

Gustavo Tepedino
(Coordenador)



OBRIGAÇÕES:
ESTUDOS NA PERSPECTIVA
CIVIL-CONSTITUCIONAL

342.14
013

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2005



Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
 CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135
FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 - Fax: (21) 2589-1962
FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359
FILIAL PE: Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176
LIVRARIA CENTRO (RJ): Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873
LIVRARIA IPANEMA (RJ): Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

www.editorarenovar.com.br **renovar@editorarenovar.com.br**
SAC: 0800-221863

© 2005 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente
 Carlos Alberto Menezes Direito
 Caio Tácito
 Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
 Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)
 Ricardo Pereira Lira
 Ricardo Lobo Torres
 Vicente de Paulo Barretto

Revisão Tipográfica: Fernando Guedes

Capa: Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

01276

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
 Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

O280 Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. / Coord. Gustavo Tepedino — Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
 574p. : 23cm.

ISBN 85-7147-514-8

1. Direito civil — Brasil. I. Tepedino, Gustavo.

CDD 346.81.

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
 Impresso no Brasil
 Printed in Brazil

Sumário

Apresentação	XI
1. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes	
Marcelo Junqueira Calixto	1
2. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422)	
Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber.....	29
3. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos (art. 421)	
Pedro Oliveira da Costa.....	45
4. Relações Reais e Relações Obrigacionais: Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras	
Roberta Mauro e Silva	69
5. As obrigações <i>propter rem</i>	
Bárbara Almeida de Araújo.....	99
6. Classificação: Obrigações de dar, fazer e não fazer (arts. 233 a 251)	
Gustavo Birenbaum	121
7. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256)	
Gisela Sampaio da Cruz	147
8. Obrigações Divisíveis e Indivisíveis e Obrigações Solidárias (arts. 257 a 285)	
Flavia Maria Zangerolame.....	181

Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado

Gisela Sampaio da Cruz

1. Introdução. 2. Obrigações alternativas: considerações iniciais. 3. Perspectiva funcional da obrigação alternativa. 4. Perspectiva dinâmica da obrigação alternativa. 4.1. Estrutura. 4.2. Concentração. 4.3. Impossibilidade das prestações. 5. Obrigações com faculdade alternativa. 6. Obrigações de meio e de resultado: considerações iniciais. 7. Importância prática da distinção entre obrigação de meio e de resultado. 8. Conclusão: "crise da obrigação como categoria a-histórica".

"A vida é cheia de obrigações que a gente cumpre, por mais vontade que tenha de as infringir deslavadamente".

Machado de Assis¹

1. Introdução

Com a crescente complexidade das relações sociais, é cada vez mais necessário que os negócios jurídicos ou as relações de direito produzam efeitos certos e incontestáveis. Nos últimos tempos, o direito das obrigações passou por transformações profundas, sendo, por isso mesmo, estranho que "alguns de seus capítulos — tal como a classificação das obrigações — venham atravessando impavidamente os séculos, desde a sistematização dos glosadores, em plácida imutabi-

¹ Machado de Assis, *Dom Casmurro* (1899), São Paulo: Moderna, 1995, p. 91.

lidade”². As classificações que tão bem serviram a catalogar as relações jurídicas privadas da idade pré-industrial continuariam a apresentar hoje, na era da cibernética, a mesma utilidade de outrora?

Esta indagação crítica, formulada por Fábio Konder Comparato, vem atormentando o jurista que, “habitado a se mover com facilidade e destreza no mundo fechado de suas categorias”, resiste a qualquer reflexão desta natureza³. A importância das classificações, entretanto, não passou despercebida pela doutrina — e nem mesmo poderia! —, porque em todo esquema classificatório, como observa Teresa Negreiros, está presente a tipificação como instrumento de determinação do regime contratual aplicável⁴. Além disso, não se deve perder de vista a importância da qualificação para a interpretação do negócio jurídico, já que qualificação e interpretação não são, nas palavras de Pietro Perlingieri, “entidades ontológicas estanques, (...) mas expressões e aspectos de um mesmo processo cognitivo que nele encontra o seu unitário modo de atuação”⁵.

Pretende este trabalho não mais do que revitalizar o estudo das obrigações alternativas e com faculdade alternativa, classificação que remonta aos glosadores, mas que sobrevive até os dias atuais. O desenvolvimento da relação obrigacional de tipo alternativo, sob o aspecto dogmático, é bem estruturado. Nesta espécie de obrigação, não é difícil identificar cada momento e fase por que deverá passar o vínculo ao endereçar-se para o adimplemento, daí Clóvis do Couto e Silva equipará-la, sem muito esforço, a um processo⁶.

Mas não é só. O presente artigo tem, ainda, como objetivo, analisar outra classificação. No direito das obrigações, às tradicionais classificações, que distinguem as categorias tendo em vista o conteúdo ou o sujeito da prestação, tem sido adicionada a que procura contrastar as obrigações de meio às obrigações de resultado⁷. Estas também serão objeto deste estudo.

2 Fábio Konder Comparato, “Obrigações de meio, de resultado e de garantia”, *Revista dos Tribunais*, vol. 386, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 56, dez./1967, p. 26.

3 Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 26.

4 Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 354.

5 Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101.

6 Clóvis V. do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 202.

7 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “A obrigação de melhores esforços (*best ef-*

2. Obrigações alternativas: considerações iniciais

A relação obrigacional pode compreender um só objeto ou uma pluralidade deles. Na primeira hipótese, tem-se uma obrigação simples, ao passo que, na segunda, a obrigação é composta (complexa, coletiva ou múltipla). Esta, por sua vez, pode ser cumulativa (conjuntiva), quando apresentar mais de uma prestação, estando o devedor vinculado a prestá-las todas, em razão de um único título⁸; ou alternativa (disjuntiva), quando houver duas ou mais prestações, mas o devedor só estiver obrigado a cumprir uma delas. O Código Civil de 2002 prevê a disciplina das obrigações alternativas nos arts. 252 a 256, devendo-se ainda atentar para os arts. 342, 1.932, 1.933 e 1.940 do referido diploma, bem como para os arts. 288, 571 e 894, estes três últimos do Código de Processo Civil⁹.

A obrigação alternativa é, portanto, aquela em que o devedor, diante de duas ou mais prestações, se exonera com o cumprimento de apenas uma delas¹⁰. A doutrina, por vezes, inclui na definição de obrigação alternativa a noção de escolha, mas, como bem observa Ricardo

forts)”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 134, São Paulo: Malheiros, abr.-jun./2004, p. 7.

8 A obrigação cumulativa não pressupõe apenas que o título seja o mesmo, mas também que o fato jurídico seja único, conforme esclarece Ricardo Lira: “(...) quando alguém vende as casas A e B por cinquenta mil cruzeiros, só dará integral satisfação ao credor entregando as duas, sendo-lhes vedado prestar separadamente a casa A e pedir o preço, por isso não a vendeu separadamente, compreendendo o contrato as duas casas de modo conjunto. Isso não aconteceria se, no mesmo contrato, esse alguém tivesse vendido a casa A por quarenta mil cruzeiros, e a casa B por oitenta mil cruzeiros. Teria havido duas vendas, cada qual abrangendo uma coisa: embora sendo um só o contrato, não se configuraria uma obrigação conjuntiva [cumulativa], que pressupõe o mesmo título, e um só fato jurídico” (*A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro*. Trabalho apresentado à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara para concurso de Livre-Docência de direito civil, Rio de Janeiro, 1970, p. 8). De acordo com este autor, se se chega à conclusão de que há tantas obrigações distintas quantas sejam as prestações devidas, não se está diante de uma obrigação composta conjuntiva: “O que existe, em verdade, é uma pluralidade de obrigações simples” (ob. cit., p. 9).

9 As obrigações alternativas regem-se por regras próprias enquanto não ocorre a concentração, e pelas regras gerais das obrigações, uma vez efetuada a escolha, momento em que se convola em obrigação simples (Joaquim Rams Albesa, *Las obligaciones alternativas*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1982, p. 258).

10 São inúmeros os exemplos (v. Rafaello Cecchetti, *Le obbligazioni alternative*, Verona: CEDAM, 1997, p. 1).

Lira, a obrigação alternativa pode nascer com outra forma de determinação da prestação que não seja a escolha, sem que com isso fique descaracterizada como verdadeira obrigação alternativa, daí este autor preferir não fazer referência à escolha ao conceituar esta espécie de obrigação¹¹.

Seja como for, o importante é esclarecer que é a concentração que vai definir qual é a natureza da prestação a ser cumprida. Com exceção dos casos em que todas as prestações postas como alternativas têm idêntica natureza, não é possível saber, até o momento em que se dá a concentração da obrigação alternativa, se a prestação a ser cumprida consiste em um dar ou um fazer, se é divisível ou indivisível, específica ou genérica, envolvendo, assim, esta espécie de obrigação uma grande variedade de hipóteses¹². Note-se também que, ao contrário do que sugere o art. 253 do Código Civil, a obrigação alternativa pode referir-se a mais de duas obrigações. São as chamadas obrigações alternativas múltiplas.

As obrigações alternativas guardam algumas semelhanças com outras espécies de obrigações. Com as obrigações genéricas, as obrigações alternativas têm em comum o fato de que, em ambas, há relativa indeterminação do objeto, mas nestas as prestações nascem individualizadas e a indeterminação reside apenas na circunstância de que, até o momento da escolha, não se sabe qual delas será utilizada para o pagamento da obrigação. Há, como se vê, uma diferença no grau de indeterminação que se revela mais elevado na obrigação genérica, razão pela qual afirma o brocardo latino que *genus non perit*.

Essa assertiva de que “gênero não perece” não é absoluta, mas, ao revés, comporta certos temperamentos, já que o gênero pode ser limitado ou ilimitado, conforme seja mais ou menos amplo ou restrito. No gênero limitado, demarca-se o local ou o patrimônio de onde deve proceder a coisa — por exemplo, o café de determinada fazenda, os livros de determinada biblioteca —, ou, então, estipula-se no contrato que esta seja relativa à determinada época. Desse modo, o perecimento ou a inviabilidade de todas as espécies que o componham, desde que não sejam imputáveis ao devedor, acarretará a extinção da obrigação.

Se, por um lado, o gênero pode ser limitado, por outro, as obrigações alternativas também podem referir-se a duas, três, ou mais pres-

tações, razão pela qual a distinção entre essas espécies de obrigações por vezes se torna muito delicada¹³. Nesses casos, para se saber de qual espécie se trata, deve-se recorrer às técnicas de interpretação para verificar se as partes tomaram em consideração o conteúdo das prestações, ou se visualizaram apenas o conjunto, o gênero¹⁴.

Embora também se aproximem das obrigações solidárias, as obrigações alternativas com elas não se confundem. Naquelas, a indeterminação refere-se ao aspecto subjetivo da relação obrigacional, sendo que essa incerteza não diz respeito à qualidade do titular do crédito, ou à do obrigado; o que é incerto é qual dos credores irá receber (solidariedade ativa), ou qual dos devedores realizará o pagamento (solidariedade passiva). Por outras palavras: enquanto nas obrigações alternativas a pluralidade de objetos é essencial, apesar de que apenas um

13 Pode acontecer também, conforme explica Clóvis V. do Couto e Silva, que, na obrigação alternativa, o objeto de cada uma das prestações tenha sido indicado apenas genericamente (*A obrigação como processo*, cit., p. 204).

14 É o que recomenda Raffaello Cecchetti, para quem: “*La zona d'ombra fra le due figure andranno risolte in base alla interpretazione della volontà contrattuale, e cioè se i beni oggetto della previsione contrattuale siano stati considerati per el loro caratteristiche individuali (obbligazioni alternative), ovvero per i loro caratteri comuni (obbligazioni di genere). Riservandoci di ritornare più avanti sul punto, preme, in questa sede, rilevare come le conclusioni sopra riportate, in relata finiscano per focalizzare nella natura dell'atto di semplificazione dell'obbligazione, il vero e reale momento di differenziazione fra le due figure. Non a caso è stato sottolineato che, nelle obbligazioni alternative 'il debitore, cui compete la scelta, provoca un'indubbia modificazione del rapporto, specificandone il contenuto ed eliminando definitivamente la possibilità che la controparte chieda l'altra prestazione' mentre 'al contrario, l'individuazione della cosa nell'ipotesi dell'art. 1378, è certamente espressione di un adempimento... è un momento complementare del meccanismo da cui l'effetto previsto (transferimento) discende'”* (*Le obbligazioni alternative*, cit., pp. 25-26). Em tradução livre: “A zona de sombra entre as duas figuras será resolvida com base na interpretação da vontade contratual, isto é, se os bens objeto de previsão contratual foram considerados cada qual individualmente (obrigação alternativa), ou vistos como um todo (obrigação de gênero). Voltaremos mais adiante para o ponto, mas, nesta sede, é relevante como conclusão, relacionada à natureza do ato de simplificação das obrigações, o real e verdadeiro momento de diferenciação entre as duas figuras. Não é à toa que se enfatizou que, na obrigação alternativa, ‘o devedor, a quem compete a escolha, provoca uma certa modificação na relação, especificando o conteúdo e eliminando definitivamente a possibilidade de a contraparte postular pela outra prestação’, enquanto, ‘ao contrário, a individualização da coisa na hipótese do art. 1378 é certamente expressão de uma implementação... é um momento complementar do mecanismo cujo efeito previsto (transferência) se frustra”.

11 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa*: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro, cit., p. 11.

12 Joaquín Rams Albesa, *Las obligaciones alternativas*, cit., p. 237.

será escolhido, nas obrigações solidárias a pluralidade de sujeitos é que lhe é inerente¹⁵.

Quanto à fonte dessas obrigações, as alternativas ora decorrem da lei, ora da vontade das partes, constituindo-se, neste caso, quer por meio de negócios jurídicos bilaterais, quer por meio de negócios jurídicos unilaterais, como o testamento e a promessa de recompensa¹⁶. As que decorrem de lei são mais raras, pois, embora freqüentemente a lei crie hipóteses de concurso alternativo de direito, como o faz no art. 247 do Código Civil, e situações de alternatividade, de que é exemplo o art. 327, parágrafo único, do Código Civil, estes não chegam a configurar verdadeiras obrigações alternativas¹⁷.

Introduzidas essas primeiras considerações, passa-se, pois, à análise da obrigação alternativa sob a perspectiva funcional, para depois se ater ao estudo de sua estrutura, já que, tal qual observa Perlingieri, todo instituto deve ser estudado com base no binômio estrutura-função, sendo a função a "síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora"¹⁸.

15 Sobre a distinção entre obrigação alternativa e outras espécies de obrigações, v. Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, vol. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1911, pp. 220-223.

16 Exatamente por sua fonte de criação ser quase sempre a vontade das partes e também por sua diversidade de conteúdo e forma, a obrigação alternativa foi qualificada como "*forma di mediazione di interesse plurimi, en función de la compatibilidad que ofrece al acercar, en una sola relación obligatoria, a sujetos con intereses totalmente diferentes y con finalidades totalmente diversas*" (Joaquín Rams Albesa, *Las obligaciones alternativas*, cit., p. 185).

17 A doutrina aponta, como exemplo de obrigação alternativa criada por lei, a hipótese contemplada no art. 1.701 do Código Civil, segundo o qual o obrigado a fornecer alimentos poderá optar entre pensionar o alimentando, ou dar-lhe casa, hospedagem e sustento. Quando a obrigação alternativa não decorre de lei, mas da autonomia da vontade, pode constituir-se também em disposições de última vontade. Na prática, como anota Orosimbo Nonato, "os testamentos constituem a fonte mais comum de obrigações alternativas" (*Curso de obrigações*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 328).

18 Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, cit., p. 96. Segundo Perlingieri: "É de máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O 'como é' evidencia a estrutura, o 'para que serve' evidencia a função. Como para o fato, também para a relação — isso se verá *infra*, §75 — é possível identificar um perfil estrutural e um funcional. Estrutura e função da relação e estrutura e função do fato não devem ser confundidas, ainda que se deva observar que a correlação entre o fato e a relação, no procedimento de individuação da disciplina do caso concreto, imponha a consideração global dos dois perfis" (ob. cit., p. 94).

3. Perspectiva funcional da obrigação alternativa

A função da obrigação alternativa gerou grande controvérsia entre os civilistas. Parte da doutrina conferia à obrigação alternativa a finalidade prática de operar, em favor do credor, como uma espécie de garantia de pagamento¹⁹. Outros autores reconhecem, porém, que, quando a opção toca ao devedor, "o interesse aparece no ângulo visual dos riscos" e a função da obrigação passa a ser a de tornar menos gravosa a situação do devedor²⁰.

Com o desenvolvimento do direito das obrigações, logo surgiu uma terceira corrente que veio a sustentar que esse tipo de obrigação pode servir tanto às necessidades do credor, como também às do devedor²¹. Este é, a nosso ver, o entendimento mais razoável e é também, por conta disso, o que predomina na atualidade. Não só o credor, mas também o devedor, dependendo do que as partes estipularam no contrato, e até um terceiro designado, podem efetivar a escolha, ou praticar, quando for o caso, os atos conducentes à determinação da prestação, contanto que isso seja feito antes do momento da execução da obrigação.

Daí se conclui que a obrigação alternativa pode nascer para atender tanto aos interesses do credor como aos interesses do devedor, e só o exame do caso concreto indicará a quem a alternatividade pretendeu proteger. De fato, o que importa é não aceitar a afirmação apriorística de que o objetivo de toda obrigação alternativa é, essencialmente, servir de garantia de pagamento em favor do credor, pois essa é uma formulação que pode não corresponder à realidade dos fatos, e conduzir a soluções equivocadas quanto ao importante problema da determinação da prestação com a qual será efetuado o pagamento.

19 Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, cit., p. 235.

20 Orosimbo Nonato, *Curso de obrigações*, cit., p. 323.

21 Fazem parte desta terceira corrente, entre outros: Enneccerus-Lehmann, *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*, vol. 1, tomo II, tradução da 35. ed. alemã por Blas Pérez González e José Alguer, 2. ed., Barcelona: Bosch, 1954, p. 101; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 110; e, Silvio Rodrigues, *Direito civil: parte geral das obrigações*, vol. 2, 30. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 47. Em sentido semelhante, veja-se, ainda, a opinião de Arnoldo Wald, para quem: "A finalidade da prestação alternativa é dar maior liberdade de escolha ao devedor, aumentando as garantias e as perspectivas de cumprimento da obrigação para o credor" (*Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*, 11. ed., São Paulo: RT, 1994, p. 42).

4. Perspectiva dinâmica da obrigação alternativa

4.1. Estrutura

Neste item cabe examinar se, na obrigação alternativa, são devidas as duas (ou mais) prestações, ou se apenas uma só é devida, bem como se existem tantas obrigações quantas forem as prestações, ou se, não obstante a pluralidade de prestações, há unicidade de vínculo.

Os romanos, conforme explica Ricardo Lira, não elaboraram uma construção teórica sistematizada da obrigação alternativa. O estudo mais antigo remonta aos glosadores que se embasavam na teoria das condições, segundo a qual a obrigação alternativa comporta uma pluralidade de obrigações reciprocamente condicionadas. Sustentava-se, nessa época, que a “obrigação A” era condicionada à não existência da “obrigação B”, isto é, a “obrigação A” se extinguiria com o nascimento da “obrigação B”²².

Com a sistematização da matéria, a utilização da teoria das condições para explicar a estrutura da obrigação alternativa não logrou êxito. A obrigação alternativa é uma obrigação pura, sem modalidade, que se constitui, e passa a existir, como tal, de imediato, mas com objeto plural determinável, embora temporariamente indeterminado. Já a obrigação condicional tem sua eficácia subordinada a um evento futuro e incerto (condição). Nesta última, a incerteza está na própria existência da obrigação; enquanto naquela não há incerteza quanto à existência da obrigação, mas, sim, quanto à concentração da prestação²³.

22 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro*, cit., pp. 23 e ss. Sobre a disciplina das relações de alternatividade no direito romano, v. Joaquin Rams Albasa, *Las obligaciones alternativas*, cit., pp. 19-99.

23 Parte da doutrina tentou, então, explicar a estrutura da obrigação alternativa por meio da teoria da pendência resolutiva. Para os adeptos desta teoria, todas as prestações integravam inicialmente a obrigação e eram devidas, mas, uma vez praticada a escolha, somente a escolhida passava a ser devida, produzindo-se a extinção da obrigação em relação às demais. A teoria da pendência teve o mérito de superar a teoria pluralista, cujos defensores acreditavam que, na obrigação alternativa, havia tantas obrigações quantas fossem suas prestações, mas, tal como esta, foi alvo de muitas críticas. Com efeito, a teoria da pendência resolutiva, pela qual aquele que deve “uma ou outra prestação” deve, provisoriamente, “cada uma das duas”, apresenta uma contradição lógica em seus próprios termos; e a da pendência suspensiva, que se desenvolveu logo em seguida, foi considerada ainda mais insatisfatória, porque pressupõe, ao

Na obrigação alternativa, o devedor deve uma ou outra prestação, e não *cada uma das prestações*, tampouco *nenhuma das prestações*. É por isso que na estrutura da obrigação alternativa há um só vínculo certo quanto à sua existência — e, portanto, não pendente nem condicional —, com objeto plural, temporariamente indeterminado, que se converte em determinado pela escolha ou fato equivalente, eximindo-se o devedor com a entrega da prestação determinada. No ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina manifesta-se a favor da tese da unidade de vínculo que recebe o sufrágio quase unânime dos autores²⁴.

Deduz-se, pois, da estrutura acima delineada que a obrigação alternativa se caracteriza pela pluralidade de prestações possíveis, distintas e independentes, que provocam, desde o nascimento do vínculo, a relativa indeterminação do objeto da prestação. É afirmação corrente na doutrina a de que o fim natural e desejável de uma obrigação alternativa é se tornar uma obrigação simples, ordinária²⁵.

menos de início, uma obrigação destituída de objeto. De fato, segundo a teoria da pendência suspensiva, aquele que deve “uma ou outra prestação” não deve, até a escolha, qualquer das duas (cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil: obrigações em geral*, vol. 2, 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 79). Para um exame minucioso das diversas e contrapostas teorias acerca da natureza jurídica das obrigações, v. Joaquin Rams Albasa, ob. cit., pp. 133-205.

24 Nesse sentido, Cf. Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 6, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 299; Orosimbo Nonato, *Curso de obrigações*, cit., p. 336; Tito Fulgêncio, *Do direito das obrigações: das modalidades das obrigações*, atualização de José de Aguiar Dias, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 148; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições do direito civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, cit., p. 114; e, Serpa Lopes, *Curso de direito civil: obrigações em geral*, cit., p. 80. Essa é a corrente que prevalece também na Argentina, como se vê: “*Prevalece en doctrina la opinión de que en las obligaciones alternativas el vínculo es único*” (Pedro N. Cazeaux e Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 3. ed., La Plata: Editora Platense, 1989, p. 135).

25 É o que explica, por outras palavras, Antonio Hernandez Gil: “*En suma, desde nuestro punto de vista, decir que alternativamente son dos o varias las prestaciones debidas no es más que una forma figurada o anfibológica de decir que es una la prestación debida. Porque si las prestaciones son entre sí independientes, ocupan una misma posición jurídica, en la que, sin embargo, no pueden estar conjuntamente. La incompatibilidad que existe entre ellas y se ve tan clara en el momento de la elección existe ya desde que la obligación se constituye, porque pertenece a la esencia de la obligación alternativa, y no puede remitirse a la elección; la subsiguiente no es sino un reflejo de aquella. Mas así como en el momento de la elección la incompatibilidad se hace desaparecer mediante una declaración de voluntad que antepone la una a la otra, en el*

Há situações que, apesar da similitude, não caracterizam verdadeiras obrigações alternativas, ou o são apenas na aparência. Figure-se, por exemplo, uma obrigação cujas prestações são duas somas desiguais, ou duas quantidades diferentes de uma mesma coisa. Esta hipótese não configura uma obrigação alternativa e a razão é muito simples: se a escolha incumbir ao devedor, a prestação escolhida será obviamente a menor, ao passo que, se a escolha incumbir ao credor, a prestação escolhida será, ao revés, a maior. É evidente que esta conclusão supõe que as condições de pagamento para as duas prestações sejam idênticas²⁶.

Entre as chamadas situações jurídicas alternativas que não caracterizam verdadeiras obrigações alternativas, está também a hipótese em que o pagamento pode ser feito em um ou outro lugar. Não se trata também aqui de verdadeira obrigação alternativa, que pressupõe prestações distintas e independentes, ocorrendo simples modalidade diversa de cumprimento de uma mesma prestação.

Outra hipótese a ser mencionada, lembrada por Ricardo Lira, é aquela em que o fato contratualmente estabelecido para determinar a prestação não é futuro, de tal modo que a obrigação nasce substancialmente simples, não obstante sob aparência de alternativa. Observe-se o seguinte exemplo formulado por Ricardo Lira: "A se obriga a vender a B o selo x ou y, entre os dois o que seja mais antigo, conforme perícia a ser levada a efeito. Na realidade, o vínculo nasceu com prestação objetivamente determinada, existindo portanto uma obrigação simples e ordinária"²⁷. Neste caso, se o selo mais antigo vier a perecer antes do resultado da perícia, a obrigação fica resolvida, sendo inaplicáveis a esta os princípios que regulam a obrigação alternativa.

momento originario se resuelve considerando (si éste es el sentido de las dos declaraciones de voluntad, de oferta y de aceptación) una, sin determinar cuál, indeterminadamente, como debida. Para satisfacer esa prestación debida sirven todas las singulares prestaciones. Y en cuando todas pueden servir para satisfacer la prestación debida (o lo que es lo mismo, para cumplir la obligación), hablamos de pluralidad de prestaciones. Y en cuanto, a pesar de esa diversa aptitud de las singulares prestaciones y precisamente por ella, es sólo una la prestación debida, hablamos de unidad de la prestación y de la obligación" (Derecho de obligaciones, tomo III, Madrid: Espasa-Calpe, 1988, pp. 91-92).

26 Robert Joseph Pothier (1699-1772), *Tratado das obrigações*, tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira, Campinas: Servanda, 2001, p. 201. No mesmo sentido: v. J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 11, 13. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, pp. 105-106.

27 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro*, cit., p. 33.

Da mesma forma, se uma das duas prestações — ou todas com exceção de uma —, no momento de constituição da obrigação, já não for passível de ser objeto de obrigação, é porque não se trata de verdadeira obrigação alternativa, mas tão-só de obrigação alternativa aparente²⁸. Não há obrigação alternativa, igualmente, quando o credor autoriza o devedor a lhe entregar um bem em substituição da quantia devida (dação em pagamento)²⁹. Também não configura obrigação alternativa aquela que apresenta duas prestações, sendo uma delas subsidiária.

Na obrigação alternativa, apesar de distintas e independentes, formando estruturalmente um conjunto heterogêneo, as prestações são sempre equivalentes, isto é, "estão postas no mesmo grau, sem qualquer relação de subordinação entre umas e outras"³⁰. A obrigação alternativa é uma obrigação primária, no sentido de que já se constitui como tal por efeito imediato da vontade das partes, ao contrário daquelas espécies em que, por exemplo, um fato superveniente incide na relação obrigacional, fazendo surgir pretensões alternativas concorrentes. Nestas últimas, quando uma dessas pretensões é satisfeita, ficam prejudicadas as demais, mas este concurso alternativo de pretensões é estruturalmente bem diferente da obrigação alternativa, porque não há unidade de vínculo.

4.2. Concentração

A concentração³¹ nada mais é do que a determinação da prestação que tanto pode realizar-se pela vontade daquele que é o titular do direito de escolha, como também por outros meios, independentemente da vontade das partes³². Até a concentração a obrigação vive em estado de indeterminação. Com a concentração a obrigação alternativa convola-se em simples e sua natureza é definida, determinando-se a prestação cujo cumprimento terá o efeito de extinguir a obrigação³³.

28 Robert Joseph Pothier (1699-1772), *Tratado das obrigações*, cit., p. 202.

29 Orlando Gomes, *Obrigações*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 72.

30 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro*, cit., p. 34.

31 O termo "concentração" é próprio das obrigações alternativas. Nas obrigações genéricas, a doutrina refere-se à "concretização".

32 Pode realizar-se, por exemplo, por meio de um sorteio.

33 Silvio Rodrigues observa que: "(...) a escolha desempenha relevantíssimo papel no

Trata-se de verdadeiro ato jurídico — e, como tal, exige, para seu exercício, que o agente tenha capacidade jurídica — que faz cessar a indeterminação própria da obrigação alternativa, concentrando-a no objeto escolhido³⁴. A escolha é, em realidade, um “momento ou fase do processo de desenvolvimento do vínculo obrigacional”³⁵. Como pertence ao plano do desenvolvimento da obrigação, a escolha deverá ocorrer necessariamente antes do termo fixado para o adimplemento, mediante declaração receptícia de vontade, que produzirá efeitos *ex nunc*³⁶.

A escolha, como anota a doutrina, é um direito e, ao mesmo tempo, não deixa de ser um dever, tanto é que, nos arts. 571 e 894 do Código de Processo Civil, o legislador determinou que a escolha caberá à outra parte, se aquela inicialmente indicada não a efetuar no prazo estabelecido³⁷. Analisada a questão sob o ponto de vista do poder, parece correto o entendimento de Ricardo Lira, para quem a escolha é um direito potestativo que, quando exercido, produz não uma simples mutação de fato, “mas verdadeira mutação na estrutura da relação obrigacional, que, de alternativa, se convola em simples”³⁸. Note-se que, independentemente de sua natureza jurídica, o direito de es-

funcionamento de tal relação jurídica, pois permite, entre outros efeitos, que a prestação se transforme de complexa em simples” (*Direito civil: parte geral das obrigações*, cit., p. 47).

34 Parte da doutrina discute se a conversão da obrigação alternativa em simples configura novação, mas esta pergunta merece, como esclarece Joaquin Rams Albasa, uma resposta negativa, pois a concentração não implica a modificação do objeto da obrigação ou de suas condições, embora seja “*un hecho jurídico evidentemente modificativo de un iter prefigurado por la norma, al que la ley confiere una serie de efectos tendentes todos al aseguramiento de un derecho de crédito, tanto más cuanto nos encontramos con un tipo obligacional que, por norma, refuerza la responsabilidad del deudor de tal forma que sólo se libera por pérdida de los contenidos de la prestación, cuando todos devienen imposibles sin su concurso*” (Joaquin Rams Albasa, *Las obligaciones alternativas*, cit., p. 260).

35 Clóvis V. do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, cit., pp. 205-206.

36 Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p. 72.

37 Veja-se, neste sentido, o entendimento de Orlando Gomes: “O direito de escolha pode apresentar-se sob a forma de um dever. Incorre em mora quem não o exerce oportunamente. Se cumpre ao credor exercê-lo, tem-se admitido, no caso de mora, que a faculdade de escolher se transmite ao devedor” (*Obrigações*, cit., p. 73). Já Clóvis V. do Couto e Silva entende que a escolha é apenas um direito, e não um dever: “O direito formativo modificativo de escolher, apesar de inserto numa relação obrigacional, não constitui dever” (*A obrigação como processo*, cit., p. 206).

38 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro*, cit., p. 44.

colha sujeita-se também, como observa a doutrina, aos novos princípios do direito contratual:

“Frise-se, ainda, a potestatividade ínsita ao direito de escolha: quem anuiu, na formação do vínculo, com a possibilidade da contraparte optar por uma das prestações, a esta escolha terá de se sujeitar quando chegar o momento da concentração. Ressalte-se, entretanto, que o direito potestativo de escolha deve sujeitar-se aos princípios fundamentais do direito contratual, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Com efeito, exercer legitimamente um direito não é ater-se à sua estrutura formal, mas também cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício”³⁹.

Com efeito, pode acontecer de o optante não ter em vista, ao exercer o seu direito de escolha, os proveitos que este lhe confere, mas, sim, o único escopo de causar prejuízo a outrem. Se assim agir, seu ato será abusivo. A noção de exercício regular do direito contrapõe-se o exercício abusivo ou abuso de direito. No ato abusivo, a conduta do agente, embora preencha a estrutura do ato lícito, não está de acordo com o valor normativo que o fundamenta. Assim, atua o agente fora do direito, porque ultrapassa os limites axiológico-materiais que a ordem jurídica lhe impõe. O direito de escolha, ínsito em qualquer obrigação alternativa, deve ser exercido com base nesses parâmetros.

A regra geral, prevista em quase todos os ordenamentos, é a de que a escolha caberá ao devedor, salvo se as partes tiverem estipulado em contrário. Isto se explica pelo princípio geral de que a obrigação deve ser interpretada, em caso de dúvida, sempre em favor do devedor⁴⁰. Mas a regra em foco não é apenas interpretativa; encontra-se prevista no art. 252 do Código Civil e deve ser aplicada supletivamen-

39 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et. al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 528. Em sentido contrário, afirma Ricardo Pereira Lira: “Não aderimos à opinião daqueles que discursaram no sentido de o optante não poder praticar uma escolha que pareça evidentemente iníqua, em consequência do princípio da boa-fé, que domina as partes na obrigação” (*A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro*, cit., p. 45).

40 TJ/DF, 1ª T. Cív., AC 799081, Rel. Des. Eduardo Ribeiro, j. 14.12.1981, DJ 17.02.1982, p. 997; TJ/PR, 1ª CC, AC 1091, Rel. Des. Nunes do Nascimento, j. 20.05.1996; TJ/PR, 3ª CC, AC 1717, Rel. Des. Silva Wolff, j. 01.12.1987. Na doutrina, v. J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., p. 110.

te, preenchendo a lacuna deixada pelos estipulantes. Além disso, como lembra Ricardo Lira, corresponde à idéia dominante de facilitar o cumprimento da obrigação para o devedor, tal como o faz o art. 327 ao estipular que, em princípio, as dívidas são quesíveis⁴¹. Seguindo a mesma linha de raciocínio, no legado alternativo, que nada mais é do que uma obrigação alternativa, presume-se que a escolha foi deixada ao herdeiro, nos termos do art. 1.932 do Código Civil.

À luz do Código Civil de 1916, a doutrina já debatia sobre a possibilidade de a escolha ficar, tacitamente, a cargo do credor. Para Tito Fulgêncio, a atribuição ao credor do direito de escolha podia ocorrer de forma expressa ou tácita, desde que, de modo inequívoco, se revelasse a intenção das partes ou do estipulante. Na opinião deste autor, o uso local em certas obrigações, o contexto do ato e as circunstâncias do fato, esclarecendo o sentido literal da linguagem, podem deixar transparecer uma opção concedida ao credor⁴². Para Ricardo Lira, é necessário que “a entrega ao credor do direito de opção resulte inequívoco do ato constitutivo da obrigação”⁴³.

Já ao ver de Carvalho Santos, embora fossem dispensáveis palavras sacramentais, era preciso ser expressa a adjudicação do direito ao credor, impondo este autor a consignação textual da vontade, sob pena de incidir a regra geral⁴⁴. Carvalho de Mendonça, por sua vez, entendia que, quando a escolha era, mediante estipulação, deferida ao credor, deveria sê-lo por palavras expressas e bem claras, como deveriam ser, aliás, todos os atos de manifestação de vontade, que venham a derrogar regras postas por lei⁴⁵.

Discute-se também, em sede doutrinária, o que fazer quando, nas obrigações alternativas, as partes forem reciprocamente devedoras uma da outra. Como aplicar o art. 252 do Código Civil — regra geral segundo a qual a opção incumbe ao devedor —, se ambos os figurantes são devedores com obrigações recíprocas? Se as partes estipularam qual delas deveria entregar em primeiro lugar sua prestação, ambas

41 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa*: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro, cit., p. 48.

42 Tito Fulgêncio, *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações, cit., p. 149.

43 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa*: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro, cit., p. 52.

44 J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., p. 111.

45 Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, cit., p. 224.

são devedoras, mas uma delas há de solver seu débito antes, e, para os fins do art. 252 do Código Civil, deve esta ter o direito de opção. Idêntica solução deve ser aplicada quando o ordenamento estabeleça a precedência na entrega da prestação⁴⁶.

Outra questão interessante é a que diz respeito àquela situação em que o devedor, omissivo no exercício do direito de escolha, recusa-se a praticá-la e, com isso, retarda o cumprimento da obrigação. Nas obrigações alternativas, conforme o disposto no *caput* do art. 571 do Código de Processo Civil, “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 for determinado em lei, no contrato, ou na sentença”. No §1º do referido dispositivo, ao regular a hipótese de o devedor não exercer a opção no prazo marcado, o legislador determinou a devolução do direito de escolha ao credor.

O devedor, como se vê, não perde o direito de escolha desde logo, mas passa a responder pela mora, desde o momento em que uma das prestações deveria ter sido entregue, e não o foi. Se, depois de citado na execução, o devedor retarda ainda mais o adimplemento, responderá perante o credor também por esse atraso. Depois do prazo de dez dias, não tendo o devedor exercido a opção e realizado a prestação, a escolha passa a ser do credor que a fará de forma definitiva, irrevogável, não podendo a execução ser dirigida a qualquer das outras prestações, no caso de o credor não conseguir a prestação inicialmente escolhida, porque, com a opção, a obrigação alternativa se torna uma obrigação simples.

E se o credor estiver se omitindo no exercício de seu direito de escolha? De acordo com o art. 342 do Código Civil, será ele citado para este fim, sob pena de perder o direito, podendo o devedor depositar a coisa que lhe convier. A regra está igualmente expressa no art. 894 do Código de Processo Civil. É importante ter em vista que, se a opção for do credor, o devedor, evidentemente, não estará em mora se, no vencimento, não cumprir a obrigação. O credor é que está em atraso no exercício da opção, embora a mora no exercício do direito de escolha não se confunda com a infração do dever de receber. Não há, como esclarece Ricardo Lira, *mora accipiendi*:

“(…) pois não houve oferta e subsequente recusa (art. 955, CC). O que existe é mora do credor no escolher. Quando a escolha caiba ao

46 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa*: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro, cit., p. 52.

devedor, não havendo a opção até o advento do termo, a mora no escolher implica mora *solvendi*. Mas a recíproca não é verdadeira. A mora no escolher, por parte do credor, não é, a rigor, mora *accipiendo*⁴⁷.

Para que o devedor fique liberado dos riscos — de, por exemplo, ambas as coisas perecerem por fortuito, extinguindo-se, dessa forma, a alternativa e ficando o devedor obrigado a restituir o preço que eventualmente recebera antes da entrega de uma das prestações —, ele deverá tomar a providência prevista no art. 342 do Código Civil, combinado com o art. 894 do Código de Processo Civil. Nesse caso, se o credor, no prazo estipulado, não exercer seu direito de escolha, o devedor depositará a coisa, objeto da prestação por ele escolhida, e assim transferirá os riscos para o credor, tal como previsto no art. 337 do Código Civil.

Na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina debatia também qual seria a solução para fazer cessar a indeterminação relativa da obrigação nos casos em que, em meio à pluralidade de optantes, não houvesse acordo no tocante à escolha. Inovou o legislador ao prever, no §3º do art. 252 do Código Civil de 2002, que, “não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinalado para a deliberação”⁴⁸. O direito de escolha, aqui, torna-se um dever⁴⁹. A existência de uma pluralidade de optantes não afasta a regra da indivisibilidade da escolha, isto é, a obrigação não poderá ser cumprida parte em uma prestação, parte em outra, por força do §1º do art. 252 do Código Civil.

Surge, então, o problema de se saber quais são os efeitos que produz, por exemplo, o pagamento, parcial ou total, de uma das prestações, que o devedor faça a um dos credores, antes de uma opção eficaz

47 Ricardo Pereira Lira, *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa*: dúvidas e soluções em face do Código Civil brasileiro, cit., pp. 58-59.

48 Nos legados alternativos, é razoável que, se o herdeiro ou o legatário se omitem no exercício do direito de proceder à escolha, ou se recusem a fazê-lo, se aplique a mesma solução que o sistema impõe às obrigações alternativas convencionais ou decorrentes de ato unilateral *inter vivos*. Alguns autores, com a intenção louvável de não privar o legatário da deixa em razão da recusa do herdeiro em fazer a escolha, atribuem a escolha ao juiz. Mas esta analogia não tem razão de ser, já que o ordenamento prevê a solução do problema quando trata das obrigações alternativas.

49 TJ/DF, 4ª T. Cív., AC 3466795, Rel. Des. Estevam Maia, j. 12.06.1995, DJ 02.08.1995, p. 10.399.

por parte deles. A primeira conclusão lógica a que se chega é que este pagamento não prejudicará os demais credores. Se o devedor pagar parte de uma prestação para um credor, os demais poderão constrangê-lo a cumprir a outra prestação. O devedor não pode valer-se do princípio da indivisibilidade, instituído em seu benefício, para não cumprir a prestação exigida. Caso, porém, tenha pago prestação indivisível a um dos credores, pode exigir que todos entrem em acordo quanto à opção, pois não deve ser obrigado a pagar mais do que o pactuado. Assim, se a escolha recair sobre a outra prestação, ele terá o direito de repetir a que pagou. Por fim, se os credores não chegarem a um acordo, nos termos do §3º do art. 252 do Código Civil, a escolha caberá ao juiz⁵⁰.

4.3. Impossibilidade das prestações

Depois das questões relacionadas à escolha, são os problemas suscitados pela impossibilidade das prestações que, nas palavras de Antunes Varela, “mais avultam no regime específico das obrigações alternativas”⁵¹. Já se tratou, nos itens anteriores, do problema da impossibilidade originária, quando se esclareceu que, se somente uma das prestações restar possível, elimina-se a falsa alternativa criada pelo vínculo para se ficar apenas com uma obrigação simples.

Do mesmo modo, se o negócio, fonte da obrigação, não for puro, mas estiver dependendo de condição suspensiva, ou, então, de termo inicial, e a prestação se tornar possível até a verificação da condição ou até o vencimento do termo, restabelecer-se-á a alternativa nos termos em que foi estipulada. O fenômeno é inverso ao da impossibilidade originária: enquanto esta converte, em muitos casos, a obrigação alternativa em simples, a possibilidade superveniente opera a reconversão da obrigação simples em alternativa.

Quando a impossibilidade superveniente por causa não imputável

50 No caso de obrigações alternativas solidárias, deve exigir-se para uma escolha eficaz o acordo de todos os devedores solidários? Ora, se um dos devedores solidários pode estipular com o credor, sem o consentimento dos demais, qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, não lhes agravando a posição, pode, da mesma forma, escolher com eficácia exclusiva para si e contra si, já que isso em nada agrava a condição dos outros.

51 Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 837.

às partes atinge as duas prestações, conduz à extinção da obrigação por falta de objeto. Isto porque, neste caso, a impossibilidade decorre de um ato que não era possível impedir ou evitar — caso fortuito ou de força maior —, e alcança as prestações pactuadas, sucessiva ou simultaneamente. Diz-se, então, que “a impossibilidade inocente extingue o vínculo”⁵². Para que ocorra a extinção, contudo, o devedor não pode estar em mora, pois, do contrário, responderá pela impossibilidade da prestação, mesmo que a perda decorra de caso fortuito ou de força maior, desde que este tenha ocorrido durante o atraso. Mas, se o devedor conseguir provar, nos termos do art. 399 do Código Civil, “que o dano sobreviveria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”, ficara isento do dever de indenizar.

Se o caso fortuito ou de força maior atingir apenas uma das prestações, os efeitos serão diversos, conforme tenha sido ou não realizada a escolha. Quando o fortuito ocorre antes da escolha, estreita-se o círculo com a concentração da obrigação, operada de forma automática, independentemente da vontade de qualquer das partes⁵³. A obrigação alternativa convola-se, então, em simples, desaparecendo a alternatividade. Depois da escolha, porém, se a impossibilidade não atingir a prestação escolhida, a obrigação permanecerá intacta. Por outro lado, se a impossibilidade atingir justamente a obrigação escolhida, serão aplicáveis ao caso as regras atinentes à obrigação simples, isto é, extingue-se a obrigação.

Quando todas as prestações, com exceção de uma, se tornam inexecutíveis por culpa do devedor, sendo sua a escolha, a obrigação torna-se simples, concentrando-se na prestação remanescente. O devedor não se exonera pagando ao credor o equivalente à prestação que pereceu. Não se concede ao devedor, conforme explica Antunes Varella, “como sanção contra a sua culpa, a faculdade de escolher a prestação que se tornou impossível, entregando ao credor o valor respectivo”⁵⁴. Com esta solução, também “não há que se falar em exercício

abusivo do direito de escolha ou em agressão ao princípio da boa-fé, ainda que a expectativa da contraparte fosse a da possibilidade de escolha entre todas as prestações acordadas; afinal, em última instância a escolha depende de um ato simples e imotivado do optante”⁵⁵.

Nesta mesma situação, se a escolha for do credor, a solução é outra. O credor pode optar entre a prestação remanescente e a indenização equivalente à prestação que pereceu, acrescida de perdas e danos, pois as normas do Código Civil⁵⁶ protegem seu direito de escolha, ao mesmo tempo que punem a conduta culposa do devedor⁵⁷. Esta é uma boa solução, porque, em realidade, mantém o poder de escolha do credor quanto à prestação impossível, substituindo, porém, sua realização *in natura* pela correspondente indenização pecuniária.

Caso o devedor tenha contribuído para a impossibilidade jurídica de todas as prestações avençadas, não competindo ao credor a escolha, obriga-se o devedor pelo valor da última que se tornou impossível, adicionadas as perdas e danos que o caso determinar — assim entendidas aquelas causadas pelo não-recebimento tempestivo da última prestação impossibilitada —, conforme o disposto no art. 254 do Código Civil. À luz do direito anterior, que previa idêntica solução, Clovis Bevilacqua criticava a imposição das perdas e danos além do valor da prestação que, por último, se tornou impossível, porque ultrapassaria o valor da prestação naturalmente devida⁵⁸. Com esta solução, entretanto, o legislador estimula o zelo do optante pela sobrevida da prestação restante, o que é uma boa medida.

Não há no Código Civil qualquer determinação para o caso de ambas as coisas perecerem ao mesmo tempo, por culpa do devedor, sendo seu o direito de escolha. Deve-se aqui recorrer à analogia para concluir que, se cabe ao devedor a escolha, pode este pagar o valor de qualquer das prestações, acrescido de eventuais perdas e danos⁵⁹. Isto

52 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. 4, 4. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1934, p. 34.

53 Aqui reside uma das diferenças entre as obrigações alternativas e as chamadas obrigações facultativas: nestas, com o perecimento sem culpa da coisa devida, extingue-se a própria obrigação, ainda que subsista o outro bem. Se, ao contrário, houver perda do objeto da prestação cuja substituição é facultada ao devedor — prestação supletória ou supletiva —, afasta-se apenas a faculdade de substituir a coisa devida, mas a obrigação em si subsiste.

54 Antunes Varella, *Das obrigações em geral*, cit., p. 840.

55 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes et. al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit., p. 532.

56 Código Civil: “Art. 255. Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexecutíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos”.

57 TJ/PR, 2ª CC, AC 83223900, Rel. Des. Altair Patitucci, j. 22.12.1999.

58 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, cit., p. 32.

porque, em última análise, o devedor estará sempre obrigado pelo valor de uma das prestações que podia escolher conforme seu livre arbítrio.

O legislador não trouxe, no Código Civil, qualquer previsão quanto às hipóteses de perecimento ou perda do objeto por culpa do credor. Aqui também as conseqüências vão variar conforme caiba a um ou a outro o direito de escolha, e ocorra a perda de uma ou de todas as prestações. Quando a escolha competir ao devedor e uma das prestações se impossibilitar por culpa do credor, considera-se cumprida a obrigação, ficando o devedor liberado, a não ser que prefira satisfazer a remanescente, mas poderá, neste caso, exigir que o credor indenize a que pereceu. Se a escolha couber ao credor, considera-se apenas cumprida a obrigação, como se o culpado tivesse escolhido a prestação cuja realização se tornou impossível.

Quando todas as prestações se tornam impossíveis por culpa do credor, o devedor igualmente terá resguardado o direito de escolha, podendo pleitear o valor de qualquer delas, acrescido das perdas e danos. Se a escolha for do credor, entretanto, ele indenizará o devedor pelo valor daquela que escolher. Nos dois casos, tem-se por cumprida a obrigação.

E se a escolha não couber às partes, mas a terceiro? Nos casos de impossibilidade superveniente imputável ao credor, sendo a escolha de terceiro, reputa-se cumprida a obrigação, salvo se o terceiro optar pela prestação possível. Quando imputável ao devedor, o terceiro poderá optar por qualquer das prestações possíveis ou, como observa a doutrina, pela indenização correspondente à impossibilidade daquela que pereceu. Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, entretanto, o terceiro só escolhe entre prestações possíveis (e não entre prestação e indenização), passando a escolha às partes, quando se verifica a impossibilidade de uma das prestações: "Uma opção que envolva um pedido de indenização implica um juízo sobre os danos sofridos, juízo esse que só a parte está em condições de fazer, pelo que não faz sentido que seja atribuído a um terceiro"⁶⁰.

Por fim, vale lembrar que o legislador também não tratou das hipóteses de impossibilidade resultante de culpa de terceiro, sendo certo, porém, que este deve responder pelos prejuízos.

59 J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., pp. 126-127.

60 Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. 1, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 153.

5. Obrigações com faculdade alternativa

Nesta espécie de obrigação⁶¹, cujo objeto é constituído por apenas uma prestação, o devedor tem a faculdade de se desonerar mediante a realização de uma outra, sem necessidade de aquiescência do credor. Este, por sua vez, não pode exigir a prestação alternativa, mas terá de aceitá-la, se o devedor por ela optar, sob pena de incorrer em mora (mora do credor). A diversidade fundamental de estrutura, que distingue a obrigação com faculdade alternativa da obrigação alternativa propriamente dita, reflete-se em vários pontos do regime de uma e outra⁶².

61 Também conhecidas como obrigações facultativas, embora esta denominação, como bem observa Antunes Varela, pode induzir a erro, por dar a entender que "a existência do vínculo dependeria da vontade do devedor, quando o vínculo existe, e é certo, desde o momento da constituição da relação. Facultativa é apenas a substituição do objecto devido por um outro" (*Das obrigações em geral*, cit., p. 843). No mesmo sentido, observam Pedro N. Cazeaux e Félix A. Trigo Represas: "*La denominación de esta clase de obligaciones ha provocado justas críticas entre los autores, por su sentido equivoco. Obligación y facultad parecen ser palabras antinómicas, que no se avienen para denominar una figura jurídica. Obligación significa limitación de libertad, restricción, en tanto que facultad significa lo contrario: libertad para actuar, poder, posibilidad para optar entre una solución u otra. Por consiguiente, la denominación 'obligación facultativa' podría interpretarse en el sentido de una obligación que puede o no cumplirse, es decir una obligación no obligatoria, o sea un contrasentido. Sin embargo no es así, y las llamadas obligaciones facultativas, como cualquier otra obligación, deben cumplirse. Lo único que tienen de facultativo es la posibilidad de optar entre una u otra prestación para liberarse de la obligación*" (*Derecho de las obligaciones*, 3. ed., La Plata: Editora Platense, 1989, pp. 126-127). No Brasil, esta crítica também não passou despercebida, como se vê: "Não poderia haver obrigações facultativas pois o que é facultativo não é obrigatório e o que é obrigatório não é facultativo" (Arnoldo Wald, *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*, 11. ed., São Paulo: RT, 1994, p. 43). As obrigações alternativas não se confundem com as impropriamente denominadas obrigações facultativas, que nada mais são do que obrigações simples, isto é, sem objeto plural, e que só por impropriedade da doutrina são colocadas entre as obrigações compostas.

62 Em termos práticos, a diferença de situações reside na posição do credor, como esclarece Luís Manuel Teles Leitão: "Enquanto nas obrigações alternativas, o direito do credor abrange duas prestações em alternativa, nas obrigações com faculdade alternativa abrange apenas uma das prestações, ainda que a outra parte tenha a faculdade de a substituir" (*Direito das obrigações*, vol. 1, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 153). Sobre a diferença entre essas duas modalidades de obrigações, veja-se também a lição de Clovis Bevilacqua, para quem: "A obrigação facultativa compreende uma só prestação que é determinada, mas substituível; enquanto que a alternativa contém uma prestação indeterminada, porque sua escolha é deixada ao devedor ou ao credor. Daí resulta que a obrigação supletória, na facultativa, não caracteriza a obrigação, não

Na obrigação com faculdade alternativa, como o objeto é formado por uma única prestação, não há lugar para “escolha”, tendo o credor o direito de exigi-la, e podendo fazê-lo, tão logo a obrigação vença. Se a prestação devida for originalmente impossível ou ilícita, todo o negócio será reputado nulo, de nada valendo o fato de o devedor poder exonerar-se com o cumprimento da segunda prestação possível e lícita, já que esta não é devida, tampouco exigível. Caso, porém, seja a segunda prestação impossível ou ilícita, em nada será afetada a validade da obrigação, pois apenas caduca a possibilidade de substituição de seu objeto por parte do devedor.

Na hipótese de a impossibilidade ser superveniente, se afetar a prestação devida, a obrigação extingui-se-á, tal como se extinguiria qualquer outra obrigação simples. Quando a impossibilidade diz respeito à segunda prestação, a obrigação permanece válida.

Parte da doutrina admite ainda a existência de obrigações com faculdade alternativa a benefício do credor⁶³. De fato, nada impede que, em uma obrigação simples, as partes atribuam ao credor a faculdade de escolher uma outra prestação, em lugar da devida. Na prática, porém, deve tratar-se de espécie rara, porque “os interesses do credor, que poderiam justificar uma composição jurídica desse tipo, serão quase sempre satisfeitos, em maior grau, mediante a instituição de uma obrigação alternativa, com escolha do credor”⁶⁴. Em realidade, se a faculdade de substituição couber ao credor, a obrigação praticamente equivalerá à alternativa⁶⁵.

6. Obrigações de meio e de resultado: considerações iniciais

Esta classificação, geralmente atribuída a Demogue, demonstra que, em certas relações obrigacionais, o devedor é adstrito a observar

influi sobre ela de um modo apreciável, senão depois de adotada. Como há uma obrigação única devida, única exigível, esta é que imprime seu caráter à obrigação, muito embora, no momento da execução, o devedor possa afastá-la para substituí-la por outra” (*Direito das obrigações*, edição histórica, São Paulo: RED Livros, 2000, p. 126).

63 Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, tomo I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 172-173.

64 Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, cit., p. 845.

65 É o que afirma, por outras palavras, Antonio Hernandez Gil: “Si la facultad de sustitución corresponde al acreedor, la obligación, prácticamente, equivale a la alternativa, porque entonces el deudor, en rigor, en todo momento adviene obligado a realizar una de las dos (o más) prestaciones” (*Derecho de obligaciones*, tomo III, Madrid: Espasa-Calpe, 1988, p. 100).

o comportamento do *bonus pater familias*, enquanto em outras, ao revés, o credor tem o direito de exigir a produção de determinado resultado, sem o qual não se considera adimplida a obrigação. Na primeira espécie, o credor deve comprovar, na ação indenizatória, que o devedor não agiu de forma diligente, ao passo que, na segunda, é o devedor que deve provar que a falta do resultado previsto ocorreu sem culpa de sua parte. Assim proposta, esta classificação obteve logo de início grande êxito na doutrina francesa, sendo consagrada em 1936 pela Corte de Cassação, em célebre julgado relacionado à prestação de serviços médicos⁶⁶.

As obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas tão-só em uma atividade diligente deste em benefício do credor, são denominadas obrigações de meio⁶⁷. O exemplo mais comum, aventado pela doutrina, é o do contrato de prestação de serviços profissionais celebrado pelos médicos e advogados. É claro que o paciente que procura um médico deseja restabelecer sua saúde, assim como o litigante quer que seu advogado ganhe a causa. Mas estes resultados não são, ou pelo menos não deveriam ser, o objeto do pactuado. O que o paciente deve exigir é que o médico lhe dispense um tratamento adequado, diligente e conforme a ciência médica; não pode, porém, exigir que o médico proporcione a cura. Da mesma forma, o cliente não pode cobrar do advogado uma sentença que lhe seja favorável⁶⁸. Quer isto dizer, por

66 A distinção proposta por Demogue obteve desde logo grande sucesso na doutrina, alcançando sua consagração na jurisprudência, em célebre acórdão proferido pela Corte de Cassação sobre prestação de serviços médicos. Acórdão de 20 de maio de 1936, Rec. Dalloz, 1936, I, p. 88, cujo relator foi Louis Josserand.

67 A terminologia sofre variações de autor para autor. “Obrigações de meio” e “obrigações de resultado” foram as denominações empregadas por Demogue. André Tunc preferiu as expressões “obrigações determinadas” e “obrigações gerais de prudência e diligência”. As obrigações de meio para Mengoni são “obrigações de simples comportamento”, e para Betti “obrigações de conduta” (cf. André Tunc, “A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência”, *Revista dos Tribunais*, vol. 778, São Paulo: RT, ago./2000, p. 755).

68 A obrigação do advogado é considerada de meio também pela jurisprudência: TR/JEC, 2ª TRC, RC 71000588673, Rel. Des. Luiz Antônio Alves Capra, j. 03.11.2004; TJ/RS, 5ª CC, AC 70007974660, Rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 05.08.2004; TJ/RS, 9ª CC, AC 70008064180, Rel. Des. Marilene Bonzani Bernardi, j. 30.06.2004; TR/JEC, 3ª TRC, RC 71000513929, Rel. Des. Maria José Schmitt Santanna, j. 08.06.2004; TR/JEC, 3ª TRC, RC 71000508325, Rel. Des. Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, j. 20.04.2004; TJ/RS, 15ª CC, Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, j. 17.03.2004.

outras palavras, que o conteúdo da obrigação não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, "os meios tendentes a produzir o resultado almejado"⁶⁹.

Já nas chamadas obrigações de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução implica o descumprimento do contrato. São exemplos dessa espécie de obrigação os contratos de transporte e de empreitada. No contrato de transporte, se o bem transportado não chega incólume ao destino previsto, há inadimplemento por parte do transportador⁷⁰. Do mesmo modo, descumpe o contrato de empreitada o construtor que não produz o edifício com a segurança e as especificidades previstas no contrato. Tanto o transportador quanto o construtor tinham, perante o outro contratante, um débito específico, que consistia em alcançar o fim predeterminado. "Esse fim confundia-se com a prestação devida, motivo pelo qual se dá o inadimplemento contratual, quando tal meta não é atingida"⁷¹.

Contra a dicotomia obrigações de meio e de resultado, objetou-se que toda prestação comporta, de certa forma, um resultado mais ou menos determinado e que a chamada obrigação de meio pode ser mais ou menos precisa quanto ao seu conteúdo, dependendo da previsão contratual que a estipule⁷². Um marceneiro, por exemplo, pode obri-

69 Fábio Konder Comparato, "Obrigações de meio, de resultado e de garantia", cit., p. 29.

70 STJ, 3ª T, REsp 151401/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.06.2004, DJ 01.07.2004, p. 188; STJ, 4ª T, REsp 302397/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.03.2001, DJ 03.09.2001, p. 228.

71 Humberto Theodoro Júnior, "Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico", *Revista Forense*, vol. 349, Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar./2000, p. 70. É também considerada pela doutrina obrigação de resultado a do cirurgião dentista e dos farmacêuticos (Rui Stoco, "A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26, São Paulo: RT, abr.-jun./1998, pp. 205-206). Na jurisprudência, contudo, a obrigação do ortodontista é controversa. Há decisões que a consideram obrigação de resultado (TJ/RS, 6ª CC, AC 70008254799, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro De Oliveira, j. 22.09.2004), mas há também as que afirmam ser esta obrigação de meio (TJ/JEC, 2ª TRC, RC 71000572339, Rel. Des. Maria José Schmitt Santanna, j. 20.10.2004). A obrigação do corretor é considerada obrigação de resultado: STJ, 4ª T, REsp 208508/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 25.06.2002, DJ 11.11.2002, p. 220; STJ, 4ª T, EDREsp 126587/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08.05.2001, DJ 10.09.2001, p. 392; STJ, 3ª T, REsp 278028/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2000, DJ 19.02.2001, p. 167.

72 A crítica é acolhida por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, como se vê: "A

gar-se a consertar a mobília da melhor maneira possível, como pode obrigar-se também a fazer o conserto com o emprego de certos materiais indicados pelo proprietário. A objeção, ao ver de Fábio Konder Comparato, até poderia ser considerada procedente, caso se afirmasse que certos contratos só comportam obrigações de meio e outros só obrigações de resultado. A experiência demonstra, entretanto, que essa rigidez sistemática, na prática, está fora de cogitação⁷³.

No exemplo acima formulado, é evidente que os materiais empregados pelo marceneiro e exigidos pelo proprietário dos móveis que o contratou são bens tangíveis, incorporados ao resultado objetivo estipulado no contrato. A obrigação, neste caso, é de resultado, e não apenas de meio. Quando, porém, o médico se obriga a fazer uma operação determinada, ainda não está aí prometendo um resultado, razão pela qual não há que se falar, ao menos a princípio, em culpa presumida, tampouco em responsabilidade objetiva do cirurgião pelo eventual desfecho desfavorável de sua intervenção. É por isso que o regime de prova será diverso. Mas o médico responderá pelos danos causados ao paciente, salvo se provar a ocorrência de um fortuito, impedindo-o de operar tal como previsto⁷⁴.

No caso da cirurgia plástica estética, porém, a maioria da doutrina entende que o médico tem aí uma obrigação de resultado, porque se compromete a efetivamente melhorar a aparência do paciente⁷⁵. Há,

distinção entre prestações de meios e prestações de resultado veio, porém, a ser objecto de crítica na doutrina. Entre nós, Gomes da Silva demonstrou o fracasso da distinção, com o argumento de que mesmo nas obrigações de meios existe a vinculação a um fim, que corresponde ao interesse do credor, e que se o fim não é obtido presume-se sempre a culpa do devedor. Efectivamente, a crítica parece proceder já que em ambos os casos aquilo a que o devedor se obriga é sempre uma conduta (a prestação), e o credor visa sempre um resultado, que corresponde ao seu interesse (art. 398.º, n.º 2). Por outro lado, ao devedor cabe sempre o ónus da prova de que realizou a prestação (art. 342.º, n.º 2) ou de que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (art. 799.º), sem o que será sujeito a responsabilidade. Não parece haver assim base no nosso direito para distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado" (*Direito das obrigações*, cit., pp. 140-141).

73 Fábio Konder Comparato, "Obrigações de meio, de resultado e de garantia", cit., p. 26.

74 Fábio Konder Comparato, "Obrigações de meio, de resultado e de garantia", cit., pp. 29-30.

75 Na cirurgia plástica estética, a maioria da doutrina considera a obrigação do médico uma obrigação de resultado: Sérgio Cavalieri Filho, "A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor", *Revista Forense*, vol. 346, Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun./1999, p. 140; Rui Stoco, "A teoria do resultado à luz do Código de

contudo, uma corrente minoritária, capitaneada pelo Min. Ruy Rosado, que defende ser de meio a obrigação do médico também neste caso, sob o argumento de que a álea está presente em qualquer espécie de intervenção cirúrgica, pois as reações do corpo humano são sempre imprevisíveis. Embora o próprio Min. Ruy Rosado reconheça que este entendimento é minoritário, a seu ver:

“O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos

Defesa do Consumidor”, cit., p. 203; Teresa Ancona Lopez, *O dano estético*, 3. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 70; Silvio Rodrigues, *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 4, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252; Humberto Theodoro Júnior, “Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico”, *Revista Forense*, vol. 349, Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar./2000, p. 71; Alexandre Gir Gomes, “A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas”, *Revista de Direito Privado*, n.º 12, São Paulo: RT, out.-dez./2002, p. 85; Gerson Luiz Carlos Branco, “Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico”, *Revista dos Tribunais*, vol. 733, São Paulo: RT, nov./1996, p. 56; Hélio Apoliano Cardoso, *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência e prática*, São Paulo: ME, 2004, p. 136; Fabrício Zamproga Matielo, *Responsabilidade civil do médico*, Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 56; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 4, São Paulo: Atlas, 2003, p. 90; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 366; Rachel Sztajn, “A responsabilidade civil do médico: visão bioética”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 108, São Paulo: Malheiros, out.-dez./1997, p. 11; Ênio Santarelli Zuliani, “Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico”, *Revista dos Tribunais*, vol. 811, São Paulo: RT, maio/2003, p. 49; Reynaldo Andrade da Silveira, “Responsabilidade civil do médico”, *Revista dos Tribunais*, vol. 674, São Paulo: RT, dez. 1991, p. 61; Carlos Ferreira de Almeida, “Os contratos de prestação de serviço médico no direito civil português”, *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 16, São Paulo: RT, out.-dez./1995, p. 18; Dimas Borelli Thomaz Júnior, “Responsabilidade civil do médico”, *Revista dos Tribunais*, vol. 741, São Paulo: RT, jul./1997, p. 91; Nelson Luiz Guedes Ferreira Pinto e Marco Antônio Gonçalves Torres, “Responsabilidade civil — Parecer de auditores — Obrigações de meio e de resultado — Dever de indenizar”, *Revista dos Tribunais*, vol. 716, São Paulo: RT, jun./1995, p. 144; Renato de Lemos Manuschy, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Editora Liber Júrís Ltda, 1984, p. 17. No mesmo sentido: STJ, 4ª T, REsp 196306/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.08.2004, DJ 16.08.2004, p. 261; STJ, 3ª T, REsp 81101/PR, Rel. Min. Waldeomar Zveiter, j. 13.04.1999, DJ 31.05.1999, p. 290; STJ, 3ª T, REsp 10536/RJ, Rel. Min. Dias Trindade, j. 21.06.1991, DJ 19.08.1991, p. 10993; TJ/RS, 10ª CC, AC 70007178304, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 18.03.2004; TJ/RS, 5ª CC, AC 70006501472, Rel. Des. Leo Lima, j. 25.09.2003; TJ/RS, 5ª CC, AC 70004180808, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 11.09.2003; TJ/RS, 5ª CC, AC 70000159616, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. 15.06.2000.

prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco”⁷⁶.

Na opinião de Alexandre Gir Gomes, o entendimento dessa corrente minoritária é equivocado, tanto que minoritário. Para este autor, “o surgimento de fatores corporais imprevisíveis e inesperados, a prejudicar o cumprimento do resultado estético prometido, tal como o quelóide (cicatriz aparente), não desnatura a obrigação de resultado, mas é óbvio, pode constituir excludente da responsabilidade do médico, em face do rompimento do nexo causal”⁷⁷. De fato, conforme explica Rui Stoco, “a eventual intercorrência de fatores e reações estranhas à cirurgia não infirma a tese da obrigação de resultado do médico, eis que se postam como causas eficientes autônomas e se configuram como excludentes por romperem o nexo etiológico”⁷⁸.

76 Ruy Rosado de Aguiar Jr., “Responsabilidade civil do médico”, *Revista dos Tribunais*, vol. 718, São Paulo: RT, ano 84, ago./1995, p. 40. No mesmo sentido: Luís O. Adorno, “La responsabilidad civil médica”, *AJURIS — Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, vol. 59, Porto Alegre, pp. 224-235; Nestor José Forster, “Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios?”, *Revista dos Tribunais*, vol. 738, São Paulo: RT, abr./1997, p. 88; Rosana Jane Magrini, “Médico — Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião”, *Revista Jurídica*, n.º 280, Porto Alegre: Síntese, fev./2001, p. 80; Hildgard Taggesel Giostri, “Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 5, Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar./2001, p. 107; José Marcelo Martins Proença e Rafael Dutra Barreiros, “Cirurgia plástica estética: obrigação de meio”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n.º 8, São Paulo: RT, jul.-dez./2001, p. 55. Para Sylvio Capanema, a cirurgia plástica é, em princípio, obrigação de meio, e só deve ser considerada de resultado quando há prova inequívoca de que o resultado prometido foi assegurado pelo médico, como condição da contratação (*Direito das obrigações*, Coleção de textos CEPAD, Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003, pp. 46-47).

77 Alexandre Gir Gomes, “A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas”, cit., p. 86.

78 Rui Stoco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 4. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 298.

Mas ainda que comporte exceções⁷⁹, a regra geral é a de que a obrigação do médico é de meio, e não de resultado. O mesmo ocorre em relação ao contrato de prestação de serviços advocatícios. Na advocacia, o advogado não pode se obrigar a ganhar o litígio para o seu cliente, porque este resultado não depende única e exclusivamente de sua competência, mas também de outras circunstâncias alheias à sua vontade. Tanto é que, independente do que for proferido na sentença, o advogado fará jus aos seus honorários, que são a contraprestação pelos serviços prestados, e não o preço de um resultado. Sua obrigação consiste, conforme esclarece Rui Stoco, em defender seu cliente, dando-lhe os conselhos profissionais pertinentes: "Se atuou corretamente, sem vícios, falhas ou omissões graves, ainda que tenha perdido a causa, nenhuma responsabilidade se lhe pode imputar"⁸⁰.

Neste particular, surge uma dificuldade quando se estipulam honorários em função do êxito da demanda. Em realidade, se bem se atentar, o condicionamento da prestação de honorários advocatícios à vitória judicial não tem o condão de sujeitar o profissional a uma obrigação de resultado. Do contrário, a não obtenção do resultado corresponderia ao inadimplemento contratual, com a sujeição do profissional à composição das perdas e danos. Com efeito, o resultado pretendido pelo cliente não é o objeto da obrigação, mas, sim, a condição do pagamento dos honorários. Significa dizer, por outras palavras, que o direito aos honorários, nesta hipótese, fica submetido à superveniência de um evento futuro e incerto, sendo inteiramente independente da vontade do devedor. "O objeto da obrigação do advogado continua sendo a sua atividade diligente e perita, de forma que ele só responderá se esta não se verificar, cabendo a prova, como de regra nas obrigações de meio, ao credor"⁸¹.

Não se pode perder de vista que toda obrigação comporta, evidentemente, um resultado que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor. No entanto, nem sempre este resultado é compreendido no vínculo como elemento da prestação; às vezes, deixa de exercer a função de objeto ou conteúdo da obrigação para ser tão-somente, como ano-

79 Na seara médica, a doutrina ainda aponta, como obrigação de resultado, as operações de vasectomia, os exames laboratoriais, raios X etc. (cf. Teresa Ancona Lopez, *O dano estético*, cit., p. 70).

80 Rui Stoco, "A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26, São Paulo: RT, abr.-jun./1998, p. 202.

81 Fábio Konder Comparato, "Obrigações de meio, de resultado e de garantia", cit., p. 31.

ta Fábio Konder Comparato, "sua causa no sentido teleológico"⁸². De acordo com a concepção clássica, consagrada no Código napoleônico, a prestação era fundamentalmente objetiva e material. Assim, o *id quod debetur*, segundo esta concepção, era sempre uma coisa, isto é, um objeto material. Em reação a esta corrente, formulou-se, na Alemanha, a concepção subjetiva de prestação, segundo a qual a prestação é sempre uma ação ou comportamento do devedor.

Em realidade, toda obrigação compreende dois elementos: (i) um elemento objetivo que corresponde ao bem ou ao resultado a ser produzido a benefício do credor, o qual não precisa ser forçosamente material; (ii) um elemento subjetivo, consistente no comportamento do devedor em direção ao resultado. Em alguns casos, porém, esse resultado final não pode entrar no vínculo, porque depende de fatores estranhos à vontade do devedor, segundo o critério do *id quod plerumque accidit*. Nestas hipóteses, a prestação compreende apenas um comportamento diligente e honesto do devedor com vistas à obtenção do resultado. É, na opinião de Fábio Konder Comparato, no critério da aleatoriedade do resultado esperado que se situa o fundamento desta classificação⁸³.

7. Importância prática da distinção entre obrigação de meio e de resultado

Na França, a doutrina há muito já apontava, como critério de distinção, o caráter aleatório, ou ao contrário, o caráter mais ou menos certo do resultado querido pelo credor. A obrigação tem por objeto este resultado quando for possível presumir que a diligência do devedor irá atingi-lo; se não for este o caso, o objeto da obrigação será a própria diligência do devedor que nunca terá seu sucesso assegurado. Casos há em que a álea é tão considerável que não mais se pode negligenciá-la por meio de uma simples presunção, sendo necessário considerar como objeto da obrigação a diligência do devedor, e não um determinado resultado⁸⁴. Para André Tunc, "a diferença entre as duas

82 Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 31.

83 Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 33.

84 Nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT/1994, foi acolhida, no art. 5.4, a distinção entre obrigação de meio (*duty of best efforts*) e de resultado (*duty to achieve a specific result*). No art. 5.5, subsequente, foram estabelecidos os critérios para a determinação da natureza da obrigação envolvida, se de meio

categorias de obrigações resulta das circunstâncias e não, em princípio, de uma diferença de grau ou de intensidade da obrigação⁸⁵.

Essa diferença de circunstâncias, como adverte este autor, gera efeitos práticos, porque conduz “a uma inversão do ônus da prova, justificada para as obrigações de resultado pela presunção de que a diligência do devedor obterá o resultado desejado”⁸⁶. Este é, nas palavras de Philippe de Touneau, “o verdadeiro interesse da distinção”⁸⁷. Na obrigação de meio, a finalidade é a própria atividade do devedor e, na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade⁸⁸. Na prática, portanto, “o fato de ser o contrato enquadrável numa das duas referidas espécies influi sobre a definição do objeto do negócio jurídico, isto é, a configuração da prestação devida e, conseqüentemente, sobre a conceituação do inadimplemento”⁸⁹.

“No primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua não obtenção é *quantum satis* para empregar, por presunção, a responsabilidade do devedor”⁹⁰.

Note-se que toda a construção doutrinária da teoria da responsabilidade em razão do exercício de uma atividade de meio ou de resultado é inerente à responsabilidade contratual⁹¹ e, ao contrário do que

ou de resultado, a saber: (i) natureza da obrigação expressa no contrato; (ii) o preço ou outras condições do contrato; (iii) a álea de risco contratual; e (iv) o grau de influência do credor na execução da prestação (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “A obrigação de melhores esforços (*best efforts*)”, cit., pp. 10-11).

85 André Tunc, “A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência”, cit., p. 757.

86 André Tunc, ob. cit., p. 757.

87 Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3. ed., Paris: Dalloz, 1982, p. 411.

88 Segundo Jorge Mosset Iturraspe, na Argentina a distinção está sendo utilizada “para amparar a los prestadores de servicios, atenuando el rigor de sus obligaciones” (“La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor”, *AJURIS* — Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vol. 1, Porto Alegre, mar./1988, p. 250).

89 Humberto Theodoro Júnior, “Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico”, cit., p. 70.

90 Rui Stoco, “A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor”, cit., pp. 203-204.

91 Para Joseph Frossard, a teoria das obrigações de meio e de resultado também tem

à primeira vista pode parecer, essa classificação não rompe com a teoria da culpa⁹². Na obrigação de meio, o credor poderá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato. Na obrigação de resultado, porém, presume-se que sua não obtenção decorreu de atuação inadequada ou culposa do contratado. Por vezes, porém, o que deveria “*ser un debate sobre la 'materialidad del incumplimiento' se convierte en un 'debate sobre la culpa'*”; no se trata de demostrar imprudencias, negligencias o impericias; se trata, sí, de probar la realización — o la falta — de actividad diligente debida”⁹³.

Indaga-se, em sede doutrinária, como se justifica a obrigação de resultado, atribuída ao cirurgião plástico estético, em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais. Esta questão, entretanto, só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva, o que, a nosso ver, se trata de um equívoco. A obrigação de resultado apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa, mas a responsabilidade não deixa, por isso, de ser subjetiva. Trata-se, isto sim, de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. O Código de Defesa do Consumidor, conforme esclarece Sérgio Cavalieri Filho, “não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa”⁹⁴.

Em relação aos prestadores de serviços em geral, com exceção evidentemente dos profissionais liberais, a distinção entre obrigação de meio e de resultado mostra-se pouco relevante, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor lhes impôs a responsabilidade objetiva. Dessa forma, quer na obrigação de meio, quer na obrigação de

aplicação na esfera extracontratual (*La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, pp. 35-38).

92 Alguns autores, como Sylvio Capanema, entendem que “na obrigação de meio a responsabilidade se afere pela teoria subjetiva: o credor terá de provar que o devedor foi culpado, mas na obrigação de resultado, a responsabilidade civil do devedor é objetiva, daí ser a culpa presumida, e ele terá de fazer prova contrária” (*Direito das obrigações*, cit., p. 46).

93 Jorge Mosset Iturraspe, “La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor”, cit., p. 251.

94 Sérgio Cavalieri Filho, “A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor”, cit., p. 141.

resultado, responderá o prestador de serviço pelo dano causado, independentemente da verificação de culpa, o que leva Rui Stoco a afirmar que “o Código de Defesa do Consumidor rompeu, em parte, com a teoria do resultado, no que pertine aos prestadores de serviços, exceto, porém, com relação aos profissionais liberais e aos hospitais, em que a teoria mantém eficácia plena, harmonizando-se com a disposição contida no seu art. 14, § 4º”⁹⁵.

De fato, a tendência mais atual do direito das obrigações é a de temperar a distinção entre obrigação de meio e de resultado. O princípio da boa-fé objetiva, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, impõe às partes da relação contratual não só o dever de cumprir, mas também o de facilitar o cumprimento das obrigações. Daí afirmar Gustavo Tepedino que “ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meio, não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor”⁹⁶.

8. Conclusão: “crise da obrigação como categoria a-histórica”⁹⁷

Retome-se, por fim, a indagação de Fábio Konder Comparato, apresentada na introdução, para uma última reflexão. As classificações aqui expostas, que tão bem serviram a catalogar as relações jurídicas privadas, continuam a apresentar hoje a mesma utilidade?⁹⁸

95 Rui Stoco, “A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor”, cit., p. 204.

96 Gustavo Tepedino, “A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea”. In: Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas (coord.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, São Paulo: RT, 2003, p. 294.

97 Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, cit., p. 206.

98 É claro que esta pergunta deve ser relativizada, porque a classificação que divide as obrigações em obrigações de meio e de resultado é muito mais recente do que a que as decompõe em obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Mas mesmo naquela seara — obrigações de meio e de resultado — o questionamento é válido, pois já há quem diga que a distinção não é fundamental (André Tunc, “A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência”, cit., p. 763).

Para que se possa responder a essa questão, é preciso ter em conta toda a crise por que perpassa o direito das obrigações. De fato, não obstante a difundida consciência da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, a obrigação ainda hoje se apresenta, no mais das vezes, “como categoria a-histórica ‘sempre igual a si mesmo’, neutra, construída individuando o mínimo denominador comum entre as diversas obrigações e reduzindo as diversidades a perfis descritivos e externos ao conceito, espúrios em relação a ele”⁹⁹.

As obrigações não são, contudo, categorias neutras, a-históricas. Muito pelo contrário. Sofrem constantemente com qualquer modificação da realidade. O estudo do direito não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade, já que se trata de uma ciência social e, como tal, é sensível às alterações do complexo fenômeno social.

As obrigações alternativas, com faculdade alternativa, de meio e de resultado, conceitualmente, continuam as mesmas, mas hoje devem sujeitar-se aos novos princípios do direito contratual, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Não se limitam mais a uma estrutura formal, pois devem cumprir um fundamento axiológico-normativo que será a base de sua validade. Assim como o exercício do direito de escolha do optante, na obrigação alternativa, está limitado por esses novos princípios, o devedor de uma obrigação de meio também não poderá manter-se totalmente alheio ao resultado esperado pelo credor, da mesma forma que, por outro lado, não poderá ser automaticamente responsabilizado na hipótese de insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado.

As classificações aqui expostas, contudo, permanecem úteis. Em primeiro lugar, porque correspondem a uma realidade. Em segundo, porque permitem submeter cada espécie de obrigação a um regime particular que parece oportuno. E, enfim, em terceiro lugar, porque ajudam a sistematizar o estudo do direito das obrigações, sendo utilizadas sem muita dificuldade na prática.

99 Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, cit., p. 206.

Obrigações Divisíveis e Indivisíveis e Obrigações Solidárias

Flavia Maria Zangerolame

*Un pour tous, tous pour un*¹.
Alexandre Dumas

1. Introdução. 2. Conceito de indivisibilidade. 2.1. Indivisibilidade segundo a espécie da obrigação. 2.2. Efeitos da indivisibilidade. 2.3. Perda da Indivisibilidade. 3. Obrigações Solidárias. 3.1. Conceito, caracteres e natureza jurídica. 3.2. Solidariedade ativa. 3.3. Solidariedade passiva. 3.4. Efeitos da solidariedade. 3.5. Extinção e Renúncia da solidariedade. 4. Distinções e afinidades entre indivisibilidade e solidariedade.

1. Introdução

No capítulo concernente às modalidades das obrigações, arcabouço das mais variadas espécies, é possível a ocorrência da pluralidade de sujeitos em uma relação desta estirpe. As obrigações são divididas em simples, se houver apenas um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto na estrutura; ou complexas, que são aquelas em que o sujeito ativo, o sujeito passivo ou ambos são vários, havendo, assim, multiplicidade de sujeitos ou de objetos em uma mesma obrigação².

1 A epígrafe foi colhida do texto elaborado pela Professora Maria Celina Bodin de Moraes sobre o princípio da solidariedade, que está adiante referido e encaixa-se perfeitamente no ideal de indivisão analisado a seguir.

2 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*, 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.