

*nerale delle Obligationi*, n.º 49; Cicala, *Concetto di Divisibilità e Indivisibilità dell'Obligationi*; M. Jean Vincent, "L'Extension en Jurisprudence de la notion de Solidarité Passive", in *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1939, pág. 601; Molitor, *Obligations*, II, n.º 1.155; Salvat, *Obligaciones*, nos 877 e segs.; Gustavo Tepe-dino, *Obrigações*, págs. 181 e segs.; Arruda Alvim e Thereza Alvim, *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*, vol. III, págs. 126 e segs.; Alvaro Villalça Azevedo, *Teoria Geral das Obrigações*, págs. 90 e segs.; Regina Gondim, *Natureza jurídica da solidariedade*; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. II, págs. 122 e segs.; Eduardo Espinola, *Garantia e Extinção das Obrigações*, cap. III.

### 137. Conceito de indivisibilidade

A classificação das obrigações em divisíveis e indivisíveis não tem em vista o objeto, porém este em atenção aos sujeitos, ou um deles, já que seu interesse somente se manifesta quando ocorre pluralidade subjetiva (Clóvis Beviláqua, Hudelet et Metmann). Pode-se, em linhas gerais, dizer que são *divisíveis* as obrigações suscetíveis de cumprimento fracionado, e *indivisíveis* as que somente podem cumprir-se na sua integridade. Em verdade, o que é divisível ou indivisível não é a obrigação, mas a prestação, como se verifica da leitura do art. 258, do Código Civil de 2002.<sup>1</sup> Por metonímia, contudo, fala-se em divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação.

À vista da noção assim dada, o assunto parece claro, e não revela as obscuridades que o rondam. Recebendo-o dos romanos, os escritores já da idade moderna do direito ericaram-se de sutilezas e distinções, que o perturbaram para sempre. Dumoulin, com uma distinção sibilina de três graus de indivisibilidade (absoluta, de obrigação, de solução), obscureceu a matéria, muito embora anuncie o título de sua obra o propósito de clarear (*Extrictatio labyrinthi divisi et indivisi*), e tão emburilhadamente o fez, que se costuma entender, como desenganadamente o proclama de Page, este assunto depois dele ficou tradicional e definitivamente obscuro.<sup>2</sup> Nem Pothier, ordinariamente tão claro, conseguiu iluminá-lo, precisamente por ter baseado sua exposição na *Extrictatio* de Dumoulin.<sup>3</sup> Não se desprendendo das distinções artificiais e intrincadas de Dumoulin, não obstante haver quase literalmente copiado Pothier, o Código Civil Francês (art. 1.217) estabelece ser a obrigação divisível ou indivisível "conforme tenha por objeto uma coisa, que na sua entrega, ou um fato,

1 Tito Fulgêncio, *Do Direito das Obrigações*, n.º 180.

2 De Page, *Traité Élémentaire*, n.º 294.

3 Pothier, *Ceuvres*, II, nos 29 e segs. Igual a nós, também Alfredo Colmo, *Obligaciones*, não aplaude a exposição doutrinária de Pothier. Vêjam-se, ainda, as críticas de Rodière, *La Solidarité et l'Indivisibilité*, pág. 259, à doutrina de Dumoulin.

que na sua execução é ou não suscetível de divisão, seja material, seja intelectual<sup>4</sup>. Além da redação, algo descosida, o legislador francês destacou duas categorias de indivisibilidade, e em torno disto a doutrina prosseguiu engendrando contro-  
vérsias intermináveis,<sup>4</sup> que desbordaram do direito francês e foram atingir outros sistemas, como o italiano.<sup>5</sup>

Os Códigos brasileiros de 1916 e de 2002, na esteira de outros que não se abalçoaram a uma divisão, e aproximando-se da fonte romana, adotaram critério mais simples, e per-  
filharam doutrina mais escoreita.

Para bem o compreendermos, devemos distinguir a indivisibilidade material e a indivisibilidade jurídica, não obstante a opinião contrária de Colmo, para quem toda indivisibilidade é material.<sup>6</sup> Se considerarmos o fracionamento dos corpos, começaremos por assentar que tudo é divisível. Desde os macroorganismos que se deslocam na esfera celeste, até o átomo infinitamente pequeno, sobre o qual os processos técnicos atuaram rompendo a sua unidade. Fazendo incidir esta possibilidade material de seccionamento sobre o objeto da relação obrigacional, concluímos que, sendo tudo fracionável, não haveria cogitar da divisibilidade como critério de classificação das obrigações. A análise da indivisibilidade exige a recordação da teoria e da classificação dos bens considerados em si mesmos, permitindo a distinção acerca das prestações que podem ou não ser fracionadas.<sup>7</sup>

Mas, em verdade, o jurista tem de abstrair-se da qualidade séctil da matéria, para encarar a prestação como objeto de uma relação obrigacional. Às vezes importa, e outras não importa, que o objeto possa fracionar-se. Mas, sempre, há verificar se é admissível, juridicamente, o seu parcelamento. Normalmente e com frequência, guarda a *divisibilidade* jurídica paralelo com o fracionamento que o objeto pode material-

mente sofrer. Mas dele desgarrar, para atentar na projeção econômica, e, levando-se em conta a persistência das qualidades da coisa inteira, diz-se que a prestação é *divisível*, e não perdem as características essenciais do todo nem sofrem depreciação acentuada; e *indivisível*, em caso contrário.<sup>8</sup>

A utilidade do critério oferece a inegável vantagem de ser aplicável a toda espécie de prestação, e, pois, a qualquer tipo de obrigação, o que se verifica, em resumo embora, passando-se em revista, à luz da divisibilidade, as obrigações em geral, positivas e negativas.

Assim, na *obrigação de dar*,<sup>9</sup> focalizemos a prestação, que consiste na entrega de uma coisa. Divisível será, quando cada uma das parcelas, em que se seccione, guardar as características essenciais do todo. Se o devedor tem de entregar um conjunto de unidades autónomas, a prestação será divisível, pois cada uma, considerada como fração do todo, conserva os requisitos que a erigem em objeto economicamente útil. Ao revés, se a *res debita* é corpo certo e determinado, seja móvel (um animal, um diamante), seja imóvel (um apartamento, um terreno), não se poderá cogitar de divisibilidade, pois que, mesmo se for admissível o fracionamento como corpo material, é insuscetível de fracionamento como prestação, já que a *obrigação* não comporta pagamento de uma parte, porção ou pedaço da coisa devida. É preciso, então, atentar para a circunstância de que não se apura a indivisibilidade tão-somente no caso em que a fracionamento traduza a deterioração ou o perecimento da coisa. Indivisível será esta, igualmente, quando o parcelamento gera frações economicamente depreciadas, ou se estas perdem as características essenciais do todo. Os terrenos são, normalmente, divisíveis, material e juridicamente, pois de hábito seu parcelamento dá lugar ao aparecimento de glebas, inferiores em área, mas análogas em qualidade ao todo, cujas características essenciais

4 Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, § 22.

5 É bem dizer que apenas no passado, acrescentam Ruggiero et Maroi, *Istituzioni*, § 126.

6 Alfredo Colmo, ob. cit., n.º 469.

7 Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. III, pág. 123.

8 Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, II, pág. 16; Von Tuhr, *Obligaciones*, II, n.º 91; Alfredo Colmo, ob. cit., n.º 469.

9 Tito Fulgêncio, ob. cit., n.º 183; Clóvis Beviláqua, loc. cit.

conservam. Tal seja o imóvel, entretanto, a indivisibilidade jurídica é manifesta: um lote de terreno urbano, onde exista fixação de área mínima para construção, pode não ser divisível se as porções a que venha a ser reduzido forem inábeis a receber edificação. Ter-se-ia aí *indivisibilidade jurídica*, não obstante a *divisibilidade material*, resultante da impropriedade da coisa ao preenchimento de sua finalidade natural e sua destinação econômica.

O art. 258<sup>10</sup> do Código Civil de 2002 acha-se mal situado. A noção de indivisibilidade deveria abrir o capítulo sobre as obrigações divisíveis e indivisíveis. Além disso, é simplesmente doutrinária, e não é de boa técnica legislativa que o Código ofereça definições, salvo naqueles casos em que há necessidade de afirmar uma posição. Não se trata disso, uma vez que os conceitos, aqui, são bem extremados. O conceito moderno de divisibilidade se relaciona ao critério econômico, à conservação das qualidades essenciais do todo e que a possível divisão não prejudique o fim destinado.<sup>11</sup> Da interpretação do art. 258, do Código Civil, constata-se que já foi adotada a distinção entre indivisibilidade material e jurídica.

A obrigação de restituir é, em regra, *indivisível*, já que o credor não pode ser compelido a receber *pro parte* a coisa que se achava na posse alheia, salvo se nisto consentir.<sup>12</sup>

Também a obrigação de fazer pode ser divisível ou indivisível, dentro do mesmo critério jurídico.<sup>13</sup> Quando consiste na realização de trabalho por si mesmo fracionável, seja por se ter ajustado em razão do tempo, seja por se ter contratado em função de unidades produzidas, é patente a divisibilidade da prestação. Quando, ao revés, importa na realização de obra considerada como coisa certa e determinada, não pode partir-se, por faltarem à quota de prestação produzida as ca-

<sup>10</sup> Direito anterior: artigo sem correspondência no Código Civil de 1916. Projetos: art. 256 do Código Civil de 1975.

<sup>11</sup> Flávia Maria Zangerdame, "Obrigações divisíveis, indivisíveis e obrigações solidárias", in: Gustavo Tepedino, *Obrigações*, p. 186.

<sup>12</sup> Washington de Barros Monteiro, *Curso*, IV, pág. 147.

<sup>13</sup> Tito Fulgêncio, ob. cit., n.º 184; Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 22.

racterísticas essenciais de todo (se o artifice contrata encarnar o livro, não pode dividir a prestação). Também é indivisível a *obligatio facienda* quando têm por objeto uma ação humana considerada como entidade econômica, pouco importando que se componha de atos que se executem separadamente (Clóvis Beviláqua).

A obrigação de *não fazer* é, via de regra, indivisível (Tito Fulgêncio, Clóvis Beviláqua), pois que o devedor, sendo obrigado a uma abstenção, deve-a por inteiro, insuscetível de prestação parcelada, já que a prática, mesmo parcial, do ato que o devedor se comprometeu a não executar constituirá inadimplemento. Mas é admissível a divisibilidade da prestação negativa, e consequentemente da *obligatio non facienda*, quando o objeto consiste em um conjunto de omissões que não guardem entre si relação orgânica. Se alguém se compromete a não edificar, obriga-se a uma prestação indivisível. Mas se o objeto da abstenção é caçar e pescar, a obrigação é divisível, por decomponível em duas omissões independentes.<sup>14</sup>

Finalmente, é lícita a convenção no sentido da indivisibilidade quando a prestação juridicamente divisível se torne indivisível em virtude de uma declaração de vontade. É a indivisibilidade *convencional* (que Barassi denomina *teleológica*), respeitada pelo direito, e em que é decisiva a *intenção*.<sup>15</sup> Ajustada uma constituição de renda indivisível, em benefício de marido e mulher, com a cláusula de permanecer íntegra a prestação, em caso de morte de qualquer dos beneficiários, ela é indivisível, como o é *ipso facto* a obrigação, muito embora a prestação pecuniária seja materialmente divisível. Mesmo *tacitamente* pode ocorrer a indivisibilidade convencional, quando as circunstâncias convencem de que as partes tiveram em vista uma execução indivisível.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Savigny, *Obbligazioni*, I, § 32.

<sup>15</sup> Ruggiero, loc. cit.; Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, I, n.º 137.

<sup>16</sup> Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, n.º 1.075.

### 138. Efeitos da indivisibilidade: pluralidade de devedores e de credores

A classificação das obrigações divisíveis não oferece interesse senão quando há pluralidade de devedores ou de credores. Se o sujeito passivo é um, e o sujeito ativo singular também, tratando-se de obrigações simples, a regra é a *indivisibilidade da prestação* (ou princípio da unidade da prestação), conforme disposto no art. 314 do Código Civil de 2002,<sup>17</sup> segundo o qual o credor não pode ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por parte, ainda que divisível a obrigação, salvo estipulação em contrário. Agora a hipótese de convenção, o credor tem direito à *res debita* íntegra, e não fracionada, o credor tem direito à *res debita* íntegra, e não fracionada, o credor tem direito à *res debita* íntegra, e não fracionada, o credor tem direito à *res debita* íntegra, e não fracionada, o credor tem direito à *res debita* íntegra, e não fracionada.

Se há, todavia, pluralidade de sujeitos, ativa ou passivamente, decompõe-se a obrigação em tantas outras, iguais e distintas, quantos os credores ou os devedores, se a obrigação for divisível (Código Civil de 2002, art. 257),<sup>19</sup> a que nosso Projeto de Código de Obrigações acrescenta o caso de não haver estipulação em contrário.

Os princípios cardais são, pois, bastante nítidos: na unidade de devedor e de credor, a prestação é realizada na sua integralidade, a não ser que as partes tenham ajustado o contrário. Na pluralidade de sujeitos, a prestação reparte-se *pro numero virorum*, criando obrigações distintas, e recebendo cada credor do devedor comum, ou pagando cada devedor ao credor comum, a sua quota-parte — *concurso partes fiant*. Conseqüência, ainda, é que cada devedor tem o direito de oferecer e de consignar a sua parte na dívida, não podendo o credor recusar. Exceções a esta regra são duas: a primeira reside na convenção: se se estipulou que o pagamento é integral, assim se fará, ainda que divisível a prestação. A segunda é, na

solidariedade, submetida a princípios que lhe são próprios. Se, contudo, a prestação for indivisível, o mesmo não ocorre, nem pode ocorrer.

O interesse de se conceituar a indivisibilidade surge a toda evidência nesta hipótese, porque, operando-se o fracionamento quando a obrigação é divisível, cada devedor se exonerará, pagando a sua parte, e *vice-versa*, cada credor a mais não tem direito, desde que venha a receber sua parcela no objeto da obrigação.<sup>20</sup> Se, ao contrário, a prestação é insuscetível de fracionamento, não tem qualquer devedor o direito de solver *pro parte*. Qualquer credor tem o poder de demandar o devedor pela totalidade da dívida; cada um dos devedores está obrigado à prestação na sua totalidade.<sup>21</sup> É preciso ficar bem claro que, abstratamente, cada sujeito passivo deve uma quota-parte da coisa, mas, por ser esta indivisível, e cabendo ao credor o direito de recebê-la por inteiro, cada um dos devedores é obrigado por toda a dívida. Noutros termos, cada devedor é sujeito à prestação por inteiro, não porque deva toda ela, mas pela necessidade de cumprí-la assim, já que é insuscetível de solução parcelada: *in obligatione individua, totum debetur ex necessitate, sed non totaliter*. Esta regra prevalece assim no caso da indivisibilidade decorrente da lei ou da natureza do objeto, quanto naquele em que for estipulada a indivisibilidade (indivisibilidade convencional). Trata-se do principal efeito da indivisibilidade.

Para restabelecer o princípio de justiça que a *solutio* integral desequilibrou, o devedor solvente fica sub-rogado no direito do credor, em relação aos demais coobrigados. A fórmula de partilhar entre eles a responsabilidade é a prescrita no título, e no silêncio deste mediante divisão em partes iguais (Código Civil de 2002, art. 259).<sup>22</sup>

Tendo em vista a divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação, a insolvência de um ou mais dos co-devedores su-

17 Ver n.º 154, *infra*.

18 Tizio Pulgêncio, n.º 191.

19 Direito Anterior: art. 890 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 116 do Projeto de Código de Obrigações de 1916; art. 255 do Projeto de Código Civil de 1975.

20 Ludovico Barassi, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I, n.º 53, pág. 161.

21 Eneccerius, *Tratado, Obligaciones*, § 96; Barassi, *loc. cit.*

22 Direito Anterior: art. 891 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 117 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 257 do Projeto de Código Civil de 1975.

gere tratamentos diferentes: sendo divisível, o credor perde a quota-parte do insolvente, porque, sendo cada um deles devedor *pro parte*, não pode ter a situação agravada, pela mudança no estado econômico do outro. Mas, se indivisível a obrigação, o credor tem a faculdade de demandar de qualquer dos devedores a prestação inteira (Enneccerus) e, então, quer dos devedores pela insolvência de algum destes, pois que não é prejudicado pela escolha, a dívida toda, normalmente receberá, do que for escolhido, melhores condições financeiras.

Tratamento análogo requer a prescrição: interrompida contra um dos sujeitos passivos, se a obrigação for divisível, não são prejudicados os demais, e, portanto, o credor perde o direito de demandar aquele ou aqueles a quem a prescrição beneficiar, podendo acionar os demais, contra quem fê-la interromper, para haver as respectivas quotas-partes: se indivisível, a interrupção tirada contra qualquer dos devedores atinge ou prejudica os demais, pois, não sendo o credor obrigado a receber *pro parte*, resta-lhe a faculdade de demandar o cumprimento por inteiro da prestação.<sup>23</sup> Em síntese, sendo divisível a obrigação, cada credor pode interromper a prescrição em relação à sua parte, não beneficiando com isto os co-credores. Sendo indivisível, favorece a todos. Reversamente, na obrigação divisível, interrompida quanto a um dos devedores, não prejudica os demais. Sendo indivisível, atinge os co-devedores, porque o credor não perde a faculdade de receber por inteiro. Mesmo sendo indivisível, se a obrigação se converter nas perdas e danos, converte-se em divisível, porque esta é a natureza da prestação pecuniária.

Sendo plurais os credores, e a obrigação indivisível, qualquer deles pode demandar o devedor pela dívida inteira, e, recebendo a prestação, torna-se a seu turno devedor aos demais credores, pela quota-parte de cada um, obedecendo ao rito ao que o título estabeleceu, ou ao silêncio deste, mediante divisão em partes iguais (Código Civil de 2002,

art. 261).<sup>24</sup> A disposição vige em simetria com a sub-rogação do devedor que paga, por inteiro, ao credor (art. 259). Como o acipiente recebe por inteiro, não se pode locupletar em detrimento dos demais co-credores. Se ocorrer o pagamento a todos em conjunto, ou ao que prestar caução de ratificação, presume-se que num e noutro caso fiquem definidos os direitos de cada um. Tal não ocorrendo, o credor acipiente deve aos outros o valor, em dinheiro, da quota-parte de cada um.

O devedor, por seu lado, desobriga-se pagando a todos *conjuntamente*, ou a um só, desde que dê caução de ratificação dos demais (Código Civil de 2002, art. 260).<sup>25</sup> Claro, então, que, na falta de caução, o devedor não pagará a um só dos sujeitos ativos. E, interessado em desobrigar-se, oferecerá a *res debita* a todos, conjuntamente. Se o devedor paga apenas um dos credores, sem a garantia legal, permanece obrigada perante os demais credores, descontando-se a parte relativa àquele credor que já havia recebido, com base na integração analógica do art. 262 do Código Civil de 2002.<sup>26</sup> Nesta hipótese, e à vista da linguagem mesma da lei, a recusa de um só que seja fará com que todos incorram em  *mora accipiendi*, tal como no direito alemão preleciona Enneccerus.<sup>27</sup> Tem o mesmo efeito da caução o documento em que os demais credores investem o acipiente do poder de receber.

O Projeto de Código de Obrigações de 1965 aditava às medidas defensivas mais uma: a da prevenção judicial. Solveria validamente o devedor que pagasse ao credor que reclamasse em juízo, livrando-o dos percalços da demanda, e reconhecendo ao credor postulante o direito à coisa. Os demais não seriam prejudicados, uma vez que sempre teriam contra aquele a faculdade de receber a sua quota-parte, em

24 Direito Anterior: art. 893 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 119 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 259 do Projeto de Código Civil de 1975.

25 Direito Anterior: Art. 892 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 118 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 258 do Projeto de Código Civil de 1975.

26 Flávia Maria Zangerolame, ob. cit., pág. 192.

27 Enneccerus, Kipp et Wolff, ob. cit., § 96.

23 De Page, *Traité Élémentaire*, n° 306; Hudelot et Metmann, *Des Obligations*, n° 363.

dinheiro. O pagamento fora das hipóteses previstas não desobriga o devedor solvente em relação aos demais credores.

Além do pagamento, pode a dívida extinguir-se pelo perdão ou remissão, que faça o credor, como, ainda, por transação, novação, compensação ou confusão (v. nos 162 e segs., *infra*). Estas formas extintivas, quando ocorrem na obrigação divisível, não oferecem problema, porque, limitado o direito do credor a receber *pro rata*, a extinção opera apenas quanto a cada quota-parte, subsistindo em relação aos demais. Sendo indivisível a obrigação e vários os credores, a relação obrigacional não se extingue pela remissão feita por um deles,<sup>28</sup> e demais credores têm o direito de exigir o pagamento, restituindo, porém, em dinheiro, ao devedor a cota correspondente ao credor remittente (Código Civil de 2002, art. 262).<sup>29</sup> O mesmo será observado nos demais casos de extinção.

Na pluralidade de credores, a interrupção da prescrição, tirada por um, a todos aproveita; da mesma forma, as causas suspensivas, que vigoram em favor de um, beneficiam aos demais.<sup>30</sup>

### 139. Perda da indivisibilidade. Distinção da solidariedade

A indivisibilidade não é, como visto antes, um fenômeno regular. Ao contrário, tais situações cria e tantas cautelas reclama que, bem se vê, é excepcional e inconveniente. Muito mais simples e muito menos geradora de conflitos é a divisibilidade, que reparte os encargos e distribui as responsabilidades, de sorte que cada devedor garante a sua própria cota, e cada credor recebe a sua parte na coisa devida. Somente em função da natureza da prestação, e enquanto perdura um tal estado, é que a indivisibilidade subsiste. Uma vez que venha a desaparecer a causa, ela não mais sobrevive. Poderá então

Classificação das Obrigações Quanto ao Sujeito: Indivisibilidade e Solidariedade 89

cessar por motivos diferentes, conforme, por seu turno, se trate da convencional, da material ou da jurídica.

A indivisibilidade convencional pode terminar pela convenção contrária, pois é evidente que a mesma vontade que a instituiu poderá destruí-la.

Quando os devedores estão sujeitos a uma prestação indivisível (*de dar ou de fazer*), a obrigação tornar-se-á divisível, e cada um passará a dever a sua quota-parte, no caso de vir ela a converter-se no seu equivalente pecuniário,<sup>31</sup> pois é claro que perde a qualidade indivisível a prestação que o era, mas resolveu-se em perdas e danos (Código Civil de 1916, art. 895/Código Civil de 2002, art. 263), uma vez que a prestação de dinheiro sub-rogou-se no lugar da de coisa ou de serviço indivisível, e é da sua natureza mesma a sua divisibilidade.

A conversão do débito nas perdas e danos poderá ocorrer por culpa de todos os coobrigados ou de um deles. No primeiro caso, todos são responsáveis, dividindo-se *pro rata* a quantia devida, se a obrigação for divisível, ou sujeitando-se cada um ao pagamento, solidariamente, se indivisível. Mas, no segundo, apenas o devedor culpado responde pelo dano causado, e somente dele poderá ser demandada a reparação, em razão do princípio segundo o qual a pena atinge apenas o infrator: *unusquisque sua culpa nocet*.

O Projeto de Código de Obrigações de 1965 adotava princípio de melhor justiça. Se a culpa é de todos, o credor se coloca em situação de inferioridade, tendo de demandar a cada qual a sua quota viril. Daí o art. 261 ter considerado que todos respondem solidariamente, substituindo a prestação individual por uma prestação solidária. O Código atual preferiu, no entanto, manter a regra do Código de 1916, mais onerosa ao credor, e sujeitando-o a enfrentar a insolvência eventual de algum dos devedores.

Além da conversão em perdas e danos, pode cessar a indivisibilidade por outras causas, que variam segundo seja ela convencional, material ou jurídica. A indivisibilidade que nasce da declaração de vontade pode terminar por força de

28 Hudelot e Metmann, ob. cit., n° 362.

29 Direito Anterior: art. 894 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 120 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 260 do Projeto de Código Civil de 1975.

30 De Page, ob. cit., n° 307.

31 Ennecerus, loc. cit.

uma convenção contrária. Se jurídica, ocorrendo uma causa que permita passar cada devedor a responder pela sua. A cessação da indivisibilidade material é mais rara, porém admissível. Em qualquer dos casos, não mais sobrevive a indivisibilidade, que somente subsiste em função da natureza da prestação.

A indivisibilidade reside naquelas situações em que cada devedor pode ser demandado pela parte dos coobrigados, ou cada credor está apto a receber, além da sua, as cotas de seus consortes. Neste ponto, há uma analogia deste conceito com o da *solidariedade*, e tão íntima que códigos modernos os têm aproximado, pela atração de normas aplicáveis, como fizera o art. 431 do BGB, e mais recentemente o italiano de 1942, ao mandar este (art. 1.317) que à indivisibilidade se apliquem os princípios da solidariedade. Não são poucos os escritores que expõem a dogmática de uma e de outra sob a epígrafe genérica de *obrigações coletivas*. A solidariedade e a indivisibilidade são sempre exceções à regra do partilhamento das obrigações entre credores e devedores.

Substancialmente, entretanto, muito diferem,<sup>32</sup> a par desta exteriorização comum, pois que numa e noutra a *solutio pro parte* não pode fazer-se, mas a *prestação da dívida inteira*, intimamente diversificam-se: 1º) a causa da solidariedade é o título, e a da indivisibilidade é (normalmente) a natureza da prestação; 2º) na solidariedade cada devedor paga por inteiro, porque deve por inteiro, enquanto que na indivisibilidade solve a totalidade, em razão da impossibilidade jurídica de repartir em cotas a coisa devida; 3º) a solidariedade é uma relação subjetiva, e a indivisibilidade objetiva,<sup>33</sup> em razão de que, enquanto a indivisibilidade assegura a unidade da prestação, a solidariedade visa a facilitar a exação do crédito e o pagamento do débito;<sup>34</sup> 4º) a indivisibilidade justifica-se, às vezes, com a própria natureza da prestação, quando o objeto é em si mesmo insuscetível de fraciona-

mento, enquanto a solidariedade é sempre de origem técnica, resultando ou da lei ou da vontade das partes, porém nunca um dado real.<sup>35</sup> 5º) a solidariedade cessa com a morte dos devedores relativamente a cada um dos herdeiros, mas a indivisibilidade subsiste enquanto a prestação a suportar; 6º) a indivisibilidade termina quando a obrigação se converte em perdas e danos, enquanto que a solidariedade conserva este atributo.<sup>36</sup>

#### 140. Conceito de solidariedade

O Código atual seguiu a orientação do de 1916, dando uma definição de solidariedade. Pode-se dizer que há solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda, ou pluralidade de devedores, cada um obrigado a ela por inteiro (Código Civil de 2002, arts. 264 e 265).<sup>37</sup> Inscreve-se, assim, o nosso direito no quadro dos sistemas que perfilham a noção tradicional, divulgada pelos mais autorizados mestres. Destaque-se que o princípio da solidariedade, constitucionalmente estabelecido, não se confunde com a solidariedade do Direito das Obrigações, mas, por óbvio, há intercomunicação entre eles, levando em conta a necessidade do desenvolvimento social informado pelo vetor e valor máximo de tutela à pessoa humana inserida no grupo real.

Nela podemos salientar os pontos fundamentais que a análise indica. Em primeiro lugar, a *pluralidade subjetiva*: se há um só devedor e um só credor, a obrigação é singular, e simples, na sua estrutura e nos seus efeitos, pois que o sujeito passivo deve a prestação por inteiro ao sujeito ativo. Para que se possa vislumbrar a solidariedade é de mister que haja a concorrência de mais de um credor, ou de mais de um deve-

32 Ludovico Barassi, *Istituzioni*, pág. 383.

33 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 32.

34 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 126, nota 3 da pág. 19.

35 De Page, *Traité Élémentaire*, III, n° 295.

36 Washington de Barros Monteiro, *Curso*, IV, pág. 151.

37 Direito Anterior: art. 896 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 122 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; arts. 262 e 263 do Projeto de Código Civil de 1975.

dor, ou de vários credores e vários devedores simultaneamente. Em segundo lugar, aponta-se a *unidade objetiva*: se cada um dos devedores estiver obrigado a uma prestação autônoma ou a uma fração da *res debita*, ou *vice versa*, se cada um dos credores tiver direito a uma quota-parte da coisa devida, não há solidariedade, que sempre foi incompatível com o fracionamento do objeto. *Pluralidade subjetiva e unidade objetiva*: é da essência da solidariedade que numa obrigação em que concorram vários sujeitos ativos ou vários sujeitos passivos haja unidade de prestação, isto é, cada um dos credores tem o poder de receber a dívida inteira, e cada um dos devedores tem a obrigação de solvê-la integralmente.

A unidade objetiva, na obrigação solidária, difere da que se dá na indivisível. Nesta, em razão da natureza da própria *res debita*, que não pode ser cindida no momento da solução, por uma causa material ou jurídica. Na obrigação solidária, não obstante a natureza da prestação compatibilizar-se com o fracionamento, impera a unidade do objeto, por um motivo de ordem técnica. Assim é porque assim a lei estabelece. No sistema jurídico brasileiro, o princípio regente é o da não-presunção da solidariedade, nos exatos termos do art. 265 do Código Civil de 2002.

Não há cogitar da distinção entre solidariedade perfeita e solidariedade imperfeita, porque o Código não cogitou dela. A matéria é puramente teórica, e é objeto apenas de exposição doutrinária (ver n.º 140, *infra*, vol. II).

Embora incidível a prestação, pode a obrigação solidária ser pura e simples em relação a alguns dos sujeitos e, sem perder ainda este caráter, sujeitar-se a uma condição ou termo em relação a outro (Código Civil de 2002, art. 266).<sup>38</sup> Nada impede, em verdade, que um dos devedores deva de pronto, enquanto outro goze do benefício de um prazo; ou que, enquanto para um credor o débito seja puro e simples, para outro venha subordinado a uma condição. Tais modalidades

são acidentais, e solidariedade haverá desde que, no momento da *solutio*, o credor se não satisfaça com o recebimento parcelado, ou o devedor se não libere com a prestação coletiva. Já o Direito romano construía a dogmática da obrigação plurima, cada um dos credores ou devedores o é normalmente *pro parte*, cindindo-se a obrigação em tantas frações quantos são os sujeitos: *concurso partes fuit* (v. n.º 138, *supra*). Uma exceção, e já estudada, está na *indivisibilidade* do objeto.

Embora contendo princípio da maior simplicidade, a posição suscitou dúvidas no império do Código revogado. Mas sem razão. O que caracteriza a solidariedade é a pluralidade subjetiva e a unidade objetiva. As modalidades (condição e termo) como o lugar da *solutio* não alteram a sua natureza. São puramente acidentais. Se na mesma obrigação concorre mais de um devedor obrigado à dívida toda, é indiferente que um tenha de pagar desde logo e outro a prazo; ou que a prestação de um esteja subordinada a evento futuro e incerto, e outra não. O novo Código acrescentou ao art. 897 do antigo diploma a hipótese de serem as prestações devidas em lugares diversos, como ficou consignado no Projeto de Código de Obrigações de 1965. A razão é a mesma. O fato de ser exigível em lugares diferentes não repele a solidariedade, desde que subsistam a unidade objetiva e a pluralidade subjetiva.

De caráter excepcional é também a solidariedade: Excepcional e *anormal*, acrescenta-se.<sup>39</sup> Mas, como visto no n.º 139, *supra*, a indivisibilidade é relativa à prestação, que se opõe ao parcelamento da *solutio*, enquanto que a solidariedade não decorre *ex re*, não provém da indivisibilidade do objeto, mas se apresenta como de *origem puramente técnica*.<sup>40</sup> Por isso mesmo precisa, em regra, ser imposta pela lei ou convencionada entre as partes. Por ser uma exceção ao princípio *concurso partes fuit*, no Código Civil de 2002, arts. 264 e 265, não se presume: a solidariedade convencional tem de ser ex-

38 Direito Anterior: art. 897 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 123 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; arts. 264 do Projeto de Código Civil de 1975.

39 Barassi, *Obbligazioni*, I, n.º 58, pág. 169. Orosimbo Nonato, *ob. cit.*, II, pág. 86.

40 De Page, *Traité Élémentaire*, III, n.º 314, pág. 298.



pressamente ajustada.<sup>41</sup> Ao contrário, pois, do novo Código Civil italiano, como do alemão, cujo art. 427 institui a presunção de solidariedade nas dividas comuns, para segurança do credor e solução da obrigação,<sup>42</sup> a solidariedade é convencional ou legal. A primeira, somente por pacto expresso. A segunda, por texto explícito, podendo ser citadas como hipóteses de imposição legal de solidariedade a que vigora entre coobrigados cambiais, a que preside às relações entre fiador e afiançados do se não for estipulado o contrário, a dos comodatários simultâneos da mesma coisa, a dos mandantes conjuntos, a dos co-autores de ato ilícito, como em outros casos, todos, porém, diretamente definidos.<sup>43</sup>

O Projeto de Código de Obrigações de 1965 desvinculou-se deste preconceito, seguindo orientação mais condizente com a vida moderna. Admitia a solidariedade presumida, sempre que diversos devedores, em um só instrumento, se obrigam para com o mesmo credor, salvo se o contrário resultar da lei ou do contrato. Atendendo ao que normalmente acontece, na pluralidade de devedores, para com um credor, no mesmo instrumento, a regra seria a solidariedade, tal como prescreve o BGB (art. 427) e estabelece o Código Italiano de 1942, art. 1.294. No Código atual, que unificou o Direito Obrigacional, não deveria vigorar a necessidade de ser pactuada a solidariedade passiva, mas não foi a orientação seguida.

Alguns sistemas, notadamente o francês e o belga, admitem uma extensão da solidariedade agora os casos legalmente

41 O novo Código Civil italiano, com a redação do art. 1.294 - "i condèbitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo no risulta diversamente", alterou os conceitos vigentes no antigo. Hoje, em razão da unificação do direito privado que aboliu as diferenças entre a obrigação civil e a mercantil, como diz Pacchioni (*Obbligazioni e Contratti*, págs. 46 e segs.), não vigora a necessidade de ser a solidariedade pactuada expressamente, salvo quanto à solidariedade ativa, como observa Barassi, *Obbligazioni*, n.º 61, pág. 175.

42 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado, Obligaciones*, I, § 90; Trabucchi, *Istituzioni*, n.º 219, pág. 504, dizem, mesmo, que a solidariedade é a regra.

43 Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, § 23; Tito Fulgêncio, *Do Direito das Obrigações*, n.º 244.

previstos, a qual recebeu a denominação anfibolgia de *solidariedade jurisprudencial* ou *costumeira*.<sup>44</sup> Não pode achar art. 265 do Código Civil de 2002.<sup>45</sup>

A todos os obrigacionistas, nossos e alheios, ocorre conceituar a solidariedade, tal como fizemos ao abrir esta parágrafo, como a obrigação em que há pluralidade de sujeitos e unidade de prestação. O mecanismo da solidariedade de sujeitos e neira como se apresenta nas suas relações externas e nas internas, se bem que padeca já de si de dúvidas e controvérsias que dela fizeram, no dizer de Lacerda de Almeida, uma teoria difícil e complicada,<sup>46</sup> foi ainda como que emburilhada de propósito. Tem sido lugar comum das disputas a sua conceito-devedor solidário, que paga, extingue a dívida tanto em relação a si mesmo quanto em relação aos demais co-devedores; ou quando se fala que o credor tem a faculdade de exigir a totalidade da coisa devida de qualquer dos *co rei debendi*, e, recebendo o pagamento de um destes, libera-os a todos - afirmativamente singular.

Mas, quando se indaga o porquê, avizinha-se a tormenta e erica-se a resposta das mais negras discussões. Construída a teoria das obrigações solidárias pelos romanos, o recurso às fontes não presta grande auxílio, porque alguns textos foram interpolados (segundo as demonstrações de Eisele e de Ascoli), inspirando nos romanistas dúvidas e distinções que, longe de clarear, obscureceram a matéria, com reflexo nas doutrinas

44 De Page, ob. cit., pág. 326; Jean Vincent, "Extension en Jurisprudence de la Solidarité Passive", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1929, pág. 601.

45 Registrando esses casos de solidariedade, Serpa Lopes (*Curso*, II, n.º 91) admite que a jurisprudência brasileira possa envolver por esse caminho. Lamentando discordar do eminente civilista, pensamos que, sem reforma legislativa, não é possível, pois que o art. 265 é óbice intransponível. Sem a vigência do dispositivo, que defendemos em nosso Anteprojeto (art. 127j), já que não acatado pelo Código Civil de 2002, não caberá, entretanto, sustentá-los.

46 Lacerda de Almeida, *Obrigações*, nota C ao § 7.º, pág. 446.

nas civilistas. Sem utilidade prática, imaginou-se uma distinção entre *solidariedade perfeita* ou *correalidade* e *solidariedade propriamente dita* ou *imperfeita*, baseada na ideia original de Ribbentrop (*Zur Lehre von den Correalobligationen*) e de Keller, a que Windscheid emprestou o prestígio de sua autoridade e a vulgarização de sua obra e que entre nós mereceu a adoção de Lacerda de Almeida, na nota final citada acima.

Empreendendo deduzir, aqui, a natureza jurídica da solidariedade, começaremos por eliminar este obstáculo, despretensiosamente, expondo-lhe a essência, não sem antes registrar uma palavra de aplauso ao nosso legislador de 1916, que fixou no Código Civil os princípios da solidariedade com uma clareza que permite assentar a construção dogmática do instituto em linhas de maior precisão do que outros momentos adiantados,<sup>47</sup> à qual procuramos guardar fidelidade em nosso Anteprojeto de Código de Obrigações, que o Projeto revisito pela douta Comissão conservou e o Código Civil de 2002 consagrou.

O Direito romano, em verdade, não conheceu a distinção. Jogando, entretanto, com textos interpolados quando da codificação do século VI, dizem que a *correalidade* consistiria na existência de uma só obrigação (*una eademque obligatio*), que os devedores tem de solver *sine beneficio divisionis*, porque se a *solutio* pudesse realizar-se *pro parte* estaria cindida a própria relação obrigacional: na solidariedade *imperfeita* haveria multiplicidade de obrigações autônomas, todas com objeto igual, e, como o credor tem direito e este, pode exigí-lo, somente extinguindo-se todas as obrigações com a efetiva solução. Levando mais longe a análise, dizem ainda que a correalidade se origina da convenção ou da estipulação da unidade obrigacional, enquanto a solidariedade legal é normalmente, imperfeita, porque a causa, no ato ilícito por exemplo, gera tantas obrigações quantos os co-responsáveis, todas porém com um mesmo objeto que é a reparação do dano causado.

47 Barassi, *Obbligazioni*, I, pág. 177, mostra que no Código italiano so-breve a distinção entre correalidade e solidariedade imperfeita.

Originária da lei ou da convenção, para nós a solidariedade tem uma só natureza: uma obrigação com unidade objetiva (*una eademque res*), e, pois, não pode haver solução sem integridade de prestação, já que não pode o credor ser compelido a cindir a *res debita*, nem pode o devedor ser ná-la. Em qualquer caso, se há mais de um devedor fracionamento de pagar a coisa devida por inteiro (*totum et totaliter*), ou se há vários credores com a facultade de demandar a qualquer deles a prestação inteira e sem partilha, existe solidariedade, sem qualificações distintivas; o credor o é *in solidum*; o devedor o é *in solidum*. As expressões *solidariedade* e *correalidade* não exprimem, pois, diversas naturezas de relação obrigacional, porém, aspectos da mesma figura: encerrando-se a categoria obrigacional objetivamente, chama-se *solidariedade* porque cada devedor deve a coisa *in solidum*, como cada credor a pode receber; focalizando-a subjetivamente, pode apelidar-se *correalidade*, porque existe uma pluralidade de sujeitos ativos (*co rei credendi*) ou de sujeitos passivos (*co rei debendi*) de frente de uma unidade de prestação. A natureza jurídica da obrigação solidária é, pois, uma só. A doutrina de Ribbentrop e Keller, sem embargo da auroreola de que a envolveu o aplauso de Windscheid, de Vangerow, de De Page, de Lacerda, de Almeida, de Savigny, de Molitor, de Demangeat, de Enneccerus, e de mais tantos e numerosos romanistas e civilistas, enfrentou a oposição de não menos conspícuos juristas como Pacchioni, Bonfante, Contardo Ferrini, Giorgi, Salvat, Lafaille, Orosimbo Nonato, Serpa Lopes, von Tuhur.<sup>48</sup>

Vencido, portanto, este primeiro recontro e abolida a diversificação conceitual entre correalidade ou solidariedade perfeita, de um lado, e solidariedade *stricto sensu* ou imperfeita de outro lado, enfrentemos agora a *vexata quaestio* da re-

48 A respeito da distinção entre solidariedade perfeita e imperfeita, e sua crítica: Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, § 122, nota 1; Giorgi, *Obbligazioni*, I, nos 182 e segs.; Serpa Lopes, ob. cit., n.º 11 bis; Clovis Beviláqua, *Obrigações*, § 23; Von Tuhur, *Obligaciones*, II, n.º 88, pág. 249; Orlando Gomes, *Obrigações*, n.º 20.

lação obrigacional, a saber: se na obrigação solidária há unidade de vínculos jurídicos ou pluralidade deles; se há um só vínculo jurídico prendendo vários sujeitos diante da unidade da prestação, ou se, não obstante esta unidade objetiva, existem tantos vínculos quantos são os sujeitos ativos ou passivos. Havia, ainda, teorias acerca da natureza jurídica da solidariedade, buscando justificação na representação de um coobrigado em relação aos demais e na existência de uma vinculação fidejussória, mas que não vingaram.

A matéria não é simples, e para obscurecê-la muito trabalharam os doutores. Cogitando de situações particulares, procuram uns, que aliás são muitos, formular uma distinção que Salvat resumiu,<sup>49</sup> a dizer que na solidariedade existe: a) *unidade de prestação*, e neste passo não vinga discussão; b) *pluralidade de vínculos*, sendo distinto ou independente o que liga o credor a cada um dos devedores, e *vice-versa*. Daí partindo, vem a tormenta da explicação dos efeitos, quando se indaga em virtude de que fenómeno o devedor solvente libera os seus consortes ou o credor acipiente alforria o réu em relação aos demais co-credores. Sustenta a preferência a *teoria da representação*, que Edmundo Lins abraçou e longamente explanou,<sup>50</sup> e que encontra os aplausos de Brinz, Ricci, Mourlon, Baudry, Lafaille, Aubry et Rau, Orosimbo Nonato, Ennecerus, Mazeaud et Mazeaud e mais quantos. Em suma estreita, a *teoria da representação* afirma que a solidiedade gera uma espécie de sociedade, constituindo-se cada devedor mandatário dos demais, de tal maneira que, ao agir, procede em benefício de todos. A mesma representação vigoraria entre os co-credores, atuando cada qual no interesse de todos. Mas, não admitindo o mandato tácito senão os atos úteis ao grupo, pois não se compreenderia uma presunção de mandato contra os interesses do mandante, alguns autores atenuaram a concepção societária, e, formulando a teoria da

49 Salvat, *Obligaciones*, n.º 881.  
50 Edmundo Lins, *Estudos Jurídicos, Teoria das Obrigações Solidárias*, pág. 251.

*representação limitada*, disseram que ela não vigora para os atos nocivos.<sup>51</sup>

A ideia da limitação, que mostra a falta de convicção da teoria, já inspira ataques, como o de Barassi, a argumentar que se houvesse a representação ela vigoraria sempre<sup>52</sup> e, se fosse pela representação que a solidariedade pudesse explicar-se, os sujeitos da obrigação procederiam em todos os casos na qualidade de mandatários.

Procura-se, então, substituí-la pela chamada *função de garantia*, constitutiva da teoria *fidejussória*, para a qual cada devedor é garante da prestação para com o credor, e é em razão desta função fidejussória que o credor tem o direito de exigir a prestação por inteiro; de revés, pagando o devedor a um dos credores solidários, liberta-se dos outros, porque em favor de todos e de cada um institui-se como garantia de solução.<sup>53</sup>

Em oposição às doutrinas *pluralistas*, que defendem a trincheira da *multiplicidade de vínculos*, levanta-se a *unitária*, e diz: na obrigação solidária viceja um só vínculo obrigacional, a ligar o devedor a todos os credores ou todos os devedores ao credor. Não há qualquer incompatibilidade entre a pluralidade subjetiva e a unidade essencial, pois que se trata de uma relação obrigacional anormal ou excepcional, em que se cria um vínculo jurídico abrangente de vários sujeitos, de um lado ou de outro todos presos à ideia fundamental da unidade de solução, fundando-se a união das relações obrigacionais na *unidade de fins*. E, se grande é a autoridade dos doutores pluralistas, não menor é a dos modernos *unitaristas*, entre os quais se inscrevem Larenz, Certmann, Gierke, Salelles, Pacchioni, Ruggiero, Beviláqua, João Luís Alves,

51 Sobre a teoria da representação: Aubry et Rau, *Cours*, IV, pág. 44; Baudry-Lacantinerie et Barde. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations*, II, n.º 1.213; Ricci, *Corso di Diritto Civile*, IV, pág. 149; Lafaille, *Obligaciones*, II, pág. 219; Orosimbo Nonato, *Curso de Obligaciones*, II, pág. 102; Giorgio Giorgi, *Obbligazioni*, I, 175; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, n.º 1.062.  
52 Barassi, *Obbligazioni*, pág. 185.  
53 Angelo Sraffa e Pietro Bonfante, "Solidarietà o mutua Fidejussione", in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1914, primeira parte, pág. 905.

Tito Fulgêncio, Serpa Lopes. Ante a teoria unitarista atrevida os ataques, pois que, sendo um só o vínculo, apesar da pluralidade de relações subjetivas, o devedor que solve libera a todos os seus consortes, porque o seu pagamento opera a extinção do vínculo, que é um, só e único; igualmente, o credor acipiente exonerar o devedor para com os demais credores solidários, porque o recebimento por ele efetuado põe termo ao vínculo obrigacional e extingue a própria obrigação.

Dal resumirmos as noções, dizendo que na obrigação solidária há uma só relação obrigacional, com pluralidade de sujeitos; esta unidade de vínculo concentra-se em um objeto, que é devido e exigível, só e uno, independentemente da pluralidade subjetiva.<sup>54</sup>

Finalmente, como observação geral, salienta-se que a solidariedade é compatível com todo gênero de obrigações, pela natureza ou pelo objeto.<sup>55</sup> Como ressalta Regina Gondim, a solidariedade representa hipótese de "comunhão da relação obrigatória".<sup>56</sup>

#### 14.1. Solidariedade ativa

Quando existem credores solidários, diz-se que a solidariedade é da parte dos sujeitos ativos, ou simplesmente *solidariedade ativa*. Não é muito usual. Inexistindo no Código qualquer texto que a institua, só resta a vontade como fonte geradora, e, mesmo convencional, são pouco frequentes as hipóteses de sua ocorrência. Não nos parece, entretanto, te-

na razão Carvalho de Mendonça, quando a considera um instituto extinto.<sup>57</sup> É rara, sem dúvida.

A Lei n° 6.449, de 1979, art. 1° , § 5°, criou um caso de solidariedade ativa legal, quando estabeleceu que, havendo mais de um locador ou mais de um locatário do mesmo imóvel, presume-se a solidariedade. Posteriormente, a Lei n° 8.245, de 1991, que expressamente revogou aquela lei, dispôs sobre essa solidariedade em seu art. 2°. No contrato de conta corrente conjunta há, em regra, solidariedade convencional, tendo os depositantes possibilidade de livremente movimentar os valores, atuando sozinhos.<sup>58</sup>

A sua construção dogmática atende a duas ordens de relações: a dos credores solidários em oposição ao devedor comum e a dos credores solidários entre si.

O princípio fundamental é o da integridade da *solutio*, sendo consequência imediata do que vem expresso no art. 262 do Código Civil de 2002. Se concorrem na mesma obrigação dois ou mais credores, cada um com direito à dívida toda, qualquer deles pode demandar o pagamento, todo e por inteiro – *totum et totaliter*. A isto se denomina relação externa da solidariedade; isto é, relação entre os credores e o devedor. As relações internas são as que se passam entre os co-credores entre si. Por efeito do recebimento, ou das outras causas extintivas da obrigação.

O direito ao recebimento da prestação por inteiro é de todos os credores. Se, em razão da solidariedade não prospera a credibilidade da prestação – *beneficium divisionis* –, não é lícito a um credor receber uma parte da coisa devida, ainda que a título de sua quota parte, que em verdade inexistente quanto perdurar o vínculo solidário.

Inversamente, o devedor demandado tem de solver a obrigação, muito embora o implemento lhe seja reclamado

54 Clovis Beviláqua, *Obrigações*, § 23; Salelles, *Obligations*, 117; Ruggieri et Maroi, *Istituzioni*, II, § 126; Tito Fulgêncio, *Do Direito das Obrigações*, n° 254; João Luis Alves, *Código Civil Interpretado*, comentário ao art. 896; Karl Lorenz, *Obligaciones*, I, § 33, pág. 505; Serpa Lopes, *Cursa*, II, n° 92; Conterit, ainda, sobre o conceito de solidariedade

Raccioni, *Delle Obligazioni in Generale*, I, pág. 323; Windscheid, *Pandect*, §§ 292 e segs.; Savigny, *Obligazioni*, § 26, págs. 260 e segs.; Raccioni, *Obligazioni e Contratti*, pág. 46; Regina Gondim, *Natureza Jurídica da Solidariedade*, págs. 68 e segs.

55 Von Tuhr, pág. 255.

56 Regina Gondim, *ob. cit.*, pág. 14.

57 Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, I, n° 154.

58 A jurisprudência admite que, em razão da morte de um dos titulares de conta conjunta, pode o outro promover o levantamento dos valores depositados a título de credor, e não de herdeiro (Revista dos Tribu- nais, vol. 215, pág. 469).

por um e não por todos os credores solidários. É a consequência da própria natureza da solidariedade, incompatível com o fracionamento da prestação ou da pretensão do devedor a um beneficiário divisionis.<sup>59</sup>

Uma vez iniciada a demanda, opera-se o que se denomina *prevenção judicial*: o devedor somente se libera pagando ao credor que o acionou; não tem mais a faculdade de pagar senão a ele, ao contrário do que ocorria até o momento da instauração da instância, quando era lícito prestar a qualquer (Código Civil de 2002, art. 268).<sup>60</sup> Falando-se em *demandada*, exclui-se toda medida preventiva ou preparatória de ação, como hábil a gerar a prevenção judicial.<sup>61</sup> Assim, o pagamento feito a qualquer credor, antes da prevenção judicial, tem poder liberatório, ainda que efetuado após ter recebido de um deles cobrança extrajudicial, ou notificação em juízo, ou após a tirada de protesto. A razão deste efeito está na própria ausência da solidariedade, em que o pagamento feito a qualquer credor extingue o vínculo obrigatório. A prevenção judicial tem sentido de exceção, e sendo esta *strictae interpretationis*, não pode ser ampliada para fora do âmbito literal do dispositivo. Aliás, a idéia da prevenção não é, ao menos, pacífica, quer em doutrina, quer em legislação: se no rumo do Direito brasileiro milita o Código Federal suíço das Obrigações (art. 150, inc. 3º), ou o italiano de 1942 (art. 1.185), como já antes vigorava o francês (artigo 1.198), no sentido oposto vigora o BGB (art. 428); se obrigacionistas como Alfredo Colmo preferem a solução alemã, outros como Salvat, Lafaille, Tito Fulgêncio, Orosimbo Nonato, Hudelot et Metmann aderem à tradicional prevenção, que é lógica e justa: já que os direitos de todos os credores são iguais, merece a preferência aquele

que tomou a iniciativa de perseguir a *solutio*. Perdura a *prevenção judicial* enquanto permanecem os efeitos jurídicos da demanda ajuizada.<sup>62</sup> Se, pois, o réu for absolvido da instância, ou anular-se o processo, ou cessar a relação processual, sem que o débito se extinga, devolve-se a qualquer outro credor o poder de receber e reclamar.

Não sendo o pagamento a única forma de extinção das obrigações, cumpre apurar se às demais é extensivo o efeito liberatório. Ou, precisamente, se a remissão da dívida, feita por um dos credores, opera a sua extinção ou apenas a redução quota-parte relativa ao credor remittente; como também se a novação e a compensação têm efeito extintivo, quando realizada com um apenas dos credores solidários. A questão encontra resposta diferente em um noutro sistema legislativo: de um lado estão os que recusam o efeito liberatório, do outro os que atribuem efeito extintivo à novação, à compensação, à remissão.

Nesta segunda corrente inscreveu-se o Código Civil de 2002, art. 269,<sup>63</sup> que destarte guarda estreita fidelidade ao conceito puro de solidariedade. Constitui um desvirtuamento conceitual admitir que o devedor fica forto quando recebe a quitação de um dos credores, sem a audiência dos demais, mas não se liberta do vínculo se recebe o perdão, pois que as outras causas extintivas têm o mesmo poder liberatório do pagamento e devem produzir igual efeito. Se a forma ordinária ou direta de extinção (pagamento) tem essa consequência, a especial ou indireta guarda-a também.<sup>64</sup>

O art. 900, parágrafo único, do Código Civil de 1916 dirimiu uma dúvida que imperava na doutrina, e estendia o mesmo efeito do pagamento à remissão, novação e compensação.

59 Orosimbo Nonato, ob. cit., p. 115.  
60 Direito Anterior: art. 899 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 124 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 266 do Projeto de Código Civil de 1975.

61 Neste sentido: Orosimbo Nonato, pág. 125; contra: Tito Fulgêncio, *Do Direito das Obrigações*, n.º 263, contenta-se com qualquer ato judicial de notificação, ou interpelação.

62 Von Tuhr, *Obligaciones*, II, pág. 279.  
63 Direito Anterior: art. 900 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 126 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 267 do Projeto de Código Civil de 1975.

64 Tito Fulgêncio, ob. cit., n.º 272; Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 131. O Anteprojecto de Código de Obrigações, com o propósito de expulsar dúvidas, referiu-se, no art. 219, ao "pagamento direto ou indireto".

O Projeto de Código de Obrigações de 1965 mantinha a doutrina legal, aludindo à quitação, como forma genérica de liberação do devedor. Não pode, com efeito, medrar controversia. Sendo a remissão, a compensação e a novação, modalidades extintivas do vínculo obrigacional, equiparáveis nos seus efeitos à solução da dívida, razão não existe para diversificação das consequências. Recebendo um credor a dívida, perdoad-a, ou ocorrendo novação ou compensação, o devedor é liberado. Destacando o art. 272 do Código Civil de 2002 a remissão, não exclui as outras modalidades extintivas.

A boa doutrina amplia ainda à *datção em pagamento* o mesmo efeito liberatório. Não obstante as dúvidas milhentas, pois já em Roma disputavam a respeito sabimianos e proculianos, por direito nosso a *datio in solutum* constitui meio extintivo da obrigação, desde que regularmente feita, e não é o fato de ser entregue coisa diversa da devida (*aliquid pro alio*) que o altera, pois que o vínculo obrigacional não subsistindo a uma conduta liberatória a consequência é ser forro o devedor.<sup>65</sup>

Não nos parecem vingar os argumentos em contrário: se o devedor pode mancomunar-se com o credor, para dele obter a extinção indireta, igualmente o fará simulando um pagamento, e em uma e outras hipóteses terá igual quitação. E, se os direitos de todos os credores são iguais, para efeito de um não ser compelido a receber do *solvens* uma parte em coisa diversa da *res debita*, iguais são ainda para efeito de tolerar que qualquer deles, em oposição ao devedor, tenha a faculdade de quitar por qualquer meio.<sup>66</sup>

Da mesma forma opera a medida defensiva, sendo lícito ao credor receber, pode promover as medidas cautelares relativamente ao crédito, independentemente do comparecimento ou

65 Tio Fulgêncio, n.º 278; Orosimbo Nonato, pág. 143; contra: Giorgi, l. n.º 97; Ricci, Corso, VI, pág. 152.

66 A despeito de o parágrafo único do art. 900, do Código Civil de 1916, não ter sido reproduzido, "é fora de dúvida que tudo o que se diz a respeito do pagamento direto procede em relação a qualquer outro ato que, de alguma forma, fulmine o elemento subjetivo da obrigação, até o montante desse aniquilamento" (Everaldo Augusto Cambler, ob. cit., pág. 161).

anuência dos demais. Se um dos credores solidários interrompe a prescrição, contra o devedor comum, a todos beneficia.<sup>67</sup> O mesmo, entretanto, se não dá com as causas suspensivas, que são de ordem pessoal, não tendo efeito quanto aos demais co-credores,<sup>68</sup> a não ser que a obrigação seja indivisível.<sup>69</sup> O nosso Projeto de Código de Obrigações foi fiel a estes princípios.

Se a obrigação vem a converter-se no *id quod interest*, substituindo-se a *res debita* pelas perdas e danos, não sofre modificações a natureza solidária da *obligatio*. Os credores, que o eram solidariamente quanto à prestação originária, continuam assim quanto às perdas e danos em que se sub-rogam, as quais, destarte, podem ser demandadas *totum et totaliter* por qualquer credor (Código Civil de 2002, art. 271).<sup>70</sup> A conversão da prestação em perdas e danos é consequência de fato imputável ao devedor. Sua situação frente aos credores não se altera. Devedor que era de uma prestação (de dar ou de fazer) devedor continua do objeto em que ela se sub-roga. Deve, então, o equivalente e mais o ressarcimento do prejuízo. Em favor de cada um dos credores correm os juros de mora, bem como a cláusula penal.

Constituído o devedor em *mora*, todos os credores são beneficiados, e os respectivos juros são devidos, seja ela imposta por iniciativa de algum credor, seja automaticamente. Mas, ao revés, se um credor solidário é constituído em *mora accipendi*, prejudica esta a todos os demais.<sup>71</sup>

Nas relações internas vigora o princípio da comunidade de interesses. Criando a obrigação um benefício a favor de todos, o recebimento que um deles faça não contradiz os direitos de todos. O vínculo da solidariedade, excluindo a solução *pro rata*, conserva estes efeitos apenas externamente, ou seja, nas relações do devedor para com os credores. Nas in-

67 Código Civil de 2002, art. 204, § 1.º.

68 Barassi, *Obbligazioni*, I, pág. 201.

69 Código Civil de 2002, art. 201.

70 Direito Anterior: art. 902 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 129 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 269 do Projeto de Código Civil de 1975.

71 Larenz, *Obligaciones*, I, § 32, pág. 497.

ternas, destes entre si, entende-se que tem um interesse comum no objeto da obrigação, salvo estipulação em contrário. A prestação, paga por inteiro pelo devedor comum, deve ser partilhada, entre todos os credores, por aquele que a tiver recebido, criada desta sorte a responsabilidade do credor acipiente pelas quotas-partes dos demais. Em razão do princípio, o recebimento converte o credor em devedor aos co-credores, relativamente à parte de cada um na coisa devida, para cujo cumprimento tem estes ação. Igualmente há de se dar com a extinção especial, seja ela a remissão, seja a novação, a com-pensação, a dação em pagamento. A matéria é inflada de dividas em outros sistemas, procurando os escritores solução justificativa, às vezes em pura perda, seja por não lhes socorrer o Direito Romano,<sup>72</sup> seja por faltar texto claro no direito positivo. *Legem Habemus* (Código Civil de 2002, art. 272),<sup>73</sup> e boa, pois que a solução assim dada é de lidina equidade e obstaculiza o enriquecimento indevido do credor acipiente.<sup>74</sup> Em Roma discutiu-se, e fartamente, qual a *actio* cabível (*pro socio, de mandato, a do negotiorum gestor*). Na prata da casa não se instala o problema, pois que no direito de ação é assegurado a qualquer credor reclamar a sua quota-parte o que houver quitado o devedor comum. O art. 273, do Código Civil de 2002, cuida da impossibilidade de o devedor opor a um dos credores solidários exceções pessoais que poderia opor a outros credores, tratando de regra simétrica àquela do atual art. 281, esta no que tange à solidariedade passiva.<sup>75</sup>

A disposição do art. 274 do Código Civil de 2002 não se continha no Código de 1916. Foi transportada do Projeto de Código de Obrigações de 1965. É um efeito natural da solidariedade. Ferindo-se litígio entre um dos credores e o devedor comum, sofre ele as consequências da sentença, no caso desta lhe ser desfavorável, a não ser que a matéria do julgado diga respeito a todos, como a nulidade do contrato e a pres-

72 Lafaille, ob. cit., II, pág. 245.

73 Direito Anterior: art. 903 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 270 do Projeto de Código Civil de 1975.

74 Orosimbo Nonato, II, pág. 157.

75 Everaldo Augusto Cambler, ob. cit., pág. 168.

crição da dívida. Obtendo decisão favorável, seja no tocante à validade da própria dívida ou de seus acessórios, aproveita a todos, a menos que obtenha o credor, com fundamento a direito que seja pessoal, dele próprio, e não de todos. Cuida-se do partilhamento dos efeitos favoráveis obtidos pelos credores solidários, com regramento próprio de eficácia subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* nos mesmos moldes das ações coletivas.<sup>76</sup>

#### 142. Solidariedade passiva

Ao contrário da solidariedade ativa, a solidariedade passiva é muito freqüente. Freqüentíssima, como observam todos os escritores. E tanto que ganha foros de aceitação o princípio que admite a presunção de solidariedade, pois que em alguns sistemas se dispensa a convenção expressa nas dividas comuns (alemão), ou quando não resulte o contrário do título (italiano).

Seu cânon fundamental, ou sua tônica, na expressão de Orosimbo Nonato, é que cada um dos devedores está obrigado à prestação na sua integralidade, *totum et totaliter*, como se em verdade houvesse contraído, sozinho, a obrigação inteira.<sup>77</sup>

Nosso Projeto de Código de Obrigações instituiu a presunção de solidariedade se diversos devedores se obrigam para com o mesmo credor, presunção que se ilide se o contrário resultar da lei ou do contrato, mas não foi a orientação acolhida pelo Código Civil de 2002. A regra é a solidariedade.

Na sua disciplina jurídica, a solidariedade passiva tem de ser encarada *externa e internamente*, isto é; nas relações dos devedores com o credor e nas dos devedores entre si. Começaremos por aquelas. A finalidade da solidariedade

76 Flávia Maria Zangerolame, ob. cit., pág. 203.

77 Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, II, pág. 168. Este ponto mereceu destaque dos mais renomados obrigacionistas, como Pothier, *Traité des Obligations*, I, n° 262; Hudelot e Mehnann, *Obligations*, n° 334, pág. 254; Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, I, n° 170, pág. 327; Von Tuhr, II, n° 89, pág. 254.

passiva é a de reforçar o vínculo, assegurando a solvência do pólo dos devedores e, assim, atribuindo maior garantia ao credor.<sup>78</sup>

Da noção mesma de solidariedade resulta o princípio geral dominante nesta matéria, segundo o qual o credor tem a faculdade de receber de qualquer dos coobrigados a coisa devida, total ou parcialmente. Este princípio integra-se de tal modo na essência do instituto que sua inserção no Código Civil de 2002, art. 275,<sup>79</sup> foi criticada por civiistas nossos, como redundância, embora justificada pelo propósito de afastar as dívidas quanto à inexistência de um *beneficium divisionis*.<sup>80</sup> Se a *solutio* alcança a totalidade da dívida, extingue-se a obrigação relativamente aos demais coobrigados; se é apenas parcial, todos os devedores continuam obrigados pelo remanescente, acrescendo que o vínculo continua com as mesmas características, isto é, subsiste a solidariedade entre todos os devedores pelo saldo devedor. Daí a consequência imediata: efetando um dos devedores pagamento parcial, ficam os demais exonerados até a concorrência da quantia paga, e solidariamente devedores do restante.<sup>81</sup> Se em vez de pagar a coisa devida dá outra *in solutum*, a dação em pagamento beneficia a todos, porque extingue a obrigação.<sup>82</sup>

A remissão, obtida por um dos devedores, prevalece na extensão em que foi concedida, aproveitando aos demais co-devedores, até a concorrência da quantia relevada (Código Civil de 2002, art. 277).<sup>83</sup> Há, pois, diferença nos efeitos da remissão, na solidariedade ativa e na passiva,<sup>84</sup> pois que, se

78 Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., pág. 133.

79 Direito Anterior: arts. 904 e 910 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 131 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 273 do Projeto de Código Civil de 1975.

80 Tito Fulgêncio, *Do Direito das Obrigações*, n.º 311.

81 Orosimbo Nonato, pág. 193.

82 Giorgi, *Obbligazioni*, I, pág. 185.

83 Direito Anterior: arts. 906 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 133 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 275 do Projeto de Código Civil de 1975.

84 Serpa Lopes, *Curso*, II, n.º 106.

naquela a que concede qualquer credor extingue a obrigação, nesta opera a extinção até a concorrência da quantia remita, ou seja, na parte correspondente ao devedor perdoado.<sup>85</sup> Por isso é que a doutrina aconselha uma ressalva: em se tratando de *remissão pessoal*, isto é, o perdão dado pelo credor a um determinado devedor, somente este se exonera da obrigação, e nada mais deve, cabendo tão-somente abater, na totalidade da dívida, a parte correspondente ao devedor forro.<sup>86</sup> Pode ser, no entanto, que a remissão, pelos seus próprios termos ou pelas circunstâncias, não atenda a considerações pessoais e tenha caráter absoluto, caso em que extingue toda a dívida e beneficia a todos os co-devedores,<sup>87</sup> tal como se dá com a *remissão real*, ou a tácita, resultante da entrega do título a um dos *co rei debendi*.

Se o credor houver perdoado toda a dívida, extingue-se a obrigação, e é oponível a todos os coobrigados. Sendo a remissão dada a um dos co-devedores, fica este liberado, mas a faculdade de demandar o pagamento aos demais coobrigados está subordinada à dedução da parte relevada. Se o credor exigir de qualquer delas a solução da obrigação, o devedor de mandado pode opor ao credor a remissão, somente até à concorrência da parte remetida, pois quanto ao remanescente a solidariedade sobrevive. O mesmo que ocorre com a remissão estende-se a qualquer outra modalidade de solução da obrigação. O Projeto de Código de Obrigações de 1965 foi mais preciso quando aludiu, no art. 133, ao pagamento parcial, “direto ou indireto”.

A segunda consequência do princípio da solidariedade passiva é a faculdade reconhecida ao credor de acionar um, alguns, ou todos os devedores, sem que, em nenhuma das hipóteses, se possa induzir renúncia à qualidade creditória contra os co-devedores solidários.<sup>88</sup> Mesmo depois de ajuzar

85 Código Civil de 2002, art. 388.

86 Clóvis Beviláqua, comentário ao art. 906, Tito Fulgêncio, n.º 328.

87 Serpa Lopes, II, n.º 106.

88 Neste sentido, Orosimbo Nonato, pág. 192; Carvalho de Mendonça, n.º 170.



demanda contra qualquer deles, poderá, ainda, recuar e pro-  
pô-la contra qualquer dos outros, não sendo incivil que inicie  
ações experimentalmente, até encontrar um que ofereça me-  
lhores condições de solvência.

O parágrafo único do art. 275 do Código Civil de 2002,<sup>89</sup> na  
rigidez dos princípios, seria desnecessário. Sua inserção no  
Código justifica-se, todavia, em face de ter havido uma ou ou-  
tra decisão sustentando o contrário. A faculdade de intentar  
ação contra qualquer um dos devedores pertence ao credor,  
descabendo ao demandado alegar o benefício de ordem, que  
inexiste na solidariedade.

Ainda que a proponha o credor contra um ou alguns dos  
coobrigados, deixando de parte outros, não se eximem estes  
dos juros de mora, respondendo, porém, o culpado pelo gra-  
vame que a sua negligência imponha aos demais (Código Civil  
de 2002, art. 280).<sup>89</sup> Isto quanto aos juros moratórios *legais*.  
Se outros houver, resultantes do pacto novo, não alcançam  
senão aqueles dos devedores que o firmarem, deixando de  
fora os demais.<sup>90</sup> Observa Tito Fulgêncio que, se a obrigação,  
embora solidária, é a termo para algum dos devedores, não  
responde ele pelos juros moratórios, porque a exigibilidade  
da obrigação está suspensa a seu favor.<sup>91</sup>

O Código prevê a incidência de juros no caso de ação  
contra o devedor. Eles correm mediante a constituição em  
mora. É óbvio que, num ou noutro caso, todos os devedores  
por eles responderem, sendo, como são, consequência da falta  
de pagamento oportuno. O princípio encontra justificativa em  
que os juros moratórios seriam evitados se qualquer dos de-  
vedores efetuasse o pagamento. E, mesmo no caso de deman-  
da judicial, poderiam evitar sua incidência. Sujeitos aos juros  
de mora por não ter pago a dívida, todos os devem. Mas aque-  
le, cuja culpa agravou a situação dos demais, responde pe-

rante eles pelo que foi acrescido na dívida. Embora não o  
diga, aos demais efeitos da sucumbência aplica-se a mesma  
regra. Ressalva-se a hipótese de um dos devedores ser obriga-  
do a termo ou sob condição.<sup>92</sup> Neste caso, a responsabilidade  
pelos juros moratórios não pode ser imposta ao devedor be-  
neficiado pela condição ou pelo termo.

No caso de perecimento do objeto ou em geral de impos-  
sibilidade da prestação, sem culpa, extingue-se pura e sim-  
plesmente a obrigação.<sup>93</sup> Se por culpa de todos, subsistirá a  
solidariedade na sua conversão em perdas e danos, com to-  
das as consequências. Mas se culpado for um apenas dos  
coobrigados, continuam todos sujeitos a pagar solidariamen-  
te o equivalente da *res debita*, mas pelas perdas e danos so-  
mente responde o culpado (Código Civil de 2002, art. 279).<sup>94</sup>  
em razão de não ser jurídico que alguém se torne responsável  
pela culpa alheia, sendo certo que cada um responde pela em  
que incorrer: *unuscuque sua culpa nocet*. Se não perecer o  
objeto e houver impossibilidade, tão-somente relativa a al-  
gum dos devedores, a solidariedade remanesce para os ou-  
tros, que nem sofrem agravamento da situação, pois que as  
perdas e danos são devidas apenas pelo culpado.<sup>95</sup>

Demandado, o devedor cuidará da defesa e três hipóte-  
ses se lhe apresentam: oposição de exceções que são pessoais,  
exceções comuns a todos, exceções pessoais a algum dos  
co-devedores não chamado a juízo (Código Civil de 2002,  
art. 281).<sup>96</sup> Na terminologia processual, o vocábulo exceção é  
usado em acepção restrita, compreendendo a de incompetên-  
cia ou *declinatoria fori*, a de litispendência, a de coisa julgada,  
a de impedimento, a de suspeição. O art. 281 do novo Código  
alude, entretanto, a toda espécie de defesa, hábil a ilidir a

89 Código Civil de 2002, art. 266.

93 Von Tuhr, I, pág. 267.

94 Direito Anterior: art. 908 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 136 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 277 do Projeto de Código Civil de 1975.

95 Orosimbo Nonato, pág. 237.

96 Direito Anterior: art. 911 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 279 do Projeto de Código Civil de 1975.

89 Direito Anterior: art. 909 do Código Civil de 2002. Projetos: art. 137 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 278 do Projeto de Código Civil de 1975.

90 Orosimbo Nonato, pág. 214.

91 Tito Fulgêncio, n° 342.

pretensão do credor. Cumpre-lhe alegar os meios de defesa comuns a todos, como seria a nulidade do ato, por defeito de forma, por vício do consentimento, por falta de liceidade de objeto; a prescrição do direito creditório; o pagamento; a irregularidade da via escolhida etc. Tem, mesmo, o dever de levar a cabo a relação obrigacional, e podem ter perdas e danos, alcançam a relação obrigacional, e podem ter por efeito reduzir ou extinguir as responsabilidades, tal como acontece no Código Federal suíço das Obrigações.<sup>97</sup> Pode e há aqui uma faculdade, não um dever, opor as exceções que lhe sejam pessoais (compensação, confusão, remissão). Mas não tem o direito de invocar exceções pessoais pertinentes a outro devedor (como sejam a existência de termo ou condição, os defeitos relativos do negócio jurídico, a confusão da obrigação etc.), porque somente a este interessa, e não atinge o seu dever de prestar.<sup>98</sup>

O Código de 2002 limita-se a reproduzir o preceito contido no art. 911 do Código revogado. Seria, entretanto, oportuno que se estabelecesse o dever de invocar as exceções comuns a todos, tal como ocorre no Código Federal Suíço das Obrigações, art. 145. A razão, desenvolvida na doutrina, assenta em que a omissão do devedor demandado traz dano aos co-devedores por negligência ou dolo, pelos quais deve responder. Não obstante o silêncio a respeito, aos coobrigados que sejam prejudicados será lícito responsabilizar o consorte omissor, seja em ação direta, seja pela recusa de compartilhar no ressarcimento.

A *interrupção da prescrição*, aberta contra um dos devedores solidários, atinge a todos, bem como os seus herdeiros,<sup>99</sup> mas, se for tirada contra um só dos herdeiros, não prejudica nem aos outros herdeiros nem aos demais devedores solidários.<sup>100</sup> Já a *causa suspensiva*, sendo, de regra, pessoal,

97

Hudelot e Metmann, n.º 344; Clovis Beviláqua, comentário ao art. 911; Tito Fulgêncio, n.º 359; Orosimbo Nonato, pág. 222.

98

Von Tuhr, *Obligaciones*, I, pág. 261.

99

Código Civil de 2002, art. 204, § 1.º.

100

Serpa Lopes, II, pág. 173.

não pode ter o mesmo alcance, e, pois, não beneficia os demais devedores.<sup>101</sup>

Nas suas relações *internas*, tudo se passa como se dominado pela inspiração de princípio oposto à solidariedade, partilhando-se a responsabilidade *pro rata*, e devendo cada um a sua quota-parte.

Exprime-se então o princípio cardeal, dizendo-se que, se um dos coobrigados solidários solver o compromisso, espontânea ou compulsoriamente, tem o direito de haver de cada um dos consortes a respectiva quota-parte, e esta se medirá pelo que tiver sido estipulado, e, na falta de acordo, dividindo-se a obrigação em partes iguais. O devedor que solve sub-rogar-se no crédito, mas a solidariedade não passa para o sub-rogado, que assim tem o poder de demandar dos demais as partes em que a obrigação se fraciona, restaurando-se o princípio da normalidade (*concurso partes, funti*), mesmo porque – é a observação de Giorgi – se pudesse haver de qualquer dos coobrigados *totum et totaliter*, este teria o mesmo poder, instituindo-se um círculo vicioso indefinido e perpétuo. É de acrescentar-se, ainda, que a faculdade de reembolsar-se tanto existe no pagamento total quanto no parcial, já que a mesma *ratio decidendi* prevalece em um como em outro.<sup>102</sup>

Se ao tempo do pagamento algum dos devedores era *insolvente*, a sua quota-parte é dividida entre todos por igual, de forma a que não fique o devedor que pagou no desembolso do que dependeu sem possibilidade de se reembolsar (Código Civil de 2002, art. 283).<sup>103</sup> Mas se a insolvência é posterior ao pagamento, podem os demais co-devedores recusar-se a suportar *pro rata* a quota-parte do insolvente, de vez que teria a demora no pleitear o reembolso impossibilitado a divisão entre todos, e, então, a si mesmo se impute a falta de recuperação do despendido, não aos consortes, que destarte se exo-

101 Barassi, *Obbligazioni*, pág. 201.

102 Orosimbo Nonato, pág. 257.

103 Direito Anterior: art. 913 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 140 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 281 do Projeto de

Código Civil de 1975.

neram de concorrer na formação daquele quinhão. Como esta obrigação decorre das relações internas entre os co-devedores e não das externas, com o credor, a participação no rateio, pela parte que na dívida incumbia ao insolvente, estende-se mesmo àquele dos co-devedores que o credor haja exonerado da solidariedade.

Também uma consequência da distinção entre as relações internas e as relações externas na solidariedade passiva é esta: independentemente de ser a dívida solidária do inteiro ou de um só dos devedores, se for do interesse exclusivo deles. Mas, internamente, se for do interesse exclusivo de um só, responderá este toda ela para com aquele que houver pago (Código Civil de 2002, art. 285).<sup>104</sup> Neste ponto, abre o Código exceção à regra do art. 283. Ao aludir à dívida que interessar exclusivamente a um dos devedores, o Código refere-se ao fato de, pelo título, ou pelas circunstâncias, um dos devedores for o obrigado principal. É o que ocorre com a solidariedade decorrente de fiança ou aval, em que a dívida interessa ao devedor principal. Solvida a obrigação pelo fiador ou avalista, tem o direito de ser reembolsado, na sua totalidade, contra o afiançado ou avalizado. Corolário deste princípio é que, se a obrigação for solvida pelo devedor principal, não tem direito a agir contra os fiadores ou avalistas para deles haver sua quota na dívida, embora esta, em relação ao credor, seja comum a todos os sujeitos ao vínculo da solidariedade.

### 143. Extinção da solidariedade

Seja a solidariedade legal, seja a convencional, pode extinguir-se, desaparecendo em consequência a particularidade de cada um dos devedores ou credores pagar ou receber *totum et totaliter*.

No que diz respeito à *solidariedade ativa*, os credores poderão abrir mão dela, e, da mesma forma que a convenção a

criou (já que é rara a solidariedade ativa *ex vi legis*), também a convenção a extingue, estabelecendo-se que a *solutio* se fará *pro rata*; cada um dos credores que, em virtude da solidariedade, tinha direito à dívida inteira, passará a tê-lo apenas quanto à sua quota-parte, que recebe e de que dá quitação, continuando o devedor sujeito ao pagamento das respectivas cotas aos demais credores, individualmente.

Prevê, entretanto, a lei uma hipótese em que arrefece o vínculo da solidariedade, embora se não possa dizer que haja desaparecido de todo:<sup>105</sup> quando morre um dos credores solidários, o crédito passa aos seus herdeiros sem aquela peculiaridade, assegurando-se a cada um o direito de receber e reclamar a sua cota hereditária (Código Civil de 2002, art. 270).<sup>106</sup> Em tal hipótese, a solidariedade apenas arrefece sem extinguir-se, porque subsiste sem qualquer alteração quando aos credores sobreviventes, e, no tocante aos herdeiros do desaparecido, formam eles um grupo que representa o defunto. Mas, encarada a situação de cada um, somente quanto a esses herdeiros se fraciona o crédito. Assim, qualquer credor sobrevivente pode exigir e receber *totum et totaliter*; os herdeiros do falecido, enquanto em conjunto, podem; mas, individualmente, cada herdeiro só tem a faculdade de receber a sua quota-parte, salvo se a coisa for indivisível. Neste último caso, ocorrerá *solutio* da dívida por inteiro, não em virtude da solidariedade, mas em razão da impossibilidade de seu fracionamento.

A *solidariedade passiva*, mais rica de situações especiais, oferece dois aspectos de extinção merecedores de estudo.

O primeiro é o da morte de um dos devedores solidários: extingue-se a solidariedade relativamente aos seus herdeiros, sobrevivendo quanto aos demais. Se se focalizar a posição especial deles, verifica-se que não são responsáveis senão pelas respectivas quotas-partes na dívida (*concurso partes funti*).

<sup>105</sup> Serpa Lopes, *Curso*, II, n.º 105.

<sup>106</sup> Direito Anterior: art. 901 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 128 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 268 do Projeto de Código Civil de 1975.

<sup>104</sup> Direito Anterior: art. 915 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 141 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 283 do Projeto de Código Civil de 1975.

Mas, no seu conjunto, serão considerados como um devedor solidário, em relação ao credor e aos demais devedores (Código Civil de 2002, art. 276).<sup>107</sup> Proposta ação enquanto a herança estiver indivisa, o monte responderá por toda a dívida, em razão de os herdeiros formarem um grupo que, em conjunto, pode ser demandado por todo o débito.<sup>108</sup> Ajuizada a ação após a partilha, o credor poderá haver apenas a quota-parte de cada um, e, em havendo algum insolvente, não podem os co-herdeiros ser compelidos a compor toda a *res debita*.

A morte do credor não altera a situação dos devedores, que solidariamente continuam obrigados para com os herdeiros do *de cuius*, que, reunidos, o representam.<sup>109</sup>

A solidariedade passiva instituiu-se em benefício do credor. É um direito de que ele pode abdicar. A renúncia é um dos modos pelos quais extingue-se a solidariedade. Pode favorecer a todos os devedores ou a alguns deles. E o tratamento legal varia numa ou noutra hipótese.

Renunciando a solidariedade em relação a todos os devedores, a dívida recai na situação de uma obrigação comum, sujeita à regra do art. 257: divide-se em tantas obrigações iguais e distintas quantos forem os devedores; cada um deles respondendo ao credor pela sua quota parte: *concurso partes fiunt*.

Renunciando em favor de um ou de alguns dos devedores, altera-se a situação de todos os coobrigados, em situação análoga a do credor que recebe pagamento parcial de um dos devedores, ou lhe remite parte da dívida.

Exonerado da solidariedade um ou mais devedores, subsiste ela quanto aos demais. A redação do parágrafo único do art. 282 do Código Civil de 2002 não foi feliz. Reproduzindo sempre, quase literalmente, o velho Código, deixou uma dúvida que ele afastava. Dizia, então, que ao credor renunciante

somente era lícito acionar os demais, abatendo no crédito a parte correspondente ao devedor remittido. Embora não o diga expressamente, outro não deve ser o entendimento do parágrafo.<sup>110</sup> Se ao credor, renunciando à solidariedade em favor de um dos co-devedores, fosse lícito reclamar a dívida toda contra qualquer dos outros, estaria realizando uma renúncia apenas nominal, sem efeito prático. Demais disso, beneficiando um credor com a renúncia, estaria agravando a situação dos demais, contra o disposto no art. 278 do novo Diploma.

O conceito de renúncia é o mesmo que advém do art. 114 do Código Civil de 2002. Pode ser expressa, quando o credor declara, sem reservas, que abre mão da solidariedade e restitui aos devedores a faculdade de solver por partes. É tácita quando resulta de uma atitude ou comportamento do credor, incompatível com a solidariedade. Lembram os autores, como casos de renúncia tácita: a) receber o credor a quota parte de um devedor, dando-lhe quitação; b) demandar judicialmente um dos devedores, pela sua parte na dívida: não se confunde a situação com a do credor que ajuíza ação contra um devedor pela dívida toda; c) receber o credor, habitualmente, a partir de um dos devedores nos juros e frutos. Essas e outras hipóteses ocorrentes deixam, entretanto, de constituir renúncia à solidariedade, se o credor ressaltar o direito de manter o vínculo da solidariedade (Código Civil de 2002, art. 282).<sup>111</sup>

Ocorrendo rateio entre os co-devedores, para reembolsar aquele que tenha solvido a obrigação, quanto à quota-parte do insolvente, contribuirão todos, inclusive os que tenham sido exonerados da solidariedade pelo credor, porque se este tem o poder de abrir mão de um benefício que lhe pertence

107 Direito Anterior: art. 905 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 135 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 274 do Projeto de Código Civil de 1975.

108 Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, II, pág. 279.

109 Carralho de Mendonça, *Obrigações*, I, n.º 170.

110 Essa conclusão decorre, ainda, do disposto no art. 388, do Código Civil de 2002, com o desconto da cota referente ao devedor remittido (Flávia Maria Zangerolame, *ob. cit.*, pág. 208).

111 Direito Anterior: art. 912 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 139 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 280 do Projeto de Código Civil de 1975.

falta-lhe qualidade para alterar as relações entre os coobrigados, mormente em se tratando do agravamento de sua situação (Código Civil de 2002, art. 284).<sup>112</sup> O Código destacou o que fizemos constar do art. 140, parágrafo único, do Projeto de Código de Obrigações de 1965. O devedor, exonerado da solidariedade pelo credor recebe uma remissão nas suas relações com ele (relações externas da solidariedade). Sendo a exoneração uma forma de renúncia, deve receber interpretação estrita. O credor pode renunciar o seu direito contra um dos devedores solidários. Não tem, no entanto, a faculdade de estender a exoneração ao direito de reembolso, que não lhe pertence, porém ao devedor que pagou a dívida comum.

## Capítulo XXVIII

### Classificação das Obrigações Quanto aos Elementos não Fundamentais

#### Sumário:

- 144.** Obrigação alternativa. Direito de escolha. Impossibilidade da prestação. **145.** Obrigação condicional e a termo. **146.** Obrigação principal e acessória. **147.** Prestação de juros. **148.** Prestação pecuniária.

#### Bibliografia:

- Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, §§ 18, 24, 25; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, II, § 126; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, n° 215; Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, § 12, pág. 167; Tito Fulgêncio, *Do Direito de Obrigações* (atualizado por José de Aguiar Dias), n° 137 e segs.; Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, I, págs. 323 e segs.; Giorgio Giorgi, *Teoria delle Obligazioni*, IV, n° 419 e segs.; Enneccerus, Kipp e Wolf, *Tratado, Derecho de Obligaciones*, I, §§ 17 e segs.; Alfredo Colmo, *De las Obligaciones en General*, n° 380 e segs.; Serpa Lopes, *Curso*, III, n° 58 e segs.; Mazeaud e Mazeaud, *Leçons*, II, 1 048; De Page, *Traité Élémentaire*, III, n° 273 e segs.; Ludovico Barassi, *Teoria General delle Obligazioni*, I, págs. 206 e segs.; Scuto, *Obbligazioni*, n° 399 e segs.; Gustavo Tepedino, *Obrigações*, págs. 147 e segs.; Arruda Alvim e Thereza Alvim, *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*, vol. III, págs. 114 e segs.; Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa*, págs. 8 e segs.; Judith Martins-Costa, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. I, págs. 217 e segs.; Arnoldo Wald, *Obrigações e contratos*, págs. 55 e segs.

<sup>112</sup> Direito Anterior: art. 914 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 140, parágrafo único, do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 282 do Projeto de Código Civil de 1975.