

## DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

GENERALIDADES. CONCEITO. UNIDADE OU PLURALIDADE DE OBRIGAÇÕES. DIREITO DE ESCOLHA. DA CONCENTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES. ESCOLHA PELO CREDOR. LEGADO ALTERNATIVO. ÚLTIMAS DISPOSIÇÕES.

*Generalidades* — A relação jurídica obrigacional pode compreender um ou mais objetos. No primeiro caso, quando objetiva uma só prestação, é *simples* a obrigação. No segundo, havendo pluralidade de prestações, a obrigação é *complexa* ou *composta*, a qual, por sua vez, se desdobra em três modalidades diferentes: obrigações conjuntivas, obrigações alternativas e obrigações facultativas.

A obrigação simples, em regra, não oferece qualquer dificuldade. Libera-se o devedor entregando precisamente o objeto devido. Não pode entregar outro, ainda que mais valioso (Cód. Civil de 2002, art. 313). A substituição da prestação só é possível havendo expressa anuência do credor (art. 356).

Igualmente, no tocante às obrigações conjuntivas, também denominadas cumulativas, não há problemas ou divergências. Seu cumprimento exige efetiva entrega de todas as prestações prometidas. Segundo se haja convencionado, o pagamento poderá ser simultâneo ou sucessivo. Mas o credor não pode ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou (art. 314 do Cód. Civil de 2002).

Nas obrigações conjuntivas ou cumulativas existem tantas obrigações distintas quantas as prestações devidas. Todavia, para que existam, preciso será que as várias prestações sejam discriminadas ou especificadas. Se a relação abrange coisas universais, ou univer-

salidades, ainda que de coisas materiais, por exemplo, uma biblioteca ou um rebanho, não há falar em obrigação conjuntiva, traduzida sempre *per expressam dinumerationem*<sup>1</sup>.

As dificuldades começam a surgir com as obrigações alternativas, em que várias prestações são contempladas na relação jurídica, mas o devedor se libera com a satisfação de uma única. As obrigações alternativas caracterizam-se, portanto, por dois traços fundamentais: a) pluralidade de prestações; b) exoneração do devedor mediante a realização de uma única prestação<sup>2</sup>.

Através do primeiro as obrigações alternativas distinguem-se das obrigações simples. Pelo segundo, diferenciam-se das obrigações conjuntivas ou cumulativas.

Efetivamente, nas obrigações simples, há unidade de prestação, enquanto nas alternativas se observa sua multiplicidade. Nas obrigações conjuntivas ou cumulativas, o devedor tem de solver todas as prestações *in obligatione*, sem exclusão de uma só, ao passo que nas alternativas cumprida estará a obrigação com o pagamento de uma só dentre as várias prestações contempladas na relação jurídica.

O estudo das obrigações conjuntivas ou cumulativas não oferece qualquer dificuldade ou particularidade digna de nota. Não obstante a multiplicidade de objetos, seu ordenamento jurídico é simples, obedecendo às regras gerais prescritas nos Capítulos I, II e III do Título I do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002.

O mesmo não acontece, entretanto, com as obrigações alternativas, cuja teoria apresenta sérias complexidades, dando lugar a profundas divergências, que as transformam num dos mais árdios temas de todo o direito obrigacional<sup>3</sup>.

Saliente-se para logo que as obrigações alternativas oferecem duas grandes vantagens: aumentam, por parte do devedor, as perspectivas de cumprimento e diminuem os riscos a que os contratantes se acham expostos. Nessas condições, constituem elas útil instrumento de que se serve o direito para realizar sua função específica de tutela e garantia.

Antes de entrar no seu estudo, desejamos chamar a atenção para este pormenor expressivo: não é exclusivamente ao direito das obri-

1. LOMONACO, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 5/125.
2. GIORGI, *Teoria delle Obligazioni*, vol. IV, n. 420.
3. GIUSEPPE GROSSO, *Obbligazioni*, pág. 171.

gações que interessa ou que se acha vinculado o sentido do alternativo. Sua idéia liga-se igualmente ao direito penal, nos casos em que ao juiz compete a escolha dentre várias espécies de pena (Cód. Penal, art. 42, n. I), como, por exemplo, no crime de desacato, reprimido pelo art. 331 do Código Penal, em que o julgador pode cominar alternativamente pena de detenção (seis meses a dois anos), ou multa.

O mesmo ocorre no direito judiciário civil, quando existam diversas ações ou diversos modos de execução de sentença, à disposição do interessado, para tutela de seus direitos. Assim, o adquirente de coisa com vício redibitório, que a torne imprópria a seu fim, ou lhe diminua o valor, pode indiferentemente, à sua escolha, enjeitá-la por intermédio da ação redibitória, que tem por objeto a rescisão do contrato com recondução das partes ao *statu quo ante* (Cód. Civil de 2002, art. 441), ou, em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato, conservá-la e reclamar abatimento do preço, por meio da ação estimatória ou *quantum minoris* (art. 442). Como se vê, pode o comprador optar por uma ou outra das ações edilícias, assim chamadas por causa da atividade dos *edis curules* junto aos mercados.

Idêntico direito resulta para o interessado na hipótese do art. 455 do Código Civil de 2002 (se a evicção for parcial, mas considerável, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte correspondente ao desfalque sofrido), bem como na do art. 616 (quando o empreiteiro se afasta das instruções recebidas ou das regras técnicas, o dono da obra pode enjeitá-la ou recebê-la com abatimento do preço).

O mesmo acontece ainda com a execução de sentença, segundo se vê estatuído no art. 571 e parágrafos do Código de Processo Civil. A condenação será em coisa ou quantia certa, mas pode, no entanto, ser alternativa, quando o for o pedido (art. 288)<sup>4</sup>. Se a condenação for alternativa e a escolha couber ao credor, este executará a sentença conforme lhe parecer conveniente (art. 460)<sup>5</sup>. Quando por vários

4. "Quando o pedido inicial é alternativo, pode a decisão ser alternativa, nos termos previstos no art. 281, do Código de Processo Civil" (*Rev. dos Tribs.*, 239/253). O dispositivo citado é referente ao CPC de 1939. Vide art. 288 do estatuto vigente.

5. "Sendo a condenação alternativa e notificado o devedor para escolher a prestação, pode o exequente prosseguir na execução, com o direito de proceder à opção, se esta não foi exercida no prazo pelo devedor" (*Rev. For.*, 138/83). 1<sup>o</sup> TACRJ, Ap. Cível n. 5115/95, 3<sup>a</sup> Câ., Rel. Juíza MARIA COLLARES, j. 28-3-1996, v. u.

meios se puder executar a sentença, o juiz mandará que a execução se faça pelo modo menos oneroso para o executado (art. 620).

Em outros ramos do direito civil a idéia da alternância está presente, a inspirar ou animar numerosas relações jurídicas. Veja-se, por exemplo, quanto à Parte Geral do Código Civil de 2002, o disposto no art. 71, de acordo com o qual, quando a pessoa natural tenha várias residências onde *alternadamente* viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer destes ou daquelas. Na mesma ordem de idéias, o credor da hipoteca legal, além do seu domicílio real, poderá designar outro onde possa também ser citado.

Com relação ao direito de família, recorde-se o preceituado pelo art. 1.701 do Código de 2002, segundo o qual a pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentado, ou dar-lhe em casa hospedagem e sustento.

Em relação ao direito das coisas, mencione-se a regra do art. 616, em que se faculta à parte prejudicada, no caso de confusão, adjunção ou mistura, operada de má fé, *opção* entre guardar o todo, pagando a porção que não for sua, ou renunciar a que lhe pertencer, mediante indenização completa. Igualmente, assiste ao credor o direito de exigir imediato pagamento, dado o risco da coisa empenhada, ou o de realizar as entradas das ações ainda não integralizadas, com o protesto de reavê-las do devedor<sup>6</sup>.

Finalmente, no que tange ao direito hereditário, em matéria de sucessão testamentária, assume grande relevância o tema concernente aos legados alternativos (art. 1.931 do Cód. Civil de 2002).

Outras situações poderiam ser ainda acrescentadas (Cód. Civil de 2002, arts. 1.251, 1.360 e 1.998; Lei n. 6.404, de 15-12-1976, art. 107; Reg. dos Leiloeiros — Dec. n. 21.981, de 19-10-1932, art. 39). Saliente-se, por igual, o caráter alternativo das operações a termo: o vendedor obriga-se a entregar a mercadoria ou o preço do mercado, em certo dia<sup>7</sup>. Ficamos por aqui, acreditando haver demonstrado que a idéia da alternância, sempre útil, cômoda e prática, interessa de perto não só à teoria geral das obrigações como a todo o direito público e privado.

6. JOÃO LUÍS ALVES, *Código Civil*, 1/693.

7. *Revista Forense*, 102/471. TJPR, Ap. Cível n. 5122, Cascavel, 3<sup>a</sup> Câ., Rel. Des. SILVA WOLFF, j. 10-2-1988.

*Conceito* — O vocábulo *alternativus*, lembra SAVIGNY<sup>8</sup>, não é latino, inexistindo nas fontes. Para exprimir-lhe o sentido, para expressar sua idéia, socorriam-se os romanos não de termos técnicos, mas de exemplos e circunlóquios. Como esclarece LOMONACO<sup>9</sup>, deparam-se nos textos expressões como *rerum alternatio* e *locorum alternatio*, não, porém, a locução *obligatio alternativa*.

Obrigação alternativa é aquela que tem por objeto duas ou mais prestações, das quais uma somente será efetuada. Por outras palavras, é a que prevê dois ou mais objetos, mas apenas um deles será escolhido para pagamento ao credor (*plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione*)<sup>10</sup>. No conceito lapidar de ALLARA<sup>11</sup>, obrigação alternativa é obrigação única, com prestação não individualizada, mas individualizável.

Assim, A vende a B um dos três cavalos que possui em sua coudelaria; feita a escolha, o vínculo obrigacional circunscreve-se ao animal escolhido, único a ser entregue ao credor, excluindo-se os demais, que ficam liberados. Os exemplos poderiam ser multiplicados: o devedor obriga-se a dar café ou dinheiro de contado, a pagar em moeda nacional ou estrangeira<sup>12</sup>, a prestar garantia real ou fidejussória, a transportar pessoalmente ou a fornecer o transporte, a pagar uma indenização ou a não se estabelecer comercialmente.

Como se vê, a obrigação alternativa, na sua infinita variedade, pode objetivar coisas, fatos, serviços e abstenções, isto é, obrigações de dar ou de restituir, de fazer e de não fazer; pode ainda objetivar coisas determinadas individualmente ou prestações genéricas<sup>13</sup>. Essas várias prestações podem ser combinadas entre si, como, por exemplo, se o devedor promete dar certo objeto ou realizar determinado trabalho, executar um serviço ou abster-se de certo ato. É possível, portanto, alternar obrigação de dar, ou de restituir, com outra da mesma natureza, de dar com a de fazer, de dar com a de não fazer, de fazer com outra de fazer, de fazer com a de não fazer. Múltiplas

8. *Le Droit des Obligations*, trad. de GÉRARDIN ET JOZON, 1863, 1/422.

9. Ob. cit., 5/125.

10. *Digesto*, Liv. 45, Tít. I, n. 128.

11. *Nozioni Fondamentali di Diritto Civile*, pág. 488.

12. *Revista dos Tribunais*, 107/349.

13. BIAGIO BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, pág. 281; DERNBURG, *Diritto delle Obligazioni*, trad. de CICALA, 1903, § 27.

as variações que razoavelmente se podem sugerir, hauridas todas na vida real, no mundo dos negócios, tendo em vista as necessidades ou aspirações das partes contratantes. Normalmente, a obrigação alternativa compreende apenas duas prestações; se objetivar maior número recebe o nome especial de *múltipla*.

Ressalte-se que sua característica reside na dualidade ou multiplicidade de prestações entre si ligadas disjuntivamente (*illud vel illud*). Frise-se ainda a existência de obrigações subjetivamente alternativas, como no caso em que o devedor tem dois ou mais credores (não se cogita de solidariedade ou de indivisibilidade) e pode exonerar-se pagando a um deles, à sua escolha<sup>14</sup>. Tal idéia não repugna à natureza das obrigações alternativas<sup>15</sup>.

*Unidade ou pluralidade de obrigações* — Problema que provocou outrora a atenção de todos quantos se dedicaram ao estudo das obrigações alternativas foi o da presença de uma única obrigação, ou de tantas obrigações quantas as respectivas prestações.

Para os romanos, havia apenas uma obrigação, como se infere de vários textos<sup>16</sup>. Na doutrina moderna, porém, lavra ainda o mesmo dissídio. Para uns, ela é obrigação única; para outros ocorre pluralidade de vínculos. Já RYCK e PESCATORE, citados por POLACCO<sup>17</sup>, se mostram partidários daquela distinção.

Em nosso modo de ver, existe na alternativa uma única obrigação. As prestações são múltiplas, mas, efetuada a escolha, quer pelo devedor quer pelo credor, individualiza-se a prestação e as demais ficam liberadas, como se, desde o início, fosse a única objetivada na obrigação<sup>18</sup>. O devedor só responde por uma das prestações. A escolha, uma vez efetuada, tem força retroativa, como se a obrigação fosse simples, desde a sua constituição.

*Direito de escolha* — Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou (Cód. Civil de 2002, art.

14. “Desde que o contrato permitia a opção, para ser feito o pagamento na sede da companhia credora, ou ao seu representante autorizado, e ao cobrador é que vinham sendo feitos habitualmente os pagamentos, não incidiu em mora o devedor que ficou aguardando, em sua residência, a cobrança” (*Arq. Jud.*, 110/51). Essa decisão está consagrada pela doutrina.

15. MESSINEO, *Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 430.

16. GIUSEPPE GROSSO, ob. cit., 1/171 e 172.

17. *Le Obligazioni nel Diritto Civile Italiano*, págs. 205/206.

18. POLACCO, ob. cit., pág. 205; GIORGI, ob. cit., 4/523.

252). Trata-se de preceito idêntico ao vigorante para as obrigações de dar coisa incerta (art. 244). Mas, como se acentuou anteriormente, não se confundem as duas modalidades. Dentre outros traços distintivos, ganha relevo aquele segundo o qual, na alternativa, há vários objetos e a escolha recai num deles apenas, enquanto na de dar coisa incerta o objeto é um só, embora indeterminado.

Em princípio, como se frisou, a escolha cabe ao devedor; é a solução do nosso Código Civil de 2002, em consonância com a geral orientação de todos os doutrinadores. Segundo ensinamento de GIORGI, trata-se de regra ministrada em todas as escolas e sancionada por todas as legislações, com raízes no direito romano, em que apenas sofria restrições no tocante aos legados. Sem declaração expressa em contrário, a opção no cumprimento da obrigação alternativa cabe à pessoa obrigada, sendo nulo qualquer ato que decorra de orientação contrária<sup>19</sup>.

Por que motivo atribui a lei precedência ao devedor, na falta de estipulação em contrário? Duas as razões: *a*) porque a norma do art. 252 do Código Civil de 2002 se afeiçoa aos princípios gerais e às regras comuns de interpretação, que preconizam, na medida do possível, abrandamento da posição do devedor, reputado como o mais fraco no jogo contratual. Como assevera o Ministro OROSIMBO NONATO<sup>20</sup>, na dúvida, sempre se decide contra o estipulador e em proveito de quem contraiu a obrigação, regra que é também de inspiração romana (*ambiguitas contra stipulatorem est*), encontrando no direito moderno acolhida universal; *b*) em segundo lugar, o cumprimento da obrigação depende sobretudo da atuação do devedor. Razoável, pois, se lhe facilite o implemento<sup>21</sup>.

A escolha deve ser realizada no prazo fixado pela convenção; se não houver fixação de prazo, o devedor será notificado, para efeito de sua constituição em mora<sup>22</sup>. Efetivamente, se a escolha pertence ao devedor, mas ele não a efetua na época do vencimento, ou no prazo fixado, incorre em mora, ainda que ilíquida uma das presta-

19. *Revista Forense*, 110/187.

20. *Revista Forense*, 139/106.

21. Aliás, o direito de escolha, que é a mais importante questão que se abre no estudo da obrigação alternativa, já cabia ao devedor no direito romano (*cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet*) (*Digesto*, Liv. 23, Tít. 3, Frag. 10, § 6º).

22. *Revista dos Tribunais*, 164/278.

ções<sup>23</sup>; todavia, a mora não o priva do direito de escolha, nem acarreta a inversão, como no vigente direito italiano (art. 1.287)<sup>24</sup>.

A opção pode referir-se não só às próprias prestações, como também aos demais elementos circunstanciais que as rodeiam, como tempo, lugar, condições de entrega, bem como o foro em que se travará a demanda. Todos esses elementos podem ficar alternativamente à escolha do devedor ou do credor<sup>25</sup>.

Mas a escolha pode caber ao credor. Nenhuma lei proíbe tal imputação; nem se trata de *jus cogens*. Efetivamente, em vários casos, a opção é cometida ao credor pela própria lei. É o que sucede, por exemplo, com a hipótese prevista no art. 1.395 do Código Civil de 2002: o usufrutuário pode empregar a importância do crédito sobre o qual recai o direito real em títulos da mesma natureza, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de atualização monetária.

Nada impede, por conseguinte, que a vontade das partes, decisiva em tal questão, outorgue ao credor o direito de escolha. Essa inversão não altera a natureza nem o caráter da obrigação alternativa. Mas é preciso seja expressa, embora não se requeiram palavras sacramentais. Não havendo pacto concludente, instituindo a *electio creditoris*, não pode o credor irrogar-se semelhante atribuição<sup>26</sup>.

Assim, ingressando em juízo para reclamar o cumprimento da obrigação, caber-lhe-á formular alternativamente seu pedido, deixando ao devedor plena liberdade de escolha. Não poderá ele exigir, destarte, uma ou outra prestação, muito menos sua cumulação, porque, se o fizesse, estaria a privar o réu do direito de opção, que a lei ou o contrato lhe assegurava.

Mudará de figura o caso se a escolha for expressamente, categoricamente cometida ao credor. Nessa hipótese, se ele tiver de acionar o devedor, manifestará na inicial, desde logo, sua predileção, para que o juiz possa afinal atendê-lo, em conformidade com o libelo. Ao credor assiste igualmente o direito de ajuizar ação *ad exhiben-*

23. AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, pág. 26.

24. Como se vê, situação inversa à prevista no art. 413 do Código de Processo Civil.

25. LAFAILLE, *Tratado de las Obligaciones*, 2/102.

26. "Sem declaração expressa em contrário, a escolha no cumprimento da obrigação alternativa cabe ao devedor que deve para tanto ser notificado, se não houver fixação de prazo" (*Rev. dos Tribs.*, 164/278). Essa decisão está consagrada pela doutrina.

*dum*, como medida preparatória destinada a fazer valer suas razões e assim exercitar o direito de escolha<sup>27</sup>.

Atribuindo ao credor a opção, o contrato deverá determinar ainda o prazo dentro do qual ela se efetuará. Sendo omissivo, citar-se-á o credor para que, em cinco dias, eleja a prestação, sob pena de ser depositada, em lugar, dia e hora designados, a que for escolhida pelo devedor. É a disposição constante do art. 894 do Código de Processo Civil, combinada com o art. 342 do Código Civil de 2002, aplicáveis não só às obrigações de coisas indeterminadas como às alternativas<sup>28</sup>. O credor que, tendo direito de eleição, não o exercita oportunamente incorre em *mora creditoris*, invertendo-se a opção. Não cogita a lei civil dessa inversão, que se impõe, todavia, como justo castigo à inércia do credor moroso e como único meio para obter-se pronto cumprimento da obrigação.

Se vários os credores, deliberará a maioria, calculada não pelo número, senão pelo valor das quotas de cada um. No mesmo sentido dispõe o projeto de reforma do Código Civil Argentino (art. 637). Perante o Código Polonês de Obrigações, a falta de acordo transfere a escolha para o tribunal (art. 25).

Se houver empate, deliberará o juiz, por aplicação analógica do art. 1.325, § 2º, do Código Civil de 2002. Sublinhe-se ainda que o direito de escolha se transmite, em regra, aos herdeiros do credor e do devedor<sup>29</sup>.

A escolha pode caber ainda a terceiro, estranho aos interessados. Tal estipulação não repugna ao direito civil, que a faculta, por exemplo, quanto à fixação do preço no contrato de compra e venda (art. 485 do Cód. Civil de 2002) e quanto à designação do herdeiro, no caso do art. 1.901, n. I, do Código de 2002.

Quando a escolha cabe a terceiro, ela vale como verdadeira condição. Sua deliberação é, assim, imprescindível, constituindo verdadeiro requisito para o aperfeiçoamento do negócio jurídico<sup>30</sup>. Se o

27. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 3/435.

28. MACHADO GUIMARÃES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, pág. 303; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 4/314 e 315; *Revista Forense*, 139/104.

29. RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 8ª ed., 2/22, nota 1.

30. DERNBURG, *Diritto delle Obligazioni*, pág. 110; GIUSEPPE GROSSO, *ob. cit.*, pág. 166.

terceiro, por doença, morte, ausência, recusa ou outro impedimento, não realiza a escolha, a obrigação não se completará, daí resultando sua nulidade, por falta de um de seus elementos essenciais.

Qual a natureza jurídica da função exercida por esse terceiro? A mesma dúvida paira a respeito do encargo cometido a terceiro na fixação do preço em contrato de compra e venda. Para uns, é perito, para outros, árbitro e ainda, para outros, mandatário.

Perito não é, certamente, porque laudo pericial tem caráter facultativo, tanto para as partes como para o juiz, ao passo que a deliberação do terceiro, no desempenho do encargo cometido, é compulsória para ambas as partes e insuscetível de impugnação em juízo. Árbitro igualmente ele não é, porque nenhum litígio existe ainda a decidir, nem há que observar o formalismo instituído para o juízo arbitral. Parece, portanto, que o terceiro encarregado da escolha deve ser havido como mandatário. Sua opção equivale à efetuada pelos próprios interessados, de que é representante, sendo por isso obrigatória, coercitiva.

Por fim, a escolha da prestação, nas obrigações alternativas, pode ser determinada por sorteio. Permite-o, sem dúvida, o art. 817 do Código Civil de 2002. Ao direito não repugna a invocação da sorte para a solução de determinadas controvérsias.

Poder-se-ia indagar da natureza jurídica da opção. Trata-se, indubitavelmente, de ato jurídico unilateral, em que a declaração da vontade é feita por uma só parte, embora nela possam concorrer diversas pessoas. É declaração unilateral da vontade, provida de obrigatoriedade. Aí está, no dizer de VON TUHR, a resposta mais indicada e mais clara em sua aplicação.

*Da concentração* — O ato da escolha, tecnicamente, recebe o nome de *concentração*. O objeto da obrigação, até então relativamente indeterminado, determina-se de modo definitivo<sup>31</sup>. Por seu intermédio, as prestações *in obligatione* reduzem-se a uma só. É um fenômeno de decantação, que tem a virtude de transformar em obrigação simples a obrigação alternativa.

O ato não se reveste de forma especial, mesmo porque o direito moderno tem a preocupação de evitar o formalismo e facilitar a realização dos negócios jurídicos<sup>32</sup>. Essa orientação vem expressa no art.

31. RUGGIERO-MAROI, *ob. cit.*, 2/22.

32. DEMOGUE, *Traité des Obligations*, 1/279.

107 do Código Civil de 2002. Pode ser externado pelo devedor até o ato do pagamento, e pelo credor, até o instante de seu ingresso em juízo<sup>33</sup>.

Em doutrina, é questão controvertida a de saber se a concentração depende ou não de anuência da outra parte para tornar-se eficaz. Segundo uns, como RUGGIERO<sup>34</sup>, a aceitação é indispensável, porque enquanto não venha a ser manifestada subsiste para o optante o *jus variandi*, isto é, o direito de mudar de idéia (*mutatio voluntatis*) e assim alterar a prestação. Já para outros, como POLACCO<sup>35</sup> e GIORGI<sup>36</sup>, efetuada a escolha, torna-se irrevogável e definitiva, uma vez comunicada à parte contrária, ou a ambas, se feita por terceiro.

Parece-nos que este último ponto de vista é o mais correto: o interessado, a quem caiba o direito de escolha, pode exercitar a *variatio* enquanto não cientificada do ato a parte contrária. Realmente, que mal existe em permitir mudança de opção, se desta ainda não teve notícia o outro contratante e nenhum legítimo interesse vem a ser sacrificado?

Portanto, na falta de comunicação, o *jus variandi*, como o próprio ato de escolha, pode ser exercido pelo devedor até o pagamento, e pelo credor, até o momento em que se inicia a ação de cobrança, sem que lícito seja distinguir entre obrigações alternativas *ex lege* e obrigações alternativas oriundas da vontade das partes.

Comunicada a escolha, porém, ela se cristaliza, petrifica-se, tornando-se irreatável unilateralmente. Em tal conjuntura, o interessado, devedor ou credor, já não mais poderá variar, entendendo-se que sua opção diz respeito à totalidade da prestação (salvo a hipótese do art. 252, § 2º, do Cód. Civil de 2002). Consumada a escolha e transmitida à outra parte, não é mais possível reconsiderá-la. Se assim não fora, ficaria o outro interessado sujeito indefinidamente à inconstância, à versatilidade ou à malícia daquele que detém a faculdade de eleição<sup>37</sup>. Ressalva-se, é óbvio, caso em que haja acordo de ambas as partes contratantes.

33. WALTER STERN, *Nuovo Digesto Italiano*, voc. "Obbligazione".

34. *Instituições de Direito Civil*, 3/38.

35. Ob. cit., pág. 226.

36. Ob. cit., vol. 4º, n. 430.

37. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, 11/113; *Revista dos Tribunais*, 138/238; *Arquivo Judiciário*, 107/388; *Revista Forense*, 121/169.

Dispõe o Código Civil de 2002, no art. 252, que nas obrigações alternativas a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou. Mas adverte o § 1º que não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra. Ele deve uma ou outra; não pode, destarte, fracioná-las para impor ao credor o recebimento de parte de uma e de parte de outra.

De forma diversa, ter-se-ia infringido o princípio da indivisibilidade do pagamento, estabelecido pelo art. 314 do Código Civil de 2002. *Mutatis mutandis*, as mesmas considerações são extensivas ao credor, quando lhe couber o direito de opção. Não pode ele pretender pagamento mediante porções separadas das prestações devidas alternativamente<sup>38</sup>. O citado art. 252, § 1º, do Código de 2002 contém um princípio racional, haurido no direito romano, comum a quase todas as legislações contemporâneas<sup>39</sup> e que se harmoniza com o nosso sistema jurídico.

Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período (art. 252, § 2º, do Cód. Civil de 2002). Assim, a escolha feita num período não obriga o devedor a mantê-la nos períodos subseqüentes. O direito à eleição renova-se em cada período de doze meses. Por exemplo, obriga-se o devedor a pagar determinada importância ou a entregar dez sacas de café anualmente. Em cada exercício que passa, pode o devedor optar ora pelo pagamento em dinheiro, ora pela execução em mercadoria, à sua livre escolha. Semelhante arbítrio não deixa de ser passível de censura, porquanto gera incerteza e submete o credor, indefinidamente, à vontade do devedor.

Em tal modalidade, adite-se ainda, existem tantas obrigações alternativas quantos os períodos estabelecidos ou convencionados pelos contratantes. Mas só para o devedor renasce a alternativa; ao credor, se lhe pertencer o direito de escolha, não se aplica o dispositivo. É o que se infere do questionado § 2º.

O § 3º do art. 252 do Código Civil de 2002 preceitua: "No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação".

Esse parágrafo, segundo Mário Luiz Delgado Régis, apoiado na lição de Sílvio de Salvo Venosa: "... trata da pluralidade de optantes,

38. AUBRY ET RAU, *Droit Civil Français*, 4/70.

39. COSENTINI, *Code International des Obligations*, pág. 70.

prevendo que, 'não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação'. Alguns autores contestam essa solução, sustentando que deveria prevalecer a vontade da maioria, qualificada pelo valor das respectivas quotas-partes (cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2001, v. 2, p. 106)<sup>40</sup>.

O § 4º trata da hipótese de opção deferida a terceiro, dispondo que, se "este não quiser ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes". Ou seja, no caso de recusa ou impossibilidade do terceiro, a escolha é transferida ao Juiz, permanecendo íntegro o vínculo obrigacional. No Código Civil de 1916 haveria a nulidade da obrigação, vez que a atuação do terceiro era condição essencial ao ato jurídico. A não-atuação do terceiro na eleição, segundo o Código anterior, fazia com que não se completasse a obrigação, por inexistência de um de seus elementos essenciais, decorrendo daí sua nulidade. Nesse aspecto, andou muito bem o novo Código, desvinculando a questão da atuação do terceiro da própria validade da obrigação alternativa. O terceiro, até pela denominação, não é sujeito da obrigação, mas sim mandatário ou representante dos interessados<sup>41</sup>.

40. MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS, *Novo Código Civil Comentado*, Coord. Ricardo Fiuza, 5ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2006, pág. 212.

41. MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS, ob. cit., pág. 212.

"Apelação Cível. Ação de cobrança. Obrigações alternativas. Possibilidade de a sentença facultar ao devedor qual das obrigações prefere adimplir, desde que não exista acordo que afaste a incidência do art. 252 do Código Civil. A escolha, nas obrigações alternativas, cabe ao devedor, se outra coisa não foi estipulada; caso dos autos. Correta a sentença, portanto, que dá ao réu a faculdade de optar pelo pagamento de quantia ou entrega de coisas, dando-lhe prazo para tanto. Correção monetária. Termo inicial da incidência. Sentença reformada. A correção do valor da parte pecuniária da obrigação alternativa deve ser corrigida desde a data posta no documento que dá conta da existência do débito, porque desde lá o valor cru sofreu aviltamento frente à desvalorização da moeda. Distribuição dos ônus sucumbenciais. Sucumbência recíproca. Divisão dos encargos. Apelação parcialmente provida" (Apelação Cível 7.001.6471.898, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 20-12-2006).

"Processo civil — Ação de cobrança — Instrumento de confissão de dívida — Quitação parcial da obrigação — Ausência de comprovação — Escolha da obrigação alternativa a ser exercida por ocasião da execução. 1 — Cabe ao réu o ônus de comprovar a quitação parcial da obrigação representada pelos contratos de confissão de dívida acostados aos autos pelo autor. Se não junta documentos suficientes para tanto, mister é a procedência do pedido formulado na ação de cobrança. 2 — Não merece reforma a r. sentença que assegura ao réu o direito de escolha da obrigação alternativa entabula-

*Impossibilidade das prestações* — Examinemos agora a questão da impossibilidade ou inexecutabilidade de uma, algumas ou todas as prestações, analisando separadamente as várias hipóteses em que a escolha caiba ora ao devedor, ora ao credor.

A regra geral é ministrada pelo art. 253 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: "Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexecutável, subsistirá o débito quanto à outra".

Dois hipóteses estão aí figuradas: a) uma das duas prestações não pode ser objeto da obrigação; b) uma das duas prestações se torna inexecutável. Em ambos os casos, diz a lei, subsiste o débito quanto à outra.

Suponha-se, por exemplo, no tocante à letra a, que o devedor se obrigue a pagar certa soma ou a entregar certo imóvel, o qual, todavia, é inalienável. Em tal hipótese, conquanto rotulada de alternativa, a obrigação é simples, subsistindo como débito a única prestação que remanesce. Aliás, o Código Civil Italiano é também expresso a respeito (art. 1.288).

Imagine-se agora a segunda hipótese: uma das duas prestações se torna inexecutável. Por exemplo, obriga-se o devedor a demolir certa obra ou a introduzir-lhe determinados melhoramentos; entretanto, para a realização destes, não obtém licença da autoridade competente. Como no caso anterior, subsiste o débito quanto à prestação que resta.

Não se pode absolutamente pensar na extinção da obrigação em qualquer das duas hipóteses. A extinção só se verifica quando nenhuma das prestações é praticável ou executável. Se apenas uma se impossibilita, subsiste a outra<sup>42</sup>.

Dessa conclusão não se pode fugir, quer seja intencional, quer involuntária a inexecutabilidade. Com culpa ou sem ela, o devedor

da, a ser exercida por ocasião da execução" (TJDF, APC 2001.01.1.037661-0, Rel. Des. Vasquez Cruxên, DJU, 27-8-2003, p. 43). "Ação monitória. Notas promissórias prescritas. Obrigação alternativa. Má-fé. 1. Tendo o devedor escolhido uma das formas alternativas de cumprimento do contrato, não pode a credora lhe exigir o cumprimento de forma diversa. Inteligência do art. 884 do CC/16, vigente à época dos fatos. 2. Litigância de má-fé configurada. Negaram provimento à apelação" (TJRS, Apelação Cível 70.004.004.446, 19ª Câmara Cível, Rel. José Francisco Pellegrini, j. 27-3-2007).

42. *Revista Forense*, 84/110.

responderá sempre pela prestação que sobrevive à eliminação da alternativa.

De conformidade ainda com o questionado preceito legal, idêntica a solução, quer seja física ou jurídica a superveniente causa de impossibilidade. Por exemplo, o vendedor obriga-se a entregar seu cavalo preto ou seu cavalo branco, na ignorância de que este último já havia morrido (impossibilidade física); o devedor compromete-se a renunciar herança de pessoa que, depois, se verifica estar viva, ou a abrir mão de legado a que fizera jus noutra sucessão (impossibilidade jurídica). Dada a impraticabilidade de uma das duas prestações (física no primeiro caso, jurídica no segundo), subsistirão, em ambas as obrigações, apenas as possíveis ou praticáveis, que constituirão assim o objeto do pagamento.

Se a obrigação, porém, sob aparente alternativa, mascara alguma prestação ilícita, reforçada pela inserção de cláusula penal, nula será a estipulação. Considere-se exemplo ministrado por HUC<sup>43</sup>: alguém se obriga a prestar falso juramento ou a pagar certa quantia; ou, então, no exemplo de ALVES MOREIRA<sup>44</sup>: Antônio obriga-se a fazer contrabando com Pedro, ou a dar a este duzentos escudos. Em ambos os casos a obrigação é nula, por ilícito ou imoral seu objeto. A invocação de cláusula penal, sob o aspecto de alternativa, é mero expediente, a ser considerado como estipulação acessória, cuja sorte está presa à principal; se esta é nula, nula será igualmente a pena convencional.

É questão controvertida a de saber se o devedor, a quem cabe o direito de escolha, pode se liberar após o perecimento de um dos objetos, satisfazendo não o remanescente, mas a respectiva estimação, o valor do objeto perdido.

Doutrinariamente, a opinião dominante é pela admissão dessa faculdade, sustentando-se que com o perecimento de um dos objetos a obrigação se transforma de alternativa em facultativa. *In obligatione* permanece apenas o objeto remanescente, mas, *in solutione*, concede-se ao devedor a faculdade de liberar-se mediante entrega do preço ou da *aestimatio* do objeto perdido<sup>45</sup>.

43. *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, 7/391.

44. *Instituições de Direito Civil Português*, 2/69.

45. SCIALOJA, "Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche", in *Studi Giuridici*, 2/110.

Inclinamo-nos, contudo, pelo ponto de vista oposto. Não assiste ao devedor o direito de oferecer o valor da prestação que se torna impossível ou inexequível. Ele só se liberará entregando ao credor a prestação remanescente, como de expresso dispõe, sem qualquer temperamento, o citado art. 253 do Código Civil de 2002. De outra forma, com infração ao estatuído pelo art. 313, estaria ele a constringer o credor a receber *aliud pro alio*.

Acabamos de examinar a hipótese em que, de duas prestações, uma não pode ser objeto de obrigação, ou se torna inexequível. Vejamos agora o caso em que a impraticabilidade atinge todas as prestações.

Se a eventualidade ocorre sem culpa do devedor, extingue-se a obrigação, liberando-se as partes contratantes. Não se pode realmente conceber a sobrevivência da relação jurídica a que falte o respectivo objeto (art. 104 do Cód. Civil de 2002).

É o que prescreve o art. 256 do mesmo Código: se todas as prestações se tornarem impossíveis, sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.

Realmente, a impossibilidade sobrevinda sem culpa exime o devedor do cumprimento da obrigação. Mas o efeito liberatório só se verificará se não estava em mora. Se já incorrera em mora, o devedor responde pela impossibilidade, ainda que esta haja resultado de caso fortuito, ou de força maior, ocorridos durante o atraso, salvo se provar a causa de isenção a que se refere o art. 399 da lei civil de 2002.

Liberando-se com a impossibilidade superveniente, adstringe-se o devedor a restituir ao credor o que deste havia recebido anteriormente. Se houver recusa de sua parte, haverá lugar para a propositura da *condictio indebiti*, a fim de ser recobrado o indevido.

Pode ocorrer que a impossibilidade total, compreensiva de todas as prestações, promane de culpa do devedor. Ante essa eventualidade, não pode ele fugir à imposição do art. 254 do Código Civil de 2002: "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".

Na hipótese desse artigo, o devedor frustra, culposamente, todas as prestações. Considerá-lo liberado, como no caso do art. 256 do Código Civil de 2002, seria premiar a má fé e a desonestidade (*nemo potest ex malitia propria, suam conditionem meliorem facere*), além de



contravir o disposto no art. 186 do Código Civil de 2002, uma das vigas mestras do direito civil, ao lado do direito de propriedade e da família, na conhecida lição de DUGUIT. Justo, portanto, pague o valor de uma delas. Determina o Código que o credor seja indenizado pela *aestimatio* da que por último se impossibilitou, porque desta é que o obrigado se tornou afinal efetivamente devedor, quando a alternativa se converteu em pura e simples pela eliminação da primeira prestação. A essa *aestimatio* adicionam-se as perdas e danos (art. 389 do Cód. Civil de 2002), verba que CLÓVIS<sup>46</sup> reputa desarrazoada e injusta, mas que, ao inverso, em nosso modo de ver, é plausível, como merecida punição à culpa com que se houve o devedor<sup>47</sup>.

Finalmente, pode ainda suceder que um dos objetos, na obrigação alternativa, pereça por culpa e outro sem culpa. À guisa de solução, há quem preconize a perpetuação da prestação culposamente perdida. Mas, como adverte PAULO MERÊA<sup>48</sup>, segundo a doutrina geralmente ensinada, deve aplicar-se também a disposição do art. 254 do Código Civil de 2002 à hipótese em que uma das prestações se torne impossível por caso fortuito e a outra, por culpa do devedor. Quer dizer, o devedor pagará o *quantum* da que por último se impossibilitou, acrescido do valor das perdas e danos. Suprimindo intencionalmente uma delas, subentende-se que o devedor escolheu a que restou. Em tal hipótese, a concentração é ficta, realizada por antecipação, já que normalmente ela só se torna efetiva na ocasião do pagamento.

Estudamos, até agora, as diferentes hipóteses em que a escolha compete ao devedor. Cumpre analisar, em seguida, a situação legal quanto aos riscos, quando o direito de opção foi conferido ao credor.

Acompanhando esquema traçado pelo mesmo MERÊA, distinguiremos seis hipóteses diferentes: *a)* perece uma das coisas sem culpa do devedor; *b)* perece uma das coisas por culpa do devedor; *c)* perecem ambas por culpa do devedor; *d)* perecem ambas sem culpa do devedor; *e)* perece a primeira sem culpa e a outra por culpa do devedor; *f)* perece a primeira por culpa do devedor e a segunda sem culpa.

46. *Código Civil Comentado*, 4/31.

47. V. Anteprojeto de Código das Obrigações, art. 114; Projeto Revisto, art. 113.

48. *Código Civil Brasileiro*, pág. 305.

A primeira hipótese é regida pelo mesmo art. 253 do Código Civil de 2002. Em tais condições, subsiste o débito quanto à coisa ou objeto remanescente. A segunda é disciplinada pelo art. 255: o credor terá o direito de exigir ou a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos. A terceira é regulada pelo mesmo art. 255: poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos. Ocorrendo a hipótese prevista na letra *d* (*supra*), extingue-se a obrigação, em conformidade com o art. 256 do Código Civil. Se é a quinta hipótese que se verifica, o dispositivo aplicável é o do art. 253, combinado com o art. 234, vale dizer, subsiste o débito quanto ao objeto remanescente, respondendo o devedor, outrossim, pelos prejuízos. Finalmente, verificada a derradeira hipótese, disciplinada pelo art. 255 do Código Civil, assiste ao credor o direito de optar entre a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos.

PLANIO<sup>49</sup> condena todo esse casuísmo, entendendo que semelhante luxo de pormenores é despido de utilidade prática, podendo, por isso, ser suprimido sem o menor inconveniente.

*Escolha pelo credor* — Como se frisou, o direito de escolha normalmente compete ao devedor; entretanto, insista-se, pode o título obrigacional outorgar tal escolha ao credor, desde que o faça em termos claros e inuvidosos.

É chegada a ocasião de lembrar a existência de casos em que a escolha por parte do credor decorre da própria lei, ou então da natureza da obrigação.

Decorre da lei, por exemplo, nos casos previstos nos arts. 235, 327, parágrafo único, 1.289 e 1.988 do Código Civil de 2002. Resulta da natureza da obrigação, como no exemplo apontado por FERRARA<sup>50</sup>, das cadernetas quilométricas dos viajantes, emitidas pelas estradas de ferro e que comportam inúmeras combinações, cabendo ao respectivo titular, isto é, ao credor, escolha do trajeto, do comboio e do dia da viagem.

Outro exemplo expressivo, ministrado por TORRENTE<sup>51</sup>, é o da escolha de brinde entre os muitos oferecidos por certa firma, para estímulo da freguesia, ou dos participantes de um concurso. Todavia,

49. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. 2º, n. 710.

50. *Diritto Privato Attuale*, pág. 143.

51. *Manuale di Diritto Privato*, pág. 309.

bem mais interessante é o da escolha pelo comprador, que adquire a “cabeceira” de um rebanho, modalidade de negócio muito freqüente nas zonas que se dedicam à pecuária.

Repita-se, porém: na falta de estipulação em contrário, ou sendo duvidosa a avença, a escolha deve competir ao devedor.

*Legado alternativo* — No direito das sucessões é também contemplado o legado alternativo, disciplinado pelo art. 1.932 do Código Civil de 2002. Mas, na obrigação alternativa, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou (art. 252), ao passo que, no legado alternativo, presume-se apenas haver sido deixada ao herdeiro a opção. Contudo, a exemplo do que sucede na obrigação alternativa, pode o testador inverter a determinação legal, dispondo que a escolha caiba ao legatário. Exemplo expressivo é o de Suetônio, reportado por LOMONACO<sup>52</sup>: foi legado a Tibério um quadro obscuro de Parrásio; como o testador receasse molestar o imperador com a torpeza da cena representada, facultou-lhe a opção por certa soma em dinheiro. Relata o cronista, com certa malícia, que Tibério não só preferiu a tela como a colocou em seus aposentos.

Estabelece ainda o art. 1.933 do Código Civil de 2002 que, “se o herdeiro ou legatário a quem couber a opção falecer antes de exercê-la, passará este poder aos seus herdeiros”.

Essas analogias entre a obrigação alternativa e o legado alternativo avultam com a superveniente impossibilidade da prestação. Prescreve realmente o art. 1.940 do Código Civil de 2002 que, “se o legado for de duas ou mais coisas alternativamente, e algumas delas perecerem, subsistirá quanto às restantes; perecendo parte de uma, valerá, quanto ao seu remanescente, o legado”.

Não é preciso insistir. Bastam esses traços mais expressivos para ressaltar a estreita afinidade entre ambos os institutos jurídicos.

*Últimas disposições* — Há pouco fizemos alusão a um dos casos de repetição do indevido, que podem surgir no cumprimento das obrigações alternativas. Outros mais ocorrerão eventualmente. Quicá o mais expressivo é o que provocou a conhecida dissensão entre sabinianos e proculeanos: ignorando a natureza alternativa da obrigação, que supunha simples, o devedor efetua o pagamento. Pode ou não repeti-lo, para exercer depois o direito de escolha?

52. Ob. cit., 4/320.

Pugnavam os proculeanos pela inadmissibilidade da *condictio* em tal hipótese; em ponto oposto situaram-se os sabinianos. Foi este último entendimento, impregnado pela equidade, que logrou triunfar no direito romano, transportando-se assim para o direito moderno. Nessas condições, verificada a hipótese, força admitir a repetição, a fim de que o devedor exercite o direito de opção.

Com mais forte razão, acolhe-se a *condictio*, quando o devedor, induzido em erro, solve todas as prestações, supondo que a obrigação é conjuntiva ou cumulativa, e não alternativa. A falta de causa para o pagamento global legitima a repetição, nos termos dos arts. 876 e 877 do Código Civil de 2002.

Se lhe compete o direito de opção, pode repetir a prestação que escolher, quer tenha sido simultâneo, quer sucessivo o pagamento efetuado. Se do credor a escolha, o libelo na *condictio* há de ser alternativo, ressalvando-se ao réu o direito de conservar a prestação que lhe aprouver e escolher.

Em matéria de pagamento, atender-se-á às seguintes ponderações: se a escolha cabe ao devedor, este efetua a opção, entregando ao credor a prestação escolhida. Havendo recusa, caberá ação de consignação em pagamento (Cód. Civil de 2002, art. 335, n. I, c/c o art. 890 do Cód. Proc. Civil). Se o devedor não escolhe, nem solve a obrigação, tentará o credor a competente ação, pedindo alternativamente uma ou outra prestação. A sentença será igualmente exarada sob forma alternativa, processando-se-lhe a execução em conformidade com o art. 571 do estatuto processual.

Se do credor a escolha, cabe a este manifestá-la no prazo e forma legais, podendo recorrer à ação de exibição<sup>53</sup> para obter a apresentação das prestações sujeitas à opção. Mas poderá intentar desde logo o petitório, executando, a final, a sentença alternativa, pela forma do art. 571, § 2º, da lei processual. Se o credor se abstém, pode o devedor socorrer-se da ação a que se refere o art. 894 do Código de Processo Civil, com inversão do direito de escolha.

53. A ação de exibição (*ad exhibendum*) é de natureza *in rem scriptae*, nesse sentido de que tem origem numa obrigação pessoal, mas real é a sua direção. É a ação por via da qual uma pessoa pede contra outra presente determinada coisa, para que a primeira possa exercer seu direito. O exemplo típico, apontado por PAULA BATISTA (*Compêndio de Teoria e Prática do Processo*, pág. 26), é precisamente o da ação que compete ao legatário de coisa a escolher.

Se o credor, depois de efetuar a escolha, ajuíza ação contra o devedor para obter a entrega da prestação escolhida, perde o direito de exigir a outra, ganhe ou decaia do processo que intentou<sup>54</sup>. É, como se vê, a aplicação do velho princípio *electa una via non datur regressus ad alteram*<sup>55</sup>. Assim, na hipótese prevista no art. 107 da Lei n. 6.404, de 15-12-1976, se a sociedade anônima opta pela venda das ações não integralizadas, não pode depois executar o subscritor faltoso<sup>56</sup>.

Outrossim, tenha-se ainda presente que, no caso de restituição em falência, não há faculdade de escolha, não se cuidando, pois, de obrigação alternativa. Julgada procedente, cabe à massa devolver as mercadorias reclamadas; se não mais existirem, será a prestação convertida em dinheiro<sup>57</sup>.

Por último, deve ser lembrado que, em contrato de incorporação imobiliária, tem sido proclamada a legalidade de cláusula contratual prevendo índices alternativos de reajuste para preservação do equilíbrio contratual, a critério do incorporador, o que não configura condição potestativa<sup>58</sup>.

54. MACKELDEY, *Droit Romain*, pág. 188.

55. *Arquivo Judiciário*, 107/388. Essa decisão está consagrada pela doutrina.

56. *Revista Forense*, 121/169.

57. *Revista dos Tribunais*, 112/560; Decreto-lei n. 7.661, de 21-6-1945, art. 78, § 2º.

58. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 142/243.

## DAS OBRIGAÇÕES FACULTATIVAS

GENERALIDADES. CONCEITO. COMO SE DISTINGUEM DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS. COMO SE DISTINGUEM DA CLÁUSULA PENAL. DA DAÇÃO EM PAGAMENTO. OUTRAS DISPOSIÇÕES.

*Generalidades* — O Código Civil Brasileiro de 2002 não reservou preceitos especiais para as obrigações facultativas. Aliás, diga-se de passagem, não são raras as legislações que omitem sua regulamentação, enquanto outras delas se ocupam de modo rudimentar. Ante essa indiferença, sentimo-nos propensos a dizer das obrigações facultativas o que JULIEN BONNECASE<sup>1</sup> afirmou da anticrese em relação aos demais direitos reais de garantia: uma espécie de parente pobre das obrigações alternativas.

No entanto, como logo se verá, têm elas sua importância, razão por que, sob tal aspecto, digno de aplauso é o velho anteprojeto de Código das Obrigações, que lhes salientou particularmente a figura (art. 205), posição esta, infelizmente, não adotada pelo Código Civil de 2002.

A propósito, a primeira observação a fazer prende-se à sua terminologia, que, positivamente, é defeituosa e imprecisa. *Facultativo* quer dizer arbitrário, dependente da vontade, que permite se faça ou não se faça alguma coisa<sup>2</sup>, situação que, indubitavelmente, não se compadece com a natureza coercitiva do vínculo obrigacional, cons-

1. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE, "Supplement", 5/215.

2. CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*.