

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 intentou⁵⁴. É, como se vê, a aplicação do velho princípio *electa una via non datur regressus ad alteram*⁵⁵. 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 faltoso⁵⁶.

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 dinheiro⁵⁷.

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 potestativa⁵⁸.

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 BONNECASE¹ 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 coisa², 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*.

tituindo, assim, a expressão *obrigação facultativa verdadeira contradictio in adjectis*. O que é obrigatório não pode evidentemente ser facultativo, ou potestativo.

O projeto de reforma do Código Civil Argentino (1936) atribui-lhes denominação mais adequada, mais aproximada da realidade, porém ainda de todo não satisfatória: *obrigações de pagamento facultativo*. Com mais exatidão ENNECCERUS-KIPP-WOLFF³ a elas se referem sob a rubrica *obrigações com faculdade alternativa, com faculdade de solução ou com faculdade de substituição*. Adotando a mesma técnica, o citado anteprojeto de Código das Obrigações chamou-as de *obrigações com faculdade de mudança de objeto*.

Dissemos há pouco que tais obrigações desfrutavam de relativa importância, e vamos demonstrá-lo com exemplo bastante expressivo. De acordo com o art. 1.233 do Código Civil de 2002, quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor. No dizer de BETTI⁴, trata-se de norma que impõe ao indivíduo determinado comportamento positivo em face de um direito real alheio, fazendo assim exceção à regra do simples dever geral de abstenção, inerente aos direitos reais.

De acordo com o art. 1.234 do Código Civil de 2002, o que restituir a coisa achada, nos termos do artigo precedente, terá direito a recompensa e a indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e o transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la. Por conseguinte, libera-se este com o pagamento daquelas verbas (recompensa e despesas); mas se exonerará também abandonando, facultativamente, a coisa achada.

Outro exemplo, igualmente extraído da lei civil de 2002: as obras necessárias à conservação e uso de uma servidão podem incumbir ao dono do prédio serviente; em tal hipótese, deve ele suportá-las, mas o Código Civil de 2002 lhe reserva a faculdade de liberar-se, abandonando a propriedade ao dono do prédio dominante (art. 1.382).

Mais um exemplo: o contrato comporta alienação de uma coisa contra o pagamento do preço estipulado; entretanto, o comprador reserva-se o poder de liberar-se mediante dação em pagamento de

3. *Derecho de Obligaciones*, 1/114.

4. *Teoria Generale delle Obbligazioni*, pág. 14.

coisa determinada. Nesse caso, em que não há troca, mas venda, só o preço se acha *in obligatione*: a coisa a ser dada em pagamento encontra-se *in facultate solutionis*⁵.

Outra hipótese: no transporte de mercadorias por via marítima, em que há seguro obrigatório, se elas se perdem ou se deterioram, é a companhia seguradora obrigada a pagar a correspondente indenização, reservando-se-lhe, todavia, o direito de optar pela reposição do objeto segurado.

A enumeração poderia prosseguir: Código Civil de 2002, art. 635; Consolidação das Leis do Trabalho, art. 475, § 1º. Vê-se assim, pelos vários casos apontados, a importância prática de que se reveste a teoria das obrigações facultativas, digna, certamente, de maior apreço por parte do legislador, que tão avaro se mostrou a seu respeito.

Conceito — Feitas essas considerações preliminares, cabe-nos definir agora a obrigação facultativa. Parece-nos absolutamente correta a definição do art. 643 do Código Civil Argentino: obrigação facultativa é aquela que, não tendo por objeto senão uma só prestação, confere ao devedor a faculdade de substituí-la por outra⁶.

Ao nascer a obrigação, existe unidade de objeto, a prestação é uma única; todavia, para facilitar-lhe o pagamento, outorga-se ao devedor a excepcional faculdade de liberar-se mediante prestação diferente. Nessas poucas palavras vem perfeitamente delineada a fisionomia da obrigação facultativa.

Não se imagine seja moderna semelhante construção jurídica. Os romanos já a conheciam, como se pode verificar por meio do exemplo ministrado por ADOLFO GIAQUINTO⁷: o proprietário de um cão obrigado a indenizar o dano por este causado podia exonerar-se mediante a entrega do próprio animal (*noxae deditio*).

Como se distinguem das obrigações alternativas — A maior dificuldade que se depara no estudo das obrigações facultativas é a sua diferenciação das obrigações alternativas. Realmente, não se confun-

5. DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 4/445.

6. O Código Civil Argentino é daqueles que mais desenvolvidamente disciplinaram a obrigação facultativa, reservando-lhe nada menos de nove artigos (643 a 651).

7. *Codice Civile, Libro delle Obbligazioni*, de MARIANO D'AMELIO e ENRICO FINZI, 1/235.

dem as duas modalidades. Nestas, existem dois ou mais objetos, sendo cumprida a obrigação pela entrega de um deles apenas (*illud aut illud*); naquelas, o objeto devido é um só, mas o devedor tem a faculdade de obter sua exoneração mediante a entrega de objeto diferente (*aliud pro alio*).

A antítese entre ambas ressalta à evidência com as antigas fórmulas: na alternativa, têm-se *duae res vel plures in obligatione, una autem in solutione*; na facultativa, existe apenas *una res in obligatione duae in solutione*. Aí está, por conseguinte, o traço mais expressivo da diferença: na alternativa, há pluralidade; na facultativa, unidade de objeto ao contrair-se a obrigação.

Bem diversa, portanto, a contextura de uma e outra relação; na primeira, são devidos, em tese, todos os objetos previstos na estipulação, todos eles se acham *in obligatione* ou *in debitione*; já na segunda, o objeto devido é um só, com a possibilidade de ser substituído por outro, que se acha assim *in facultate solutionis*. Daí seu nome de *obrigação facultativa*, denominação que, segundo PLANIOL⁸, atribui-se a DELVINCOURT.

Dessa principal diferença resultam várias conseqüências práticas: ao exigir o cumprimento judicial de obrigação alternativa o credor deve pedir, disjuntivamente, como já se salientou, uma ou outra prestação, com liberdade para o devedor de entregar ou solver qualquer delas (quando a escolha lhe competir); se se tratar, porém, de obrigação facultativa, ele só poderá reclamar o objeto *in obligatione*, ressaltando-se ao devedor o direito de substituí-lo pelo que se ache *in facultate solutionis*. O devedor pode optar por este, se assim estiver em sua vontade, mas não pode ser coagido pelo credor.

Na obrigação alternativa o direito de opção compete, em regra, ao devedor, podendo convencionar-se, todavia, que a escolha seja efetuada pelo credor; na facultativa, torna-se impossível semelhante inversão, pois a substituição é mera faculdade, que, por sua natureza, compete ao devedor, inerente ao ato liberatório.

Mas não é só: na alternativa, se inexeqüível ou impossível um dos objetos, subsiste a obrigação quanto aos demais (art. 253 do Cód. Civil de 2002); na facultativa, se a impossibilidade ou inexeqüibilidade é do objeto que se acha *in obligatione*, extingue-se a obrigação. Na alternativa, se perecem todos os objetos, sem culpa do devedor,

desaparece a relação obrigacional; na facultativa, verifica-se essa mesma conjuntura com a simples eliminação do objeto *in obligatione*, posto remanesça o objeto *in facultate solutionis*.

A linha separativa entre as duas modalidades é muito pronunciada, sendo de todo impossível qualquer confusão. A sensível diferença ora apontada bem salienta que a obrigação facultativa é muito mais favorável ao devedor que a alternativa⁹.

Como se distinguem da cláusula penal — O confronto da obrigação facultativa com a cláusula penal mostra a ocorrência entre elas de pontos de contato e pontos de dessemelhança. Os primeiros são os seguintes: tanto nas facultativas como nas obrigações com cláusula penal, o objeto devido é um só, com possibilidade para o devedor de liberar-se mediante prestação diferente; em ambas, com o perecimento do objeto principal, desaparece a obrigação de entregar ou a prestação *in facultate solutionis*, ou a pena convencional, que dos primeiros são sucedâneos.

Mas os pontos de dessemelhança estremam de modo nítido as duas obrigações. Na obrigação facultativa, o credor só pode pedir a própria coisa que constitui objeto da relação, ao passo que, na cláusula penal, no caso do art. 410 do Código Civil de 2002, pode ele pedir exclusivamente a pena convencional. Ainda não é tudo; na obrigação facultativa, logra o devedor sua exoneração, mercê da entrega do objeto principal, com possibilidade de sub-rogá-lo por outro, no ato do pagamento; já na obrigação com cláusula penal, não assiste ao devedor, em regra, a faculdade de ofertar a multa, em lugar da obrigação principal¹⁰. Segundo o conceito de POLACCO¹¹, cláusula penal é meio de resolver e não de cumprir a obrigação, como sucede na obrigação facultativa.

Quanto às arras, se penitenciais (Cód. Civil de 2002, art. 420), constituem meio para recuar do negócio; por outras palavras, equivalem a ressalva do direito de arrependimento. Em tal hipótese, à evidência, nasce do contrato uma obrigação facultativa, mas de prestação antecipada.

Da dação em pagamento — Para relevo da diferença com a *datio in solutum*, basta considerar que, nesta, imprescindível é a expressa

8. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2/251.

9. GIORGI, *Teoria delle Obligazioni*, 4/552.

10. RAYMUNDO M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil*, vol. 3º, 1ª Parte, pág. 118.

11. *Le Obligazioni nel Diritto Civile Italiano*, pág. 635.

concordância do credor (Cód. Civil de 2002, art. 356), enquanto na obrigação facultativa a mudança do objeto da obrigação depende exclusivamente da vontade do devedor, efetuada à revelia do credor, até contra a vontade deste. Por isso, ensina MESSINEO¹² que a obrigação facultativa pode ser concebida afinal como pacto de dação em pagamento, que unilateralmente constrange o credor, mas não submete o devedor.

Outras disposições — O devedor constituído em mora perde a faculdade de substituição nas obrigações em apreço¹³; mas há quem sugira a necessidade da interpretação, a fim de saber se isso corresponde à vontade das partes, ou ao sentido da disposição¹⁴.

Em caso de dúvida, se alternativa ou facultativa a obrigação, interpreta-se como facultativa, por ser mais favorável ao devedor. Mas a questão não é pacífica¹⁵.

Como do exposto se verifica, a teoria das obrigações facultativas não oferece dificuldades, porque se rege pelos mesmos dispositivos concernentes às obrigações simples. Contudo, para que se apresente como facultativa, há necessidade de previsão das partes nesse sentido. Assim, estudante que prestou vestibular para curso ainda não aprovado oficialmente, mas oferecido pelo estabelecimento de ensino, não está obrigado a aceitar matrícula em outro curso¹⁶.

12. *Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 432.

13. WALTER STERN, *Nuovo Digesto Italiano*, voc. "Obbligazione", n. 35.

14. GIORGI, *ob. cit.*, 4/553.

15. Em contrário: TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, art. 869; Código Civil Argentino, art. 651; Código da Costa Rica, art. 661.

16. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 184/60.

DAS OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

NOÇÃO E COMPREENSÃO. ESPÉCIES DE INDIVISIBILIDADE. DA INDIVISIBILIDADE EM RELAÇÃO ÀS VÁRIAS MODALIDADES DE OBRIGAÇÕES. DISPOSIÇÕES LEGAIS.

Noção e compreensão — Como vimos anteriormente, em toda obrigação devem figurar necessariamente um credor e um devedor: aquele, o beneficiário da relação; este, o que se acha obrigado à prestação. Quando na obrigação concorrem um só credor e um só devedor, ela é *única*, embora se convencie cumprimento parcelado. Contudo, uma dessas partes, ou melhor, um desses lados da obrigação, ativo ou passivo, ou mesmo ambos, pode desdobrar-se em várias pessoas; nesse caso, a obrigação é *múltipla*, constituindo-se de tantas obrigações distintas quantas as pessoas dos devedores, ou dos credores. No ato da execução, cada credor não pode exigir senão sua quota, e cada devedor não responde senão pela parte respectiva. A prestação é, assim, distribuída rateadamente, segundo a regra *concurso partes fiunt*. O benefício e o ônus, inerentes à relação obrigacional, devem ser entre todos repartidos; cada credor tem direito a uma parte, como cada devedor responde apenas pela sua quota.

Mas essa regra sofre duas importantes exceções: a da indivisibilidade e a da solidariedade. Numa e noutra, embora concorram várias pessoas, cada credor tem direito de reclamar a prestação por inteiro e cada devedor responde também pelo todo. A indivisibilidade e a solidariedade constituem, pois, aspectos diferentes da obrigação subjetivamente coletiva.

Segundo a ordem estabelecida pelo Código Civil de 2002, estudaremos primeiro a indivisibilidade, sem dúvida um dos temas mais ricos em interesse teórico e prático. Como disse RAOUL DE LA GRASSE-