

42  
M 672  
2012  
V. 22

Pontes de Miranda

# TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXII

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Obrigações e suas espécies.  
Fontes e espécies de obrigações

Atualizado por  
Nelson Nery Jr.  
Rosa Maria de Andrade Nery

EDITORA  100 anos  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

## CAPÍTULO VI OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

### § 2.701. CONCEITO DE OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

1. ALTERNATIVIDADE E OBJETO DA PRESTAÇÃO. – Pode dar-se que a obrigação seja de duas ou mais prestações; mas de tal maneira que só uma seja de adimplir-se. Se é a vontade do devedor, ou a do credor, ou a de terceiro, que escolhe qual a prestação que se há de fazer, diz-se *alternativa* a obrigação. Se não é da vontade, mas de outra circunstância, que a determinação depende, não há obrigação alternativa: há relação fáctica entre dois *objetos da prestação* (Leistungsgegenstände), como se se convencionou que se prestaria A e, na falta, B, ou se, não executando o devedor a obrigação, tem de prestar perdas e danos (Código Civil, arts. 1.056-1.058). Na obrigação alternativa, há algo de semelhante à obrigação de gênero; mas, enquanto, nessa, os objetos pertencem ao mesmo gênero, podem ser de gêneros assaz diferentes os objetos da obrigação alternativa, com a particularidade de poderem alguns deles ser determinados pelo gênero e outros individualmente, ou todos por seus gêneros (*e. g.*, na compra-e-venda com especificação, *Spezifikationskauf*, em que cabe ao comprador indicar as qualidades genéricas dos objetos comprados, se se fêz referência a dois ou mais; se não se fêz, não há alternativa; sem razão, A. VON TUHR, *Partie Générale du Code fédéral des Obligations*, I, 63; certo, L. ENNECERUS, *Lehrbuch*, 31.<sup>a</sup>-35.<sup>a</sup> ed., II, 70, nota 2).

A opinião, que via na obrigação alternativa, duas ou mais prestações devidas, que a escolha reduz a uma, é totalmente de afastar-se (teoria da pendência resolutória). Bem assim a que recorria à concepção da obrigação sem conteúdo, que só se enche quando ocorre a escolha (teoria da

pendência suspensiva). Ora, em verdade, já se deve uma prestação, e só uma; apenas essa prestação ainda não está determinada. Nem cabe adotar-se, para a obrigação alternativa a favor do credor, a teoria da pendência resolutória, e a da pendência suspensiva, para a obrigação alternativa a favor do devedor (assim, F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 78). 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).

Já tivemos ensejo de nos referirmos à diferença entre a *concretização* segundo os arts. 875-877 e a *escolha* dos arts. 884 e 887. Se preferimos o termo generalizador “escolha”, temos de adjetivá-lo: nos arts. 875-877, a escolha é *interna* (qualquer bem *dentro* de *a*, que é o gênero); nos arts. 887 e 888, *externa* (ou *a* ou *b*). Portanto, há *concentração*, e não concretização.

2. DIREÇÃO DA PRETENSÃO COM ALTERNATIVA. – A pretensão, nas obrigações alternativas, dirige-se a duas ou mais prestações, de modo que só uma delas, determinada pela escolha, se haja de realizar. A indeterminação, com que nasce o crédito, serve ao credor, ou ao devedor, tal como se o hóspede pode escolher, dentre os pratos do dia (entrada, peixe, carne e sobremesa), ou a legatária pode escolher o anel de brilhante ou os brincos, ou como se o vendedor de café pode entregar o tipo *a* ou o tipo *b*. 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. Nas obrigações alternativas, o que as caracteriza é poder um dos figurantes escolher entre diferentes prestações possíveis, desde que se concebam como uma só. Se se discute ter havido convenção sobre prestação genérica determinada, ou sobre prestações diferentes, tratadas como uma só, é problema de interpretação do negócio jurídico (W. KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, 144 s., 174 s. e 182). Nas obrigações alternativas, não há pluralidade de obrigações, nem condição quanto ao objeto; se a pluralidade ocorre, ou se ocorre condição, alternatividade não há. A obrigação alternativa distingue-se: *a*) da compra-e-venda de especificação, salvo se ocorrerem os outros pressupostos; *b*) da *facultas alternativa* do devedor, em que a impossibilidade originária, só referente à prestação

devida, faz nulo o contrato (Código Civil, art. 145, II, 2.ª parte; *aliter*, art. 885), e a impossibilidade superveniente, fortuita, da prestação facultada não libera o devedor, e aí a alegação é exceção, ao passo que a alegação da alternatividade é defesa; *c*) da *facultas alternativa* do credor, em que pode êsse exigir, em lugar da prestação devida, outra, – espécie na qual a impossibilidade da prestação devida tem todos os efeitos, não podendo o credor eleger a outra (cf. para *b*) e *c*), PAUL OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 70; E. GERNSEHEIM, *Die Ersetzungsbefugnis*, 14 s.; F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 93, nota 3, e 96; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 4.ª ed. 123 e 125 s.; F. REGELSBERGER, *Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers*, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 16, 159; sem razão, G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 258).

A diversidade das prestações, a despeito de se terem de conceber como uma só, pode recair sobre a coisa, ou sobre lugar, tempo, ou outra circunstância (modalidade). Há obrigação alternativa se se deixa a um dos figurantes escolher que a prestação seja na cidade A, ou na cidade B, ou no dia 15 de novembro ou no dia 25 de dezembro, ou engarrafado o vinho, ou em barril. O conteúdo das obrigações, em qualquer desses casos, é diverso e é alternativo (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 70; G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 140; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 439; já V. CANETTA, *Zur Lehre von den sog. alternativen Obligationen*, 13; A. MARCUS, *Die Wahlschuld des BGB.*, 10; W. MÜLLER, *Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners*, 15; E. CHAMIZER, *Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld*, 22; H. LEUCHTENBERGER, *Unter welchen Voraussetzungen tritt bei Wahlschulden eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine Leistung ein?*, 7; F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 103; P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 207; sem razão, H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II 1, § 45, 119; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 4.ª ed., 123; E. GERNSEHEIM, *Die Ersetzungsbefugnis*, 20).

O direito de escolha é direito formativo. “Nas obrigações alternativas”, diz o Código Civil, art. 884, “a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou”. Assim, segundo essa regra jurídica *dispositiva*, e não só para o caso de dúvida, titular do direito de escolha é o devedor; mas a regra jurídica pode funcionar como interpretativa, se há dúvida. Das circunstâncias não pode resultar que se haja de entender titular o credor, porque o art. 884 só admitiu que seja titular o credor, “se outra coisa se estipulou”. Portanto, adotou-se a opinião mais corrente (G. PLANCK, *Kom-*

mentar, II, 1, 4.<sup>a</sup> ed., 129; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 72; G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 155; sem razão, O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 439, e edições anteriores de G. PLANCK), pois que se trata de regra jurídica dispositiva. Também incide se o direito de escolha provém de texto de lei (obrigação legal com escolha; cf. P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 72; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 129). O direito de escolha transmite-se; pode ser cedido, com o direito de crédito, e, se o devedor consente, ainda sem o crédito, ou o crédito sem êle (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 130; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 31.<sup>a</sup>-35.<sup>a</sup> ed., 72); e vai ao que assume a dívida, se se trata de direito de escolha a favor de devedor. Se um dos objetos de prestação não é transmissível, o direito de escolha não é penhorável (FALKMANN, *Die Pfandbarkeit von Wahlforderungen*, *Das Recht*, 15, 1; contra: CITRON, *Unpfändbarkeit einer Alternative bei Wahlschuld*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 15. 196). No mais, é penhorável.

Nas apólices de seguros costumam as companhias inserir a cláusula de alternatividade: ou prestar o valor do seguro ou fazer o conserto, reconstrução ou substituição do bem segurado. A mora da devedora não a priva da escolha, mas o credor pode interpelá-la (3.<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de junho de 1946, *R. dos T.*, 164, 278; 1.<sup>a</sup> Câmara Civil, 3 de março de 1955, 238, 372), ou propor contra ela ação cominatória em que se tenha como pena a fixação de uma só das maneiras de execução, ou desde logo a ação de condenação em que a sentença condenaria com a alternativa (cf. 1.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 25 de setembro de 1945, *J.*, 28, 44 s.).

Exercida a escolha, não pode ser revogada, ainda que em parte (1.<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de abril de 1942, *R. dos T.*, 138, 238).

Processualmente, quando se propõe ação de condenação, a sentença dirige-se à obrigação alternativa (condenação com alternatividade, Código de Processo Civil, arts. 900-902). O devedor tem de provar que é alternativa a obrigação; não que lhe incumbe a escolha: contra a sua alegação de caber-lhe escolher há de alegar e provar o autor. Se, em vez de obrigação alternativa, entende o devedor que tem *facultas alternativa*, o ônus de provar que lhe toca incumbe ao devedor (L. ROSENBERG, *Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnisse*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 94, 81; FR. LEONHARD, *Die Beweislast*, 348; sem razão, F. VON SAVIGNY, *System*, V, 155).

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.701. A – Legislação

Sobre as consequências da perpetuação da obrigação do devedor que efetivamente não cumpriu, no tempo oportuno, sua obrigação, conferir o art. 399 do CC/2002; sobre responsabilidade em contratos benéficos, art. 392 do CC/2002 e responsabilidade por caso fortuito e força maior, art. 393. Quando a prestação cuidar de coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor: art. 244 do CC/2002; o gênero não perece, conforme art. 246 do CC/2002; a respeito de prestação e obrigação alternativa, consultar os arts. 252 a 256 do CC/2002, e resolução do contrato, art. 475. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor: arts. 441 a 444 e 166, II, do CC/2002. Quanto à forma de aferir a existência de coação: art. 152 do CC/2002.

### § 2.701. B – Doutrina

Na obrigação alternativa existe mais de um objeto, mas a pessoa se desonera pagando apenas um. Então se pode prestar ou um, ou outro. Quem escolhe o que prestar é o devedor, de acordo com o art. 252 do CC/2002, a não ser que no contrato esteja estipulado outra coisa. Pode-se contratar que a escolha caiba ao credor ou a terceiro (art. 252, §§ 3.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup>, do CC/2002). A prestação não pode ser periódica a critério do devedor tão somente; mas se se tratar de obrigação em prestações periódicas, pode a faculdade de opção ser exercida em cada período (art. 252, §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup>, do CC/2002).

### § 2.701. C – Jurisprudência

Súmula STJ 145: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

Caso interessante julgado pelo STJ. Um carro-forte foi violentamente atacado por atiradores postados em um viaduto. O motorista ferido abandonou a direção do veículo, que só veio a parar contra um muro, atingindo um transeunte, matando-o. Em 1.<sup>o</sup> grau o juiz decidiu pela causa excludente do dever de indenizar, reconhecendo a ocorrência de força maior. O 1.<sup>o</sup> TACivSP modificou a sentença, sob o argumento de que a blindagem não era eficiente e a escolta não era competente para evitar que o condutor fosse atingido. No STJ, pelo voto do Min. Menezes Direito, compreendeu-se que a sentença deveria ser restaurada, porque o roubo é força maior que não obriga o cumprimento do contrato de transporte. Invocou precedentes do STJ nesse sentido. Os Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, contudo, entenderam que o transporte de valores é atividade perigosa e

que não parecia razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com fim de lucro. Diante desse posicionamento, mandaram o transportador de valores indenizar, com base na teoria do risco da atividade (STJ, 3.ª T., REsp 185.659/SP, j. 26.06.2000, rel. desig. Min. Nilson Naves, v.u., DJU 18.09.2000).

Adimplemento substancial. IV Jornada STJ 361: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475 do CC/2002".

Incidência das perdas e danos. Imputabilidade da causa. I Jornada STJ 31: "As perdas e danos mencionadas no art. 475 do CC/2002 dependem da imputabilidade da causa da possível resolução".

O Código Civil, no art. 152, no caso de coação, manda levar em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as circunstâncias que possam influir em sua gravidade. No erro pode o juiz atuar da mesma forma, tanto mais que o direito moderno orienta-se num sentido de proteção aos fracos (TJSP, Ap 40.803, 6.ª Câm. Civ., j. 21.01.1949, rel. Vasconcellos Leme, RT 179/263).

## § 2.702. FONTE DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

1. NEGÓCIO JURÍDICO E LEI. – As obrigações alternativas emanam de negócio jurídico, especialmente contratos e legados (nada obsta a que se prometa, unilateralmente, com alternatividade), ou da lei. É exemplo de obrigação alternativa oriunda da lei a de executar, que tem o mandatário, se fez contrato em nome do mandante, e êsse não ratificou a falta de poderes, que o terceiro desconhecia (arg. aos arts. 1.304 e 1.305 do Código Civil).

2. ALCANCE DO CÓDIGO CIVIL, ARTS. 884-888. – Os arts. 884-888 também apanham as obrigações alternativas oriundas da lei.

### Panorama atual pelos Atualizadores

#### § 2.702. A – Legislação

Sobre a obrigação alternativa oriunda da lei, conferir o art. 672 do CC/2002; quanto à ratificação: art. 118 e à prestação impossível, arts. 255 e 256 do

CC/2002. Sobre pedido alternativo, v. art. 288 do CPC; sobre execução de título executivo extrajudicial ou judicial que tenha por objeto obrigação alternativa, v. art. 571 do CPC.

#### § 2.702. B – Doutrina

A lei e os negócios jurídicos são fontes das obrigações alternativas. Pontes de Miranda vê, na obrigação do mandatário, que ultrapassou os limites de seu poder, sem o conhecimento do terceiro com quem contratou, uma espécie de obrigação alternativa decorrente da lei, porque caberá ao mandatário executar, ou seja, prestar aquilo a que se obrigou, caso o mandante não venha a ratificar a conduta do mandatário.

#### § 2.702. C – Jurisprudência

"Tratando-se de título que consagra obrigação alternativa com escolha a cargo do devedor, impõe-se a observância do art. 571 do CPC ao que concerne ao procedimento da execução" (RTJ 123/718).

## § 2.703. DIREITO DE ESCOLHA

1. CONCEITO DE ESCOLHA. – *Escolher* a prestação é determinar qual a que há de ser devida, ou em obrigação ou em paga. Nas obrigações alternativas, é determinar qual das prestações, devidas alternativamente, é a que se há de pagar. Portanto, o que em verdade se determina é o objeto do cumprimento. Ambas as prestações estão no plano do dever e da obrigação, *in obligatione*, pôsto que uma só se possa exigir e prestar. Daí ter-se (a) de considerar a obrigação, desde que nasce, como obrigação estruturada definitivamente, só se vendo a escolha como cumprimento, com a consequência de se não poder pensar em declaração de escolha sem cumprimento fáctico; ou (b) de se atentar na configuração mesma da obrigação alternativa, que nasce indeterminada, sujeita, portanto, a modificação, com a consequência de ser relevante a declaração de escolha, *ainda* sem o adimplemento. Negou-o G. PESCATORE (*Die Wahlschuldverhältnisse*, 169 s.), e outros o negaram, ou não o viram. A ciência assentou que existe o *direito formativo modificativo* de escolher, o chamado direito de concentração, que se exerce mediante declaração de vontade ao outro figurante. Com o exercício do direito de escolha, determina-se (modifica-se) o conteúdo

da obrigação; e tem-se a prestação escolhida como a única devida desde o comêço. O art. 884 permite que “outra coisa se estipule”. Outra coisa não é só a titularidade do credor, em vez do devedor; é também o modo de exercer-se o direito de eleição, *e. g.*, dentro de certo prazo antes do cumprimento, por escritura pública, ou em cumprimento fáctico (exclui-se, então, qualquer eficácia eletiva da declaração).

2. EFICÁCIA DA ESCOLHA. – Ao efeito da escolha chama-se *fixação*. Tentou-se firmar que, antes dela (= antes da declaração de vontade dirigida ao outro figurante), a obrigação alternativa não é suscetível de cumprimento (F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 122 e 164 s.). Sem razão; seria alternância do crédito, e não da obrigação; se o devedor, com direito de escolha, presta ao terceiro, que recebe a prestação, libera-se, ainda que o credor o ignore, salvo se ficou estabelecido, ou se resulta da natureza da prestação, que seria ineliminável a declaração receptícia (sôbre isso, largamente, G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 179 e 183 s.; cf. *Die sog. alternative Obligation*, 151 s.). Referimo-nos a terceiro com poderes.

Se o devedor recusa a prestação oferecida, cumprimento não houve. Certo, houve, implícita, a declaração de vontade por parte do devedor titular do direito de escolha; mas, não se tendo realizado o adimplemento, a declaração de vontade, *que só existia no ato de oferecimento*, apaga-se: as declarações implícitas dependem da sorte dos atos em que se inserem (não viu isso F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 160); explícitas, podem ser sós.

3. MORA E ESCOLHA. – A mora não extingue o direito de escolha do devedor. O credor demanda-o pela obrigação alternativa, “*a* ou *b*”. Se o credor começa a execução sômente por *a*, ou sômente por *b*, – ou (*a*) se teria de julgar improcedente a demanda, porque pedir a execução de *a* é pedir execução por obrigação simples e não há identidade entre pedir *a* e pedir ou *a* ou *b*, ou (*b*) se teria de reputar pedida a execução por *a* ou *b*, a despeito da alusão sômente a *a*, ou (*c*) se teria de admitir que, com o comêço da execução forçada, o direito de escolha se transfere ao credor, não restando ao devedor mais do que *facultas alternativa*, ou (*d*) se teria de admitir a passagem ao credor, após a citação. Como em (*c*), R. STAMMLER (*Recht der Schuldverhältnisse*, 118), G. PLANCK, nas edições anteriores à 4.<sup>a</sup>, H. DERNBURG (*Das Bürgerliche Recht*, II, 1, 116), F. LITTEN (*Die Wahlschuld*, 173), E. GERNSSHEIM (*Die Ersetzungsbefugnis*, 24B) e outros. Como em (*a*), quem quer que interprete à letra o pedido. É preciso notar-se que nem sempre seria possível, pela diferença entre as regras da execução,

manter-se a interpretação (*b*). A condenação tem de ser alternativa, porque o conteúdo da obrigação o é; a execução tem de se dirigir a uma das coisas. De acôrdo com o direito comum (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.<sup>a</sup> ed., 30), o Código Civil alemão, § 264, alínea 1.<sup>a</sup>, permitiu ao credor dirigir a execução a um dos objetos, ficando ao devedor, até a execução, o poder de se liberar. No direito suíço, não há regra escrita; uns querem que se siga a regra jurídica alemã, outros, como H. OSER, nota III, 3, ao art. 72, que o credor proponha ação (intercalar) para forçar o devedor a escolher. Seria, no direito brasileiro, o preceito cominatório (Código de Processo Civil, art. 302, XII). Devemos entender que, se o credor não propõe em tempo a ação cominatória, não perde o devedor o direito de concentração, a despeito de o pedido só se ter referido a um dos objetos.

O credor, que tem consigo sentença de condenação alternativa, pode exercer a pretensão cominatória, inclusive com preceito inicial; se o não faz, o Código de Processo Civil, arts. 900 e 901, combinou o pedido de execução de *a*, ou *b*, com a cominação implícita: “Se a condenação fôr alternativa e, nos têrmos da lei civil, a escolha couber ao devedor, o exequente pedirá a citação do executado para, no prazo improrrogável de cinco dias, cumprir a prestação, prosseguindo-se na execução conforme a natureza da obrigação escolhida” (art. 900); “Se o executado, no prazo a que se refere o artigo anterior, deixa de cumprir uma das prestações, devolver-se-á ao exequente o direito à escolha” (art. 901).

O devedor, em caso de mora do credor, pode consignar a coisa devida (Código Civil, art. 973, I). Todavia, se o credor, com direito a escolher, ainda não escolheu, ainda é alternativo o conteúdo da obrigação; e não poderia o devedor pretender que se consigne *a*, ou que se consigne *b*, nem se compreenderia que tivesse de consignar *a* e *b*. No Código Civil, art. 981, diz-se: “Se a escolha da coisa indeterminada competir ao credor, será êle citado para este fim, sob cominação de perder o direito e de ser depositada a coisa que o devedor escolher. Feita a escolha pelo devedor, proceder-se-á como no artigo antecedente”, isto é, cita-se o credor para vir ou mandar recebê-la, sob pena de ser depositada. A solução vem-nos do Código Civil argentino, art. 766: “Si la cosa debida fuese indeterminada y a elección del acreedor, el deudor debe hacerle intimación judicial para que haga la elección. Si rehusare hacerla, el deudor podrá ser autorizado por el juez para verificarla. Hecha esta, el deudor debe hacer la intimación para que la reciba, como en el caso de la deuda de cuerpo cierto” (cf. Código Civil uruguaio, art. 1.489).

Se o direito de escolher cabe ao credor, o início de execução por um dos objetos contém declaração (Código de Processo Civil, art. 902). Se o credor incorre em mora, nem por isso perde o seu direito de escolha; todavia, pode o devedor empregar o preceito cominatório (Código de Processo Civil, art. 302, XII), para que escolha dentro do prazo marcado, – findo o qual, se não escolhe, passa ao devedor o direito de escolher. A questão de poder, ou não, o devedor, ao fixar o prazo, oferecer, desde logo, a prestação, que escolherá, se o credor não escolher a outra, resolve-se, no direito brasileiro, afirmativamente, portanto no sentido que adotaram, para o direito alemão, F. SCHOLLMAYER (*Recht der Schuldverhältnisse*, 67), C. CROME (*System*, II, 94), F. LITTEN (*Die Wahlschuld*, 188), J. KOHLER (*Lehrbuch*, I, 53) e G. PLANCK (*Kommentar*, II, 1, 4.<sup>a</sup> ed., 136), contra P. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, 76), E. GOLDMANN-H. LILEENTHAL (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 2.<sup>a</sup> ed., 307), G. PESCATORE (*Die Wahlschuldverhältnisse*, 234) e W. KISCH (*Gattungsschuld und Wahlschuld*, 202). A 2.<sup>a</sup> parte do art. 981 não é obstáculo a isso; a cominação está na lei, e o devedor pode antecipar a escolha, fundindo as duas citações. Tal solução cabe, ainda que não haja regra jurídica explícita sobre cominatória.

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.703. A – Legislação

A obrigação alternativa tem muitos objetos na obrigação e somente uma no pagamento. Escolha ou concentração (art. 252 do CC/2002): a regra é de que a escolha é do devedor. Pode ser do credor ou terceiro, se assim se estipulou (v. art. 252, §§ 3.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup>, do CC/2002). Quanto à mora do credor: art. 335, I, do CC/2002; sobre a escolha de coisa indeterminada, conferir art. 342 do CC/2002. Sobre pedido alternativo, v. art. 288 do CPC; sobre execução de título executivo extrajudicial ou judicial que tenha por objeto obrigação alternativa, v. art. 571 do CPC.

### § 2.703. B – Doutrina

O aforismo jurídico “debitor aliud pro alio, invito creditore solvere non potest” (o devedor não pode dar, contra a vontade do credor, uma coisa por outra – *Digesto*

12, 1, 2, 1) não se aplica aos negócios que tenham por objeto obrigações alternativas (art. 252 a 256 do CC/2002), ou nas hipóteses de dação em pagamento (art. 356 a 359 do CC/2002), porque é da natureza das obrigações alternativas permitir que o credor (ou o devedor, conforme a avença) escolha qual o objeto da prestação devida, não sendo certo, por isso, o objeto da obrigação; de outro lado, a dação em pagamento se reveste exatamente desse cunho, qual seja, a possibilidade de o recebimento de outra coisa, diversa da combinada, servir para desonerar o devedor de sua obrigação.

O consentimento das partes, com relação à escolha da prestação que desonera o devedor, ou seja, sobre lhe ser possível, ou mesmo ao credor, escolher sobre qual objeto repousa a prestação que desobriga o devedor, deve ser concomitante ao ato que criou o vínculo obrigacional entre as partes, e não posterior.

Ou seja: a característica fundamental da obrigação alternativa é surgir, com esse perfil de opção, do credor ou do devedor, conforme seja o acordo entre eles, no momento mesmo da formação da obrigação, *in obligatione*. Não tem natureza de obrigação alternativa a que surge em virtude de ato posterior consentido pelo credor, como é o caso da dação em pagamento (*datio in solutum*). Essa lição é de Tito Fulgêncio: “Se a coisa não está *in obligatione*, sim *in facultate solutionis*, o pagamento que com ela se fizesse, seria sempre um *aliud pro alio* consentido pelo credor, nada importando que esse consentimento fosse dado antecipadamente” (FULGÊNCIO, Tito. In: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916-1934. vol. V, p. 37).

Na obrigação alternativa tem-se duas ou mais coisas e fatos *in obligatione* e uma coisa *in solutione*: é composta, tem objeto plural. A facultativa é diferente: uma coisa está *in obligatione* e outra *in solutione*.

### § 2.703. C – Jurisprudência

Havendo sido formulados pedidos alternativos, acolhidos um deles, o autor não tem interesse recursal para pleitear a concessão do outro (STJ, RMS 3262/RJ, 1.<sup>a</sup> T., j. 14.12.1994, v.u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 20.03.1995, p. 6093, Bol. AASP 1896/42e).

### § 2.703. D – Direito Comparado

O art. 543.<sup>o</sup>, 1 e 2, do CC português explica a qualidade da obrigação alternativa, a partir da forma como o devedor se desobriga: 1. É alternativa a obrigação que compreende duas ou mais prestações, mas em que o devedor se exonera efetuando aquela que, por escolha, vier a ser designada. 2. Na falta de determinação em contrário, a escolha pertence ao devedor.

### § 2.704. TITULARIDADE DO DIREITO DE ESCOLHA

1. QUEM PODE ESCOLHER. – É titular do direito de escolha, de regra, o devedor, – não porque seja o que mais acontece, nos fatos da vida, pois exatamente o contrário é o mais freqüente, e sim porque o devedor de *a* ou *b*, se solve com *a*, se libera, e é razoável que não precise consultar o credor, se quer solver. A regra jurídica do Código Civil, art. 884 – “Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou” – é *ius dispositivum*, e não só *interpretativum*; não só corta dúvida, preenche o vácuo, a lacuna. O Código Civil brasileiro está certo (cf. R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 78; F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 132; G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 165). Era a solução aconselhável, *de lege ferenda*.

2. ESCOLHA POR TERCEIRO. – Se se deixa a terceiro a eleição, supõe-se que êsse exerça o direito de escolha de modo regular (arg. ao Código Civil, art. 160, I, 2.ª parte). Se se recusa a escolher, ou se não pode ou não quer escolher, há falta de declaração de vontade, o que se resolve conforme os arts. 1.098-1.100 do Código Civil, se houve estipulação pura a favor do terceiro, ou pela sentença judicial (constitutiva modificativa), se o terceiro havia de determinar segundo a equidade, ou pela escolha pelo devedor, ou pelo credor, conforme a vontade do terceiro completaria a daquêle, ou a dêsse. Nem sempre, advirta-se, é de puro arbítrio do terceiro a escolha, tanto assim que, se o terceiro, que haveria de escolher com equidade, escolhe dentre dois ou três terrenos o que, devido a obras, ficou alagado, o credor pode impugnar a eleição.

3. PLURALIDADE DE TITULARES DE ESCOLHA. – Se há pluralidade de titulares do direito de escolha, devedores ou credores, ou se se trata de obrigações comuns, é indispensável que todos declarem: nenhum dêles, sozinho, pode transformar a obrigação. Se, em vez disso, as obrigações são solidárias, qualquer dêles pode escolher, *com eficácia sòmente para si* (pró e contra), ficando inalterada para os outros. Sem razão, portanto, F. SCHOLLMAYER (*Recht der Schuldverhältnisse*, 64), que admitia a eficácia, pró e contra todos, da escolha por um dêles; J. KOHLER (*Lehrbuch*, I, 147) e G. PESCATORE (*Die Wahlschuldverhältnisse*, 205 s.); certos, P. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, 73), G. PLANCK (*Kommentar*, II, I, 4.ª ed., 132). O fiador da obrigação alternativa não escolhe; escolhe o devedor (W. WESTERKAMP, *Bürgschaft und Schuldbeitritt*, 377 s.).

### Panorama atual pelos Atualizadores

#### § 2.704. A – Legislação

A respeito da escolha ou concentração da prestação, consultar a art. 252 do CC/2002; a destruição de coisa alheia, que não se constitui em ato ilícito está prevista no art. 188, I, e a estipulação em favor de terceiro, nos arts. 436 a 438 do CC/2002.

#### § 2.704. B – Doutrina

São incedíveis os direitos de formação: o de escolha na obrigação alternativa é incedível, pois. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Melo & C., 1928. p. 265-266).

#### § 2.704. C – Jurisprudência

Promitente inadimplente. Exigibilidade de obrigação. Quando ocorre estipulação em favor de terceiro, o estipulante pode agir no caso de inexecução da obrigação pelo promitente (TJDF – RF 110/134).

Tem natureza jurídica de estipulação em favor de terceiro o pacto que estabelece, em instrumento de cessão de quotas e de alteração social de empresa, que os sócios remanescentes providenciem a substituição de fiador em contrato de locação de imóvel utilizado pela sociedade, bem como que assumam a responsabilidade solidária pelo passivo da empresa (STJ, REsp 95674-SP, 5.ª T., j. 07.10.1997, v.u., rel. Min. José Dantas, DJU 03.11.1997).

### § 2.705. EXERCÍCIO DO DIREITO DE ESCOLHA

1. NATUREZA DA ESCOLHA COMO ATO JURÍDICO “STRICTO SENSU”. – O direito de escolha exerce-se mediante declaração unilateral de vontade, receptícia, sem exigência de forma (pode ser tácita) e, feita eficazmente, irrevogável (a implícita em oferecimento da prestação, recusado, não teve eficácia). Se o devedor, titular do direito de escolha, presta, no todo ou em parte, e o credor recebe, houve eleição tácita; idem, se o credor, com direito de eleição, aceita a prestação, ainda em parte, ou se propõe ação de condenação por uma só das prestações, ou ação executiva (Código de Processo Civil, art. 902). Em tais espécies, é de mister que o titular *conhecesse* o seu direito de escolha (F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 149; sem razão, G.

PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 4.<sup>a</sup> ed., 131). Se o devedor pagou, ignorando que era titular de direito de escolha (cria simples, e era alternativa a obrigação), seria de discutir-se se cabe a *condictio*, por ter sido indevido o pagamento. Noutros termos: se dever *a* ou *b*, em vez de *a*, é causa de ação de enriquecimento injustificado, se pensou dever *a* e não *a* ou *b*. A sutileza de JULIANO viu-o na L. 32, § 3 D., *de condictioe indebiti*, 12, 6: “O que em termos gerais prometeu homem (escravo) é como (*similis est*) o que deve escravo ou dez moedas (*hominem aut decem debet*): e, por isso, se, crendo que prometeu Estico, o houver dado, reclama-o pela *condictio*, mas poderá liberar-se dando outro qualquer”. Importa dizer-se: a obrigação de *a* não é idêntica à obrigação de *a* ou *b*; não sendo idêntica, se se paga *a*, por se ignorar que se deve *a* ou *b*, e não, simplesmente, *a*, pagou-se o indevido (= a obrigação de *a* não existia). Também pode ser intentada a ação de anulação por erro (arts. 86 e 89). Já G. PESCATORE (*Die Wahlschuldverhältnisse*, 186 s.) se insurgia contra a *condictio indebiti* em tal espécie; mas a solução de JULIANO impôs-se ao próprio direito contemporâneo (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 74; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 668; F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 149; divergente, P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, 134). Na L. 10, C, *de condictioe indebiti*, 4, 5, Justiniano resolveu dúvida entre as opiniões de CELSO, MARCELO e ULPIANO, de um lado, e JULIANO e PAPINIANO, do outro. Mas a questão era diferente: alguém devia *a* ou *b*, isto é, liberar-se-ia pagando *a*, ou pagando *b*, mas entregou *a* e *b*; ULPIANO entendia que a repetição dependia da escolha do recebedor (credor) e afirmava estarem de acordo com êle MARCELO e CELSO; PAPINIANO sustentava que a escolha cabia ao que pagou, pois que tinha o direito de escolha. Com êle JULIANO, *summae auctoritatis homo*. E a constituição justinianéia decidiu com JULIANO e PAPINIANO.

Certamente, com a escolha, a determinação sucede à indeterminação. A alternatividade desaparece. Um só objeto é devido. Com a solução, nada mais se deve. Se se afirma que se prestou *a* porque não se sabia que era de prestar-se *a* ou *b*, não houve escolha. A solução da dívida, que deveria ter sido com a concentração implícita, não a continha. Antes do pagamento ou com êle teria de haver a escolha: o erro consistiu em se prestar *a*, como se não pudesse ser prestado *b*. Não se trata de erro invalidante, porque o pagamento é ato-fato jurídico; mas sim de erro que gera a *condictio*. O que fôra prestado não fôra escolhido.

Se o devedor prestou, por erro, cumulativamente (*a* e *b*, em vez de *a* ou *b*), discute-se se o devedor continua com o direito de escolha que tinha, ou se passa a quem o não tinha e recebera sem ter havido escolha.

CELSO, MARCELO e ULPIANO retiravam o direito de escolha a quem o tinha (cf. ULPIANO, L. 26, § 13, D., *de condictioe indebiti*, 12, 6; L. 10, C, *de condictioe indebiti*, 4, 5). JULIANO e PAPINIANO, mantinham-no. Segundo a L. 10, C, 4, 5, se alguém prometera escravo de certo nome, ou determinada quantidade de soldos, ou outra coisa, e, tendo direito (*licentia*) para se liberar entregando só uma dessas coisas, entregou uma e outra, duvidava-se quanto a qual das coisas se lhe dá, por lei, a repetição, se do escravo se do dinheiro, se a faculdade para isso tem o estipulador ou o promitente. ULPIANO admitia a eleição, em verdade, a quem recebeu ambas as coisas, para devolver a que lhe aprazia, e disse que tanto MARCELO quanto CELSO estavam de acordo com êle. Mas PAPINIANO dava a eleição a quem entregou ambas as coisas, quem, também antes de as entregar tem a escolha do que há de entregar, e aponta como dessa opinião a SÁLVIO JULIANO, homem de suma autoridade e redator do Edicto do Pretor. Justiniano terminou por proclamar que a opinião de JULIANO e de PAPINIANO é a que apraz, para que tenha a eleição para receber quem a tinha para dar (*ut habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit*).

A solução de JULIANO é a que mais atende à função da *condictio*: a restauração do *status ante errorem*. Todavia, a convicção de CELSO era arraigada em seu espírito (L. 19, D. *de legatis et fideicommissis*, 31).

Os juristas romanos atendiam a que a manifestação de vontade, sendo ato jurídico, podia não existir no ato-fato jurídico do pagamento. O que lhes faltava era a técnica que somente rigorosa classificação dos fatos jurídicos poderia dar. Objeto devido seria qualquer dos dois. Ora, o que foi prestado não foi escolhido (L. 32, § 3, D., *de condictioe indebiti*, 12, 6; cf. CARL BERNSTEIN, *Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften*, 60 s.). Não é o mesmo que apenas se ter prestado excessivamente, porque então se poderia repetir o excesso.

A anulação produz os mesmos efeitos (art. 158) que a repetição; mas o devedor, ali, está obrigado a ressarcir o *interêsse negativo* (o dano que o credor não teria sofrido, se o devedor não houvesse errado e dado ensejo à anulação).

2. “FACULTAS ALTERNATIVA” E ESCOLHA. — As regras jurídicas sobre o exercício do direito de escolher não se estendem aos casos de *facultas alternativa*. Se a declaração do devedor, que a tem, é eficaz, depende das circunstâncias (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 441). Teremos ensejo de tratar do assunto.



3. DISPOSITIVIDADE DE REGRAS JURÍDICAS. – Tem-se de entender o direito brasileiro como se houvesse regra escrita que dissesse: “A escolha opera-se pela declaração ao outro figurante”. Existe, no sistema jurídico, essa regra não-escrita, *ius dispositivum*. Também o efeito retroativo, que tem a escolha (=o outro objeto de prestação nunca foi devido), é proveniente de regra jurídica, dispositiva, e afastável, portanto, pela vontade dos figurantes (G. PLANCK, *Kommentar*, II, I, 4.<sup>a</sup> ed., 133). A declaração de escolha não pode ser condicional, ou a prazo, salvo se assentem os figurantes (G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 198; FR. LEONHARD, *Die Wahl bei der Wahlschuld*, *Jherings Jahrbücher*, 41, 57; E. F. BRUCK, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte*, 127). Há de entender-se, porém, que não se exclui a *condictio in praesens vel in praeteritum collata*, ou o termo ou a condição que se realiza antes do vencimento. Pela admissão de condição e de termo, F. LITTEN (*Die Wahlschuld*, 152 s.) e W. KISCH (*Gattungsschuld und Wahlschuld*, 244).

4. PRESCRIÇÃO E ESCOLHA. – Se o direito de escolha só se exerceu após o prazo de prescrição, a exceção de prescrição persiste (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 441). *a*) Se foi o devedor que escolheu, sem simultâneo adimplemento, antes de terminar o prazo prescricional, à recepção da manifestação de vontade pelo credor interrompe-se a prescrição: é ato inequívoco de reconhecimento da pretensão pelo devedor o exercer êsse o direito de escolha (Código Civil, art. 172, V). Quem escolhe o que há de pagar e o comunica ao credor reconhece ser devedor. Apenas o reconhece *já* feita a escolha. Se a escolha foi posterior à prescrição, a prescrição, consumada, fica incólume. Prescrita estava a pretensão, prescrita fica. Mas a escolha está feita. *b*) Se ao credor é que cumpria escolher e escolheu, antes de se ultimar a prescrição, não mais pode mudar de vontade: é irrevogável o ato de escolha. Porém a recepção pelo devedor não interrompe a prescrição: nem é citação (Código Civil, art. 172, I); nem protesto (art. 172, II); nem apresentação de título em juízo de inventário ou concurso de credores (art. 172, III); nem é ato que constitua em mora o devedor (= não contém interpelação).

5. DEVER DE EXIBIÇÃO DOS OBJETOS. – Se o devedor tem ou não, o dever de exhibir os objetos a que se refere o direito de eleição, depende da vontade dos figurantes e das circunstâncias. Na dúvida, procura-se a presumível vontade deles, ou dêle; e tem-se por estabelecido o dever de exibição, se se trata de coisas certas, que o titular do direito de escolha não

conhece e sem cujo conhecimento não poderia fundamentar preferência (cf. L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 31.<sup>a</sup>-35.<sup>a</sup> ed., 74).

6. PLURALIDADE DE PRESTAÇÕES E ESCOLHA. – O devedor, que tem direito de escolher, sem serem só duas as prestações (*e. g.*, *a* ou *b*, ou *c*; ou *ac*, ou *ab*, ou *bc*), pode exercê-lo segundo o que se lhe permitiu. “Não pode, porém, o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra” (Código Civil, art. 884, § 1.<sup>o</sup>). A regra jurídica é dispositiva. Bem assim a do § 2.<sup>o</sup>: “Quando a obrigação fôr de prestações anuais, subentender-se-á, para o devedor, o direito de exercer cada ano a opção”.

7. REPRESENTAÇÃO E EXERCÍCIO DO DIREITO DE ESCOLHA – Nada obsta a que o direito de escolha se exerça por intermédio de representante ou a representante. Nos poderes judiciais, é de entender-se, *na dúvida*, que o procurador do credor com direito de escolher pode determinar o que há de pedir ou executar (cf. L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*; II, 31.<sup>a</sup>-35.<sup>a</sup> ed., 73); e o do credor ou do devedor, para receber a declaração.

A manifestação de vontade do escolhente, feita a órgão de pessoa jurídica, é escolha perante a pessoa jurídica, e não perante procurador. Feita por órgão de pessoa jurídica, é escolha feita pela pessoa jurídica.

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.705. A – Legislação

O art. 182 do CC/2002 cuida da restituição das partes ao estado anterior ao do momento da celebração do negócio anulado; O art. 202, VI, do CC/2002 versa sobre o reconhecimento do direito do credor pelo devedor, causa essa que interrompe a prescrição; o art. 252, § 1.<sup>o</sup> cuida do recebimento de obrigação parcial.

### § 2.705. B – Doutrina

Apesar de os direitos de formação, pela sua natureza, serem incedíveis, como já se viu (art. 286 do CC/2002), o devedor tem o direito de poder opor contra o cessionário, o direito de resolução do negócio, desde que o incumprimento tenha ocorrido antes da cessão (AGUIAR JR. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 208). Bem assim, tem o direito de exercer a prerrogativa de escolha na obrigação alternativa; ou de notificar, denunciar, resiliir, anular o negócio, desde que, no momento em que veio a ter co-

nhcimento da cessão, já estivesse vivenciando situação jurídica apta ao exercício desses direitos contra o cedente, credor originário.

### § 2.705. C – Jurisprudência

A nulidade relativa não pode ser pronunciada provando-se que o contrato verteu em manifesta utilidade da pessoa que teria direito de postular a anulabilidade do ato (TJSP, E 8208, j. 23.10.1917, RT 24/116).

## § 2.706. IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

1. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA E IMPOSSIBILIDADE. – A alternatividade tem seus reflexos na teoria da *impossibilidade da prestação*. Se ambas as prestações são impossíveis, originariamente, claro é que tudo se passa como se só se tratasse de obrigação simples e a prestação, originariamente fôsse impossível. Se, porém, só uma é impossível, resta a outra e o contrato é eficaz para ela; salvo se é o caso de se admitir que, conhecendo a impossibilidade, o figurante ou os figurantes não teriam concluído o negócio jurídico. Quem a A lega *a* ou *b*, e a B o que A não escolher, “porque quer assegurar habitação a B”, só legou a A, porque só existe *a*. A regra jurídica é, pois, dispositiva: “Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação, ou se tornar inexecutível, subsistirá o débito quanto à outra” (Código Civil, art. 885). Para o devedor titular do direito de escolha, torna-se simples a obrigação; para o credor titular do direito de escolha, tudo ocorre como se já houvesse escolhido.

Se, em vez de só duas prestações estarem em alternativa (ou *a* ou *b*), estão três (ou *a*, ou *b* ou *c*), ou mais, a impossibilidade originária quanto a uma ou duas, restando outras, não exclui a alternatividade da obrigação. Os arts. 884-888 do Código Civil incidem, por ser a referência a duas prestações apenas exemplificativa.

2. NENHUMA CULPA DOS FIGURANTES. – Se sobreveio impossibilidade, sem culpa de qualquer dos figurantes, dá-se a fixação: só uma coisa é devida; *a*, e não mais *a* ou *b*. Tal a solução que se tira do art. 885 e se tiraria, *ex argumento*, dos arts. 886 e 887 do Código Civil. Impõe-se-nos, *a priori*; no entanto, não era assim em alguns sistemas jurídicos. A L. 47, § 3, D., *de legatis et fideicommissis*, 30, tirada de ULPiano, permitia prestar-

-se uma das coisas legadas ou a estimação da outra; e daí B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, II, 9.<sup>a</sup> ed., 30) concluiu que existia tal regra de teoria geral das obrigações (contra, G. PESCATORE, *Die sog. alternative Obligation*, 201 s.; duvidoso, entre nós, LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, 100). No sistema do Código Civil brasileiro, não há a alternativa com a estimação, *salvo se foi estabelecida no negócio jurídico ou pela lei*. Lê-se no Código Civil, art. 885: “Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação, ou se tornar inexecutível, subsistirá o débito quanto à outra”. O art. 885, já dissemos, é dispositivo.

O art. 885 do Código Civil contém duas regras jurídicas diferentes: uma, ligada ao art. 145, II, 2.<sup>a</sup> parte, que é aquela que diz *nulo* o negócio jurídico, se uma das prestações alternativas é impossível; outra, concernente à impossibilidade superveniente, que, no caso de uma das obrigações alternativas se extinguir, enuncia que a outra subsiste. Assim, se uma das prestações alternativas não pode ser objeto da obrigação, a nulidade do negócio jurídico é *parcial* (cf. art. 153, 1.<sup>a</sup> parte). Se uma das prestações alternativas se torna inexecutível, subsiste o crédito quanto à outra. A primeira regra jurídica poderia ser tirada dos arts. 145, II, 2.<sup>a</sup> parte, e 153, 1.<sup>a</sup> parte; a segunda exigiria interpretação que preenchesse lacuna, pôsto que a alternatividade das prestações de si mesma a sugerisse.

(a) Se houve culpa do devedor na impossibilidade, cabendo ao devedor a escolha, a sua obrigação é quanto à prestação que existe: escolheu, embora impossibilitando.

(b) Se a culpa foi do credor, cabendo ao devedor o direito de escolher, pode êsse entregar a que resta, pedindo perdas e danos pela outra, ou recusar-se a prestar, por ter ocorrido impossibilidade (= escolheu a coisa que pereceu ou se tornou por outro modo, de impossível prestação, por culpa do próprio credor). Tal regra jurídica está implícita no sistema do Código Civil (cf. L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 31.<sup>a</sup>-35.<sup>a</sup> ed., 76, nota 6).

(c) Se houve culpa do devedor, mas o direito de escolher toca ao credor, provê o Código Civil, art. 887, alínea 1.<sup>a</sup>: “Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações se tornar impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir ou a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos”.

(d) Se por culpa do credor se impossibilita uma das prestações e o direito de escolher lhe cabia, a obrigação persiste quanto à restante, respondendo o credor pelo dano causado ao outro objeto.

(e) Se por culpa do devedor não se pode cumprir a obrigação, estatui o Código Civil, art. 887, alínea 2.ª: “Se por culpa do devedor, ambas se tornarem inexecutíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização pelas perdas e danos”.

(f) Se as prestações se tornam impossíveis, ou se uma já o era ou algumas já o eram e a outra se torna ou as outras se tornam, sem culpa do devedor ou do credor, extingue-se a obrigação (Código Civil, art. 888). Mas, se a primeira se tornou impossível por culpa do devedor e a segunda fortuitamente, o devedor continua responsável pela indenização relativa à primeira (F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, 103), se a escolha competia ao credor ou não. Aliás, o art. 888 não permite outra solução: “Se todas as prestações se tornarem impossíveis, sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação”. Se houve culpa, não. O Código Civil, art. 886, somente cogitara da impossibilidade, por culpa do devedor, de todas as prestações: “Se por culpa do devedor não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou mais as perdas e danos”. Se a escolha tocava ao credor, dá-se a espécie do art. 887, alínea 2.ª.

Se a impossibilidade de uma das prestações é só em parte, o art. 885 não incide: *ou* a escolha é do credor e *pode* êle escolher o que resta da prestação parcialmente impossibilitada, *ou* a escolha é do devedor e *pode* êsse eleger êsse resto (W. KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung*, 237; F. SCHOLLMAYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 71; contra: F. LITTEN, *Die Wahlschuld*, 208 s.; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 197 s.), salvo se, com a impossibilitação parcial, a prestação toda ficou imprestável (= sem interesse para o credor).

3. IMPOSSIBILIDADE ANTERIOR E IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE À CONCLUSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. – A escolha, nas obrigações alternativas, opera como se, desde todo o começo, somente fôsse devida a prestação que se escolheu. A concentração é, portanto, de eficácia *ex tunc*. Não seria acertado dizer-se, como há quem o haja dito, que a lei *finje* que a obrigação desde todo o princípio foi sempre a de se prestar o que se escolheu. Alternatividade não é fingimento. O devedor não se *libera* da prestação que não foi escolhida, expressões de que se abusa (*e. g.*, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 75); porque eleger não é liberar-se e fazer cessar a alternatividade. Não se precisa de tanto rodeio para se enunciar que, após a concentração, o devedor responde pela prestação que escolheu, ou por

sua impossibilitação, ainda que a outra, a que não foi escolhida, subsista. O Código Civil não cogitou da situação do devedor após a escolha, mas tudo se deduz do conceito mesmo de obrigação alternativa. A prestação que não foi escolhida saiu de cogitações. Não importa se continua possível, ou se se tornou impossível.

Se remontamos para aquém do momento em que se concluiu o negócio jurídico, temos o problema da impossibilidade contemporânea à conclusão, que faz *nulo* o negócio jurídico, conforme o art. 145, II, 2.ª parte, do Código Civil. Se incidisse, sem atenção à alternatividade, o art. 145, II, 2.ª parte, o negócio jurídico seria nulo se uma das prestações já fôsse impossível ao se concluir o negócio jurídico. Mas isso seria contrário ao conceito mesmo de alternatividade. A impossibilidade não é *da prestação*, e sim apenas de uma das prestações; de jeito que subsiste o negócio jurídico “concentrado”, digamos assim, pelo fato da impossibilidade: concentração, frise-se, conata à conclusão do negócio jurídico.

Existe, portanto, no sistema jurídico, o *princípio da subsistência do negócio jurídico que se concluiu sem alternatividade praticável*. A regra jurídica é *ius dispositivum*: pode-se estabelecer que, se impossível, à conclusão do negócio jurídico, uma das prestações e, pois, impraticável a escolha, não subsista o negócio jurídico. Com isso não se deixa campo aberto à incidência do art. 145, II, 2.ª parte, que é regra jurídica sobre nulidade (deficiência do suporte fático do negócio jurídico). Aqui, cumpre têmos todo o cuidado com a terminologia. O art. 145, II, 2.ª parte, não incide. Melhor: continua de não incidir. Nem se compreenderia que a expressão da vontade determinasse a nulidade. Nada mais destoante dos princípios. A vontade, nos negócios jurídicos, joga com existência e eficácia, não, porém, com invalidade. A despeito disso, a incorreção de linguagem e de conceito aparece em G. PESCATORE (*Die Wahlschuldverhältnisse*, 253) e L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, II, 75). A dispositividade da regra jurídica consiste em se poder estipular que o negócio jurídico se resolve se uma das obrigações *era* impossível.

Se o devedor conhecia a impossibilidade de uma das prestações, tem de indenizar o interesse negativo, se a escolha tocava ao credor, se não quer a outra prestação (Código Civil, art. 887). Se a escolha tocava ao devedor, a êle caberia escolher e poderia escolher a que subsiste (cf. art. 885). Se a outra prestação se torna, supervenientemente, impossível, a indenização é que pode acudir ao credor, – o art. 886 é que se há de invocar (valor da última que se impossibilitou *mais* perdas e danos).

Quanto às impossibilidades supervenientes, o Código Civil previu: *a*) a impossibilidade somente quanto a uma das prestações, cabendo a escolha ao devedor; *b*) a impossibilidade quanto às duas ou mais, se houve culpa do devedor; *c*) a impossibilidade quanto às duas ou mais sem culpa do devedor; *d*) a impossibilidade somente quanto a uma das prestações, com culpa do devedor, cabendo a escolha ao credor, ou *e*) sem culpa do devedor. A distinção entre culpa e sem culpa interessa em todas as espécies, exceto em *a*).

Se a culpa da impossibilidade de uma das prestações foi do credor, que tinha a escolha, pode ele escolher a prestação impossibilitada por ele e assim se libera da indenização pelo ato ilícito.

Se a escolha tocava ao devedor, a impossibilitação de uma das prestações pelo credor, que não podia escolher, dá ao devedor o poder de escolher a que foi impossibilitada pelo credor ou de fazer a outra prestação e exigir do credor a indenização das perdas e danos.

### Panorama atual pelos Atualizadores

#### § 2.706. A – Legislação

Imputação da responsabilidade por impossibilidade do objeto – ocorrida após a conclusão do negócio jurídico e antes da mora – ao devedor: (a) perda de coisa certa, em obrigação de entregar, por culpa do devedor, antes da mora: equivalente mais perdas e danos (art. 234, 2.ª parte, do CC/2002); (b) perda de coisa certa, em obrigação de entregar, por culpa do devedor, antes da mora, direito de escolha do credor: equivalente mais perdas e danos ou a coisa deteriorada mais perdas e danos (art. 236 do CC/2002); (c) perda de coisa certa, em obrigação de restituir, por culpa do devedor, antes da mora: equivalente mais perdas e danos (art. 239 do CC/2002); (d) deterioração de coisa certa, em obrigação de restituir, por culpa do devedor, antes da mora: equivalente mais perdas e danos (art. 240, 2.ª parte, do CC/2002); (e) coisa incerta, após a escolha, torna-se coisa certa (art. 245 do CC/2002); (f) impossibilidade de prestação de fato, com culpa do devedor, antes da mora: o devedor responde por perdas e danos (art. 248, 2.ª parte, do CC/2002); (g) impossibilidade de um das prestações alternativas, ocorrida antes da mora, por culpa do devedor, em obrigação em que o credor tinha direito de escolha: pode o credor exigir a prestação subsistente, ou o valor da outra, com perdas e danos; se as duas prestações se tornarem inexecutíveis, antes da mora, por culpa do devedor, o credor poderá reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos (art. 255 do CC/2002); (h) prestação de coisa indivisível convertida em perdas e danos, por culpa de todos os devedores,

antes da mora: todos os devedores respondem ao credor por partes iguais; se apenas um dos devedores tiver culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo apenas o culpado por perdas e danos (art. 263, §§ 1.º e 2.º, do CC/2002); (i) impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores solidários, antes da mora: todos respondem pelo encargo de pagar o equivalente, mas pelas perdas e danos, responde apenas o culpado (art. 279 do CC/2002).

#### § 2.706. B – Doutrina

1. A impossibilidade objetiva nas obrigações determinadas pelo gênero tem tratamento especial: “O gênero nunca perece ou se deteriora” (FULGÊNCIO, Tito. In: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1916/1934. vol. X, p. 108). “Quando se promete uma coisa determinada dentro de duas ou mais de gênero ou espécie a que pertence, pode ocorrer a perda ou deterioração de uma ou de algumas das coisas entre as quais a escolhível ou determinável”, caso em que a questão se resolve pelo sistema de obrigações alternativas (FULGÊNCIO, Tito. In: LACERDA, Paulo de. Op. cit., p. 109).

2. Diante da evidente ilicitude do motivo, razão determinante do negócio pelo qual a coisa foi entregue, pode o juiz considerar no negócio a ocorrência de mácula que comprometa a existência (art. 104, II, do CC/2002) ou a validade (arts. 140 e 166, II, III, VI ou VII, do CC/2002) do negócio, a merecer tratativa diversa, mais severa, de anulabilidade do negócio ou de declaração de inexistência ou nulidade dele.

#### § 2.706. D – Direito Comparado

Se ambos os objetos se tornarem parcialmente impossíveis, o Código Civil italiano, em seus arts. 1.285 e 1.286 entende que o credor não pode ser constrangido a receber parte de uma e parte de outra coisa.

### § 2.707. “FACULTAS ALTERNATIVA”

1. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA E “FACULTAS ALTERNATIVA”. – A obrigação pode ser com *facultas alternativa*: só se deve uma prestação, não há o dever-se uma ou outra, nem, com mais forte razão, o deverem-se duas ou mais; só uma prestação se deve e a só uma se é obrigado, – apenas o devedor pode liberar-se mediante outra prestação, sem precisar do assentimento do credor, porém de tal jeito que apenas se substitui a única prestação devida. Daí chamar-se *faculdade de substituição*. Tal é o caso de quem contrata para pagar em dólares, mas acrescenta-se que, se

o devedor o entender, poderá prestar o preço em cruzeiros. O que contratou para gerir negócios de outrem pode exigir que o dono do negócio ratifique o contrato, ou que lhe pague o importe das despesas. No caso de revogação da doação com fundamento no art. 1.183, se há direitos adquiridos por terceiro (art. 1.186, *verbis* “a indenizá-las pelo meio termo do seu valor”), há *facultas alternativa*. No art. 726 há *facultas alternativa* do usufrutuário. Na remição de bens, há *facultas alternativa* (Código de Processo Civil, art. 986); bem assim na prestação de alimentos mediante aplicação de capital, pois a prestação devida é a prestação conforme o art. 919 do Código de Processo Civil (ao revés, tratando-se de obrigação por ato ilícito, arts. 911 e 912).

Na *facultas alternativa*, o devedor pode prestar em lugar da prestação o que a substitui; nas obrigações alternativas, nenhuma prestação é em lugar da outra: qualquer delas pode ser prestada, conforme a escolha pelo devedor, ou pelo credor. ERNST ZITELMANN (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, 508 s.) frisou que, nas obrigações alternativas, há o propósito alternativo; na *facultas alternativa*, o propósito – nós diríamos a alternatividade mesma – é eventual. Aqui, há propósito principal, a que sobrevém, eventualmente, outro (eventuelle Absicht). Em todo caso, há *facultas alternativa* em que não se pode falar, sequer, de propósito.

Há a *facultas alternativa* do devedor, assaz usada na literatura do direito comum, e a *facultas alternativa* do credor, assunto que a F. REGELBERGER (*Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers, Jahrbücher für die Dogmatik*, 16, 166 s.) muito deve. Seguiu-se-lhe G. PESCATORE (*Die sog. alternative Obligation*, 264 s.), seu opositor, que a reduzia a espécie de obrigação alternativa do credor.

De passagem, observemos que são de repelir-se as explicações que apontam a) uma obrigação sob condição resolutiva e outra sob condição suspensiva, ou b) coerção jurídica à *datio in solutum*, ou c), como a de F. REGELBERGER, duas obrigações que estariam à base da *facultas alternativa* (ainda com o esclarecimento de W. GOTTHELF, *Über Kauf mit Vorbehalt des Umtausches*, 23 s.), ou d) *concorrência eletiva* (Elektivkonkurrenz), em que há pluralidade de pretensões (e. g., G. PESCATORE, *Die sog. alternative Obligation*, 70 e 279), ou e) prestação só *in solutione* (cf. H. SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnisse*, 64, nota 2).

A *facultas alternativa* é permissão de prestação subsidiária. Na obrigação alternativa, o conteúdo é indeterminado (ou a ou b); na *facultas alternativa*, já se determinou e o que pode ocorrer é substitutivamente.

Escolhe-se, na *facultas alternativa*, alterando-se, donde ter-se pensado em coerção jurídica à outra prestação; na obrigação alternativa, determinando-se. Em verdade, não se escolhe entre a e b; substitui-se b a a. Não se põem, na *facultas alternativa*, em pé de igualdade a prestação devida e a eventual: outra é permitida, *facultada*, eventualmente.

Não são poucos os escritores que confundem as obrigações alternativas com a *facultas alternativa*: e. g., F. VON SAVIGNY (*Das Obligationenrecht*, I, 396) falou de obrigações alternativas a propósito de *laesio enormis*; S. ZIMMERN (*Das System des römischen Noxalklagen*, 156 s.) viu nas ações noxais obrigação alternativa do *dominus* à prestação da *litis aestimatio* ou da *noxae deditio*; L. ARNDTS (*Lehrbuch der Pandekten*, 8.<sup>a</sup> ed., 349) pretendia que *mulcta poenitentialis* fôsse obrigação alternativa.

As ações noxais foram tidas como exemplo típico de *facultas alternativa*. O assunto é complexo. Nos primeiros tempos, o ato ilícito praticado pelo filho ou pelo escravo apenas retirava ao pai ou ao dono o poder de impedir que o ofendido exercesse contra o ofensor a vingança. Se se negava a entregar o ofensor (*noxae deditio*), tornava-se pessoalmente responsável. A concepção posterior, que fêz o pai ou o dono responsável, é dos princípios da República. O direito clássico criou fórmula em que a *facultas alternativa* ressaltava: ou se pagava a indenização ou se entregava o ofensor. Seria a *facultas noxae dedendae*. OTTO KARLOWA (*Der römische Zivilprozess zu Zeit des Legisaktionen*, 120 s.) a punha, ao tempo das *legis actiones*, na *intentio*, mas sem que a *noxae deditio* fôsse *in obligatione*; OTTO LENEL (*Das Edictum perpetuum*, 3.<sup>a</sup> ed., 159 s.), na *condemnatio* e na *intentio* (cf. P. F. GIRARD, *Les Actions noxales*, 40 s.), que nega a alternatividade). É curioso notar-se que também se procurou ver a *noxae deditio* como *in obligatione* e a prestação indenizatória *in solutione* (e. g., KARL SELL, *Aus dem Noxalrechte der Römer*, 79 s.; G. PESCATORE, *Die sog. alternative Obligation*, 265). É preciso, porém, acompanhar-se a evolução do direito, desde o começo das ações noxais, pois foi mudando a concepção mesma.

Na *facultas alternativa*, até ser prestado o que se deve, não há vinculação à manifestação de vontade de escolha. Se o credor “escolheu” a primária prestação, em vez da secundária, não fica ligado ao que manifestou, salvo se fêz pacto que alterou o conteúdo do negócio jurídico (P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 212; K. HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, 102; HERRMANN WEITZ, *Die Facultas alternativa*, 61). Mas fica ligado ao que manifestou se disse querer prestar subsidiariamente.

2. PRESTAÇÕES A SEREM FEITAS. – A *facultas alternativa* distingue-se da obrigação alternativa em que, naquela, há uma prestação, que pode ser substituída, e, nessa, duas prestações uma só das quais se deve. Aqui, as duas prestações estão em plano igual, até que se dê a escolha; ali, não: a prestação é uma só; a outra só a substitui. De regra, os princípios relativos à obrigação alternativa não apanham os casos de *facultas alternativa*: a) o devedor, para se liberar com a prestação do objeto substitutivo, tem de entregá-lo, não precisa declarar que quer prestar com o objeto substitutivo, nem essa declaração (regra dispositiva!) tem qualquer eficácia; b) se a impossibilidade originária se refere à prestação devida, e não ao objeto substitutivo, é nulo o negócio jurídico (Código Civil, art. 145, II), – não se poderia invocar o art. 885; c) se a impossibilidade é superveniente, sem culpa e só referente à prestação devida, extingue-se a obrigação (arts. 865 e 866, 876, 879 e 882), mas, só referente ao objeto substitutivo, não atinge a existência da obrigação, pois não está êle *in obligatione* (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 444); d) se o devedor alega a *facultas alternativa*, tem de prová-la, porque se trata de restrição à pretensão, e não negação dela; e) o que presta o que devia, ignorando a *facultas alternativa*, não pode usar da *condictio indebiti* (arts. 964-971), porque a faculdade não torna outra a obrigação e – conceptualmente – a obrigação com *facultas alternativa* é idêntica à que não na tem (P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 213; G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, 274; sem razão: TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.ª ed., 36; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 196; R. VON MAYR, *Der Bereicherungsanspruch*, 478; H. SIBER, em G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 124, contra as edições anteriores); e, em virtude disso, quem ignorava a faculdade de compensação, que é *facultas alternativa* legal, não pode repetir.

Na obrigação alternativa, o conteúdo da obrigação ainda não está determinado; a *facultas alternativa* de modo nenhum importa em indeterminação, – o objeto substitutivo é subsidiário, razão por que, quanto a uma ou outra das prestações, ou tôdas as prestações, nas obrigações alternativas, pode haver *facultas alternativa*. Na obrigação com faculdade alternativa, o que está na obrigação e é conteúdo dela é a prestação devida: a outra não é conteúdo da obrigação; é *facultas solutionis*.

Alguns exemplos de *facultas alternativa* do credor.

a) Quem tem direito a reembolso de despesas, por ter contraído obrigação para isso, pode exigir que seja exonerado de tal obrigação, ou que se

dê segurança de cumpri-la. Aí, há *facultas alternativa*. É espécie sobre a qual o direito brasileiro não tem regra jurídica escrita, mas a regra jurídica está inclusa no sistema jurídico (cp. Código Civil alemão, § 257; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 64; P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 206).

b) Quando o sócio sai da sociedade, a parte dêle no ativo se junta à dos outros. Têm êles de liberá-lo das dívidas comuns e de prestar-lhe o que o sócio que se retira obteria na liquidação da sociedade. Se as dívidas comuns ainda não estão vencidas, podem os outros prestar-lhe garantia, em vez de liberá-lo. Também aí há *facultas alternativa* (cf. Código Civil alemão, § 738).

c) O fiador, se contra o afiançado tem direitos de mandatário, segundo as regras jurídicas da gestão de negócios alheios, e há razão para pedir que seja liberado, ou que o afiançado lhe dê garantia, tem tal pretensão e dá-se caso de *facultas alternativa* contra o afiançado, (P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 206; HERRMANN WEITZ, *Die facultas alternativa*, 7; sem razão, W. MÜLLER, *Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners*, 36).

d) O fiduciário de títulos de crédito, de títulos incorporantes, ou de ações de sociedade, que podem ser ao portador ou nominativas, pode, em vez de depositar os títulos ao portador, pedir a conversão em títulos nominativos, gravados pelo fideicomisso. Tem igual *facultas alternativa* quem quer que haja de entregar títulos a alguém, exercendo, no intervalo, direitos sobre êles.

e) Se a legítima não mais se pode completar, por se terem cumprido legados ou outras deixas, pode o herdeiro necessário exigir a restituição do que desfalcou a legítima, mas o obrigado à restituição tem a *facultas alternativa* de prestar o equivalente do bem que teria de restituir (P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 206).

f) Quando o obrigado tem de restituir e não pode, utilmente, alegar impossibilidade da prestação, que enseje resolução do contrato, ou liberação, tem a *facultas alternativa* de pagar a indenização.

g) Se da ofensa resulta defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, inclui pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que êle sofreu (Código Civil, art. 1.539). O devedor, e não o credor (*aliter*, Código Civil alemão, § 843; P.

LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 204), pode, no direito brasileiro, prestar, desde logo, o que dê suficientemente para essa pensão.

h) Há *facultas alternativa* do devedor se há pluralidade de credores e obrigação indivisível: pode o devedor solver a todos, conjuntamente; ou a um deles, exigindo caução (Código Civil, art. 892).

3. CRÉDITO COM “FACULTAS ALTERNATIVA”. – Também o crédito pode ser com *facultas alternativa*, se, em lugar da prestação devida, pode o credor exigir outra, que a substitua. Se o contrário não se dispôs, a impossibilidade originária da prestação devida faz nulo o negócio jurídico (art. 145, II). Se sobrevém a impossibilidade de tal prestação, o art. 885 não incide; o credor não pode exigir o objeto substitutivo. Desde F. REGELSBERGER (Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 16, 159 s.), se assentou a existência de *facultas alternativa* do credor; negou-a, radicalmente, G. PESCATORE (*Die Wahl-schuldverhältnisse*, 258 s.). A análise dos casos, apontáveis ou imaginados, mostra que a cláusula de *facultas alternativa* a favor do credor implica, de regra, alternatividade da obrigação. Cf. Tomos VIII, § 827, 6, 7; XIII, § 1.513, 7, 9; e XIV, § 1.580, 3.

Lê-se no Código Civil, art. 918: “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor” (cf. Código Comercial, art. 128: “Havendo no contrato pena convencional, se um dos contraentes se arrepender, a parte prejudicada só poderá exigir a pena” [art. 128]). ¿Trata-se de *facultas alternativa*? Afirmativamente responderam muitos: KARL JACUBEZKI (*Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB.*, 107, a propósito do futuro § 340 do Código Civil alemão), F. SCHOLLMAYER (*Recht der Schuldverhältnisse*, 244), E. GERNSEIM (*Die Ersetzungsbefugnis*, 269), P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 204), G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, nota ao § 340, até a 3.ª ed.) e outros. Negativamente, P. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, 227), L. KUHLENBECK (*J. v. Staudingers Kommentar*, II, 321), G. PLANCK (*Kommentar*, II, 4.ª ed., 444 s.), F. SZKOLNY e H. CARO (*Bürgerliches Gesetzbuch*, 389). Há duas pretensões diferentes. A pretensão à multa é diferente da pretensão à execução e independente dessa. Donde duas prescrições diferentes. A prestação primária tem o seu prazo; a pretensão à pena tem outro, que é o da prescrição ordinária (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 445; L. KUHLENBECK, *J. v. Staudingers Kommentar*, 321; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 612).

Alguns exemplos de *facultas alternativa* do credor:

a) Quem é obrigado a reparar, em consequência de ato ilícito, ato-fato ilícito, ou fato *stricto sensu* ilícito, ou restabelece o estado de coisas anterior, ou indeniza. Aí está *facultas alternativa* do credor. A alusão de F. ENDEMANN (*Einführung in d. Studium des BGB.*, § 128, nota 27) a obrigação alternativa foi erro grave (cf. G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 80). Note-se que, aí, a impossibilidade da reparação não libera o devedor (G. DESCHAMPS, *Die obligatorischen Wahlverhältnisse*, 78).

b) Em caso de usufruto sobre créditos (Tomo XIX, §§ 2.294, 2, e 2.299, 2), o credor e o usufrutuário podem exigir o pagamento ou a consignação a favor de ambos. Qualquer deles o pode. Tem-se aí *facultas alternativa* do credor (P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 204, a propósito do § 1.077 do Código Civil alemão; HERRMANN WEITZ, *Die Facultas alternativa*, 19 s.).

c) Quando o devedor, no penhor pecuário, pretende vender o gado empenhado, ou por negligente ameaça prejudicar o credor, pode êsse requerer que se depositem os animais sob a guarda de terceiro, ou que se lhe pague imediatamente a dívida (Código Civil, art. 786; Lei n. 492, de 30 de agosto de 1937, arts. 12, § 1.º, e 35; cf. Código Penal, art. 171, § 2.º, III).

d) Deteriorada a coisa, não sendo culpado o devedor, pode o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao preço o valor que perdeu (Código Civil, art. 866). Há, aí, *facultas alternativa* do credor.

e) Também há *facultas alternativa* do credor se o devedor é culpado da deterioração: o credor pode exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com indenização, num e noutro caso, das perdas e danos (Código Civil, art. 867). Idem, na espécie do art. 871, *in fine*.

f) Se, na obrigação de fazer, o ato pode ser executado por terceiro, tem o credor a *facultas alternativa*: ou manda cumprir a obrigação, à custa do devedor, ou pede a indenização por perdas e danos (Código Civil, art. 881).

g) Se o empreiteiro se afasta das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas, tem o dono da obra *facultas alternativa*: ou enjeita a obra ou recebe-a com abatimento no preço (Código Civil, arts. 1.242, 2.ª parte, e 1.243). No mesmo sentido, a propósito de § 635 do Código Civil alemão, P. LANGHEINEKEN (*Anspruch und Einrede*, 205) e G. DESCHAMPS (*Die obligatorischen Wahlverhältnisse*, 77).

h) No caso de vícios redibitórios, pode o credor rejeitar a coisa, ou exigir abatimento no preço (Código Civil, art. 1.105). Há, aí, *facultas alternativa* do credor.

i) *Facultas alternativa* é o que tem o credor na espécie do art. 956 e parágrafo único do Código Civil: se a prestação se torna, por causa da mora, inútil ao credor, ou êle exige indenização do prejuízo, recebendo a prestação (art. 956), ou a enjeita, com a satisfação das perdas e danos (art. 956, parágrafo único).

j) O *dominus negotii* tem *facultas alternativa*: ou ratifica ou não ratifica o que o gestor de negócios fêz (Código Civil, arts. 1.343 e 1.344, cf. KONRAD HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, 104 s.).

No direito de família, é *facultas alternativa* a do cônjuge que, na ação de nulidade ou de anulação do casamento, pede a declaração de putatividade (Código Civil, art. 221).

Os exemplos que demos bastam para não se poder negar a existência das facultades alternativas atribuídas ao credor.

Casos há, é certo, que se apontavam como de *facultas alternativa*, e não no eram; e casos em que se dizia haver obrigações alternativas e em verdade o que havia era *facultas alternativa*.

A exposição, em termos precisos e como balanço ao que se meditou e concluiu desde o trabalho de F. REGELSBERGER, em 1878, torna patente a diferença entre a obrigação alternativa e a *facultas alternativa*, com relevante proveito para o trato de alguns problemas do direito das obrigações (e. g., na interpretação do Código Civil, arts. 221, 786, 866, 867, 881, 956, 1.242, 2.ª parte, 1.105, 1.343 e 1.344).

4. OFERECIMENTO DA PRESTAÇÃO. – O oferecimento da prestação devida é ato jurídico formativo, portanto irrevogável; não no é o oferecimento da prestação subsidiária (= do objeto substitutivo), – pode ser revogado enquanto o credor não no aceita. O credor, que exigiu o objeto substitutivo, pode, se o devedor lho recusa, exigir a prestação devida. Em todo o caso, a revogação da oferta ou a retirada da exigência pode dar ensejo a pretensão de ressarcimento (e. g., se outro figurante fêz gastos para receber ou para entregar).

5. NEGÓCIO JURÍDICO SOBRE A “FACULTAS ALTERNATIVA” DO CREDOR. – A *facultas alternativa* do credor, como a *facultas alternativa* do devedor, pode provir de cláusula inserta no negócio jurídico, de que se irradiou o crédito, ou de pacto posterior. Pacto posterior pode extinguir a *facultas alternativa* do credor, como poderia extinguir a *facultas alternativa* do devedor.

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.707. A – Legislação

Os casos de revogação por ingratidão das doações estão previstos nos arts. 557 e 563 do CC/2002. Sobre a nulidade do negócio jurídico, conferir o art. 166. Quanto a resolução das obrigações, consultar os seguintes dispositivos do Código Civil de 2002: arts. 234, 235, 245, 248, 250 e 253. O pagamento indevido e o dever de restituição estão tratados nos arts. 876 a 883, *caput* e 1.392, § 1.º, do CC/2002, entre outros dispositivos.

### § 2.707. B – Doutrina

“Certas expressões – ‘tomará, antecipará, terá a faculdade de tomar ou preferir tal ou tal cousa’, o uso local em certas obrigações alternativas, o contexto do acto, as circunstâncias do facto esclarecendo o sentido literal da linguagem acarretam consigo a idéia de uma opção concedida ao credor” (FULGÊNCIO, Tito, In: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928. vol. X, arts. 863-927, n. 143, p. 140).

### § 2.707. C – Jurisprudência

“Empreitada global. Realização de obras adicionais. Direito administrativo. Contrato de empreitada global firmado pela recorrente com cooperativa agrícola. “Pretensão de indenização por obras realizadas, além das ajustadas no contrato, por serem necessárias à execução do ajuste que foi reconhecido, em sua totalidade, como da responsabilidade da cooperativa. Impossível juridicamente pretender-se obter a mesma indenização, pelo mesmo pedido e causa de pedir, também da União Federal e do Inbra. Tratando-se de pedidos formulados contra litisconsortes passivos facultativos, se os pedidos são atendidos em relação a um dos sujeitos passivos, ficam prejudicados quanto aos demais. Extrapola o caminho da legalidade conceder-se indenização a ser paga, pelo mesmo fato e vínculo jurídico, por três sujeitos passivos, sem que o seja de forma alternativa. Obras realizadas pela empresa sem contrato firmado com a União e sem autorização de qualquer um dos seus órgãos administrativos” (STJ, REsp 249985/RJ, 1.ª T., j. 26.03.2002, m.v., rel. Min. José Delgado, DJU 19.12.2002, p. 332).