

# A obrigação como processo

Clóvis V. do Couto e Silva



No direito brasileiro, ao contrário do que se diz costumeiramente, o efeito da concretização não se relaciona, em princípio (ou pode não se relacionar), com o tipo de dívida – *quéérable* ou *portable*. As regras a esse respeito no direito germânico ligam-se diretamente à prestação, vale dizer, ao adimplemento.

Em nosso direito, a concretização realiza-se na dimensão do desenvolvimento da dívida, como deveria suceder, logicamente, a todos os sistemas. No direito germânico, em virtude mesmo daquele relacionamento com o tipo de dívida, tem-se afirmado que a concretização se constitui em início de adimplemento, pertencendo, portanto, a este último plano. Mas, mesmo em nosso direito, se aquele que deveria individualizar o bem o houver enviado ao adquirente sem a cautela de transmitir aviso, considerar-se-á concretizada a prestação desde o momento em que este último o receber.

Como se percebe, o nosso Código Civil concedeu faculdade ao devedor de determinar no tempo, com toda a exatidão, o momento da concretização – faculdade que, *ex lege*, não existe no direito germânico, que impõe o exame, caso a caso, das hipóteses. Daí a vinculação com o tipo de dívida (de vir buscar, ir levar ou enviar).

## Obrigações alternativas e com *facultas alternativa*

O desenvolvimento do vínculo obrigacional em que se contempla a possibilidade de escolha entre duas ou mais prestações possíveis apresenta-se, no mundo social, com certa semelhança às obrigações genéricas de tipo restrito. A diferença dogmática é, contudo, nítida, em face da categoria do ato escolha e da circunstância de existirem *ab initio* pelo menos duas prestações como possíveis. As alternativas podem consistir em prestações de natureza diferente, como, por exemplo, em escolher entre um automóvel e uma viagem. Nessa hipótese, o desenvolvimento do vínculo obedecerá aos princípios que comandam as obrigações respectivas. Pode consistir, portanto, em prestações de dar e de fazer, que se desenvolverão, feita a escolha, segundo regras próprias. Deve-se evitar, de modo igual, incluir no número das alternativas, porque não o são certas possibilidades legais (concorrências eletivas), tais como aquelas existentes entre adimplemento e resolução, entre redibição e *quantum minoris*.<sup>[316]</sup> As alternativas supõem provisória indeterminação do conteúdo do que se vai prestar, e, por esse motivo, não se podem, também, haver como tais aquelas obrigações em que se reservou a uma das partes a fixação do momento da entrega, ou do tipo de transporte a ser utilizado, ou do modo de pagamento etc. Essas

particularidades não dizem respeito ao conteúdo, mas, somente, às circunstâncias da prestação.[317]

O desenvolvimento da relação obrigacional de tipo alternativo é dos mais importantes, sob o aspecto dogmático. Não é difícil surpreender, claramente, os momentos e fases por que deverá passar o vínculo ao endereçar-se para o adimplemento.

O ato fundamental é, como já se aludiu, a escolha, que cabe, em nosso direito, se o contrário não for convenionado, ao devedor.[318] Essa regra tem merecido críticas, e na Alemanha vem sucedendo o mesmo. O BGB confere, na dúvida (*im Zweifel*), o direito de escolha ao devedor.[319] Com maior rigor de sistema, o nosso Código Civil aproximou até o possível as soluções de ambas as espécies de obrigações, alternativas e genéricas. Uma vez que a escolha nas obrigações alternativas se realiza mediante declaração de vontade, embora não tenhamos artigo expresso como o BGB tem,[320] a eficácia da concentração somente se opera com a recepção pelo *alter*. A declaração de vontade é receptícia, vale dizer, ela é feita perante alguém e necessita, para sua eficácia, que o destinatário dela tome conhecimento.

É certo que nas obrigações genéricas, quando se cuida de contrato entre ausentes, se faz necessário que o devedor comunique se já realizou a “escolha”, se quiser beneficiar-se com a regra referente ao risco[321] – embora o ato ou atividade praticada para obter esse efeito não tenha a mesma categoria dogmática das escolhas nas obrigações alternativas.

Na que respeita à escolha nas obrigações alternativas, é fora de dúvida de que se trata de ato jurídico, mas a discussão surge quando se investiga sua categoria. Há quem afirme tratar-se de negócio jurídico,[322] enquanto outros a têm como ato em sentido estrito.[323]

Seckel, ao versar o importantíssimo conceito de direito formativo e formular a sua teoria, entendia que do exercício de direito formativo deveria resultar, sempre, negócio jurídico, havendo incluído, nesta categoria, a escolha nas obrigações alternativas. Atualmente, porém, sobretudo em razão das investigações de Pontes de Miranda, admite-se que possam resultar atos em sentido estrito. O aspecto mais importante para qualificar a escolha como ato em sentido estrito é a circunstância de que os efeitos são somente os resultantes *ex lege* da escolha. Esta não pode, conseqüentemente, ser condicionada.[324] A escolha representa a fase mais importante do processo das obrigações alternativas e caracteriza esse tipo de dívida. Via de regra, nas obrigações alternativas, já no momento da

existência do negócio jurídico estão determinados os objetos das prestações possíveis. Pode ocorrer, contudo, que a obrigação alternativa esteja formulada de tal modo que as prestações estejam indicadas de modo genérico.

Pode acontecer que A deve escolher entre um automóvel de determinada marca e ano e um apartamento em determinado edifício. Nessa hipótese, há uma obrigação alternativa, sendo o objeto de cada uma das prestações indicado apenas genericamente.

O desenvolvimento desse tipo de dívida operar-se-á pela escolha que representará, de um lado, a concretização da dívida genérica e, de outro, a concentração própria das obrigações alternativas. São atos que se mesclam, mas que possuem categorias dogmáticas e requisitos que não se equiparam, visto como a escolha nas obrigações alternativas é exercício de direito formativo modificativo, que se constitui em ato em sentido estrito (à validade do qual se faz necessária a capacidade do agente), o que não sucede na concretização das obrigações genéricas, mero ato-fato.

## A obrigação alternativa como processo

### O direito de escolha

O direito de escolher é parte integrante do vínculo obrigacional. Por esse motivo, transfere-se com ele aos herdeiros do legitimado e, em caso de assunção de dívida, quando a escolha couber ao devedor, transfere-se, por igual, ao novo *debetor*; e se couber ao credor, poderá ser exercido perante este último.[325]

Não se pode, à sua vez, renunciá-lo, nem cedê-lo, de modo autônomo, isto é, sem abdicar ou transferir toda a relação jurídica.[326] Somente mediante um novo negócio jurídico (acordo entre devedor e credor) seria possível atribuir esse direito a um terceiro. Esta possibilidade existe, visto não haver impedimento para que se atribua *ab initio* o direito formativo de escolher ou de determinar o conteúdo da prestação a um terceiro.

O nosso Código Civil não determinou em que momento se deverá realizar a escolha. Não havendo prazo estipulado na convenção, afirmam alguns que este ficaria ao libito de quem deva fazê-la.[327]

Em realidade, a escolha é momento ou fase do processo de desenvolvimento do vínculo obrigacional. O seu exercício está, portanto, condicionado ao fluxo do prazo em que deverá ser satisfeita a obrigação. Ora, como o adimplemento supõe determinação do objeto

da prestação, e como a escolha pertence ao plano do desenvolvimento da obrigação, ela deverá ocorrer antes do termo fixado para o adimplemento. Quando a obrigação não tem prazo, supõe-se exigível de imediato.<sup>[328]</sup> O direito formativo modificativo de escolher, apesar de estar inserto numa relação obrigacional, não constitui dever. Como direito, não cabe ação à execução da escolha. A ação que poderá ser movida endereçar-se-á a uma ou outra prestação,<sup>[329]</sup> isto é, com condenação alternativa, nos termos do art. 288 do Código de Processo Civil,<sup>[330]</sup> quando a escolha couber ao devedor.

Embora possa parecer paradoxal, o devedor é titular de direito subjetivo. Dessa situação resulta que a demora em escolher não constitui *mora debitoris* no exercício do aludido direito.<sup>[331]</sup> Seckel deu-se conta da dificuldade e entendeu estar vinculado não propriamente o direito de escolher, mas o seu exercício.<sup>[332]</sup> Em tal caso, além da ação condenatória alternativa, caberia também a de preceito cominatório, como sustenta Pontes de Miranda.<sup>[333]</sup> Em verdade, a escolha é direito, e relativamente a ele não pode caber ação cominatória. E nem a demora em escolher é demora de prestação,<sup>[334]</sup> visto que, sendo direito, não há falar-se em prestação. O que pode suceder é que, sendo a obrigação um processo, a falta de escolha será causa da mora não do exercício do direito, mas do não desenvolvimento dentro do prazo da relação jurídica. Em atenção a essa circunstância, o art. 571 do Código de Processo Civil, em matéria de execução, determina: “Nas obrigações alternativas, quando a escolha couber ao devedor, este será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro em dez (10) dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei, no contrato, ou na sentença”. E o parágrafo primeiro do art. 571 completa a regra, ao dispor que se devolverá ao credor a opção, “se o devedor não a exercitou no prazo marcado”.

Como se percebe, não cabe ação para a execução da escolha. A ação condenatória é alternativa, isto é, acompanha o sentido do vínculo obrigacional. Todavia, como a obrigação é um processo, que tende ao adimplemento, se não efetivar-se a escolha no prazo de 10 dias a que alude o art. 571, transferir-se-á o direito ao exequente, vale dizer, ao credor, que, a seu libito, dirigirá a execução a uma ou outra das prestações.

Quando a escolha couber ao credor, a recusa em escolher dentro do prazo para adimplemento caracterizará espécie de *mora accipiendi*.<sup>[335]</sup> Por igual, o direito não se transmudou em dever, sucedendo apenas que, não escolhendo o credor dentro do prazo, acarretou não a mora em escolher — que inexistia em face das razões apontadas —, mas a mora em receber a prestação. A respeito, exara o art. 981 (342) do Código Civil a

seguinte regra: “Se a escolha da coisa indeterminada competir ao credor, será ele 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.”

## Impossibilidade

Pode suceder que o objeto da prestação se torne impossível.

O Código Civil normou exaustivamente as hipóteses. “Se uma das duas prestações”, reza o art. 885 (253), “não puder ser objeto de obrigação, ou se tornar inexequível, subsistirá o débito quanto à outra.” “Se todas as prestações se tornarem impossíveis, sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.”<sup>[336]</sup>

A impossibilidade nas obrigações alternativas está submetida às regras comuns e a algumas regras peculiares ao tipo.

Assim, dispõe o art. 886 (254): “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 que o caso determinar”. A solução prevista no artigo relaciona-se com o princípio de que o credor tem direito à prestação supérstite. Visto coubesse ao devedor a escolha, não poderia o credor “escolher” entre o valor das diferentes prestações: o Código Civil somente consagrou essa possibilidade quando, além de se manifestar culpa do devedor, a escolha coubesse ao credor.<sup>[337]</sup> Finalmente, “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”.<sup>[338]</sup>

As hipóteses referem-se à impossibilidade superveniente e relacionam-se com acontecimentos que se venham a verificar antes da concentração, vale dizer, antes do exercício do direito formativo modificativo. Se a impossibilidade suceder em momento posterior, o risco regular-se-á segundo as regras pertinentes às obrigações de dar coisa certa, se for o caso.

## A obrigação com facultas alternativa como processo

É bastante perceptível o discrimine entre o desenvolvimento do vínculo obrigacional em que há *facultas alternativa* e aquele propriamente alternativo.

Sob o *nomen iuris* de “obrigação com *facultas alternativa*” connumeram-se, via de regra, vínculos perfeitamente distinguíveis. Denominam-se assim inclusive certas possibilidades eletivas, como o fizemos no curso da presente obra. Entre elas, estão as de propor ação de redibição ou *quantum minoris*; certas possibilidades, como as de exigir perdas e danos ou prestação específica, em algumas hipóteses de descumprimento contratual etc. Além destas, constituem obrigações com *facultas alternativa* aquelas em que se permite ao devedor substituir o objeto da prestação: a doutrina procurou inseri-las numa categoria comum e, ao mesmo tempo, tentou encontrar características também comuns que possibilitassem sua definição.

Titze entendeu que o discrimine entre obrigações alternativas e as com *facultas alternativa* estaria em que, naquelas, as prestações suscetíveis de serem escolhidas possuem juridicamente o mesmo valor, o que não sucede nas últimas.<sup>[339]</sup> A distinção colocaria no mesmo nível todas as hipóteses que não se referissem às obrigações alternativas em sentido próprio.

A definição de Titze poderá, entretanto, servir somente para as facultades de substituição em que se manifeste o mero arbítrio do devedor em substituir a prestação, o que se verifica quando, por exemplo, alguém promete vender um livro, reservando-se a facultade de substituí-lo por um disco. Essa hipótese, contudo, não se equipara à possibilidade que tem o comprador, e.g., de propor ação redibitória ou de abatimento do preço. Ambas seriam pretensões do legitimado, que poderia utilizar uma ou outra.

A dúvida surge quando se questiona a respeito da categoria jurídica da “escolha” entre o exercício de uma ou outra pretensão. Advirta-se, entretanto, que ela não constitui exercício de direito formativo modificativo, mas é pura facultade, vale dizer, mero arbítrio. Não se tem considerado *facultas alternativa*, atualmente, a possibilidade de exercitar uma ou outra pretensão, ou mesmo um ou outro direito formativo conferido a alguém em razão de vínculo jurídico.<sup>[340]</sup>

O desenvolvimento do vínculo em que há *facultas alternativa* assemelha-se externamente ao das obrigações alternativas. Internamente, porém, a diferença é evidente. O devedor possui, apenas, a facultade de substituir o objeto da prestação. Não lhe é aplicável o dispositivo referente à escolha nas obrigações alternativas.

Por sua vez, o exercício da facultade de substituição não se situa no plano do desenvolvimento da obrigação, mas no do adimplemento. Constitui, aliás, início de cumprimento da dívida. Como privilégio do devedor,<sup>[341]</sup> a impossibilidade da prestação

substitutiva não interfere no processo da obrigação; a impossibilidade da prestação devida, por sua vez, extingue o vínculo, não cabendo ao credor, portanto, pretensão a haver a prestação suscetível de substituição, acaso ainda existente.

A extinção da obrigação devida, conseqüentemente, atinge a prestação substituível.

## Obrigações duradouras

O nosso Código Civil não disciplinou as obrigações duradouras, embora a doutrina se tenha preocupado com o seu conceito.

Existem certas obrigações nas quais o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração no débito. Essas obrigações são mais ricas numa dimensão: no tempo, no elemento duradouro, que se relaciona com a essência do dever de prestação. As relações obrigacionais simples vivem desde a conclusão do negócio jurídico até o adimplemento; as duradouras são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia.<sup>[342]</sup>

Admite-se, sem discrepância, que o processo desse tipo de obrigação se manifesta de modo diverso das que surgem das denominadas “vendas a prestação”. Cuida-se, nesta última hipótese, de mera divisão da prestação do preço. Cada uma das prestações que se solve determina extinção parcial do débito. Nesse ponto, precisamente, manifesta-se o discrimine fundamental, pois nas obrigações duradouras, enquanto não vencido o prazo, ou resiliado por denúncia, o dever de prestação permanece sem modificação em seu conteúdo.

O seu processo apresenta, assim, característica própria e inconfundível: a implicação entre dívida e adimplemento revela-se de modo diverso do que comumente sucede, havendo motivo para tratamento específico.

## Obrigação duradoura e divisibilidade

O desenvolvimento do vínculo jurídico das obrigações duradouras não deve ser confundido com o das divisíveis, ou melhor, com o das obrigações com prestação divisível. Que o adimplemento possa ser realizado em partes, não cabe dúvida. Por igual que esse

adimplemento, em frações, possa durar muito tempo até a satisfação integral da dívida, é realidade de todos os dias.

O que caracteriza a obrigação duradoura não é, propriamente, a circunstância de que ela, necessariamente, deva vigorar por maior período de tempo do que qualquer outra. Quem contrata empréstimo, para solvê-lo, em partes, no período de 10, 20, 30 ou mesmo 50 anos, não contraiu obrigação duradoura, no sentido técnico do termo.

Do exemplo ressalta que não é somente a duração no tempo que caracteriza essas dívidas. A inserção do tempo na essência da obrigação significa que, embora haja sucedido solução — pois caso contrário poderia o credor exigir-la —, o débito permanece íntegro.

Afirma-se, contudo, que, depois de adimplido, na fluência certamente do prazo, o débito se renova. Talvez esta afirmação não seja feliz. O mais exato será dizer que o débito é o mesmo em novo momento temporal.

A obrigação duradoura, como processo, tem início e fim, mas o adimplemento, que se manifesta no período intermístico, não modifica o débito, mas apenas impede que o credor exija o que foi adimplido e que já pertence ao passado. Esse tipo de inserção do tempo na essência do vínculo não se manifesta nas obrigações com prestação divisível.

O processo de desenvolvimento da dívida com prestação divisível não oferece maior dificuldade. O débito se extinguirá por partes, restando, após o adimplemento de uma fração, o “saldo”, que poderá ser exigido, se se manifestar infração contratual, ou mora.

### Obrigações duradouras e obrigações reiteradas

Em algumas hipóteses, a distinção entre dívidas duradouras e simples, ainda que com prestação divisível, não se apresentará sem dificuldade. Pontes de Miranda entende que, na locação, a prestação do locador de coisas é duradoura; a do locatário, reiterada. E afirma que existe ainda distinção entre as duradouras e reiteradas porque nestas o prestado se repete, se pluraliza, como se fosse uma pulsação.<sup>[343]</sup> O discrimine, entretanto, tal como foi proposto, parece ser meramente externo.

Realmente, não se manifesta diferença essencial entre a prestação do locador e a do locatário, de modo que se possa considerar esta última diversa da anterior. A distinção entre obrigação duradoura e reiterada (*Wiederkehrschuldver hältnis*) tem outra causa.

A obrigação duradoura supõe sempre um contrato unitário, do qual ela promana.

A dogmática, por sua vez, reconhece a existência de certos negócios jurídicos, denominados “contratos-base”, que comandam o nascimento de outros contratos. A relação entre o primeiro e os demais pode possuir intensidade variável. É exemplo dessa categoria o *tying contract*, pelo qual alguém se obriga a comprar (por exemplo, peças para substituição na máquina adquirida) de quem a vendeu. O contrato de compra pode fixar todas as cláusulas do contrato futuro ou somente algumas. De modo geral, o “contrato-base” confere aos figurantes a faculdade de, por seu libito, no futuro, concluir novos contratos.<sup>[344]</sup> No comércio internacional, sobretudo, manifestam-se esses contratos no referente à reposição de peças, ajuda técnica etc.

Ainda que o interessado se dirija mensalmente à companhia fornecedora do objeto de que necessita, não estará adimplindo obrigação duradoura; terá, em cada vez, realizado um novo negócio jurídico e adimplido nova obrigação.

### Obrigações duradouras em sentido próprio

Entre as obrigações duradouras em sentido próprio admite-se, em geral, possam ser incluídas as que nascem da locação, do arrendamento, do comodato, do depósito, do contrato de trabalho e de sociedade. Uma das características desse tipo de vínculo é a maior consideração à pessoa, partícipe do vínculo, com maior intensidade de deveres, resultantes da concreção do princípio da boa-fé.

O desenvolvimento do processo, como se aludiu, findará com o transcurso do prazo ou com a denúncia.

Denomina-se “denúncia” o direito formativo extintivo que pode ser exercido no curso do prazo, desde que motivadamente, conforme o que foi estabelecido contratualmente; ou mesmo, ao libito das partes, se o negócio jurídico não tiver prazo determinado e se não houver lei que impeça a utilização imotivada do direito de denúncia. Este direito é específico das obrigações duradouras e não se confunde com o de resolução ou de impugnação. Opera-se, com seu exercício, a resilição e extingue-se *ex nunc* a dívida.<sup>[345]</sup>

Entre nós, a edição de leis emergenciais — que prorrogam a locação e fixam hipóteses taxativas em que se pode exercer o direito de denúncia — impediu, em muitos casos, que a jurisprudência pudesse atentar para aspectos emergentes da conduta dos figurantes. Certos exercícios abusivos de direitos — como o do locatário que costumeiramente

deixa de solver sua prestação, obrigando o locador a propor sucessivas ações de despejo, com purgações indefinidas de mora – ficaram à margem do corretivo jurisdicional, por reação legislativa a arestos que condenavam esse procedimento.

### **Obrigação duradoura e impossibilidade**

A impossibilidade nas obrigações duradouras acarreta, se prévia, a nulidade do contrato; se superveniente, no período em que já se está adimplindo, a liberação do devedor a partir do momento em que se verifica a impossibilidade.

Uma vez que as obrigações duradouras podem consistir em deveres de fazer ou de não fazer, de dar ou de restituir, o tratamento das hipóteses obedecerá às regras já examinadas quando versamos o desenvolvimento daquelas espécies de obrigações compatíveis com as características definidoras deste tipo de obrigação.