza a obrigação alternativa é a pluralidade de prestações possíveis, distintas e independentes, provocando, desde o nascimento do vínculo, a relativa indeterminação do objeto da obrigação.

4.<sup>a</sup>) — A atribuição ao credor do direito de escolha pode ser expressa ou tácita; o que importa é que resulte inequívoca do ato constitutivo da obrigação, não se exigindo a consignação textual da intenção.

5.<sup>a</sup>) — Quando de uma relação obrigacional alternativa resultem prestações recíprocas — também alternativas —, para as partes, estabelecendo os figurantes que as respectivas prestações devam ser simultaneamente entregues, nenhuma delas pode fazer valer a sua pretensão, senão deixando à outra o direito de escolha. Se uma das partes, em decorrência do ato constitutivo da obrigação, ou de disposição legal, deve preceder a outra no cumprimento, é de entender-se que à primeira cabe o direito de escolha nos termos do artigo 884 do Código Civil brasileiro, se, expressa ou tacitamente, não se possa concluir que a opção é do outro figurante.

6.<sup>a</sup>) — a) — Com a mora, o devedor não perde o direito de opção, e o credor deve ingressar em juízo com pedido alternativo. Obtida a condenação alternativa, o réu, dentro do prazo de cinco dias, assinado no artigo 900 do Código de Processo Civil, deve *cumprir*, à sua escolha, uma das prestações, exaurindo-se a execução.

Se a natureza da prestação escolhida demandar tempo maior para a sua entrega, ainda assim será eficaz a escolha do devedor, e, como determina o dito artigo 900, *in fine*, a execução prosseguirá “conforme a natureza da obrigação (sic) escolhida”. O devedor optante sofrerá tôdas as consequências da projeção no tempo da mora em que está constituído desde o momento em que devera ter pago uma das prestações, após oportuna escolha.

b) — A escolha pelo credor exequente, na forma do artigo 901 do Código de Processo Civil, é definitiva, irrevogável, não podendo êle dirigir a execução à outra prestação, no caso de não obter a entrega da escolhida, que, desde a opção, passou a constituir o objeto de uma obrigação simples, e pelos respectivos princípios se regula. A mencionada norma, a nosso ver, não deixa de ser de direito material, idêntica em sua natureza à do artigo 884 do Código Civil. Portanto, a escolha de uma das prestações da obrigação alternativa, realizada pelo credor, nos termos do referido artigo 901 do Código de Processo Civil, é a mesma opção, da mesma natureza, com os mesmos efeitos, daquela que o credor realiza, porque assim tenha ficado ajustado entre as partes no ato constitutivo da obrigação. A escolha do credor exequente é definitiva, irrevogável. Admitir ao credor o direito de variar até ver-se satisfeito será desnaturar, descaracterizar a obrigação alternativa.

c) — Em consequência, vencido o prazo de cinco dias do artigo 901 do Código de Processo Civil, sem escolha eficaz por parte do devedor, e passando, em consequência, ao credor exequente o direito de opção, não é lícito àquele pretender liberar-se da execução pagando uma das outras prestações. Essa providência — possível no direito alemão, a teor do artigo 264, alínea 1.<sup>a</sup>, *in fine*, do Código Civil —, não é prosperável em nosso sistema. O nosso Código de Processo Civil não permite, ao contrário do que se verifica no direito alemão, que o credor exequente dirija prontamente a execução a uma das prestações. Assina um prazo, inarredável, a ser necessariamente observado, dentro do qual se oferece ao devedor a derradeira oportunidade para que faça valer o seu direito de eleição. Expirado êsse prazo, não mais existe o direito de opção do devedor, que fica atribuído ao credor.

d) — Os dispositivos do Código de Processo Civil, referidos neste item, são de direito material, e como tal devem ser incorporados ao texto do Projeto de Código de Obrigações, ora em estudos.

7.<sup>a</sup>) — No legado alternativo, se aquêle que tem a opção não a exerce, o direito de escolha, obedecidas as formalidades legais prescritas, passa ao outro figurante, e não ao juiz.

8.<sup>a</sup>) — No caso de pluralidade de optantes, a escolha deve resultar de acôrdo, não sendo eficaz a escolha por um, ou pela maioria. Se êsse acôrdo não fôr alcançado — atendidas as formalidades legais prescritas, a escolha passará à outra parte, e não ao juiz. Quando se trate de obrigação alternativa solidária, cada um dos sujeitos pode concentrar a obrigação mediante opção individual, mas esta escolha só produzirá efeitos pessoais, contra o optante ou a favor dêle, ficando a obrigação inalterada quanto aos demais.

9.<sup>a</sup>) — A opção do credor pode fazer-se mediante declaração de escolha comunicada à outra parte, pelo aforamento de demanda judicial com pedido fixo e consequente citação inicial do devedor, pela aceitação do pagamento oferecido, no todo ou em parte, pelo devedor, e ainda pelo enderêço da execução a uma das prestações. A opção do devedor pode fazer-se mediante declaração de escolha comunicada à outra parte, pela entrega de uma das prestações, e ainda pelo pagamento parcial de uma das prestações, aceito pelo credor.

10.<sup>a</sup>) — Se a escolha recai em uma prestação que tenha por objeto uma coisa com vício redibitório, o credor, se fôr o caso, poderá usar da ação redibitória ou da ação estimatória. Não lhe é lícito pretender restituir a coisa, e obter a outra prestação.

11.<sup>a</sup>) — A obrigação alternativa, com escolha atribuída a terceiro, não é só por isso uma obrigação condicional. Se o terceiro não quizer ou não puder escolher, a obrigação se extingue. No caso de legado alternativo, se o terceiro não puder ou não quizer escolher, ao juiz competirá a escolha.

12.<sup>a</sup>) — Em caso de dúvida quanto a tratar-se de obrigação alternativa ou de obrigação acompanhada de prestação facultativa, deve entender-se que se trata de obrigação do último tipo.

13.<sup>a</sup>) — O Projeto de Código de Obrigações, desde que adotado em suas linhas gerais, representará um significativo aperfeiçoamento do nosso direito positivo no tocante à matéria, sem embargo das alterações e acréscimos sugeridos no presente trabalho.

Outras conclusões específicas estão indicadas no contexto dos vários capítulos.

Em junho de 1970.

## B I B L I O G R A F I A

(Obras e Autores Consultados)

- ALLARA (Mário), *Le Nozione Fondamentali del Diritto Civile*, vol. 1.º, 5.ª ed. (litográfica), C. Giappichelli — Editôra, Torino, 1958.
- AMARAL SANTOS (Moacyr), *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2.º vol., 2.ª ed., ed. Max Limonad, 1967.
- ANTONINO SMIROLDO, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, ed. 1957, verbete *Obbligazione Alternative e Facoltative*, págs. 623/630.
- AUBRY e RAU, *Cours de Droit Civil Français*, vol. IV, ed. 1902.
- BARASSI, LUDOVICO, *La Teoria Generale delle Obbligazione*, vol. 1, ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1963.
- BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations*, tomo II, ed. Sirey, 1907.
- BONFANTE (Pedro), *Instituciones de Derecho Romano*, trad. da oitava ed. italiana, por BACCI e LARROSA, revista por Campuzano Horma, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid.
- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, ed. Forense, 1962.
- CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação das Leis Cíveis*, Livraria Francisco Alves, ed. 1899.
- CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, vol. II, ed. Freitas Bastos, 1952.
- CARVALHO SANTOS (J. M. de), *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI, ed. 1953.
- CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Doutrina e Prática das Obrigações*, tomo I, 4.ª ed., Revista Forense, 1956.
- CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.), *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 1.ª parte, ed. Freitas Bastos, 1947.
- CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. IV, ed. Livraria Francisco Alves, 1917, e vol. VI, ed. 1919.  
— *Direito das Obrigações*, 8.ª ed., Livraria Francisco Alves, 1954.
- COELHO DA ROCHA (M. A.), *Instituições de Direito Civil Português*, tomo I, 3.ª ed., 1852.
- COLAGROSSO (Enrico), *Teoria Generale delle Obbligazioni e dei Contratti*, ed. Casa Ed. Stamperia Nazionale, 1948.
- CUNHA GONÇALVES (Luiz da), *Tratado de Direito Civil*, 1.ª ed. brasileira, Max Limonad, vol. IV, tomo II.
- COLMO, ALFREDO, *De las Obligaciones en General*, 3.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, vol. XXVI, *Traité des Contrates ou des Obligations Conventionnelles en Général*, tomo terceiro, Imprimerie Générale, ed. 1875.
- DE PAGE (Henri), *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo III, 2.ª ed., Établissements Émile Bruylant, 1950.
- EDUARDO ESPÍNOLA, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. II, tomo I, 2.ª ed., ed. Freitas Bastos, 1944.
- ENNECCERUS (Ludwig)-LEHMANN (Heinrich), *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1, 2.ª ed. da tradução espanhola da 35.ª

- ed. alemã, por Blas Pérez González e José Alguer, Casa Editorial Bosch, ed. 1954.
- FRANCISCO CAMPOS, parecer publicado in *Rev. Forense*, vol. LXX, 239.
- FRANZEN DE LIMA (João), *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Obrigações*, vol. II, tomo I, Ed. Forense, 1958.
- FREDERICO MARQUES (José), *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, ed. Forense, 1962, pág. 56/57.
- GIORGI, GIORGIO, *Teoria delle Obbligazioni*, vol. IV, 5.ª ed., Fratelli Cammelli, 1899.
- HERNANDEZ GIL (Antonio), *Naturaleza Jurídica de la Obligación Alternativa*, in *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVI, janeiro-dezembro de 1942, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, págs. 549/579.
- JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, 4.º volume, 3.ª ed. Borsoi, 1958.
- JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 4.º vol., 2.ª ed., Saraiva, 1960.
- JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil (Português)*, vol. 3.º, Coimbra Editôra Limitada, ed. 1946.
- LACERDA DE ALMEIDA (Francisco de Paula), *Obrigações*, Ed. Cesar Reimbrandt, 1897.
- LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, tomo I, versão espanhola de Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LAROMBIÈRE, M. L., *Théorie et Pratique des Obligations*, tomo terceiro, arts. 1.183 a 1.225, ed. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, pág. 307.
- LAURENT, F., *Principi di Diritto Civile*, primeira tradução italiana, ed. Società Editrice Libreria, Milão, 1920, vol. XVII.
- LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, ed. Forense, 1959.
- MACHADO GUIMARÃES (Luiz), *Estudos de Direito Processual Civil*, Editora Biblioteca Jurídica, ed. 1969.
- MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, trad. de D. Antonio José y Ordinas, ed. Marcelino Bordoy, tomo II, ed. 1913.
- MAZEAUD e MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo 2.º, ed. Montchrestien, 1966.
- MUCHO CONTINENTINO, *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*, ed. Saraiva, 1926.
- ORLANDO GOMES, *Obrigações*, ed. Forense, 1961.  
— *Questões de Direito Civil*, 2.ª ed., 1969, Parecer n.º 42.
- OROZIMBO NONATO, verbete *Obrigações alternativas*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 35, págs. 78/89.  
— *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, ed. Forense, 1957.  
— *Curso de Obrigações (Generalidades e Espécies)*, vol. I, 1.ª ed., Forense, 1959.
- PIRES DE LIMA (Fernando Andrade) e ANTUNES VARELA (João de Matos), *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editôra Ltda., 1957.
- PLANIOL-RIPPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo VII, *Obligations*, ed. Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1931.
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 5, ed. 1955, vol. 22, ed. Borsoi, 1958, vol. 43, ed. Borsoi, 1963.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XIII ed. Forense, 1961.
- POTHIER, *Oeuvres Complètes*, vol. I, ed. 1835, Depelafol Librairie.
- REGINA GONDIM, *Natureza Jurídica da Solidariedade*, ed. Conquista, 1958.
- RUBINO, DOMENICO, *Commentário del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Quarto, Delle Obbligazioni* (art. 1.285-1.320), ed. 1963, Nichola Zanichelli Editore (Bologna), Soc. Ed. Del Foro Italiano (Roma).
- RUGGIERO (Roberto de), *Instituições de Direito Civil*, vol. III, tradução da 6.ª ed. italiana, Saraiva, 1934, por Ary dos Santos.

- SALEILLES, RAYMOND, *Etude sur la Théorie Générale de l'Obligation (d'après le premier Projet de Code Civil pour l'Empire Allemand)*, 3.<sup>a</sup> ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925.
- SERPA LOPES (Miguel Maria de), *Curso de Direito Civil*, vol. 2.<sup>o</sup>, ed. Freitas Bastos, 1955.
- SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil — Parte Geral das Obrigações*, vol. II, ed. Max Limonad, s/d.
- TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Cíveis*, terceira edição, B. L. Garnier, 1876.
- TEIXEIRA DE FREITAS, *Esbôço (Código Civil)*, ed. do Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1952, vol. II.
- TITO FULGÊNCIO, *Do Direito das Obrigações — Das Modalidades das Obrigações* (arts. 863-927). ed. Forense, 1958.
- *Programas de Direito Civil (Dir. das Obrigações)*, ed. 1920, Imprensa Oficial do Estado de Minas.
- VAN WETTER, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, 3.<sup>a</sup> ed., Librairie A. Marescq, 1893, tomo 2.<sup>o</sup>.
- VAZ SERA (ADRIANO PAES DA SILVA), *Obrigações Alternativas. Obrigações com Faculdade Alternativa*, in *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n.º 55, abril, 1956, págs. 61/157.
- VON TUHR (Andreas), *Derecho Civil — Teoria General del Derecho Civil Aleman*, vol. 1, trad. por Tito Ravà, ed. Depalma, 1946.
- WALD (Arnoldo), *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos*, ed. Sugestões Literárias, 1969.
- WALTER STERN, *verbete Obbligazioni, Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, ed. 1939, Editora Torinese.
- WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil (Direito das Sucessões)*, ed. Saraiva, 1962.
- *Curso de Direito Civil (Direito das Obrigações)*, 1.<sup>a</sup> parte, 2.<sup>a</sup> ed., Saraiva, 1962.
- WINDSCHEID (Bernardo), *Diritto delle Pandette*, trad. Carlo FADA e Paolo Emilio BENSÀ, vol. 2.<sup>o</sup>, ed. 1925, Unione Tipografico-Editrice Torinese.

## O PREJULGADO NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA BRASILEIRO (\*)

SERGIO FERRAZ

Procurador do Estado da Guanabara

### I — CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Imperioso fixar, como primeiro passo dêste trabalho, seu estrito âmbito de incidência. Interessar-nos-á a jurisprudência não como elemento eventualmente informativo, na dinâmica da atividade criativa ou reformadora das regras jurídicas. O enfoque que tere-mos como rumo é aquêle que o instituto que examinaremos enseja — a jurisprudência constituindo fonte de direito, regra jurídica integrante do sistema positivo de um dado ordenamento. Dentro dêsse peculiar ângulo, torna-se evidente que deixaremos de lado certas discussões e controvérsias que, de disputável relevância jurídica embora, têm servido fértilmente como base para desenvolvimentos retóricos essencialmente não objetivos. Assim, o saber se é um bem ou um mal a instabilidade na orientação dos julgados não ocupará nosso tempo. A mesma sorte reservamos para outros temas: se o prejudgado representa remédio válido, considerada um mal a incerteza jurisprudencial; se a existência de interpretações padronizadas, com fôrça normativa ou não, constitui fator de progresso ou de estiolamento do direito. Nosso plano de ação envolve o exame, com transbordamentos históricos e comparativos, do prejudgado trabalhista tal qual se apresenta ao estudioso. Outros, com mais vagar e brilho, encarregar-se-ão de desenvolver os tópicos que

(\*) Tese de concurso para a docência-livre de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.