

ANA PAULA LOPES PALACINI DOS SANTOS

Obrigações alternativas e facultativas no Direito Romano: conceito e aplicação

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Hécio Maciel França Madeira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

ANA PAULA LOPES PALACINI DOS SANTOS

Obrigações alternativas e facultativas no Direito Romano: conceito e aplicação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil sob a orientação do Prof. Dr. Hércio Maciel França Madeira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Santos, Ana Paula Lopes Palacini dos
Obrigações alternativas e facultativas no Direito Romano: conceito e aplicação ; Ana Paula Lopes Palacini dos Santos ; orientador Hércio Maciel França Madeira -- São Paulo, 2023.
221 f.
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito Romano. 2. Obrigações. 3. Alternativa. 4. Facultativa. 5. Direito Civil Comparado. I. Madeira, Hércio Maciel França, orient. II. Título.

Nome: SANTOS, Ana Paula Lopes Palacini dos

Título: Obrigações alternativas e facultativas no Direito Romano: conceito e aplicação

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Nenhuma pesquisa se faz sozinho.

Antes de tudo, toda pesquisa é feita em respeito e referência a pesquisadores anteriores, que traçaram os primeiros caminhos para que os novos pesquisadores pudessem compreender e aprofundar suas novas pesquisas. Assim, sem qualquer dúvida, não fosse a pesquisa de tantos autores anteriores a mim, nada seria o presente trabalho.

Da mesma forma, não se faz pesquisa sem o cuidado e a atenção de um Professor. A isso, agradeço profundamente ao Professor Alessandro Hirata, que me acompanhou, de perto, desde o início da graduação até a conclusão deste trabalho.

Também não haveria esta pesquisa se não fosse pela oportunidade e confiança recebidas do Professor Helcio Maciel França Madeira, a quem agradeço muito.

Ainda, nenhuma pesquisa se faz sozinho, ao meu ver, porque depende do ato de compartilhar conhecimento e experiências.

Esta pesquisa, que grande parte foi feita durante o período da pandemia, só foi possível pela disponibilidade e compartilhamento de arquivos, livros e artigos – além de boas conversas – com os queridos Laudevino Neto da Silveira e Beatriz Hernandes, aos quais, em nome de tantos colegas acadêmicos, agradeço em especial.

Do mesmo ato de compartilhar, acredito que a pesquisa só é feita se forem divididas as dúvidas, assim como os erros e acertos. Assim, por sempre ouvirem minhas dúvidas e, carinhosamente, opinarem pelos melhores caminhos a serem tomados; por vibrarem por cada passo desse Mestrado e desta pesquisa; pela revisão cuidadosa deste trabalho, agradeço, nomeadamente, meus amigos Angélica Fakhouri, Lucas Vieira Carvalho e Rodolfo Farias.

Também não se faz pesquisa sozinho porque é, sobretudo, necessária a compreensão das pessoas que amamos: compreender a dividir o tão exíguo tempo disponível nos finais de semana, férias e feriados; compreender os momentos de ansiedade e apreensão; compreender o cansaço e, ainda assim, a importância do trabalho que está sendo feito.

Essa compreensão – expressada em cuidado, apoio e paciência – foi o que eu recebi, todos os dias, do Leonardo Franco Belloti, meu companheiro de vida, a quem agradeço com todo o meu amor.

Também pela compreensão, e, principalmente, por nunca deixarem de acreditar e fazer mais do que o possível para dar asas aos meus sonhos, agradeço aos meus pais, José César e Simoni, e a minha irmã, Fernanda. A vocês, meu amor e gratidão eternos.

Obrigada!

RESUMO

SANTOS, Ana Paula Lopes Palacini dos. *Obrigações alternativas e facultativas no Direito Romano: conceito e aplicação*. 2023. 221 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O direito das obrigações desenvolvido pelo Direito Romano, a partir da jurisprudência casuística, constituiu um corpo doutrinário robusto, que correspondia às expectativas sociais, de modo que suas figuras e estrutura acabaram sendo absorvidas pelas legislações modernas. Partindo dessa premissa, este trabalho objetiva principalmente estabelecer um marco teórico sobre o tratamento jurídico dado pelos romanos às obrigações alternativas e facultativas. Assim, por meio do método indutivo, são analisados os fragmentos romanos sobre o tema, a fim de investigar a origem, o conceito, a natureza e o regime dado às obrigações alternativas e facultativas pelos jurisconsultos. Em seguida, conhecendo o tratamento jurídico dado pelos romanos a tais figuras, investiga-se as influências das fontes nas disposições e efeitos das obrigações alternativas e facultativas no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, são analisadas as Ordenações do Reino de Portugal, os Anteprojetos e Projetos de Código Civil e os dois Códigos Civis, que já vigoraram no Brasil. A partir desta análise, concluiu-se que a origem das obrigações alternativas e facultativas é a jurisprudência casuística romana, da qual se extrai regras complexas e assertivas, que sobreviveram e influenciaram diversas normas – ainda vigentes – do direito pátrio moderno.

Palavras-chave: Direito Romano; Obrigações; Alternativa; Facultativa; Direito Civil Comparado.

ABSTRACT

SANTOS, Ana Paula Lopes Palacini dos Santos. *Alternative and facultative obligations in Roman law: concept and application*. 2023. 221 p. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

The law of obligations developed by Roman law, based on casuistic jurisprudence, constituted a robust doctrinaire body, which corresponded to social expectations, in a way its figures and structure ended up being absorbed by modern legislations. Based on this premise, the main purpose of this paper is to establish a theoretical framework about the legal treatment given by the Romans to alternative and facultative obligations. Thus, by means of the inductive method, analyses the Roman fragments on the theme are analyzed in order to investigate the origin, the concept, the nature and the regime given to alternative and facultative obligations by the jurisconsults. Then, knowing the legal treatment given by the Romans to such figures, the influence of the sources on the dispositions and effects of the alternative and facultative obligations in the Brazilian legal system is investigated. To this end, the Ordinances of the Kingdom of Portugal, the Drafts and Projects of the Civil Code and the two Civil Codes that have already been in force in Brazil are analyzed. From this analysis, it was concluded that the origin of the alternative and facultative obligations is the casuistic Roman jurisprudence, from which complex and assertive rules are extracted, which survived and influenced several norms - still in effect - of modern Brazilian law.

Keywords: Roman law; Obligations; Alternative; Facultative; Comparative Civil law.

NOTA METODOLÓGICA

As referências bibliográficas neste trabalho levaram em consideração o modelo apresentado por E. C. SILVEIRA MARCHI em *Guia de metodologia jurídica*, 3ª ed., São Paulo, YK, 2017.

As fontes primárias referenciadas ao longo do texto foram reunidas em um índice de fontes específico ao final do trabalho. Outrossim, quando alguma fonte primária foi destacada neste trabalho, ela foi apresentada em um quadro separado do restante do texto, no qual o texto latino foi reproduzido à esquerda, e a respectiva tradução em língua portuguesa, à direita.

A tradução em referência foi elaborada com embasamento, em geral, nas obras elencadas abaixo, devendo-se ressaltar que eventuais erros ou inexatidões nas traduções deverão ser, exclusivamente, atribuídas à presente autora:

- i. I. GARCIA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. I a V, Barcelona, Jaime Molinas, 1889);
- ii. A. WATSON (*The Digest of Justinian*, v. 1 a 4, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1998);
- iii. M. C. L. VASCONCELLOS (*et al.*, *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, v. 1 e 3, 1ª ed., São Paulo, YK, 2017);
- iv. D. R. M. RODRIGUES (*Institutas de Gaio: primeiros fundamentos de Direito Romano clássico*, São Paulo, YK, 2020);
- v. B. QUEIROZ DE MORAES (*Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de Direito Romano justinianeu*, São Paulo, YK, 2020).

As fontes clássicas referentes ao *Corpus Iuris Civilis* foram extraídas da edição de T. MOMMSEN, P. KRÜGER, R. SCHÖLL e W. KROLL (*Corpus Iuris Civilis*, Vol. 1 – 3, Berlin, Weidmann, 1872, 1892 e 1895). Para os fragmentos das Institutas de Gaio, fez-se uso da supracitada obra de D. R. M. RODRIGUES, cuja descrição dos fragmentos latinos foi feita com base nas edições clássicas, sobretudo na obra de E. SECKEL e B. KÜBLER (*Gai institutiones*, 8 ed., Leipzig, Teubner, 1939).

Já as fontes referentes às Institutas de Justiniano foram extraídas na edição de P. KRÜGER (*Corpus Iuris Civilis: Institutiones/recognovit*, Vol. 1, Berlin, Weidmann, 1877).

Em relação à pesquisa, informa-se a sua natureza teórica e cunho descritivo-exploratório.

Nesse sentido, para o exame das fontes jurídicas romanas, com base nos comentários relevantes da doutrina, foi utilizado o método indutivo, a partir do qual pretendeu-se obter conclusões acerca do tratamento jurídico dado pelos romanos às obrigações estudadas, a partir das soluções casuisticamente empregadas pelos jurisconsultos aos casos levados a sua análise.

O mesmo método foi utilizado para análise dos Anteprojetos, Projetos e Legislações modernos, por meio dos quais se pretendeu extrair conclusões sobre a influência e a recepção das figuras desenvolvidas, inicialmente, pelos jurisconsultos romanos.

Ademais, o método histórico também foi utilizado, com o fim de contextualizar os diferentes tratamentos dados às figuras obrigacionais nas diferentes fases da evolução do Direito Romano e do Direito Brasileiro.

SIGLAS E ABREVIACÕES DAS FONTES SECUNDÁRIAS

AUPA	<i>Annali del Seminario Giuridico dell'Univesitá di Palermo</i>
BIDR	<i>Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano – Vittorio Scialoja</i>
ED	<i>Enciclopedia del Diritto</i>
RIDA	<i>Revue Internationale des Droits del'Antiquité</i>
RFD	<i>Revista da Faculdade de Direito da USP</i>
RT	Revista dos Tribunais
SZ	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – RA</i>

ABREVIACÕES DAS FONTES PRIMÁRIAS

C.	<i>Código de Justiniano</i>
D.	<i>Digesto</i>
Gai.	<i>Instituições de Gaio</i>
Inst.	<i>Instituições de Justiniano</i>
Nov.	<i>Novelas de Justiniano</i>

ÍNDICE

Introdução.....	14
1 Conceito e natureza das obrigações alternativas no Direito Romano	18
1.1 Conceito.....	18
1.2 Origem romana.....	20
1.3. Taxonomia.....	26
1.4 Natureza jurídica	33
1.4.1 Debate doutrinário em torno da relevância prática do estudo da natureza jurídica das obrigações alternativas.....	33
1.4.2. Teoria da pluralidade de obrigações	35
1.4.3 Teoria eclética.....	41
1.4.4. Teoria da obrigação única.....	48
2 Regime da escolha e seus efeitos no adimplemento e extinção da obrigação alternativa ..	73
2.1 Escolha	73
2.2 Regime da escolha.....	75
2.2.1 Regra geral.....	75
2.2.2 Supostas exceções à regra: legado alternativo no direito clássico e justiniano...78	
2.2.3 Escolha designada ao terceiro.....	85
2.3 Possibilidade de mudar de escolha (<i>ius variandi</i>)	91
2.4 Transmissão hereditária da escolha	101
2.5 Adimplemento	107
2.5.1. Adimplemento parcial	108
2.5.2. Adimplemento por erro do devedor.....	114
2.5.3. <i>Acceptilatio</i> :	116
2.5.4. <i>Pactum de non petendo</i>	122
2.6 Impossibilidade das prestações.....	126
2.6.1. Regra Geral.....	127
2.6.2. Liberação do devedor pelo pagamento da <i>aestimatio</i> : análise e críticas à exegese de V. Scialoja	132
2.6.3. Impossibilidade superveniente e fraude ao credor: análise do interesse e do risco do credor por G. Impallomeni	141
3. Aspectos conceituais e os efeitos da obrigação facultativa no Direito Romano	147
3.1. Conceito.....	149
3.2. Nomenclatura	150
3.3. Efeitos da obrigação facultativa	152
3.3.1. Momento da satisfação da obrigação.....	152

3.3.2. Objeto com prestação única.....	153
3.3.3. Impossibilidade superveniente.....	154
3.4. Origem e construção romana da obrigação facultativa	155
3.5. Taxonomia da obrigação facultativa.....	160
4. Recepção das obrigações alternativas e facultativa pelo ordenamento jurídico brasileiro	162
4.1. A influência do Direito Romano na formação do Direito Português	163
4.2. Obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Afonsinas	165
4.2.1. Contexto das Ordenações Afonsinas	165
4.2.2. Direito civil nas Ordenações Afonsinas.....	166
4.2.3. Obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Afonsinas	166
4.3. Obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Manuelinas.....	168
4.3.1. Contexto das Ordenações Manuelinas	168
4.3.2. Direito civil nas Ordenações Manuelinas	169
4.3.3. Obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Manuelinas.....	170
4.4. Obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Filipinas	171
4.4.1. Contexto das Ordenações Filipinas.....	171
4.4.2. Direito civil nas Ordenações Filipinas.....	172
4.4.3. Obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Filipinas	172
4.4. Independência brasileira e o Esboço das Leis Civis por Teixeira de Freitas.....	175
4.4.1. Contexto histórico da contratação de Teixeira de Freitas para elaboração do “Esboço” das leis civis.....	176
4.4.2. Obrigações alternativas no Esboço de Teixeira de Freitas	177
4.4.3. Obrigações facultativas no Esboço de Teixeira de Freitas	180
4.5. Projetos anteriores e Código Civil de 1916	181
4.5.1. Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues de 1899.....	181
4.5.2. Obrigações alternativas e facultativas por Clovis Beviláqua.....	183
4.5.3. Código Civil de 1916.....	184
4.6. Código Civil de 2002.....	188
4.6.1. Contexto e elaboração do Anteprojeto de Código de Obrigações	188
4.6.2. Código Civil de 2002 e as Obrigações alternativas e facultativas	191
5. Considerações Finais	195
6. Referências bibliográficas	202
7. Índice de Fontes.....	207

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o direito das obrigações desenvolvido pelo Direito Romano constituiu um corpo doutrinário robusto, que correspondia às expectativas sociais, motivo pelo qual suas figuras e estrutura acabaram sendo absorvidas pelas legislações modernas. Apesar disso, não se pode dizer que houve a elaboração de uma teoria geral da obrigação pelos romanos, mas, sim, que as suas concepções a respeito das obrigações se formaram por meio da jurisprudência casuística¹.

Ainda que não tenham elaborado uma teoria geral das obrigações e nem mesmo tratado das obrigações de forma universal e genérica, é possível citar o fragmento D. 44, 7, 44, 3, pr. de Paulo, no qual o jurisconsulto define a “substância” da *obligatio* como a possibilidade de obrigar outra pessoa a dar, fazer ou prestar alguma coisa em seu favor.

Assim como o texto de Paulo, é possível citar o fragmento das Institutas de Justiniano (Inst. 3, 13, pr.), que também tem o viés de dar um sentido genérico às obrigações que seriam um vínculo jurídico por meio do qual as pessoas se sujeitam a “pagar” alguma coisa.

Embora o fragmento de Paulo, assim como os demais textos do Digesto, estivesse relacionado a uma questão prática, que foi apresentada para sua análise e decisão – o que, em tese, afastaria a ideia de que o jurisconsulto buscava, com seu texto, delimitar a definição da *obligatio* no Direito Romano –, percebe-se uma semelhança nos entendimentos de Paulo e das Institutas de Justiniano, no sentido de identificar, na prestação do devedor, a característica essencial da obrigação.

Assim, poder-se-ia deduzir que, já no Direito Romano, considerava-se a obrigação como um vínculo jurídico, cuja essência estaria em obrigar o devedor a prestar algo ao credor.

Do mesmo modo que o Direito Romano não construiu de forma genérica uma teoria sobre as obrigações, ele também não teorizou a respeito do conteúdo da prestação e do objeto da obrigação, que é a essência da *obligatio* e o propósito do devedor dentro da relação jurídica.

Ainda assim, em algumas fontes romanas, é possível encontrar a definição do conteúdo da obrigação nas expressões “*dare, facere, praestare*”². Embora a doutrina romanística tenha

¹ M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, ED, 29 (1979), p. 18.

² Nesse sentido, o fragmento de Gai. 4, 2, no qual o jurista define a *actio in personam* como a ação pessoal pela qual se demanda outra pessoa que está obrigada, em razão de um contrato ou um delito, ou seja, quando alguém é demandado a dar ou a fazer ou cumprir alguma outra prestação.

discutido o significado de “*praestare*” no contexto do sistema jurídico romano, pode-se entender, de forma geral, que a prestação seria a atividade assumida pelo devedor em razão da relação jurídica firmada com o credor³.

Tratando-se do elemento essencial da *obligatio*, a doutrina moderna teorizou que, para a existência da obrigação, a prestação deve ser determinada ou determinável, lícita e possível, além de, necessariamente, atender o interesse do credor. Quanto a isso, entende-se que o requisito da determinação era absoluto, mas passou a ser relativizado durante o período clássico do Direito Romano⁴.

Nesse sentido, explica P. BONFANTE⁵ que a forma de definir prestação em si e a sua determinação passaram a ser influenciadas também pela vontade das partes, que poderiam estipular, por exemplo, que a obrigação poderia ser adimplida com uma ou outra “coisa”, a depender da escolha de uma das partes ou de um terceiro. Do mesmo modo, as partes poderiam definir, desde a concepção da obrigação, que, no momento da solução, o devedor poderia liberar-se da obrigação prestando coisa diversa, em substituição daquela que inicialmente deveria ser prestada.

Considerando-se esse contexto, verifica-se a existência de tipos de obrigação com peculiaridades quanto à forma de determinar a obrigação, sendo possível citar, como exemplo, as obrigações genéricas, as obrigações divisíveis e indivisíveis, as obrigações alternativas e as obrigações facultativas.⁶

Sendo assim, parte-se da ideia de que as obrigações alternativas e facultativas são “categorias” ou “tipos” de obrigações, que se diferenciam das demais em razão da particularidade na forma em que a prestação é definida e determinada pelas partes. Isso porque, em linhas gerais, na obrigação alternativa (*obligatio alternativa*), são previstas duas ou mais prestações, das quais somente uma deve ser adimplida pelo devedor.⁷ Por sua vez, na obrigação facultativa (*facultas alternativa*), é devida apenas uma prestação, mas ao devedor é dada a faculdade de libertar-se do vínculo obrigacional realizando outra prestação determinada.⁸

³ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 30.

⁴ *Corso di diritto romano, Le Obbligazioni*, v. 4, Milão, Giuffrè, 197, p. 53.

⁵ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 53.

⁶ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 384.

⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 519. O autor dá como exemplo de obrigação alternativa aquela em que o devedor se compromete, por meio de uma *stipulatio*, a transferir ao credor a propriedade do escravo Stico ou do escravo Panfilo.

⁸ M. KASER, *Römisches Privatrecht*, trad. port. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Direito Privado Romano, 2 ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 197. No mesmo sentido, M. TALAMANCA (*in Istituzioni*

Ademais, partindo da ideia de que o presente trabalho tem como contexto o sistema jurídico romano, estudar-se-ão as obrigações alternativas e facultativas por terem, assim como a concepção de *obligatio*, nascido do trabalho sistemático e casuístico dos romanos, que serviu de inspiração para as figuras conhecidas – de forma única e universal – pelo direito moderno.

O tratamento da obrigação alternativa, por exemplo, foi realizado, sobretudo, em temas de *stipulatio* e legados, sendo também possível encontrá-la em outros tipos de contratos, como a compra e venda.⁹ Por sua vez, as obrigações facultativas, embora não tão frequentemente encontradas nas fontes romanas, teriam raízes em temas de sucessões, como legados e fideicomissos¹⁰, bem como nos casos de responsabilidade noxal¹¹, por meio da qual dava-se a faculdade ao herdeiro ou ao *pater* de cumprir a obrigação por outra prestação.

Com base nisso, o presente trabalho buscou estabelecer um marco teórico sobre qual era o tratamento jurídico dado pelos romanos às figuras das obrigações alternativas e facultativas, com o intuito de que o percurso histórico auxilie na melhor compreensão das figuras, dos seus pressupostos, bem como do seu regime (tal qual era no Direito Romano e como foram disciplinadas nos ordenamentos jurídicos modernos).

Assim, primeiramente, foram analisados (i) o conceito romano das obrigações alternativas; (ii) a natureza jurídica das obrigações alternativas, tendo em vista as teorias elaboradas com base nas fontes romanas; (iii) o regime e os efeitos da escolha e sua titularidade (como a faculdade de mudar de escolha e de transmiti-la para os herdeiros); (iv) o adimplemento das obrigações alternativas, bem como as implicações da impossibilidade superveniente de uma das prestações deduzidas alternativamente no objeto da obrigação.

A seguir, passou-se à análise das obrigações facultativas. Em relação a essa figura, necessário ressaltar, desde logo, que a presente pesquisa teve dificuldades em dissertar a seu respeito, tendo em vista a ausência de material específico e robusto sobre o tema. Apesar disso,

cit. (nota 7 supra), p. 519) dá como exemplo de obrigação facultativa a situação em que se obriga o devedor a transferir a propriedade do escravo Panfilo, mas há também a possibilidade de adimplir a obrigação se pagar uma quantidade em dinheiro. Nesse exemplo, tendo em vista a característica da obrigação facultativa, a prestação objeto dessa obrigação é a transferência da propriedade do escravo Panfilo, enquanto a outra prestação - pagar quantidade em dinheiro - está in *facultate solutionis*.

⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni, Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, Torino, G. Giappichelli, 1966, p. 164.

¹⁰ Cf., nesse sentido, M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, München, C. H. Beck'sche, 1971, p. 495; A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 2001, p. 799.

¹¹ Cf., nesse sentido, M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 7 supra), p. 520; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXII – Direito das obrigações: Fontes. Espécies*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 221.

com o material existente e disponível, este trabalho buscou compreender *(i)* o conceito e a nomenclatura das obrigações facultativas; *(ii)* a origem romana da figura, considerando-se as fontes romanas encontradas sobre o tema; *(iii)* os efeitos e regras aplicáveis à obrigação facultativa, considerando sua natureza.

Por fim, considerando a construção romana das obrigações alternativas e facultativas, bem como a influência do Direito Romano na formação do sistema jurídico português e, conseqüentemente, no sistema jurídico brasileiro, foram analisados os principais Anteprojetos e Projetos de Código Civil, assim como os Códigos Civis de 1916 e 2002, a fim de delimitar, por meio do método indutivo, como as fontes romanas influenciaram as disposições e os efeitos das obrigações alternativas e facultativas na legislação civil pátria.

1 CONCEITO E NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS NO DIREITO ROMANO

Neste capítulo, primeiramente, investigar-se-á aspectos conceituais e a origem das obrigações alternativas. Em seguida, serão analisadas algumas das principais teorias elaboradas pela doutrina romanista, a partir das fontes romanas, a respeito da natureza jurídica da figura.

1.1 CONCEITO

A obrigação alternativa diferencia-se como tipo específico de obrigação, em razão da particularidade na forma de determinação da prestação devida¹², uma vez que, como objeto, são previstas duas ou mais prestações, enquanto apenas uma deve ser executada pelo devedor para que se dê o efetivo cumprimento e, conseqüente, a extinção da obrigação.¹³

Nesse sentido, a particularidade do objeto da obrigação alternativa ocorre por não se obedecer, de forma absoluta, o requisito da determinação da prestação¹⁴, já que apresenta um objeto determinável¹⁵, o qual passará, subsequentemente, por um processo de determinação¹⁶, que levará ao adimplemento de apenas uma das prestações deduzidas.

O referido processo de determinação, em geral, ocorre por meio da escolha, que é reconhecidamente um dos pontos centrais da obrigação alternativa, uma vez que responsável pela individualização da prestação¹⁷, que é um fenômeno, usualmente, denominado de “concentração”.¹⁸

Embora seja este o termo utilizado comumente para denominar o fenômeno de individualização da prestação, o presente trabalho adota a expressão “determinação da prestação” para referir-se ao mesmo processo, tendo em vista que a palavra “concentração” é polissêmica: enquanto o sentido leigo da palavra diz respeito, em geral, ao ato de fazer convergir

¹² Nesse sentido, G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 163.

¹³ Cf., dentre outros, M. KASER, cit. (nota 8 supra), p. 170; A. GUARINO, *Diritto* cit. (nota 10 supra), p. 798; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., E. Jovene, Napoli, 1989, p. 415; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano - Le obbligazioni - Parte Generale*. Milano, Giuffrè, 1940, p. 24; R. RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª ed., trad. port. Ary dos Santos, Instituições de direito civil, vol. 3, Saraiva, São Paulo, 1934, p. 37; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit. (nota 6 supra), p. 385; P. ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Padova, 2004, p. 1.

¹⁴ Conforme brevemente abordado na Introdução.

¹⁵ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 171. No mesmo sentido, V. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 414), afirma que a obrigação alternativa tem como característica, no momento inicial, a imperfeita determinação do objeto.

¹⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 415.

¹⁷ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 44.

¹⁸ Segundo R. RUGGIERO (*Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 37), a concentração é um fenômeno por meio do qual o objeto da obrigação, que era relativamente indeterminado, determina-se de modo definitivo.

ao centro¹⁹, o sentido jurídico refere-se ao ato de definir ou retirar as incertezas em torno da prestação devida naquela obrigação.

Isso significa, portanto, que a obrigação alternativa é constituída com um objeto alternativo, no qual são deduzidas alternativamente prestações²⁰, das quais apenas uma é, de fato, devida. Assim, qual dessas prestações deverá ser executada pelo devedor será determinada pela escolha, que poderá caber ao devedor, ao credor ou a um terceiro²¹, a depender do conteúdo da obrigação.²²

A definição da obrigação alternativa, ademais, é comumente relacionada ao brocardo jurídico “*duae res in obligatione, una in solutione*”²³, cujo sentido, em suma, é de que há duas prestações sujeitas à obrigação e apenas uma prestação sujeita ao cumprimento.

A máxima supracitada, apesar de ser elaborada com embasamento nas fontes romanas, não tem sua origem nos textos dos juristas romanos, mas sim nas glosas, salienta F. ROCCO²⁴. Apesar disso, a expressão é utilizada até hoje, por juristas modernos, para expor a natureza jurídica da obrigação alternativa, sobretudo em contraposição ao conceito da obrigação com faculdade alternativa, que é geralmente relacionada à outra máxima “*uma res in obligatione, duae in solutione*”.

O mesmo autor ressalta, ainda, que os compiladores da máxima pretendiam demonstrar, por meio dela, a unidade da obrigação alternativa, já que *in solutione* deve ser paga apenas uma

¹⁹ CONCENTRAÇÃO. In: MICHAELIS ON-LINE, *Dicionário da Língua Portuguesa*, São Paulo, Melhoramentos, 2022.

²⁰ A ideia de alternatividade da prestação é verificada nas fontes romanas, geralmente, por meio de expressões “*illud aut illud*” ou por meio de termos que remetem ao advérbio “disjuntivamente”, por exemplo “*disiuncta verba*” ou “*disiunctim legare*”. Observações: segundo o dicionário “Ernesto Faria” (FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1962.), “aut” é uma conjunção disjuntiva, que serve para fazer a distinção de dois objetos ou duas ideias, das quais uma exclui a outra. Por sua vez, o dicionário define “disjunctē” como um advérbio que tem sentido de: “1) Separadamente, em separado” e 2) “De maneira alternada”.

²¹ G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, München, 1905, p. 1

²² Como será analisado em tópico competente (item 3.2), a obrigação pode prever de forma expressa a quem compete a escolha, a depender da vontade das partes, que poderiam designada a escolha ao devedor, ao credor ou a um terceiro. Todavia, de maneira geral, a obrigação não previa expressamente a quem cabia a escolha, sendo necessário, nesses casos, aplicar a chamada “regra geral”, que, para a maioria dos autores, designava a escolha ao devedor. Cf.: M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 45; A. GUARINO, *Diritto* cit. (nota 10 supra), p. 798.

²³ O que se verifica, por exemplo, em M. KASER, *Römisches* cit. (nota 8 supra), p. 170; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, vol. 1, 2ª ed., Roma, Athenaeum, 1914, p. 205; I. MARANI TORO, *Natura ed effetti delle obbligazioni alternative*, in *Rivista di Diritto Civile*, XXIV (1932), p. 6.

²⁴ F. ROCCO, *Su la natura giuridica delle obbligazioni alternative, Contributo a una teoria delle obbligazioni a elementi indeterminati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XLI (1906), p. 56.

“coisa”²⁵, e, desse modo, a outra coisa não deve ser paga, sendo, conseqüentemente, indevida. Por outro lado, afirma que a expressão não subsiste a críticas, por gerar dúvidas em relação às duas coisas que estão *in obligatione*, pois se há duas coisas no vínculo, pode-se entender que ambas seriam devidas e, portanto, duas coisas deveriam ser pagas.²⁶

Não obstante, apesar da possibilidade de confusão, a máxima é precisa no significado substancial que se pode dela deduzir, no sentido de que, na obrigação alternativa, são duas as prestações possivelmente devidas, enquanto somente uma delas deverá ser executada, de modo que o pagamento efetuado será o fenômeno responsável pela indicação de que aquela prestação era a efetivamente devida.²⁷

1.2 ORIGEM ROMANA

Como percebe-se das obras até então citadas a respeito da obrigação alternativa, há uma ampla elaboração doutrinária a respeito da figura, a qual constitui a “tradição romanística”, que tem como ponto de partida o que, para alguns doutrinadores, chama-se de direito histórico²⁸, uma vez que elaborado com base nas fontes romanas, no intuito de construir uma supraestrutura – em termos de regras gerais e unificadas – da obrigação alternativa.²⁹

É certo que, assim como lhes era característico³⁰, o Direito Romano não construiu uma teoria geral das obrigações, como também não elaborou uma teoria geral das obrigações alternativas. Apesar disso, como será demonstrado adiante, a figura era encontrada em um

²⁵ Ressalte-se que, para o direito atual, o termo correto a ser aqui utilizado é prestação, mas, em consonância ao termo “*res*” utilizado pelo brocardo, optou-se, nesse parágrafo, a referir-se às coisas.

²⁶ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra) p. 57.

²⁷ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 58.

²⁸ Segundo G. GROSSO (*Problemi costruttivi e sistematici dell’obbligazione alternativa nel diritto romano*, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni, v. XXXVIII (1940), p. 224), é matéria de disputa entre os romanistas se as categorias presentes na dogmática atual tiveram como base a elaboração desse chamado direito histórico, que essencialmente foi elaborado com base no Direito Romano. Nesse ponto, o autor afirma ser necessário adotar uma abordagem consciente capaz de evitar que se perca a ligação com a viva e presente realidade dos romanos entre nós, bem como capaz de evitar a repetição de certos esquemas tradicionais sem refletir se o resultado da experiência romana foi, inclusive, positivo para o próprio Direito Romano.

²⁹ Nesse sentido, G. GROSSO, *Problemi* cit. (nota 28 supra), p. 224 e M. ZILLIO, *La fenomenologia dell’obbligazione alternativa nel diritto romano: natura e regime*, (Ph.D. thesis), Padova, Università degli Studi di Padova, 2008, p. 10.

³⁰ Cf. G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 9 e M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 7 supra), p. 30, o qual, inclusive, explica que a principal característica da jurisprudência romana entre os séculos II a.C. e o século III d.C. é a construção de um *ius controversum*.

número abundante de fontes³¹, seja em temas de *stipulatio*³² (contratos verbais e solenes³³), compra e venda³⁴, legados³⁵ e fideicomisso³⁶, nas quais eram estabelecidas obrigações entre as partes, que envolviam a execução de uma prestação que havia sido deduzida de forma alternativa.

Todavia, o nome “obrigação alternativa” não é encontrado nas fontes e, possivelmente, não foi utilizado pelos romanos, sobretudo para a denominação de uma classe de obrigações. Não obstante, para referir-se a esses tipos de obrigações com o objeto alternativamente deduzido, os romanos, no direito clássico, utilizavam termos como “*disiuncta verba*”, “*disiunctim legare*”, “*disiunctivae stipulatione*” ou simplesmente “*illud aut illud*”³⁷.³⁸

³¹ Nesse sentido, I. MARANI TORO (*Natura cit.* (nota 23 supra), p. 1) ressalta que o estudo das obrigações alternativas tem grande importância sobretudo em razão do grande número de fragmentos romanos, nos quais os juristas deram diversas soluções para esse tipo de obrigações. De fato, durante a elaboração do presente trabalho, foram analisadas dezenas de fragmentos, que tinham como tema central a obrigação alternativa, por exemplo: *Paul. 10 quaest.* D. 45, 1, 128; *Paul. 72, ad. ed.*, D. 45, 1, 83, 2; *Gai. 2 de verb. obl.*, D. 45, 1, 141, 1. Assim, como será visto, os próximos tópicos e capítulos têm como objeto de estudo tais fragmentos.

³² Por ser uma das principais formas de contratação do direito clássico, a *stipulatio* constituiu o cenário de grande parte dos fragmentos analisados no presente trabalho. Por meio de uma simples pesquisa de termos, verifica-se a existência de mais de vinte fragmentos sobre obrigações alternativas em temas de *stipulatio*. Como exemplo, o fragmento *Ulp. 22 ad. ed.*, D. 45, 1, 75, 8, no qual há uma *stipulatio* avençada com cláusula “*Stichum aut Pamphilum dari*”. Outro exemplo importante para o presente trabalho é o fragmento *Gai. 2 de verb. obl.*, D. 45, 1, 141, no qual se estuda uma *stipulatio* alternativa, designada da forma “*utrum Titius voluerit*”, ou seja, com a escolha conferida a um terceiro.

³³ Apesar de tratar-se de termo em língua latina, o presente trabalho preferiu adotá-lo sempre que necessário fazer referência à *stipulatio*, que segundo Gai. 3, 92, é “a obrigação que se contrai por meio <da prolação> de palavras a partir de pergunta e resposta, como por exemplo: ‘Prometes que <me> será dado?’ – ‘Prometo’; ‘Darás?’ – ‘Darei’; ‘Tu te comprometes?’ – ‘Comprometo-me’; ‘Empenhas tua fé?’ – ‘Empenho’; ‘Juras por tua fé?’ – ‘Juro’; ‘Farás?’ – ‘Farei’.”. D. R. M. RODRIGUES, *Institutas de Gaio: primeiros fundamentos de Direito Romano clássico*, São Paulo, YK, 2020, p. 195.

³⁴ A compra e venda também foi objeto de estudo no presente trabalho, como será visto nos próximos tópicos, uma vez que foi possível encontrar fragmentos, que tratavam de compra e venda alternativa. Por exemplo, no fragmento *Paul. not ad Iul.* D. 18, 5, 4, foi analisada uma compra e venda alternativa, cujo vendedor pactuou a “desistência” da venda de uma das prestações.

³⁵ Importante ressaltar que, embora seja matéria de direito sucessório, grande parte das regras hoje conhecidas como de teoria geral das obrigações foi extraída dos legados, já que, sobretudo no que concerne o legado *per damnationem*, eram geradas obrigações aos herdeiros conforme a vontade do testador. Como exemplo dessa situação, cita-se o fragmento: *Ulp. 22 ad Sab.*, D. 30, 47, 3, no qual o jurisconsulto confere a titularidade da escolha ao herdeiro, que assumia a posição de devedor nesse tipo de relação.

³⁶ Cf., dentre outros, A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2 e D.31.19: due testimonianze per la ricostruzione del regime della scelta nell’obbligazione alternativa*, in AUPA, vol. LIV (2011), p. 234; M. TALAMANCA, *Obbligazioni cit.* (nota 1 supra), p. 44. No presente trabalho, também foram estudados fragmentos sobre fideicomisso. Como exemplo, o fragmento: *Africanus libro sexto quaestionum*, D. 30, 109, 1, no qual o jurisconsulto também confere a titularidade da escolha ao herdeiro, que assumia a posição de devedor nesse tipo de relação.

³⁷ Por exemplo, o fragmento D. 36, 2, 5, pr., que fala do legado de uma ou outra coisa, com a enumeração de muitas coisas de modo ‘disjuntivo’: “*Cum illud aut illud legetur, enumeratio plurium rerum disiunctivo modo comprehensa plura legata non facit. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum vel alterum sub condicione legaverit: nam pendente condicione non erit electio nec, si moriatur, ad heredem transisse legatum videbitur.*”.

³⁸ Cf.: A. D’ORS, *En torno de la llamada obligación alternativa*, *Revista de Derecho Privado*, n. 322, XXVIII (1944), p. 20; R. CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, Milão, CEDAM, 1997, p. 135.

Deve-se mencionar, todavia, que é possível encontrar, em alguns fragmentos do Digesto, expressões como “*sub alternatione*”, “*alternatio*³⁹ *locorum*”, os quais, segundo A. D’ORS⁴⁰ são considerados suspeitos de intervenções por parte dos compiladores, já que somente a partir do direito bizantino são encontradas expressões como “*hypó alternationa*” para referir-se às obrigações alternativas.

No mesmo sentido, V. GISCARD⁴¹ afirma que o adjetivo alternativo passou a ser utilizado a partir dos glosadores. Antes disso, fazia-se referência às obrigações alternativas somente por meio do adjetivo disjuntivo, o qual, como visto acima, era encontrado nos fragmentos romanos.

Desse modo, acredita-se que a nomenclatura utilizada no dia de hoje para referir-se às obrigações alternativas tornou-se um termo técnico na Idade Média⁴², por meio das Glosas, as quais basearam-se no adjetivo “alternativo”, que apresenta raízes em língua latina, como nos termos: “*alternare, alternatium, alternatio*”.⁴³

Contudo, o fato de os jurisconsultos romanos não terem elaborado um nome técnico⁴⁴, não impediu que eles estudassem e conhecessem a figura com maestria.⁴⁵ Ao contrário, não se nega que a figura das obrigações alternativas tem suas raízes no Direito Romano, pois, em relação a *causae obligationum*, os romanos trataram amplamente de muitos casos, nos quais mais prestações vinham alternativamente deduzidas na obrigação, elaborando, inclusive, a delimitação, separação e individualização da figura.⁴⁶

³⁹ Em pesquisa realizada sobre o termo “*alternatio*” in B. KÜBLER, *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, in ZSS 53.1 (1933), p. 409, deparou-se com a citação do fragmento Ulp. 27, ad ed., D. 13, 4, 2, 3, que usou a expressão “*alternatio locorum*”. Quanto a isso, M. KASER (in *Das römische* cit. (nota 10 supra), p. 494.), afirma justamente que a nomenclatura “obrigação alternativa” teria sido baseada no fragmento de Ulpiano localizado no 13.º Livro do Digesto (Ulp. 27, ad ed., D. 13, 4, 2, 3), no qual o jurista utilizou a expressão “*alternativo locorum*”.

⁴⁰ A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 20.

⁴¹ V. GISCARD, *De l’obligation alternative*, Dijon, 1888, pp. 1-2.

⁴² R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 135.

⁴³ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 1.

⁴⁴ Inclusive, quanto a isso, importa fazer a ressalva de que o fato de não terem dado um nome técnico a esta obrigação, provavelmente, ocorreu por acreditarem que não seria necessário adotar uma expressão abstrata e genérica, mas isso não pode levar à conclusão de que eles não sabiam o seu significado. Ademais, é necessário reconhecer que, em muitos fragmentos, há a utilização de um termo específico para as situações em que o objeto da obrigação está determinado alternativamente: *disjunctivae stipulationes*. Cf.: D. 45, 1, 63 (“*ex duabus disjunctivis condicionibus*”); D. 35, 1, 71 (“*disjunctivo modo condicionibus adscriptis*”); D. 50, 16, 124 (“*disjunctiva oratio*”).

⁴⁵ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni alternative nel diritto romano e nel diritto civile italiano*, Catania, Pansini, 1893, p. 16.

⁴⁶ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 164 e, no mesmo sentido, R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 136.

Assim, de forma casuística, o tratamento da obrigação alternativa foi realizado, sobretudo, em temas de *stipulatio* e legados⁴⁷, sendo também possível encontrá-la em outros campos de contratos, como a compra e venda.⁴⁸ Atuando de tal forma, os romanos desenvolveram as consequências e os efeitos das obrigações alternativas⁴⁹, o que possibilitou que, posteriormente, fossem agrupadas e consideradas como um gênero especial das obrigações.

Todavia, por jamais terem os romanos se dedicado à elaboração de uma teoria geral ou única das obrigações alternativas – pois, como visto, o direito clássico desenvolvido pelos juristas romanos visava à resolução de casos práticos – alguns autores, como A. D’ORS⁵⁰ (repetindo a o entendimento de G. PESCATORE⁵¹), afirmaram que a compreensão da obrigação alternativa de uma forma única e genérica significa, na verdade, “un puro fantasma forjado por la fértil imaginación constructiva de los modernos”⁵².

Nesse sentido, as fontes romanas não poderiam servir de apoio para remontar uma doutrina moderna unitária das obrigações alternativas, já que os juristas romanos haviam tratado a obrigação alternativa sob outra perspectiva, abordando o assunto de forma bastante imparcial para a tomada de decisões, que somente seriam apropriadas a cada caso – envolvendo uma obrigação alternativa – que vinha à sua avaliação. Desse modo, suas decisões envolviam a aplicação de princípios jurídicos gerais e as circunstâncias especiais do caso concreto, e não regras gerais e comuns para uma classe de obrigações.⁵³

Ocorre que, apesar de terem dado um tratamento casuístico, os romanos aplicavam regras inspiradas em um “chiaro senso costruttivo e sistematico, che procede attraverso una logica giuridica che ha di mira una costruzione con categorie chiare e concrete”⁵⁴, ou seja, considerando-se a realidade concreta retratada no esquema contratual romano, especialmente naquele formal e geométrico da *stipulatio*, é possível inferir a construção de uma categoria clara e concreta das obrigações alternativas.⁵⁵

⁴⁷ Pelo modo no qual se estabelecia a determinação da prestação devida.

⁴⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 164.

⁴⁹ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 16.

⁵⁰ A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 4.

⁵¹ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), 1905.

⁵² “um verdadeiro fantasma forjado pela fértil imaginação construtiva dos juristas modernos” (tradução nossa).

⁵³ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), pp. 30-31.

⁵⁴ “claro senso construtivo e sistemático, que procede por meio de uma lógica jurídica direcionada à construção de categorias claras e concretas” (tradução nossa) G. GROSSO, *Problemi* cit. (nota 28 supra), p. 224.

⁵⁵ G. GROSSO, *Problemi* cit. (nota 28 supra), p. 225.

Ademais, afirma G. CARNAZZA⁵⁶ que seria muito restrito entender que os juristas romanos entendiam a obrigação alternativa de variadas formas a depender da particularidade do caso concreto, justamente porque os romanos eram precisos nos critérios jurídicos elaborados, bem como rigorosos com a lógica e a clareza na manifestação de suas decisões, havendo certa uniformidade em suas decisões.

Embora, como visto, haja o entendimento de que, a partir das fontes romanas, seja possível traçar um perfil das obrigações alternativas, sobretudo em relação ao entendimento da figura pelo Direito Romano, é necessário analisar as hipóteses encontradas nas fontes romanas, para que se possa, verdadeiramente, individualizar a obrigação alternativa como uma categoria de obrigação, que apresenta sempre as mesmas características.⁵⁷

Inclusive, a referida análise das hipóteses é necessária porque a simples presença da conjunção “*aut*” separando, de forma alternativa, as prestações deduzidas naquela obrigação (“*Stichum aut Pamphilum*”), não é suficiente para identificar a obrigação alternativa, uma vez que o termo é encontrado em outras fontes romanas referentes a figuras obrigacionais diferentes da obrigação alternativa⁵⁸, como, por exemplo, a própria obrigação facultativa.⁵⁹

Pelo exposto, deduz-se que as obrigações alternativas tiveram sua origem no Direito Romano, que, diversamente do que se conhece nos dias atuais, não desenvolveu uma teoria geral das obrigações, mas, por meio da aplicação de repetidas regras aos casos concretos (envolvendo, principalmente, a *stipulatio* e os legados), oferecendo soluções semelhantes e inteligentes, as quais possibilitaram a elaboração do que se conhece hoje pela categoria das obrigações alternativas, que tem como especificidade a forma alternativa de determinação das prestações.

Por outro lado, sendo certo que a obrigação alternativa nasceu em Roma, V. GISCARD⁶⁰ afirmou que também a “morte” da figura teria ocorrido no próprio Direito Romano, ou que teria ocorrido a sua “decadência” no direito moderno, tendo em vista que a utilização dessa obrigação estava diretamente relacionada ao instituto da escravidão romana, que já não existiria mais, o

⁵⁶ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 17.

⁵⁷ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 164.

⁵⁸ A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 20.

⁵⁹ Por exemplo, o fragmento Ulp. 66 ad. ed., D. 42, 1, 6, 1, que versa sobre responsabilidade noxal, a qual é entendida como uma das fontes da obrigação facultativa, há a expressão “*decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur*”.

⁶⁰ V. GISCARD, *De l’obligation alternative*, Dijon, 1888, p. 78, *apud* I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 1. Observou-se que a mesma referência é encontrada em M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 5 e G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 1.

que explicaria a escassez da aplicação da obrigação alternativa na vida moderna. Segundo esse pensamento, as obrigações alternativas eram, de fato, muito úteis para os credores em Roma, pois, colocados alternativamente os escravos como objeto em uma obrigação, o credor poderia procurar, dentre as características de cada um deles, qual melhor iria satisfazer sua necessidade.⁶¹

De fato, são muitos os fragmentos que abordam contratos (como *stipulatio*) ou legados cujo objeto é “*Stichum aut Pamphilum*”, assim como muitos são os fragmentos que tratam de “*Stichum aut decem*” (ou outra coisa). Percebe-se, portanto, que, mesmo que se admita que a obrigação alternativa tenha desenhado seus primeiros contornos por meio do instituto da escravidão, fato é que se tratava de obrigações cujo objeto é um “*dare*”, de modo que todo tipo de prestação pode ser objeto da obrigação alternativa.⁶²

Assim, embora tenha desaparecido o fenômeno social que dava vida à obrigação alternativa (a escravidão), não se pode afirmar que a figura nasceu e deixou de existir no Direito Romano, já que, no lugar da escravidão, nasceram outros fenômenos da vida que demandaram (e ainda demandam) a utilização e a aplicação das regras da obrigação alternativa.⁶³ Afinal, o desenvolvimento do direito mostra, em consonância com a progressiva evolução de determinados conceitos jurídicos, que, à medida em que surgem novas realidades, há a manutenção das figuras jurídicas, que se adaptam ao novo substrato sociológico.⁶⁴

Tanto parece verdade que, conforme exposto por G. PESCATORE⁶⁵ e, posteriormente, lembrado por I. MARANI TORO⁶⁶, A D’ORS⁶⁷, e M. ZILLIO⁶⁸, as obrigações alternativas estão presentes na sociedade até os dias de hoje, inclusive sem que percebamos, como nos seguintes exemplos: o bilhete de viagem que autoriza o passageiro a seguir por uma ou outra linha de viagem ou do restaurante que, por um preço fixo, dá ao consumidor o direito de escolher entre o café e o chocolate quente; o que reafirma, portanto, a vitalidade da obrigação alternativa, bem como a importância – doutrinária e prática – do seu estudo.

⁶¹ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 2.

⁶² I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 2.

⁶³ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 6-7.

⁶⁴ A. HERNANDEZ GIL, *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa*, Revista de derecho privado (1942), p. 551.

⁶⁵ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), pp. 2-8.

⁶⁶ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 3.

⁶⁷ A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 2.

⁶⁸ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 7.

1.3. TAXONOMIA

Como visto dos tópicos acima, a obrigação alternativa é um tipo de obrigação que apresenta uma peculiaridade na forma em que o objeto é determinado, uma vez que nela estão deduzidos duas ou mais prestações, enquanto somente uma deve ser executada pelo devedor para que ele seja liberado da obrigação.

Ainda, verificou-se que a obrigação alternativa teve sua origem no Direito Romano, no qual é possível encontrar diversas soluções em temas de obrigações *inter vivos* e *causa mortis*, em que há a estipulação de um objeto com mais de uma prestação deduzida alternativamente, de modo que o devedor tem a possibilidade de liberar-se executando apenas umas das prestações. Pela quantidade de fragmentos, como citado anteriormente, deduz-se que a obrigação alternativa esteve presente no cotidiano dos romanos, sendo, possivelmente, uma solução prática encontrada para facilitar o adimplemento e a satisfação do credor.

Tendo em vista as características essenciais da obrigação alternativa, o próximo passo é compreender, dentro do direito das obrigações, qual posição ocupa o estudo das obrigações alternativas: a obrigação alternativa é uma classe de obrigação? A obrigação alternativa é um tipo específico e excepcional de obrigação? A obrigação alternativa é um pacto adjeto à obrigação?

Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, o entendimento de alguns autores a respeito da posição do estudo das obrigações alternativas em relação ao estudo das demais obrigações, a fim de que se compreenda o que, neste trabalho, será chamado de taxonomia da obrigação alternativa.

Assim, o estudo proposto sobre a taxonomia das obrigações alternativas inicia-se com os comentários de BARTOLO DE SASSOFERRATO ao Livro do II do Digesto⁶⁹, cujo assunto principal são os pactos. Da leitura de seus comentários, percebe-se que BARTOLO debruçou-se, em especial, sobre o tema do *pactum de non petendo* – o qual, como será visto adiante neste trabalho, também foi objeto de análise do jurista Paulo, que tratou da hipótese de as partes firmarem um pacto de não pedir uma das prestações deduzidas no objeto de uma obrigação alterativa.

⁶⁹ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Comentaria in corpus iuris civilis, Digestum vetus*, 1471-1472, pp. 87-88, disponível em http://digitale.beic.it/primo_library/libweb/action/search.do [22-03-2022].

Neste contexto, BARTOLO compara os efeitos do pacto de não pedir na obrigação alternativa e na obrigação genérica, em razão da “semelhança” das obrigações quanto à atribuição da escolha para a determinação do objeto da obrigação.

Assim, afirma BARTOLO que, na obrigação alternativa, o pacto de não pedir uma das prestações tem como efeito a extinção de toda a obrigação, enquanto na obrigação genérica, o pacto de não pedir só extingue toda a obrigação se a escolha for atribuída ao credor. Segundo o autor, as duas obrigações (alternativa e genérica) se distinguem porque enquanto na obrigação alternativa, todas as prestações estão no objeto antes da escolha, na obrigação genérica, nada está no objeto da obrigação.

Dos referidos comentários, infere-se que BARTOLO entendia a obrigação alternativa como um tipo específico de obrigação por atribuir a escolha como a forma de determinar o objeto da obrigação, característica esta que, no seu ponto de vista, é dividida com a obrigação genérica. Ainda, percebe-se que o autor não faz uma análise da obrigação alternativa como uma classe das obrigações, que se opõe à obrigação genérica, mas, sim, a comparação dos efeitos do pacto adjeto (pacto de não pedir) nas obrigações alternativa e genérica, haja vista a semelhança que considera existir entre elas.

Apesar do entendimento inferido dos comentários de BARTOLO, no sentido de que a obrigação alternativa não se opõe às demais, de modo que não poderia ser considerada uma “classe”⁷⁰ de obrigação, é possível encontrar autores que, ao contrário, entendem que a obrigação alternativa, por suas características, opõe-se às demais.

Por exemplo, A. TEIXEIRA DE FREITAS⁷¹, ao comentar o art. 564 na Consolidação das Leis Civis⁷², entende que a obrigação alternativa, por suas características, opõe-se à “obrigação conjuntiva” (pode ser encontrada atualmente com a denominação “obrigação cumulativa”), que é aquela, cujo objeto da obrigação está composto por duas ou mais prestações, de modo que a obrigação somente pode ser solucionada com a execução de ambas ou todas as prestações pelo devedor.

⁷⁰ Segundo o dicionário Michaelis, como classe, entende-se um grupo ou divisão de um conjunto que apresenta atributos semelhantes (CLASSE. In: MICHAELIS ON-LINE, Dicionário da Língua Portuguesa, São Paulo, Melhoramentos, 2022).

⁷¹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, v. 2, 5ª ed., Rio de Janeiro, Livreiro, 1915, p. 313.

⁷² “Há obrigação alternativa quando é constituída disjuntivamente, de modo que se extingue pelo cumprimento de uma de duas ou mais prestações. Opõe-se a esta obrigação a obrigação ‘conjuncta’ ou conjuntiva, quando o devedor está obrigado a duas ou mais prestações, sem cujo cumprimento total não fica libertado”.

Nesse sentido, ao que parece, considerando-se a forma de determinação do objeto da obrigação, a obrigação alternativa seria uma classe das obrigações, por apresentar atributos específicos, que, sobretudo, possibilitam a identificação de um tipo de obrigação que se opõe a ela. Isso significa, tal qual se espera de uma classificação, que o “não ser” obrigação alternativa implicaria o “ser” obrigação conjuntiva, para o autor em análise.

Assim como A. TEIXEIRA DE FREITAS, V. POLACCO⁷³ entende que a obrigação alternativa se opõe à obrigação cumulativa, na qual o devedor tem que realizar mais de duas prestações (ou a prestação envolve a entrega de mais de dois objetos) para livrar-se da obrigação. Assim, por apresentar a referida particularidade no objeto, que a diferencia da obrigação cumulativa, o autor entende que este tipo obrigacional demanda um regramento distinto.

A. GUARINO⁷⁴ estuda as obrigações alternativas dentro do subtítulo “O objeto das obrigações”, que seria a prestação (“um sujeito passivo em função de um determinado comportamento”⁷⁵). Visto isso, em relação às prestações, o autor afirma que as obrigações podem ser classificadas em três: “a) obrigações positivas e negativas; b) obrigações divisíveis e indivisíveis; c) obrigações de espécie e gênero⁷⁶”.

Após a apresentação dos referidos tipos obrigacionais, que adentram a classificação das obrigações quanto à prestação, o autor afirma que “o tema das prestações implica que se fale também das denominadas obrigações alternativas, que eram aquelas, cujo objeto apresentava duas ou mais prestações, das quais, no entanto, o devedor tinha que adimplir somente uma⁷⁷”.⁷⁸

Diante disso, infere-se que, para A. GUARINO, existe uma classificação das obrigações quanto ao objeto, mas a obrigação alternativa não está nessa classificação, aparentemente, pelo fato de que ela não se opõe a outro tipo de obrigação. Assim, paralelamente à classificação das obrigações quanto ao objeto, A. GUARINO apresenta as obrigações alternativas, que eram

⁷³ Vale ressaltar que, para tratar da obrigação alternativa, o autor inicia uma nova seção em seu trabalho, que denomina “Figuras obrigacionais especiais em si e nos seus efeitos em razão da simples particularidade do seu objeto” (“Figure di obbligazioni speciali in sè e nel llo ro effetti per semplice peculiarità del loro oggetto” – tradução nossa). V. POLACCO, *Le obbligazioni* cit. (nota 23 supra), p. 203.

⁷⁴ A. GUARINO, *Diritto* cit. (nota 10 supra), pp. 794-796.

⁷⁵ “il soggetto passivo in funzione di un determinato comportamento” (tradução nossa).

⁷⁶ “a) obbligazioni positive e negative; b) obbligazioni divisibili e indivisibili; c) obbligazioni di specie e di genere” (tradução nossa).

⁷⁷ “Il tema della prestazione implica che si parli anche delle cd. obbligazioni alternative, che erano quelle aventi ad oggetto due o più prestazioni, delle quali peraltro il debitore era tenuto ad adempiere una soltanto” (tradução nossa)

⁷⁸ A. GUARINO, *Diritto* cit. (nota 10 supra), pp. 796-797.

obrigações diferentes das demais, justamente por apresentarem duas prestações no momento em que a obrigação era formada, mas uma única prestação quando do adimplemento.

De forma semelhante, P. BONFANTE⁷⁹ afirma que “as obrigações alternativas são uma categoria especial das obrigações com objeto não absolutamente determinado, mas determinável”⁸⁰, ou seja, para o autor, a obrigação alternativa representa uma categoria especial, haja vista a forma de determinação do objeto, não se referindo à obrigação alternativa como uma classe.

Possível reparar, inclusive, que o autor apresenta o mesmo raciocínio quando trata das obrigações com características específicas quanto aos sujeitos, pois não afirma, de qualquer modo, a ideia de “classificação” das obrigações quanto ao sujeito. Ele defende, em suma, que as obrigações podem assumir “várias configurações”, dividindo-as em três “hipóteses”.⁸¹

O mesmo posicionamento é apresentado por R. RUGGIERO⁸², segundo o qual é possível selecionar algumas categorias de obrigações em razão da variedade do conteúdo de suas prestações, cuja consequência é demandar do ordenamento jurídico regramentos específicos. Justamente neste contexto de “figuras especiais”, “cujo regime exige um estudo à parte”, o autor insere a obrigação alternativa.

Por sua vez, J. C. MOREIRA ALVES⁸³ entende que as obrigações podem ser apresentadas sob várias “modalidades”, afirmando, por outro lado, que os juristas romanos não deixaram qualquer classificação deste tipo, o que não impediu, ao seu ver, que os juristas modernos tentassem classificar as obrigações alternativas “segundo os seus elementos essenciais” (inclusive, como apontado acima, o próprio A. GUARINO⁸⁴ propõe uma sistematização das obrigações em classes quanto à forma de determinação da prestação, ainda que ele entenda que a obrigação alternativa não faz parte desta classificação).

⁷⁹ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 172.

⁸⁰ “Le obbligazioni alternative sono una categoria speciale delle obbligazioni con oggetto non assolutamente determinato, ma determinabile” (tradução nossa).

⁸¹ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 75.

⁸² R. RUGGIERO, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), pp. 31-33.

⁸³ No Direito Romano, conforme estudos de P. BIRKS (*The roman law of obligations*, Oxford, OUP, 2014, pp. 17-20) tem-se conhecimento da classificação das obrigações realizada, primeiramente, por Gaio (*in Gai. 3, 88*), que apresentou a dicotomia entre as obrigações decorrentes dos contratos ou dos delitos. Tratava-se, portanto, de uma classificação das obrigações quanto à causa, quanto ao modo que aquela obrigação havia surgido. Posteriormente, Justiniano (*in Inst. 3, 13*) apresentou dois tipos de divisões das obrigações: na primeira, dividiu as obrigações em civis ou pretorianas (ou honorárias), na segunda dividiu em quatro espécies, sendo elas as obrigações derivadas dos contratos, dos quase contratos, dos delitos e dos quase delitos.

⁸⁴ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit. (nota 6 supra), p. 383.

Do mesmo modo, E. ALBERTARIO⁸⁵ afirma que é possível encontrar diversas configurações das obrigações a depender das características específicas da prestação, dos sujeitos ou do vínculo envolvido (ou seja, dos elementos fundamentais da obrigação) e, sendo assim, entende que, em relação às características da prestação, a obrigação poderia ser classificada⁸⁶ em alternativa, genérica ou indivisível.

Por sua vez, assim como BARTOLO, B. WINDSCHEID⁸⁷ abordou a obrigação alternativa em paralelo à obrigação genérica, tendo em vista que ambas trazem questões peculiares à indeterminação da prestação, pois, nos dois casos, a prestação é determinada, mas de forma alternativa (no caso da obrigação alternativa) ou de forma genérica (no caso da obrigação genérica).

Já em paralelo às posições de A. GUARINO (que admite a possibilidade de uma classificação das obrigações), assim como à posição de BARTOLO e B. WINDSCHEID, que comparam as características das obrigações alternativas e genéricas, G. GROSSO⁸⁸ afirma que, em relação à prestação, pode-se fazer diversas distinções, que levam inclusive à classificação da obrigação, que não é abordada no seu curso. De todo modo, a partir deste comentário, o autor aborda a distinção das seguintes figuras: prestação positiva e prestação negativa; prestação divisível e indivisível.

Em continuidade ao seu raciocínio, G. GROSSO⁸⁹ afirma que, em relação ao modo de determinação da prestação, distinguem-se as obrigações alternativas e genéricas. Nesse sentido, o autor afirma que a obrigação alternativa se destaca como um tipo particular de obrigação em razão da forma que a prestação é designada.⁹⁰

Como se vê, portanto, o autor entende que a obrigação alternativa é um tipo particular de obrigação, cuja peculiaridade é a forma que as partes pactuam a prestação: no caso, de forma alternativa. Ainda, afirma o autor que a obrigação alternativa não se confunde com a obrigação facultativa, que, ao seu ver, também se caracteriza como um tipo particular de obrigação.

⁸⁵ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 22.

⁸⁶ Verifica-se a ideia de classificação porque o autor insere o estudo da obrigação alternativa e das demais figuras no subcapítulo “classificação das obrigações” (*in Corso di diritto romano - Le obbligazioni - Parte Generale*. Milano, Giuffrè, 1940, p. 22).

⁸⁷ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, v. II, (Traduzione dei Professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa), Torino, Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1925, p. 16.

⁸⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 157.

⁸⁹ Baseando-se no mesmo raciocínio, M. TALAMANCA insere a obrigação alternativa dentro do estudo das “figuras especiais das obrigações”, que abarca também a obrigação genérica, a obrigação solidária e a obrigação com pluralidade de sujeitos (*in Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 47.).

⁹⁰ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 159.

Igualmente partindo da ideia de que a obrigação alternativa é uma figura especial das obrigações, V. ARANGIO RUIZ⁹¹ explica o que qualifica de estrutura normal da obrigação, como sendo aquela que apresenta objeto perfeitamente determinado, a contratação é realizada por um só devedor e um só credor, permanecendo com tais características até a extinção da obrigação. Paralelamente à referida obrigação, deve-se compreender os casos excepcionais das obrigações, com características específicas, que as diferenciam da estrutura de uma obrigação convencional, sendo elas: a obrigação natural, a obrigação genérica, a obrigação alternativa, a obrigação com prestação divisível ou indivisível e as obrigações correatas e solidárias.

A partir desta análise, verifica-se que os autores divergem a respeito do posicionamento do estudo das obrigações alternativas. De um lado, há aqueles que entendem a obrigação alternativa como um tipo específico de obrigação, o que demandaria um regramento diferente das demais; do outro, há aqueles – aparentemente como minoria – que enxergam na obrigação alternativa uma classe das obrigações, quanto à forma de determinação do objeto ou quanto às características das prestações.

É possível inferir, diante disso, que a aparente classificação da obrigação alternativa como uma classe de obrigação, que apresenta alguma característica específica em relação ao seu objeto, nada mais é do que a identificação de uma figura típica e específica de obrigações, que, independentemente do conteúdo das prestações ou dos sujeitos ou da origem do próprio vínculo, sempre apresentará um objeto com prestações deduzidas alternativamente, cujo devedor terá o direito de liberar-se executando somente uma delas.

Justamente neste sentido, é possível identificar que a obrigação alternativa não poderia ser vista como uma obrigação simples atrelada a um pacto acessório, no qual o devedor pode liberar-se com a entrega de uma ou outra prestação. Afinal, a obrigação alternativa tem, em sua essência, ou seja, desde o seu nascimento, a alternatividade das prestações e o direito do devedor liberar-se somente com a execução de uma das prestações.

O raciocínio acima pode ser confirmado pelo fato de que a obrigação alternativa permite que as partes pactuem obrigações acessórias atreladas a ela, independentemente da particularidade do seu objeto. Nesse contexto, as partes poderiam firmar, de forma acessória, uma condição à execução de uma das prestações, que se encontra alternativamente deduzida na obrigação alternativa.

⁹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 411.

Esta hipótese, aliás, está prevista no fragmento *Paul., 7 Lex Jul. et. Pap., D. 33, 2, 21*, no qual o jurisconsulto analisa um caso de legado alternativo entre o usufruto do escravo Tício e a soma de dez, se o navio regressasse da Ásia, com escolha designada ao herdeiro. Nesse caso, entendeu-se que o legatário não poderia executar o usufruto antes que fosse cumprida a condição referente ao pagamento dos dez, a fim de que o herdeiro não fosse privado da sua faculdade de escolher o que dar para o legatário.

O fragmento mencionado apresenta exatamente o caso de uma obrigação alternativa – neste caso, identificada em uma obrigação *causa mortis* (legado) –, em que as partes pactuaram, de forma acessória, que uma das prestações deduzidas no objeto (entrega do valor de dez) estaria condicionada ao retorno do navio da Ásia, o que confirma a ideia de que, desde o Direito Romano, as obrigações alternativas comportavam pactos acessórios a elas.

Inclusive, G. CARNAZZA⁹² afirma que, assim como todas as outras obrigações, a obrigação alternativa pode estar sujeita a uma condição, o que não afetará a forma de organização ou a natureza da obrigação alternativa, mas o objeto da obrigação, como visto no fragmento supracitado.

O mesmo raciocínio é visto na diferenciação da obrigação alternativa de uma “dação em pagamento”. Explica A. HIRATA⁹³, nesse sentido, que tais figuras são diferentes porque, na obrigação alternativa, as partes definem desde o início que o objeto da obrigação será composto por duas prestações – deduzidas alternativamente –, a fim de que apenas uma seja cumprida pelo devedor para que haja o adimplemento da obrigação.

Diferentemente, na *datio in solutum*, o devedor está encarregado de realizar uma única prestação, que se encontra deduzida, exclusivamente, no objeto da obrigação. Todavia, no momento da solução da obrigação, o credor permite que o devedor entregue uma prestação diferente em vez da originalmente avençada, o que também terá o condão de liberar o devedor de sua obrigação.⁹⁴

Visto isso, a diferenciação das figuras em questão permite concluir que a principal característica da obrigação alternativa, que a difere das demais obrigações e da ideia de um pacto adjeto, é o fato de que, desde a sua concepção, a obrigação alternativa já nasce com um objeto composto por duas ou mais prestações deduzidas de forma alternativa, concedendo ao

⁹² G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 31.

⁹³ A. HIRATA, *Die Leistung an Erfüllung statt und ihre Beurteilung als Kaufvertrag*, Tese (Doutorado) – Juristischen Fakultät, Ludwig-Maximilians-Universität, München, 2007, pp. 24-25.

⁹⁴ A. HIRATA, Alessandro, *Die Leistung* cit. (nota 93 supra), pp. 24-25.

devedor a possibilidade de liberar-se de sua obrigação com a realização de apenas uma das prestações.

1.4 NATUREZA JURÍDICA

A casuística romana supracitada foi objeto de estudo de juristas, principalmente nos séculos XVIII e XIX, com o intuito de compreender, por meio das fontes romanas, a estrutura, o conteúdo e a natureza das obrigações alternativas, cujo resultado foi a construção de algumas teorias, no intuito de descrever a complexidade da figura e a sua representação para o Direito Romano.

Nesse contexto, serão abordados, no presente tópico, os debates doutrinários em volta das teorias elaboradas a respeito da natureza jurídica das obrigações alternativas.

1.4.1 DEBATE DOUTRINÁRIO EM TORNO DA RELEVÂNCIA PRÁTICA DO ESTUDO DA NATUREZA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

Como visto, foram elaboradas teorias acerca da natureza jurídica das obrigações alternativas, com o fim de descrever a complexidade da figura e sua representação, sobretudo, para o Direito Romano.

Tais teorias, partindo de concepções e pontos de vista diferentes⁹⁵, como será exposto adiante, enxergaram na obrigação alternativa ora uma obrigação única e perfeita, cujo objeto estaria determinado desde o momento da sua constituição ou cujo objeto estaria presente na obrigação desde a constituição, mas pendente de determinação; ora tantas obrigações quantas fossem as prestações deduzidas em seu objeto.

Por apresentarem tantas diferenças, essas teorias foram, por sua vez, objeto de debate de juristas do século XX, que se dividiram, de um lado, em autores que acreditavam na importância do debate e da construção de críticas sobre as teorias da natureza jurídica da

⁹⁵ Verifica-se que a discussão teórica desenvolvida, à época, foi bastante peculiar: quase a totalidade dos autores italianos e franceses assinalavam que a obrigação alternativa é uma obrigação única e perfeita, derivada da tradição romanística, enquanto, de outro lado, a doutrina alemã desenvolveu-se no sentido contrário de que a obrigação alternativa possuía uma natureza pluralística, também com base no Direito Romano. Quanto a isso, F. ROCCO (*in* Su la natura giuridica delle obbligazioni alternative, Contributo a una teoria delle obbligazioni a elementi indeterminati, *in* Rivista italiana per le scienze giuridiche, XL, (1905), p. 201) afirma que, embora a doutrina italiana e francesa tenha mesmo sido firmada em torno da unidade da obrigação alternativa, há a ressalva de que, na verdade, ela tenha sido negligenciada por autores italianos e franceses, que, na verdade, limitaram-se a fixar o conceito da obrigação alternativa e indicar os seus requisitos, sem estudar a natureza da obrigação.

obrigação alternativa, elaboradas no século anterior⁹⁶; e do outro, em autores que entendiam que o estudo de tais teorias ou, até mesmo, da natureza da obrigação alternativa seriam irrelevantes para a compreensão da figura⁹⁷, sobretudo no Direito Romano.

Nesse sentido, A. D'ORS⁹⁸ posicionou-se contrariamente aos estudos realizados pelos juristas modernos em busca da natureza unitária das obrigações alternativas, pois acreditava tratar-se de estudo infrutífero, uma vez que a natureza dos direitos não deveria ser objeto de estudo, já que, na sua opinião, o que realmente importa são os efeitos produzidos pelo direito. Por sua vez, M. TALAMANCA⁹⁹ afirma que se trata de uma discussão obsoleta a respeito da unidade e da pluralidade do vínculo obrigatório, uma vez que somente demonstra a visão *a posteriori* dos intérpretes modernos que se debruçaram sobre as soluções e terminologias adotadas pelos romanos.

De fato, algumas teorias em torno da obrigação alternativa, como aquelas que a classificam enquanto uma obrigação com natureza condicional ora suspensiva ora resolutiva, foram superadas.¹⁰⁰ No entanto, ao analisar as teorias elaboradas por juristas modernos a respeito da natureza jurídica da obrigação alternativa¹⁰¹, percebe-se a importância do seu estudo, seja para a compreensão da obrigação alternativa como uma categoria obrigacional¹⁰², seja para o entendimento do tratamento romano sobre as obrigações alternativas - ainda que, nesse caso, por uma visão externa e posterior -, já que todas elas tiveram como plano de fundo as fontes romanas.

Inclusive, aparenta ser importante a compreensão dessas teorias, pois a depender da natureza jurídica considerada para a obrigação alternativa, é certo que as consequências práticas para resolver os litígios seriam diferentes. Por exemplo, como será estudado adiante, uma das teorias considera que a obrigação alternativa teria, na verdade, natureza jurídica de uma

⁹⁶ Cf. algumas obras que se dedicaram à apresentação das teorias e à elaboração de críticas: F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), pp. 204-224 e XLI (1906), pp. 33-62; I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), pp. 1-49; A. HERNANDEZ GIL, *Naturaleza* cit. (nota 64 supra), pp. 549-578; e, mais recentemente, R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra) e M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra).

⁹⁷ Cf. A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), pp. 1-22 e M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), pp. 1-78.

⁹⁸ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 3.

⁹⁹ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 47.

¹⁰⁰ P. ZILLOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), p. 6.

¹⁰¹ Referidas teorias são abordadas, especialmente, por autores como F. ROCCO, R. CECCHETTI, I. MARANI TORO.

¹⁰² Quanto a isso, já na introdução de seu estudo, F. ROCCO (*Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 205), afirma que pesquisa em torno da natureza das obrigações alternativas é, antes de tudo, importante do ponto de vista teórico, já que possui uma natureza especial. No entanto, esse estudo não é só teoricamente interessante, mas também importante para a prática jurídica, a fim de distinguir a obrigação alternativa das outras figuras.

obrigação condicional, já que a individualização da obrigação estaria condicionada ao exercício da escolha. Sendo assim, a consequência prática, aparentemente, seria de que, uma vez não realizada a escolha, as partes não estariam sujeitas aos efeitos daquela obrigação, de modo que não haveria qualquer alternativa ao credor para receber o seu crédito.

Assim, pretende-se, de forma não exaustiva, apresentar as teorias elaboradas a respeito da natureza jurídica das obrigações alternativas, adotando-se, para tanto, a organização de F. ROCCO¹⁰³ e R. CECCHETTI¹⁰⁴, que classificaram-nas, basicamente, em duas classes gerais: as que partiam de uma concepção da obrigação alternativa como única e as que partiam da ideia de que a obrigação alternativa, na verdade, correspondia a mais obrigações alternativas, tantas fossem as prestações deduzidas em seu objeto.

1.4.2. TEORIA DA PLURALIDADE DE OBRIGAÇÕES

Como visto até aqui, em contraposição à teoria da unidade da obrigação alternativa – que tinha como premissa a existência de uma única obrigação, mesmo havendo, num primeiro momento, duas ou mais prestações deduzidas alternativamente no seu objeto –, foram elaboradas outras teorias para defender que a obrigação alternativa, na verdade, é um conjunto de várias obrigações referentes às várias prestações que estão deduzidas no objeto.

Nesse sentido, no século XVIII, já destacava a teoria elaborada por R. J. POTHIER¹⁰⁵, que defendia que, para que uma obrigação seja alternativa, duas ou mais coisas devem ser prometidas de modo disjuntivo. Assim, nesse caso, quando duas ou mais coisas são prometidas alternativamente, há tantas obrigações quantas coisas forem prometidas.

Partindo dessa premissa, então, foram desenvolvidas duas teorias: a teoria das obrigações condicionais e a teoria da pluralidade de obrigações perfeitas, as quais serão pormenorizadas a seguir.

1.4.2.1 TEORIA DAS OBRIGAÇÕES CONDICIONAIS

¹⁰³ *Su la natura* cit. (nota 95 supra), pp. 204-224 e XLI (1906), pp. 33-62.

¹⁰⁴ *Le obbligazioni alternative*, Milão, CEDAM, 1997

¹⁰⁵ R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, vol. 1, Paris, Debure l'ainé, 1761, p. 257.

Essa teoria, partindo de comentários ao Digesto¹⁰⁶, explica a natureza da obrigação alternativa como uma relação jurídica alternativa, que, por apresentar-se desse modo, é constituída por duas ou mais obrigações, condicionadas¹⁰⁷ entre si.

De fato, ao analisar uma obrigação alternativa, é possível acreditar que quem promete o escravo Estico ou a soma de dez está prometendo dez sob a condição de que não venha a ser prestado o escravo Estico, ou vice-versa.¹⁰⁸

Desse modo, é comumente suscitada a ideia de que há, na obrigação alternativa, a presença de duas (ou mais) obrigações condicionadas. Partindo da condicionalidade das obrigações, sustentou-se que havia duas (ou mais) obrigações subjugadas à condição suspensiva, enquanto outra parte defendeu que se tratava de duas (ou mais) obrigações sujeitas à condição resolutiva. Isso porque, segundo essas ideias, as hipóteses de condicionalidade das obrigações são duas: ou entende-se que uma obrigação está condicionada à existência da outra ou que alguma das obrigações está condicionada à execução da outra (ao verificar a existência ou a resolução de uma importa a não execução ou a execução da outra).¹⁰⁹

Todavia, apesar de apresentar certa lógica aparente, a teoria foi muito criticada e hoje considera-se superada.¹¹⁰ Dentre essas críticas, F. ROCCO¹¹¹ sustenta que, na verdade, a teoria das obrigações condicionais acaba afirmando o contrário do que pretende inicialmente: ou acaba negando a existência de mais de uma obrigação ou confirmando, propriamente, a unidade da obrigação. Isso porque se for admitido que, por um momento, coexistem as duas obrigações e as duas têm o poder de fazer extinguir a outra, elas acabarão extinguindo-se reciprocamente, de modo que não haverá nenhuma obrigação restante. Se, ao contrário, for admitido que as obrigações não podem coexistir nem por um instante, teria que haver necessariamente uma única relação obrigacional.

Portanto, se ambas as obrigações estiverem em uma relação condicional, a condicionalidade de uma implica na incondicionalidade da outra porque se, por um momento,

¹⁰⁶ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 56.

¹⁰⁷ Quanto ao fato de explicar a obrigação alternativa com base em uma relação condicional, importa salientar a ressalva feita por M. ZILIO (*La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 39), no sentido de que a tese da condicionalidade da obrigação alternativa, em si, não se sustenta, uma vez que a obrigação condicional tem por característica a incerteza em relação à sua própria existência, enquanto na obrigação alternativa, há incerteza somente em relação a qual prestação será adimplida.

¹⁰⁸ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 32.

¹⁰⁹ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 215.

¹¹⁰ P. ZILIO, *Studi* cit. (nota 13 supra), p. 6.

¹¹¹ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 215.

ambas fossem condicionais, haveria a possibilidade de ambas serem satisfeitas ou de eximir-se de satisfazer uma delas.¹¹²

I. MARANI TORO¹¹³, por sua vez, confirmando as hipóteses de F. ROCCO, afirma que, se entendido que cada obrigação é considerada condicionada à existência da outra, significaria que a resolução ou a existência de uma obrigação acarreta o surgimento ou o não surgimento da outra. Desse modo, ou não há nenhuma obrigação ou há uma obrigação única, pois não há como duas obrigações coexistirem sem destruir uma à outra.

Por outro lado, se cada obrigação é considerada condicionada à execução da outra, significa que a condição pela existência ou resolução de uma obrigação é a não execução ou a execução da outra. Assim, seria absurdo entendê-la como uma obrigação condicionada de modo suspensivo, já que um fato negativo de natureza continuativa (a não execução da outra obrigação) não pode ser visto como condição suspensiva, mas somente como resolutive. Todavia, não se poderia considerá-la também como uma condição resolutive, porque, nesse caso, somente uma das duas obrigações seria executada, já que, em razão da relação de condicionalidade entre elas, é necessário que uma não seja executada. Nesse caso, percebe-se que há uma obrigação que não deve ser executada, enquanto a outra deve ser seguramente executada, cujo resultado, na verdade, seria de que a primeira obrigação não existe e que a segunda não é condicionada.¹¹⁴

Para G. GROSSO¹¹⁵, é impossível construir a obrigação alternativa como uma obrigação condicional¹¹⁶ ou como uma pluralidade de obrigações recíproca e inversamente condicionadas. Isso porque, na obrigação condicional, é incerto se o vínculo virá a existir, pois ele surge com a ocorrência da condição, enquanto, na obrigação alternativa, não é incerto se o devedor deverá

¹¹² F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 217.

¹¹³ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 11.

¹¹⁴ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 11.

¹¹⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 174. No mesmo sentido, E. ALBERTARIO (in *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 33) afirma que os efeitos da obrigação condicional não podem ser aplicados às obrigações alternativas. Afinal, a obrigação condicional coloca em dúvida a existência da própria obrigação, enquanto na obrigação alternativa, ao contrário, o vínculo entre as partes é certo e somente há uma incerteza temporária em relação ao objeto da obrigação, que é cessada no momento da escolha.

¹¹⁶ Aliás, importa ressaltar que a obrigação alternativa é uma obrigação incondicionada (mas que, assim como todas as outras obrigações, pode ter, por convenção das partes, a prestação condicionada, o que não significa que a obrigação em si é condicional). Isso porque, na obrigação condicional, é incerto se o vínculo vai existir, já que ele não surge enquanto não ocorrer a condição, enquanto, na obrigação alternativa, não é incerto se o devedor terá que prestar, mas que coisa deverá prestar. A título de exemplo, na obrigação condicional, o requisito para que a prestação seja possível refere-se ao momento em que ocorre a condição (Cf. D. 45, 1, 31), já na obrigação alternativa, a possibilidade da prestação é deduzida do momento em que a obrigação é contratada e não no momento em que ocorre a escolha da prestação (Cf. 46, 3, 72, 4). Cf., nesse sentido, R. CECCHETTI *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 147.

efetuar a prestação, uma vez que o vínculo já subsiste, mas somente qual coisa será o objeto da sua prestação.

Diante disso, verificam-se diversas diferenças entre as obrigações condicionais e as obrigações alternativas. Por exemplo, na obrigação condicional, o requisito da possibilidade da prestação refere-se ao momento que ocorre a condição, já na obrigação alternativa, a possibilidade de cada uma das prestações é verificada no momento em que a obrigação é contraída pelas partes e não no momento da escolha¹¹⁷.¹¹⁸

A reflexão de G. GROSSO, na verdade, parece indicar que a maior diferença entre a obrigação alternativa e a obrigação condicional é justamente a disposição do seu objeto, característica da primeira, uma vez que as prestações estão alternativamente deduzidas desde o momento de sua concepção. Por outro lado, a obrigação condicional é uma obrigação simples, que tem como característica a existência de uma condição, que nada mais é que um pacto adjeto (um pacto acessório) àquela obrigação.

O mesmo raciocínio aplica-se às obrigações alternativas identificadas em tema de legado, pois o legado condicional é intransmissível até o momento em que a condição é verificada, uma vez que a função da condição, neste caso, é justamente postergar o *dies cedens*¹¹⁹.¹²⁰ Por sua vez, o legado *per damnationem* alternativo é transmissível¹²¹, como se vê no fragmento *Paul. 3 sent. D. 33, 5, 19*, no qual Paulo afirma que, se houver um legado de coisas alternativas com escolha designada ao legatário, e o legatário falecer antes de escolher e após o *dies cedens*, há a transmissão do legado ao herdeiro.

1.4.2.2 TEORIA DA PLURALIDADE DAS OBRIGAÇÕES PERFEITAS

¹¹⁷ Essa questão da possibilidade da obrigação é verificada, por exemplo, no fragmento D. 46, 3, 72, 4, no qual o jurista Marcelo afirma que, se por meio de um contrato verbal e solene, o credor estipular que lhe será entregue o escravo Estico ou o escravo Pânfilo, sendo que Pânfilo é de sua titularidade, o devedor não se liberará da obrigação com a entrega de Pânfilo, já que nem a obrigação e nem o pagamento subsistem em relação ao escravo Pânfilo.

¹¹⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 174.

¹¹⁹ Momento em que se inicia a expectativa do legatário, adquirida desde o momento da morte do testador ou da abertura do testamento.

¹²⁰ Cf. D. 36, 3, 1, 14, no qual Ulpiano conclui que se alguém tiver estipulado um legado sob condição e vier a falecer antes da verificação da condição, extingue-se essa estipulação, sem que o legado seja transmitido.

¹²¹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 174.

Por fim, como uma das teorias que parte da ideia de que a obrigação alternativa corresponderia a uma pluralidade de obrigações, destaca-se a teoria da pluralidade das obrigações perfeitas elaborada por R. RYCK¹²².

Segundo essa teoria, a obrigação alternativa é constituída de tantas relações obrigacionais quantas são as coisas alternativamente devidas. Entre elas, existe uma relação que se manifesta da seguinte forma: a realização e a execução de uma das relações obrigacionais, extingue a outra relação. Isso significa, portanto, que a execução de uma das relações obrigacionais resolveria inteiramente a obrigação.¹²³

Para chegar a essa conclusão, a teoria baseia-se no conceito de modo, tendo-se por base a definição de “*modus*” elaborada por Paulo, no fragmento *Paul. lib. 44 ad. ed.*, D. 44, 7, 44, 3¹²⁴, segundo o qual, há modo na obrigação quando se estipula dez ou um escravo porque a entrega de uma ou outra coisa extingue toda a obrigação e não se pode pedir a outra¹²⁵. Nesse sentido, a ideia de modo traria à obrigação alternativa justamente essa ideia de que ocorrerá o adimplemento de um ou o adimplemento do outro, de modo que a execução de um exclui a execução do outro.¹²⁶

Paulus libro 74 ad edictum praetoris,
D. 44, 7, 44, 3

*Modus obligationis est, cum stipulamur
decem aut hominem: nam alterius
solutio totam obligationem interemit
nec alter peti potest, utique quamdiu
utrumque est.*

Há modo da obrigação quando estipulamos (contrato verbal e solene) dez ou um escravo; porque a entrega de uma ou outra coisa extingue toda a obrigação, e não se pode pedir a outra; e ainda que certamente exista uma ou outra coisa.

¹²² Na obra *Die Lehre von der Schuldverhältnisse nach gemeinen Deutschen Recht*, II, Berlin, 1887, apud F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), pp. 217-218. A mesma ideia e referência à obra é encontrada em R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 61, M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 42-45.

¹²³ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 61.

¹²⁴ Importante reparar que o mesmo fragmento, conforme exposto no tópico 2.4.2.1, também foi utilizado por G. GROSSO para confirmar a natureza única e perfeita da obrigação alternativa. Ver a explicação do fragmento e da ideia de Paulo sobre *modus* e a classificação da obrigação, no tópico 1.4.2.1.

¹²⁵ Traduzido com base em I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de del Derecho Civil Romano*, t. 3, Barcelona, Jaimes Molina, 1889, p. 515.

¹²⁶ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 61.

Sendo assim, a obrigação alternativa funcionaria da seguinte forma: a primeira obrigação existe incondicionalmente, de modo que, durante sua execução, haveria o exaurimento da execução da segunda obrigação; o inverso ocorre, do mesmo modo, se partimos da análise da segunda obrigação.¹²⁷

Não obstante, assim como todas as teorias expostas nesse trabalho, a teoria da pluralidade das obrigações perfeitas também foi alvo de duras críticas, sobretudo porque, por meio do seu fragmento chave, é possível identificar, de forma contrária ao que diz a teoria, a unidade da obrigação alternativa por meio da expressão “*totam obligationem interemit*”^{128, 129}

Por outro lado, em sua crítica, F. ROCCO¹³⁰ observa que não é prático recorrer à teoria do modo para explicar a obrigação alternativa, uma vez que a ideia de modo é bastante controversa e dúbia, principalmente porque o conceito de “*modus*”, usado tanto no Direito Romano quanto no direito moderno, tem diversos significados, sendo que o sentido dado por Paulo não corresponderia à acepção moderna dada à figura.

Todavia, independentemente do sentido dado a modo, F. ROCCO¹³¹ afirma que a teoria não teria razão de existir de forma autônoma, mas que deveria ser reduzida à teoria da obrigação condicional, pois a pluralidade de obrigações não poderia ser concebida se não fosse suscitada a sua condicionalidade.

Para que seja compreendida esta crítica, basta atentar-se ao modo de extinção das obrigações, que pode ser de duas formas: as causas extintivas, que são naturais (inerentes às obrigações, por exemplo: pagamento, novação, confusão, compensação); e as causas acidentais, que são causas que podem estar ou não na obrigação, tais como: condição resolutiva e termo resolutivo.¹³²

Sabendo disso, se efetuada a prestação escolhida, a obrigação referente a ela será extinta pelo pagamento. E a outra prestação? Qual será a causa da sua extinção (natural ou acidental)? A outra obrigação não será extinta por nenhuma causa natural, mas por causa acidental. Como

¹²⁷ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 62.

¹²⁸ Extingue toda a obrigação (tradução nossa).

¹²⁹ Cf. E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 36 e G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 170.

¹³⁰ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 218.

¹³¹ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 218.

¹³² F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 219.

não há que se falar em termo, uma vez que não se trata de evento futuro e certo, F. ROCCO¹³³ afirma que a obrigação será extinta por uma condição e, por isso, a teoria de R. RYCK não passaria de uma releitura da teoria das obrigações condicionadas entre si.

Sendo assim, segundo R. CECCHETTI¹³⁴, poder-se-ia concluir que as duas obrigações similares e concatenadas estariam, na realidade, postas em uma condição resolutiva, pois, uma vez efetuada a prestação escolhida, as duas obrigações – teoricamente “modais” – extinguem-se simultaneamente.

1.4.3 TEORIA ECLÉTICA

Teoria eclética foi o nome dado àquela desenvolvida por G. PESCATORE¹³⁵, que, ao contrário das demais, não leva em conta a natureza do vínculo jurídico em si, mas sim os efeitos distintos produzidos pela obrigação alternativa, a partir dos sujeitos que são titulares da escolha. Essa análise tem por base o Direito Romano, chegando a uma conclusão bastante radical, no sentido de negar a existência de uma única categoria de obrigação alternativa.

O autor parte da ideia de que não se pode falar de uma regra genérica quando se discute a obrigação alternativa no Direito Romano, uma vez que os juristas romanos tratavam-na por outro ponto de vista: abordavam o assunto em si de forma não uniforme, buscando apenas tomar a decisão mais apropriada para cada caso concreto que vinha à sua análise e envolvia uma obrigação alternativa, baseando-se tanto, em princípios jurídicos gerais e nas circunstâncias especiais do caso concreto.¹³⁶

Desse modo, entende o autor que, no Direito Romano clássico, as obrigações alternativas poderiam ser organizadas em duas tipologias fundamentais: (i) obrigação alternativa cuja escolha confunde-se com uma condição e (ii) obrigação alternativa cuja escolha não se confunde com uma condição, na qual a natureza dependerá da titularidade da escolha, podendo ser subdividida em obrigação com escolha de titularidade do devedor (nesse caso,

¹³³ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 219. No mesmo sentido, afirma R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 63.

¹³⁴ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 63.

¹³⁵ Nas suas obras *Die sogenannte alternative Obligation*, Marburg, 1880 e, posteriormente, *Die Wahlschuldverhältnisse*, München, 1905.

¹³⁶ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), pp. 30-31.

haveria uma obrigação com conteúdo alternativamente determinado) e obrigação com escolha de titularidade do credor (caso em que há a coexistência alternativa de mais obrigações).¹³⁷

A primeira categoria, cuja característica é a escolha confundir-se com a condição, é encontrada nas fontes romanas em duas hipóteses: nos contratos firmados por meio da cláusula *se sceglierò*¹³⁸ e nos casos de escolha designada a um terceiro.¹³⁹

Essa categoria da obrigação alternativa diferencia-se em razão da ação que o credor tem direito e porque, nesse caso, a escolha condicionaria seu exercício de ação. Para exemplificar sua explicação, o autor trata de uma *stipulatio* designada da forma “*utrum Titius voluerit*”¹⁴⁰, encontrada no fragmento *Gai. 2 de verb. obl.*, D. 45, 1, 141, 1. Nesse caso, segundo G. PESCATORE, a princípio, o credor não tem direito a nenhuma ação, uma vez o seu exercício fica condicionado à declaração do titular da escolha.

Gaius libro secundo de verborum obligationibus, D. 45, 1, 141, 1

*Extranei*¹⁴¹ quoque persona si comprehensa fuerit, veluti hoc modo: "utram earum Titius elegerit", non aliter stipulator alterutrius petendae facultatem habet, quam si Titius elegerit.

Também se tiverem expressado na pessoa de <um estranho à relação das partes> do seguinte modo: “aquele dos dois que Tício escolher”, o credor não tem a faculdade de pedir uma ou a outra coisa, a menos que Tício tenha escolhido.

Assim, esse caso, no qual a escolha é designada a um terceiro, diferencia-se dos demais, justamente porque o credor não tem direito, desde logo, de requerer uma das prestações, uma

¹³⁷ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), pp. 31-33. Cf. também a explicação de forma sistematizada da teoria, por exemplo, em M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 64-65.

¹³⁸ A tradução da cláusula “*se sceglierò*” é “se eu escolher” (tradução nossa). Essa cláusula é encontrada geralmente na *stipulatio*, na qual, com já explicado na nota de n.º 39, o credor (estipulante) faz uma pergunta solene, que será respondida pelo devedor como uma forma de promessa de cumprimento daquela obrigação. Nesse caso, portanto, o credor perguntaria se o devedor se comprometeria a realizar uma ou outra prestação, segundo a escolha do credor.

¹³⁹ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 65.

¹⁴⁰ Segundo a escolha de Tício (tradução nossa).

¹⁴¹ Optou-se, no presente caso, a não traduzir a palavra “*extranei*” para estranho ou simplesmente terceiro, uma vez que esse fragmento está inserido em um contexto específico de uma relação de subordinação do *filius familias* e do escravo ao *pater* ou ao senhor do escravo, tendo em vista o teor do *principium* do fragmento. Assim, preferiu-se ressaltar que o terceiro era alguém alheio à relação de subordinação existente entre as partes.

vez que sua pretensão fica condicionada ao exercício da escolha pelo terceiro.¹⁴² Dessa forma, a obrigação seria disciplinada exatamente como uma obrigação condicional.¹⁴³

A outra categoria de obrigação, como visto, é aquela na qual a escolha não se confunde com uma condição, de modo que a natureza da obrigação dependeria de quem teria a titularidade da escolha.

Portanto, se a escolha for designada ao devedor, a obrigação é considerada única, tendo como característica o seu conteúdo alternativamente determinado, de modo que o credor só teria, nessa hipótese, uma única ação, ou seja, um único aparato consecutivo (embora alternativo) para exigir o cumprimento da obrigação.¹⁴⁴

Nesse sentido, G. PESCATORE¹⁴⁵ utiliza-se de uma *stipulatio* avençada com cláusula “*Stichum aut Pamphilum dari*”, exemplificada por meio do fragmento *Ulp. 22 ad. ed., D. 45, 1, 75, 8*¹⁴⁶, na qual o credor tem uma única ação alternativa destinada à obtenção do escravo Estico ou Pânfilo, uma vez que a escolha é do devedor. Nesse tipo de obrigação, conforme entendimento de Ulpiano, o credor tem uma ação incerta, independentemente da natureza certa ou incerta da própria prestação.

Desse modo, como o credor teria direito a somente uma ação, a teoria conclui que há unicamente uma obrigação com prestações alternativas.¹⁴⁷

Diferentemente, no caso de obrigação alternativa com escolha do credor, não haveria uma única obrigação, mas, sim, a coexistência alternativa de mais de uma obrigação, uma vez que haveria mais de uma razão de crédito, sendo essa categoria de obrigação alternativa equiparável ao concurso eletivo de ações.¹⁴⁸

Nesse sentido, explica G. PESCATORE¹⁴⁹ que quando há uma *stipulatio* avençada com cláusula “*utrum ego velim*”¹⁵⁰ o credor tem direito a duas ações. Assim, no caso de estipulação

¹⁴² G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 31.

¹⁴³ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 65.

¹⁴⁴ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 46.

¹⁴⁵ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 31.

¹⁴⁶ O fragmento foi citado no tópico sobre a teoria intermediária de B. WINDSCHEID, que também baseia-se nele para afirmar que, no caso da escolha designada ao devedor, a obrigação não é perfeita, uma vez que o credor não sabe qual será o objeto do seu crédito, mas somente saberá quando houver a efetiva prestação, portanto, até esse momento o objeto do direito do credor não se pode determinar.

¹⁴⁷ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 32.

¹⁴⁸ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 65.

¹⁴⁹ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 32.

¹⁵⁰ Aquilo que eu pedir (tradução nossa).

“*decem mihi aut Titio, utrum ego velim*”¹⁵¹, o credor terá direito a uma *condictio*¹⁵² certa e uma ação incerta, em razão da natureza distinta das prestações deduzidas nessa obrigação. Enquanto na *stipulatio* avençada com cláusula “*Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim?*”¹⁵³, o credor terá direito ao exercício de duas *condictiones*, referentes às prestações de entregar os escravos. Sendo assim, tratando-se de obrigação alternativa com escolha designada ao credor, a teoria afirma que ele teria direito a diversas ações, que se encontravam em concorrência alternativa e que, por essa razão, coexistiria uma obrigação para cada uma dessas ações (ou seja, uma obrigação para cada direito de crédito).

Pelo exposto, é certo que não falta originalidade na teoria proposta por G. PESCATORE, o que, como será exposto a seguir, gerou muitos debates na doutrina. Pode-se dizer que a teoria foi reafirmada posteriormente por A. D’ORS, que critica a construção de categorias dogmáticas com base no Direito Romano, embora não tenham sido conhecidas ou utilizadas pelos romanos. Por outro lado, a teoria também foi alvo de duras críticas, seja em relação às inconsistências da teoria elaborada pelo autor, seja pelo entendimento de que não se pode obter uma sistematização da obrigação alternativa por meio do Direito Romano.

De forma geral, a teoria foi criticada por sustentar que a unidade ou a pluralidade da obrigação alternativa teriam como base a escolha e o direito de ação do credor, uma vez que o autor teria dado uma importância exagerada à função da escolha, a qual era obviamente indispensável para resolver a obrigação alternativa, mas não influenciava na essência da obrigação, de modo que a escolha não passava de um ato estruturalmente necessário.¹⁵⁴

Já em relação à primeira categoria, que diz respeito à escolha confundindo-se como condição, deve-se ater primeiramente à hipótese de que a obrigação alternativa é contratada por meio da fórmula “*se sceglierò*”. Nesse caso, considera discutível a validade da cláusula como uma condição, já que a máxima “*se sceglierò*” poderia ser considerada como uma condição “*si voluero*”, que é nula por tratar-se de uma condição potestativa, ou seja, que se sujeita ao puro arbítrio de uma das partes.¹⁵⁵

¹⁵¹ “Me dê <a soma de> dez ou Tício, aquilo que eu pedir” (tradução nossa).

¹⁵² As chamadas “*condictiones*” são as ações pessoais, por meio das quais pleiteavam que algo deveria ser dado ou feito, segundo Gai. 4, 5. (D. R. M. RODRIGUES, *Institutas de Gaio: primeiros fundamentos de Direito Romano clássico*, São Paulo, YK, 2020, p. 257). Nesse caso, refere-se à ação pessoal para pleitear que lhe desse coisa certa.

¹⁵³ “<o escravo> Estico ou o <escravo> Pânfilo, aquele que eu quiser” (tradução nossa).

¹⁵⁴ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 66.

¹⁵⁵ Cf. G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 31 e F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 221.

Por outro lado, tratando-se de *stipulatio* com designação da escolha a terceiro, F. ROCCO¹⁵⁶ afirma que, na verdade, seria uma obrigação alternativa submetida a uma condição¹⁵⁷. Isso porque a obrigação alternativa pode, assim como qualquer outra, ser submetida a uma condição, independentemente de ter uma natureza peculiar, ou seja, é possível ver uma obrigação alternativa condicional, sem que haja mudança na sua estrutura.

No entanto, para o mesmo autor, a ideia de obrigação condicional para o caso de escolha designada a terceiro deveria ser afirmada somente nos casos de obrigação alternativa decorrentes de contratos, pois tratando-se de legado alternativo, defendia que se tratava de uma obrigação incondicional.¹⁵⁸

Não obstante, A. HERNANDEZ GIL¹⁵⁹ posiciona-se favoravelmente à teoria eclética quanto ao caráter condicional que atribui à obrigação alternativa quando a escolha é designada a terceiro. Isso porque, uma vez que se trata de pessoa alheia à relação entre as partes, o terceiro não está obrigado a escolher e, desse modo, a eficácia da obrigação acaba submetida a uma condição suspensiva, pois não se sabe se efetivamente será realizada a escolha.

Em relação à subcategoria da escolha designada ao devedor, F. ROCCO¹⁶⁰ afirma que não teria razão de existir como um grupo em si mesmo compreendido, pois, não se poderia falar em distinção nos casos de obrigações com direito de escolha do devedor e do credor ao se tratar de obrigação com o objeto alternativamente determinado. Essa distinção só poderia ser feita quando se tratasse de obrigação com alternatividade de sujeitos, caso em que a titularidade da escolha realmente faria diferença, distinguindo-se em duas hipóteses com efeitos distintos.

Assim, a principal crítica à subcategoria da obrigação alternativa com escolha designada ao devedor está no fato de que ela não deveria ser entendida como uma subcategoria diversa da obrigação alternativa com escolha de titularidade do credor, tendo em vista que ambas não poderiam ser consideradas com natureza distintas, mas, sim, como obrigações únicas com objeto alternativamente determinado.

¹⁵⁶ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 222 e, no mesmo sentido, R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 68.

¹⁵⁷ No próximo capítulo a hipótese da obrigação alternativa com escolha designada a terceiro será analisada de forma crítica, tendo em vista que parte da doutrina, de fato, considera que a escolha, nesse caso, atuaria como uma condição.

¹⁵⁸ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 222.

¹⁵⁹ A. HERNANDEZ GIL, *Naturaleza* cit. (nota 64 supra), p. 566.

¹⁶⁰ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), pp. 222/223.

A respeito do segundo grupo das obrigações alternativamente coexistentes, destaca-se, primeiramente, o desenvolvimento da teoria por A. D'ORS, que leva em consideração as obrigações alternativas derivadas do legado para chegar à mesma conclusão que G. PESCATORE.

Segundo o autor, seria necessário, primeiramente, diferenciar os legados *per vindicationem* e *per damnationem*¹⁶¹. No legado *per vindicationem*, o legatário (como credor), titular do direito de escolha, disporia de tantas ações reais quantos objetos tenham sido incluídos no legado.¹⁶² Por sua vez, tratando-se de um legado *per damnationem*, cujo direito de escolha era normalmente do devedor (do herdeiro), o legatário não disporia mais do que uma ação incerta de testamento (*actio incerti ex testamento*).¹⁶³

Se, excepcionalmente, a escolha fosse de titularidade do legatário, ele poderia fazer uso de duas ações de testamento (*ex testamento*), correspondentes a cada um dos objetos, e, a depender da característica destes, haveria uma *intentio* certa ou incerta. Ademais, também em caráter de exceção, se em um legado *per vindicationem*, a escolha fosse de titularidade do herdeiro, o legatário continuaria dispondo de duas ações reais, mas não poderia exercitar nenhuma delas até que o herdeiro fizesse sua escolha. Desse modo, poderia somente pedir ao pretor que obrigasse o herdeiro, com os meios de coação indireta, a fazer a escolha necessária para que ele pudesse desempenhar a ação.¹⁶⁴

A. D'ORS, então, chega à mesma conclusão da teoria eclética, pois, diante da análise das ações para cada um dos casos – tendo em vista a variedade de recursos processuais no caso de *stipulatio* e no caso do legado, a depender de quem tem a titularidade da escolha – acredita ser impossível construir uma doutrina unitária das relações de alternatividade. A distinção entre os tipos de relações alternativas estaria estampada nos casos em que a escolha compete ao devedor, pois, nessa hipótese, o credor não tem mais do que uma única ação. Ao contrário, no caso de

¹⁶¹ Esclarece-se, primeiramente, que o legado *per vindicationem*, correspondia ao legado de propriedade, por meio do qual cabia ao herdeiro imediatamente a *vindicatio* do objeto, enquanto o legado *per damnationem*, correspondia ao legado de obrigação ou de crédito, por meio do qual o herdeiro era obrigado a executar uma obrigação. No legado alternativo *per damnationem*, a escolha era designada ao herdeiro (que pode ser considerado como o devedor da relação), enquanto no legado *per vindicationem*, a escolha era designada ao legatário (que é considerado como o credor da relação). Cf. E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 40.

¹⁶² Assim, se, por exemplo, tratava-se de um legado referente ao escravo Estico ou ao usufruto do fundo Cornelianiano, o legatário disporá de uma ação reivindicatória para reclamar a propriedade de Estico e uma confessória para reclamar o usufruto do fundo.

¹⁶³ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 6.

¹⁶⁴ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 6.

escolha do credor, haveria uma concorrência eletiva de ações e, onde há várias ações, há várias obrigações.¹⁶⁵

Por sua vez, F. ROCCO¹⁶⁶ aduz que não há que se falar em pluralidade de relações obrigacionais alternativas se não for admitida a sua condicionalidade. No entanto, para ele, a crítica mais forte à teoria de G. PESCATORE diz respeito ao pressuposto de que a natureza da obrigação alternativa seria distinta a depender da espécie da obrigação. Para o autor, à exceção da situação específica da escolha designada ao terceiro, todas as outras distinções de obrigação alternativa são um erro, especialmente aquela elaborada em relação à escolha do credor e do devedor.

Isso porque diferenciar a natureza da obrigação alternativa em relação à escolha e à ação de cada uma das partes, é dar uma importância exagerada às funções que, de fato, exercem na obrigação alternativa, pois embora a escolha tenha função importante na resolução da alternatividade, não se pode vislumbrar como ela poderia influenciar na essência da obrigação. Afinal, é a ação e o modo de executar que são determinados pela natureza do direito e não o contrário.¹⁶⁷

Do mesmo modo, G. GROSSO¹⁶⁸ considera que G. PESCATORE acabou excedendo em sua opinião por estabelecer uma antítese de construção entre a hipótese de escolha de titularidade do devedor e aquela de titularidade do credor.¹⁶⁹ Apesar de, realmente, existirem diferenças em relação aos efeitos dos casos de obrigações alternativas com escolha designada ao devedor e ao credor – que, sobretudo, são percebidas em tema de responsabilidade pela impossibilidade superveniente do bem –, tais diferenças não têm o condão de distinguir a unidade ou a pluralidade do vínculo dessas obrigações.

Dentre essas peculiaridades, pode-se citar que, quando a escolha for designada ao credor, a coisa estipulada é considerada certa, de modo que o credor poderá pedir somente uma das coisas¹⁷⁰. Da mesma forma, segundo Pompônio¹⁷¹, o credor só poderá pedir aquela prestação que houver escolhido, de modo que somente essa estará compreendida na obrigação.

¹⁶⁵ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 6.

¹⁶⁶ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 223.

¹⁶⁷ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 223.

¹⁶⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 171.

¹⁶⁹ G. GROSSO, *Problemi* cit. (nota 28 supra), p. 232.

¹⁷⁰ D. 45, 1, 75, 8 (“*ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere*”).

¹⁷¹ D. 45, 1, 112, pr.

Todavia, não se verifica uma concorrência de ações e de obrigações, uma vez que o credor de uma obrigação cuja prestação é A ou B, que será escolhida segundo sua vontade, deduzirá em juízo a obrigação, requerendo o objeto escolhido. Portanto, trata-se de uma obrigação única.¹⁷²

Ademais, embora seja possível identificar, nas fontes romanas, diversas soluções, determinações e conceituações em tema das obrigações alternativas – o que ocorre justamente em razão do elemento empírico que individualiza as hipóteses concretas das fontes romanas – deve-se entender que, justamente por meio das diversas configurações e hipóteses consideradas pelos romanos, é possível visualizar uma unidade da obrigação alternativa, que, inclusive, demonstra a elasticidade da construção romana de uma relação complexa com múltiplas variedades de realidade, como também da simplicidade dos elementos com os quais operavam.¹⁷³

Todavia, em sentido diametralmente oposto, A' DORS¹⁷⁴ critica que a construção de categorias dogmáticas não utilizadas pelos romanos tem feito com que o jurista moderno fique dominado por uma fobia ao vazio sistemático e, assim, para explicar todos os casos concretos de acordo com as categorias gerais, falseiem em absoluto a maneira de ver dos romanos.

1.4.4. TEORIA DA OBRIGAÇÃO ÚNICA

Após estudar a teoria da pluralidade de obrigações e a teoria eclética nos tópicos acima, inicia-se, a seguir, o estudo da teoria da obrigação única, que se divide, basicamente, em três vertentes: a teoria da obrigação única e perfeita; a teoria da obrigação pendente e a teoria intermediária.

1.4.4.1. TEORIA DA OBRIGAÇÃO ÚNICA E PERFEITA

A teoria da obrigação perfeita é a teoria dominante, a qual, partindo também da exegese das fontes romanas, afirma que a relação obrigacional alternativa é única e perfeita, já que apresenta todos os elementos necessários para sua validade e eficácia jurídica desde o momento em que é constituída, quais sejam: um sujeito ativo (credor), um sujeito passivo (devedor) e um objeto, que somente tem a peculiaridade de estar determinado alternativamente.¹⁷⁵

¹⁷² G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 171.

¹⁷³ G. GROSSO, *Problemi* cit. (nota 28 supra), p. 233.

¹⁷⁴ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 9.

¹⁷⁵ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 205.

Quanto a isso, G. CARNAZZA¹⁷⁶ explica que a obrigação alternativa é necessariamente única porque, sendo alternativamente determinado, seu objeto seria único e sobre ele versaria o vínculo jurídico formado entre o devedor e o credor.

Assim, a teoria da obrigação alternativa como uma obrigação única e perfeita poderia ser ilustrada por meio da máxima tradicional – citada no tópico acima – “*duae res in obligatione una in solutione*”, segundo a qual há duas (ou mais) prestações no objeto da obrigação e uma única prestação na solução da obrigação, sendo por meio do adimplemento de uma única obrigação liberado por completo o devedor.¹⁷⁷

Ainda, a teoria da obrigação perfeita conclui que os romanos não tiveram dúvidas da unidade da obrigação alternativa¹⁷⁸, ainda que não seja possível identificar nos fragmentos qualquer distinção feita pelos juristas romanos quanto à unidade ou à pluralidade da obrigação alternativa, uma vez que estas questões teóricas – como a teoria geral das obrigações – não eram objeto do seu estudo. Isso porque são identificadas, nas fontes romanas, por exemplo, inúmeras expressões que remetem à obrigação alternativa como obrigação única: “*in obligatione*” (*in obligatione manebit; in obligatione remanet*) ou expressões como “*dimidiam obligationis*”.¹⁷⁹

Nesse sentido, partindo-se da análise do fragmento *Paul. 10 quaest. D. 45, 1, 128*, verifica-se o entendimento do jurista de que a obrigação alternativa era uma obrigação única, uma vez que, todas as prestações (alternativamente deduzidas) estariam expressamente postas na obrigação.

¹⁷⁶ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), 1893, p. 11.

¹⁷⁷ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 205.

¹⁷⁸ Essa ideia foi defendida por F. ROCCO, na continuação do artigo (*Su la natura* cit. (nota 24 supra), pp. 221-224) publicado no ano anterior. O mesmo foi defendido também por I. MARANI TORO (*Natura* cit. (nota 23 supra), p. 12). Essa concepção, diante das fontes romanas, mostra-se mais madura, uma vez que não há menções expressas à unidade da obrigação alternativa, mas a construção que os romanos fizeram da figura por meio das soluções empregadas é realmente incompatível com o pressuposto de uma pluralidade de obrigações.

¹⁷⁹ A. HERNANDEZ GIL, *Naturaleza* cit. (nota 64 supra), p. 571.

Paulus libro decimo quaestionum, D. 45, 1, 128

(...) Eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris¹⁸⁰ erat, etiamsi desierit eius esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

(...) Pela mesma razão, aquele que é o credor dos escravos Estico ou Pânfilo não pode receber se a obrigação for válida somente a respeito de um <dos escravos>, pois o outro era de propriedade do credor, ainda que tenha deixado de ser dele. Isso porque ambos <os escravos> são postos para a obrigação e não para o pagamento.

O mesmo autor, no fragmento *Paul. 3 ad. ed.*, D. 2, 14, 27, 6, assinala mais uma vez que a obrigação alternativa é um vínculo único, o que se depreende sobretudo pela utilização da expressão “*tota obligatio*”.

Paulus libro tertio ad edictum, D. 2, 14, 27, 6

Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obsturam: nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri. Sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus praestetur: possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda. Idem est et si de Sticho non petendo convenerit.

Mas, havendo firmado uma *stipulatio* (contrato verbal e solene) <para entrega> de dez ou <o escravo> Estico, e pactuado não pedir dez, o credor ao pedir <o escravo> Estico ou dez, a exceção do pacto de não pedir irá impedir todo o pedido; porque assim como pelo pagamento, pelo pedido e pela aceitação de uma única coisa resolveria toda a obrigação, assim também ocorre se for interposto o pacto de não pedir. Mas se houver o entendimento de que não seja entregue dez, mas sim <o escravo> Estico, o credor pode pedir de forma eficaz que lhe deem Estico, sem que se possa opor qualquer exceção. Do mesmo modo, se tiver avençado não pedir <o escravo> Estico.

¹⁸⁰ O presente trabalho optou por utilizar o termo credor para referir-se ao “estipulante” (em latim, nomeado de “*stipulatoris*”), a fim de sanar possíveis confusões para eventuais leitores que não tenham contato com esse tipo de contrato romano (a *stipulatio*), na qual o estipulante atuava como credor e o promitente como devedor.

Confere-se, nesse caso, que a expressão “*tota obligatio*” refere-se ao fato de que sendo ele o credor – por meio de uma *stipulatio* – da entrega de dez ou do escravo Estico, e fizer um pacto de não pedir (*pactum de non petendo*) acerca da soma de dez e demandar para que sejam entregues os dez ou o escravo Estico, a exceção do pacto convencionado obstará toda a pretensão do credor. Portanto, assim como a obrigação toda se resolve por meio do pagamento, demanda ou aceitação de uma só coisa, toda obrigação seria afastada por meio de um pacto convencionado para que não se exija uma das coisas.

Dessa forma, o fragmento indica que o vínculo em análise é manifestamente único. Afinal, caso fosse considerada como uma obrigação plúrima, o pacto de não pedir (*pactum de non petendo*) uma das duas prestações não produziria efeito em relação à outra, que deveria persistir. Assim, ao declarar “*exceptionem in totum obstatutam*”¹⁸¹, demonstrar-se-ia a unidade do vínculo.¹⁸²

Ainda, partindo também de um caso envolvendo o pacto de não pedir (*pactum de non petendo*), destaca-se a argumentação – ainda do mesmo jurista – no fragmento *Paul. lib. 44 ad. ed.*, D. 44, 7, 44, 3, quando buscava a sistematização das obrigações. Nesta passagem, depois de ter dito no *principium* que existiam quatro causas da obrigação – termo, condição, modo ou acessão¹⁸³ – afirma, no parágrafo terceiro, que há modo da obrigação quando é estipulado dez ou um escravo, uma vez que a entrega de uma ou outra coisa extinguiria toda a obrigação, não sendo possível <ao credor> pedir outra coisa¹⁸⁴.

Nota-se, portanto, que o autor se refere a *modus obligationis* quando trata da alternatividade, mas entende a obrigação como única.¹⁸⁵

Tal fragmento alude ao caso em que há, como prestação, “*decem aut hominem stipulamur*”, sem qualquer adição, levando-se a concluir que se tratava de obrigação cuja escolha competia ao devedor. Nesse caso, segundo G. GROSSO¹⁸⁶, o credor não pode pedir um dos objetos (ou só dez ou só o escravo), devendo, ao contrário, pedir “*diece o lo schiavo*”, pois,

¹⁸¹ A exceção obstará toda a obrigação (tradução nossa).

¹⁸² R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 141.

¹⁸³ “*Obligationum fere quattuor causae sunt: aut enim dies in iis est aut condicio aut modus aut accessio.*” No parágrafo primeiro, Paulo descreve o termo, dizendo que pode significar que a obrigação começa em determinado dia ou que não mais poderá ser exigida após uma data. No segundo, o jurista explica a condição por meio do exemplo “Prometes entregar um cento se o navio chegar na Ásia?”. Enquanto no terceiro parágrafo, Paulo explica o *modus*, no quarto, ele explica a aplicação da acessão.

¹⁸⁴ “*Modus obligationis est, cum stipulamur decem aut hominem: nam alterius solutio totam obligationem interemit nec alter peti potest, utique quamdiu utrumque est.*”

¹⁸⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 170.

¹⁸⁶ No mesmo sentido, R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 141.

caso contrário, incorreria na *pluris petitio causa*¹⁸⁷. Portanto, se considerada a ação que nasce da própria promessa alternativa, bem como se considerado o efeito da *pluris petitio*¹⁸⁸, percebe-se que os romanos conceberam e construíram a obrigação alternativa como uma obrigação única.¹⁸⁹

Desse modo, quando a escolha é designada ao devedor, o credor não pode agir com uma *actio certi*¹⁹⁰ (ação certa), direta a uma das prestações alternativamente deduzidas na obrigação, uma vez que acabaria incorrendo em uma *pluris petitio causa*, cuja consequência seria tolher ao devedor sua faculdade de escolha.¹⁹¹ Assim, considerando o direito de ação do credor e a impossibilidade de pedir um objeto diferente daquele devido, conclui-se que as prestações da obrigação alternativa estão, de fato, alternativamente *in obligatione*, o que demonstraria sua natureza única.¹⁹²

Por outro lado, se a escolha cabia ao credor, ele poderia agir com a ação idônea e requerer exatamente a prestação escolhida, por meio de uma *actio certi* ou *incerti* – que se diferenciariam somente pela própria natureza das prestações.¹⁹³ Isso significa que, se no objeto da obrigação estivessem dispostas alternativamente as prestações: a soma de dez ou um escravo (ou seja, o escravo está disposto de forma genérica), o credor obriga o devedor a cumprir uma das prestações por meio de uma *actio certi* se a sua escolha for a soma de dez ou por meio de uma *actio incerti* se a sua escolha for demandar “um escravo”¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Quando se pede mais do que lhe é devido (tradução nossa).

¹⁸⁸ Segundo o fragmento de Gaio (Gai, 4, 53d), ocorre a *pluris petitio causa*, quando o credor de um contrato verbal e solene (*stipulatio*), no qual tenha sido dito “prometes que me darás dez mil sestércios ou o escravo Estico?”, pedir uma ou outra prestação, pois, ainda que ele peça a prestação de menor valor, considera-se que ele está pedindo mais do que lhe é devido, pois pode ser que para a parte contrária seja mais fácil entregar aquela outra prestação que não está sendo pedida. Por sua vez, Justiniano, em Inst. 4, 6, 33d, afirma que a *pluris petitio causa* ocorre quando alguém firmar um contrato verbal e solene com outrem, dizendo que promete (solenemente) dar o escravo Estico ou dez áureos, e, posteriormente, pedir um dos dois: somente o escravo ou somente os dez áureos. Nesse caso, entende-se que ele pede demais porque nesse gênero de obrigação, a escolha é do promitente (devedor), que deverá manifestar-se se prefere entregar uma ou outra coisa. Assim, ao formular sua pretensão dessa forma, o credor assume a posição do devedor, tornando sua condição melhor. Por essa razão, para esse tipo de obrigação, a fórmula deve ser elaborada em conformidade com o que foi estipulado, ou seja, para que seja entregue o escravo Estico ou os dez áureos.

¹⁸⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), pp. 170-171.

¹⁹⁰ Essa regra não se aplica às obrigações alternativas derivadas de contratos de compra e venda, uma vez que, para esse tipo de contrato, há uma ação específica, qual seja a *actio empti*, que tem como característica possuir uma *intentio incerta*.

¹⁹¹ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 47.

¹⁹² G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 189.

¹⁹³ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 47.

¹⁹⁴ P. ZILLOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), p. 65.

No caso da escolha designada ao credor, portanto, não é verificada a *pluris petitio causa*, uma vez que, sendo do próprio credor o direito de escolha, não se tolhe o direito do devedor ao acionar uma única das prestações quando estas já estavam alternativamente deduzidas na obrigação.

Ainda, a unidade da obrigação alternativa pode ser identificada, segundo F. ROCCO¹⁹⁵, no fragmento *Pap. 28 quaest.*, D. 46, 3, 95, pr., cujo termo utilizado pelo jurisconsulto Papiniano também é claro em relação ao aspecto da unidade “*ac si solus in obligationem deductus fuisset*”¹⁹⁶.

No referido fragmento, discute-se a hipótese em que se promete dar o escravo Estico ou o escravo Pânfilo, segundo a vontade do credor. Se um deles estiver morto, poderá pedir somente o que esteja vivo, a menos que o credor esteja em mora em relação ao escravo que, antes escolhido, veio a morrer. Nesse caso, então, responderá somente pelo escravo que morreu, da mesma forma que seria se somente ele estivesse compreendido na obrigação. Assim, ao comparar duas hipóteses, o jurisconsulto acaba referindo-se à obrigação alternativa ao caso de uma obrigação simples, tratando ambos os objetos como compreendidos ou inseridos em uma única obrigação.

Do mesmo modo, outros importantes argumentos para a unidade da obrigação alternativa são inferidos, por exemplo, dos fragmentos: *Paul. 72, ad. ed.*, D. 45, 1, 83, 2 e *Paul., not. ad. Jul. 8 digest.*, D. 18, 5, 4, os quais referem-se a casos em que, por haver a promessa de uma ou outra prestação, sem nenhuma outra adição, a escolha compete ao devedor – sendo esta, como será visto, a hipótese espontânea e imediata que constrói o conceito da obrigação alternativa como um gênero obrigacional – e, nesse caso, percebe-se que houve um assentamento do vínculo unitário da obrigação.¹⁹⁷

¹⁹⁵ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), pp. 34-35.

¹⁹⁶ Do mesmo se somente ele estivesse compreendido na obrigação (tradução nossa).

¹⁹⁷ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 171.

Paulus libro 72 ad edictum, D. 45, 1, 83,

2

Si stipulante me Stichum aut Pamphilum tu unum daturum te sponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum.

Se eu estipulando <o escravo> Estico ou <o escravo> Pânfilo, você disser que dará um, é sabido que não está obrigado e que não respondeu o que se perguntou.

Nesse fragmento, Paulo apontaria para a unidade da obrigação, afirmando que se o credor estipular (por meio de um contrato verbal e solene) que seja entregue Estico ou Pânfilo, e o devedor responder solenemente que entregará somente um, entende-se que o devedor não está obrigado e que não respondeu o que foi perguntado.

Paulus libro VIII Digestorum Iuliani notat, D. 18, 5, 4

Si emptio contracta sit togae puta aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emptio maneat, puto resolvi obligationem huius rei nomine dumtaxat.

Se tiver contratado a compra, por exemplo, de uma toga ou de uma fonte, e tiver pactuado o vendedor que não subsiste a compra de uma destas coisas, opino que se dissolve a obrigação somente a respeito dessa coisa.

Igualmente Paulo, nesse fragmento, utiliza a expressão “*puto resolvi obligationem huius rei nomine dumtaxat*”, no contexto de que, sendo contratada a compra de uma toga ou de uma fonte, e o devedor tiver concordado que não subsiste o contrato de compra sobre uma destas coisas, o jurisconsulto opina que a obrigação deve ser resolvida somente em relação à coisa que não subsiste, devendo-se manter em relação à outra, o que aponta o entendimento do jurisconsulto de que a obrigação alternativa seria única.

Há, ainda, o já citado¹⁹⁸ fragmento *Paul. lib. 44 ad. ed., D. 44, 7, 44, 3*¹⁹⁹, no qual o jurista Paulo utiliza a expressão “*totam obligationem interimit*”, na tentativa de explicar a obrigação alternativa por meio do conceito de *modus*, afirmando que haveria modo da obrigação quando há uma *stipulatio* para a entrega da soma de dez ou de um escravo porque a entrega de uma ou outra coisa extingue toda a obrigação, de tal modo que não se pode pedir a outra coisa.

Nesse caso, ao contrário do que diz a teoria da pluralidade das obrigações perfeitas (já exposta no item 1.4.2), a expressão utilizada pelo jurisconsulto revela a unidade da obrigação alternativa, já que afirma diretamente que a prestação de uma ou outra coisa extinguiria toda a obrigação, embora, para tanto, Paulo descreva a obrigação alternativa como uma espécie de modo.²⁰⁰

Para além dos contratos, que são os temas centrais dos fragmentos supracitados, a teoria da obrigação perfeita entende que os juristas romanos chegaram às mesmas conclusões em relação ao tema das obrigações firmadas *causa mortis*. Nesse sentido, o fragmento *Ulp. 18 quaest., D. 36, 2, 25, pr.* mostra, em tema de legado, a unidade da obrigação alternativa firmada neste contexto, uma vez que o jurista se vale da expressão “*plura legata non facit*”²⁰¹.

Papinianus libro 18 quaestionum, D. 36, 2, 25, pr.

Cum illud aut illud legetur, enumeratio plurium rerum disiunctivo modo comprehensa plura legata non facit. (...)

Quando é legado isso ou aquilo, a enumeração de muitas coisas de modo disjuntivo não constitui muitos legados. (...)

Como se vê, nesse fragmento, fica bastante clara a opinião de Papiniano sobre os legados alternativos, no sentido de que a disposição alternativa de uma ou outra prestação no legado não significa que existiriam muitos deles. Aliás, o mesmo entendimento pode ser encontrado

¹⁹⁸ Esse fragmento, curiosamente, é citado tanto pela doutrina que defende a unidade da obrigação alternativa quanto pela teoria de R. RYCK, que entende que a obrigação alternativa é, na verdade, um conjunto de obrigações perfeitas.

¹⁹⁹ Ver tradução do fragmento no tópico 2.1.

²⁰⁰ E. ALBERTARIO, *Curso cit.* (nota 13 supra), p. 36.

²⁰¹ Não faz muitos legados (tradução nossa).

no fragmento *Cel. 34 dig.*, D. 31, 27²⁰², no qual o jurisconsulto Celso também afirma de forma categórica que se for legado isso ou aquilo, há somente um legado.²⁰³

Embora por meio dos fragmentos supracitados, a concepção unitária da obrigação alternativa pelos jurisconsultos romanos fique um pouco mais clara, importante discorrer, a partir de então, sobre dois fragmentos que versam sobre obrigações alternativas derivadas dos legados, responsáveis por gerar grande dificuldade de interpretação e de pacificação do entendimento sobre a natureza jurídica da figura, de tal modo que acabaram sendo utilizados como base para sustentar a pluralidade da obrigação alternativa.

O primeiro fragmento é o *Paul. 9 ad. Plaut.*, D. 31, 8, 1.

Paulus libro nono ad Plautium, D. 31, 8, 1

Si ita legetur: "Sempronio decem aut, si noluerit, hominem Stichum lego", hoc casu duo legata sunt, sed uni contentus esse debet.

Se assim for feito um legado: “deixo como legado à Semprônio <a soma> de dez ou, se não quiser, o escravo Estico”, neste caso há dois legados, mas <o legatário> deve-se contentar com somente um.

Sobre esse fragmento, é fácil entender porque servia de base para sustentar a pluralidade do vínculo obrigacional, pois o jurisconsulto refere-se à existência de dois legados no caso do legado alternativo. Todavia, em contraposição a esse pensamento, os juristas modernos tentaram provar o contrário: que, na verdade, o fragmento não poderia servir como base para a compreensão da natureza plural da obrigação alternativa.

Nesse sentido, F. ROCCO²⁰⁴ defendeu que Paulo não acreditava na pluralidade de legados quando se tratava de legados alternativos e que, na verdade, ao mencionar “*duo legata*”, na verdade, estaria referindo-se às coisas legadas e não ao legado – pois as coisas legadas são, de fato, duas – tendo em vista a utilização do caso reto e de um nominativo plural.

Isso significa, segundo F. ROCCO²⁰⁵, que dois são os objetos de um único legado, mas Semprônio não pode pretender mais do que um. queda mesma forma, não se poderia admitir a

²⁰² “*Si illud aut illud legatum sit, unum legatum est.*”.

²⁰³ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), pp. 17-18.

²⁰⁴ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 36.

²⁰⁵ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 36.

ideia de que haviam sido constituídos dois legados, mas Semprônio deveria contentar-se somente com um, sem explicar como e porque um dos legados válidos não existiria mais.

Por sua vez, G. CARNAZZA²⁰⁶, também na tentativa de entender o posicionamento de Paulo em relação a tal legado, observa que, nesse fragmento, há a utilização da expressão “*si noluerit*” (se não quiser), o que significa que o escravo Estico não está *in obligatione*, uma vez que ele não pode ser escolhido senão por consequência da renúncia expressa à quantia de dinheiro. Em outras palavras, esse não seria um caso de obrigação alternativa porque, apesar de haver um direito de escolha entre dois legados, há a faculdade do credor de renunciar um deles e, somente fazendo isso, poderia obter o outro em substituição.

Do mesmo modo, E. ALBERTARIO²⁰⁷ adverte que a decisão de Paulo decorre da particularidade da *fattispecie*: embora haja uma semelhança aparente entre essa figura e o legado alternativo, o testador inseriu, nesse caso, uma expressa condição à entrega de uma das prestações, o que acarretou o nascimento não de um legado alternativo, mas de dois legados, de modo que o segundo está subordinado à condição. Sendo assim, o legatário não tem, de fato, uma escolha sobre as prestações, pois ele não pode escolher indiferentemente uma ou a outra, uma vez que, para poder escolher a segunda, deve primeiro atender a condição de refutar o primeiro legado.

E isso não se trata de uma diferença sem importância prática, tendo em vista que, se o objeto do primeiro legado acabasse fortuitamente tornando-se impossível antes da decisão do legatário, ele estaria impossibilitado de ver cumprir a condição, já que não poderia recusar uma prestação inexistente. Portanto, nesse caso, o legatário não poderia receber o segundo legado.²⁰⁸

Diante do exposto, é possível concluir que, segundo a teoria da obrigação única e diferentemente do que diz a teoria da pluralidade da obrigação alternativa, não se trata de uma hipótese distinta da figura, mas, sim, do caso de um legado, cujo recebimento estava expressamente condicionado à renúncia de um outro legado pelo legatário e, sendo assim, Paulo não considerou que se tratava de um único legado alternativo, mas, sim, dois legados condicionados entre si.

²⁰⁶ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 19.

²⁰⁷ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 30.

²⁰⁸ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 31.

Outro fragmento objeto de discussão é o *Ulp. 21 ad. Sab.*, D. 30, 34, 14, no qual Ulpiano também afirma existirem dois legados.

Ulpianus libro 21 ad Sabinum, D. 30, 34, 14

Si ita Titio legetur: "Fundum Seianum vel usum fructum eius sibi habeto", duo esse legata et arbitrio eius esse, an velit usum fructum vindicare.

Se assim for legado a Tício “tenha para si o fundo Seyano ou o seu usufruto” há dois legados, e está ao arbítrio dele (de Tício), se irá querer reivindicar o usufruto.

Partindo de um raciocínio semelhante ao anteriormente exposto, F. ROCCO²⁰⁹ afirma que Ulpiano estaria referindo-se à possibilidade de constituir, como objetos distintos do legado alternativo, a propriedade e o usufruto de um mesmo fundo, uma vez que considerava o usufruto enquanto um direito existente em si próprio e não como um direito que seria parte da propriedade. Nesse sentido, ele adiciona “*et arbitrio eius an velit usumfructum vindicare*”²¹⁰, afirmando que o legatário terá direito a reivindicar o usufruto, que é algo que não lhe seria direito como simples proprietário do fundo.

Assim, nesse caso, para o autor, o jurisconsulto também estaria referindo-se às coisas devidas alternativamente e não à existência de dois legados, uma vez que se pode afirmar que Ulpiano acreditava que a propriedade e o usufruto do mesmo fundo configuravam coisas distintas, dadas alternativamente, em um mesmo legado.

Diferentemente, G. CARNAZZA²¹¹ considera que o usufruto seria parte do fundo e, portanto, a sua escolha separadamente não poderia ser tolerada, uma vez que o legado alternativo se refere a uma única coisa e não à parte da coisa legada.²¹² Todavia, impossibilitar que o legatário pudesse escolher o usufruto, em razão da regra supracitada, contrariaria, consequentemente, a vontade do *de cuius*, o que, por sua vez, também era contrário ao princípio de que essa deveria ser sempre cumprida. Por essa razão, Ulpiano teria entendido por bem

²⁰⁹ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 37.

²¹⁰ Estará ao seu arbítrio se irá reivindicar o usufruto (tradução nossa).

²¹¹ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 21.

²¹² Cf., nesse sentido, D. 30, 8, 2 e D. 31. 15.

considerar a existência de dois legados, a fim de conciliar a vontade do *de cuius* com as exigências do direito.

Por sua vez, E. ALBERTARIO²¹³ considera que a divergência em relação à decisão de Ulpiano deve-se à particularidade do caso concreto, no qual um testador havia deduzido no seu legado a propriedade de um fundo ou o seu usufruto, a depender da escolha do legatário. Isso porque enquanto o direito à propriedade do fundo pode ser transmitido ao legatário no momento da morte do testador, o direito ao usufruto do mesmo fundo não pode ser transmitido ao legatário antes da aceitação da herança.

Portanto, ainda que tenha sido utilizada, exteriormente, a forma do legado alternativo, esse legado não poderia ser assim considerado, uma vez que, ao determinar que o objeto do legado são prestações com *dies cedens* próprios, o testador acabou criando dois legados. Assim, mesmo que aparentemente o testador tenha deixado ao legatário a escolha entre dois objetos, efetivamente deixou a escolha e a alternatividade entre dois legados diversos.²¹⁴

Desse modo, considerando-se que o direito à propriedade do fundo estaria à disposição do legatário no momento da morte do testador, enquanto o direito ao usufruto do mesmo fundo somente estaria disposto ao legatário após a aceitação da herança, não se pode considerar que a hipótese versa sobre um legado alternativo, já que não é possível conceber um legado sobre a mesma coisa que deveria ser entregue em momentos diferentes. Portanto, ainda que aparentemente, de forma externa, o testador tenha deixado um único legado alternativo com duas prestações distintas, efetivamente, ele deixou ao legatário a escolha entre dois legados distintos.²¹⁵

Quanto a estes fragmentos, no mais, deve-se esclarecer que os dois textos não tratavam do legado *per damnationem*, mas de legados *per vindicationem*, ou seja, aqueles alheios à matéria das obrigações, uma vez que se trata de legados de propriedade. Sendo assim, na opinião de E. ALBERTARIO²¹⁶, esses fragmentos não poderiam servir como base para compreensão da obrigação alternativa (como obrigação plúrima ou única) na jurisprudência clássica romana.

²¹³ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 31.

²¹⁴ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 31.

²¹⁵ Nesse mesmo sentido, C. LONGO, *Le obbligazioni, Parte generale*, Milano, 1937, II, p. 324, *apud* R. CECCHETTI, *Le obbligazioni cit.* (nota 38 supra), p. 145.

²¹⁶ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 29.

Não obstante, os legados *per vindicationem* deveriam ser avaliados sob a ótica do direito justinianeu, pois, como será pormenorizado no próximo capítulo, acredita-se que Justiniano unificou todos os tipos de legado do direito clássico em uma única figura, que acabaram sendo tratados de forma genérica pelos compiladores no Digesto. Apesar disso, pela exegese dos fragmentos supracitados, pode-se concluir que, ainda que se considere o ponto de vista do direito justinianeu, prevalece o conceito unitário do legado alternativo e da obrigação alternativa.

Ademais, para confirmar que, para os juristas romanos, a obrigação alternativa é única, basta recordar que, ao sujeitar uma das prestações deduzidas na obrigação alternativa a uma condição suspensiva, toda a obrigação acaba sofrendo os efeitos da condição, o que é visto com nitidez no fragmento *Jul. 35 dig.*, D. 36, 2, 16, pr. no qual o jurisconsulto Juliano afirma que se for legado o escravo Estico ou “o que” nascer de Pânfila (“*vel quod ex Pamphila natum erit*”), o término deste legado não ocorrerá até que haja o nascimento ou até que seja certo que não haverá nascimento.²¹⁷

Portanto, todo o legado ficaria sujeito à condição fixada em uma das prestações da obrigação, uma vez que se trata de uma obrigação alternativa, cujo objeto é único, mas está deduzido de forma alternativa. Ao contrário, se o fragmento em questão tratasse de dois legados, sendo que um estivesse sujeito à condição, somente este sofreria os seus efeitos, de modo que os legados expirariam em tempos diferentes.

Diante dos fragmentos ora estudados, a teoria da obrigação perfeita afirma que a unidade da obrigação alternativa é o resultado da tradição romana, uma vez que, por meio das numerosas fontes sobre obrigações alternativas, verifica-se que, realmente, os romanos compreendiam-nas como uma única obrigação.²¹⁸

Apesar das evidências utilizadas pela teoria em comento, não diferentemente das demais, ela sofreu diversas críticas em razão da ideia de que a obrigação seria perfeita desde sua origem. Todavia, o objeto da prestação não poderia ser considerado perfeito, uma vez que ele só surgiria com um fato posterior à constituição da obrigação em si, que é o momento da escolha.²¹⁹ Nesse sentido, a obrigação não poderia surgir como um vínculo perfeito, já que,

²¹⁷ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 22.

²¹⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 170.

²¹⁹ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 206.

desde a sua constituição, estaria defeituosa quanto ao objeto, cuja determinação estava sujeita à escolha, que é um fato posterior à constituição da obrigação.²²⁰

Ademais, autores, como C. BERNSTEIN²²¹, se opuseram ao conceito da perfeição da obrigação desde o seu nascimento. Segundo o autor, ou admite-se que as prestações deduzidas alternativamente estão todas *in obligatione*, mas que somente com a escolha seria possível definir qual o objeto específico da obrigação; ou admite-se que somente uma das coisas deduzidas alternativamente está *in obligatione*, sendo necessário do mesmo modo a escolha para determiná-la; ou, enfim, admite-se que nenhuma das coisas deduzidas alternativamente estariam, antes da escolha, *in obligatione*, de modo que a obrigação não terá o requisito essencial do objeto.

Contudo, segundo F. ROCCO²²² aponta, provavelmente, o erro daqueles que sustentam a pluralidade da obrigação alternativa foi confundir a prestação, que é o fato positivo ou negativo devido – ou seja, objeto devido em uma obrigação – com o fato positivo ou negativo ainda não devido, que ainda não é objeto da obrigação. Na obrigação alternativa, há como possíveis prestações ou como possíveis coisas devidas, mais fatos positivos ou negativos do devedor, mas a prestação – realmente devida – é uma só, ainda não determinada, mas determinável.

Isso significa que a prestação única devida estaria representada, na obrigação alternativa, por uma série de possibilidades de prestações, que fixam alternativamente o limite conceitual e econômico da prestação devida. Assim, a chamada concentração não tem como efeito a eliminação de prestações, mas sim o de eliminar a dúvida, de modo que a prestação única deixa de estar representada por aquelas possibilidades de prestações alternativamente concorrentes e passam a ser, de fato, a prestação única.²²³

Ante o exposto, o presente trabalho verifica que, não obstante os esforços das teorias desenvolvidas que chegaram a resultados distintos, considerando muitas vezes que os romanos não entendiam a obrigação alternativa como uma única obrigação, são bastantes os indícios de que, a partir da própria tradição romana e das soluções aplicadas por sua jurisprudência, a obrigação alternativa é uma obrigação única.

²²⁰ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 32.

²²¹ Ao desenvolver sua própria teoria na obra *Zur lehre vom alternativem willen und den alternativen rechtsgeschäften*, Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1878.

²²² F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 40.

²²³ A. HERNANDEZ GIL, *Naturaleza* cit. (nota 64 supra), p. 572.

1.4.4.2. TEORIA DA OBRIGAÇÃO PENDENTE

Ainda dentro das teorias que partem da concepção de que a obrigação alternativa seria uma obrigação única, há a teoria da obrigação pendente. Esta sustenta que, assim como a obrigação é única, seria único também o seu objeto, o qual, todavia, encontrar-se-ia latente no momento de constituição do vínculo obrigacional, passando a ser determinado somente com a prestação. Desse modo, até o momento da prestação, ou seja, antes da determinação do objeto, considera-se que a obrigação estaria pendente, uma vez que somente poderia atingir a perfeição no momento que o objeto é determinado.²²⁴

Essa teoria foi defendida, inicialmente, por Bartolomeu Chesio e revisitada, posteriormente, por H. FITTING²²⁵ e C. BERNSTEIN²²⁶.

B. CHESIO²²⁷, ao elaborar, pela primeira vez, a teoria estudada, comparou a obrigação alternativa à obrigação genérica. A partir disso, o autor afirmou que, diferentemente da obrigação genérica, não são ambas as prestações da obrigação alternativa que seriam devidas, mas, sim, uma ou outra. Assim, quando uma prestação é paga, a outra seria liberada.

Desse modo, B. CHESIO concluiu que, no momento do pagamento, declarar-se-ia qual prestação estava na obrigação (“*ex solutione declarari quis fuerit in obligatione*”²²⁸), de modo que é único o objeto da obrigação alternativa, embora seja incerto (“*unica res est in obligatione eaque incerta*”²²⁹).

Já a teoria da obrigação pendente desenvolvida por H. FITTING²³⁰ sustentava que “*nelle cosiddette obbligazioni alternative è dapprima indeterminato (in pendenti) quale fra più prestazioni è quella veramente dovuta: soltanto mediante la scelta per parte del debitore o del creditore essa si determina, ed è tolta così l’incertezza*”²³¹.

²²⁴ Cf., para uma compreensão geral da teoria, R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), pp. 68-73; M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 33-37.

²²⁵ *Die rechtliche Natur der Correalobligationem*, Erlangen, 1859.

²²⁶ *Zur lehre vom alternativem willen und den alternativen rechtsgeschäften*, Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1878.

²²⁷ B. CHESIO, *Interpretationes Iuris*, Florentia, I, 1659, p. 390.

²²⁸ B. CHESIO, *Interpretationes Iuris*, Florentia, I, 1659, p. 390.

²²⁹ B. CHESIO, *Interpretationes Iuris*, Florentia, I, 1659, p. 514.

²³⁰ H. FITTING, *Die rechtliche Natur der Correalobligationem*, Erlangen, 1859, p. 135, *apud* R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 69.

²³¹ “na chamada obrigação alternativa é primeiramente indeterminado (*in pendenti*) qual das várias prestações é aquela verdadeiramente devida. Assim, somente com a escolha exercida pelo devedor ou pelo credor ela se determina, e é removida a incerteza” (tradução nossa).

Desse modo, estabeleceu o adimplemento da obrigação como o momento responsável por remover a incerteza do objeto da obrigação alternativa, sob o entendimento de que a escolha definitiva e obrigatória ocorria somente com o adimplemento da obrigação, cujo efeito é o aperfeiçoamento da obrigação.²³² Isso significa, na verdade, que o autor fixou a escolha como o momento em que a incerteza em volta da obrigação alternativa é eliminada, o que se daria, por sua vez, no momento da escolha definitiva, qual seja o adimplemento da obrigação.

Por meio da supracitada teoria, I. MARANI TORO formula a seguinte questão, que havia servido também de substrato para a teoria de C. BERNSTEIN: no momento de constituição da obrigação, todas as prestações são devidas, de modo que a escolha é somente responsável pela determinação definitiva de qual prestação ficará na obrigação e qual será excluída? Ou, no momento da constituição, há somente uma prestação na obrigação, não sendo certo até o momento da escolha qual ela é?

De início, deve-se ressaltar que C. BERNSTEIN²³³ elabora sua teoria com base nas fontes romanas, por acreditar que as controvérsias em torno do objeto da obrigação alternativa motivaram discussões não só na doutrina moderna, mas também entre os juristas romanos.

Não obstante, o autor aborda as questões supracitadas, afirmando que, da teoria da pendência, poder-se-ia deduzir dois entendimentos distintos, quais sejam: (i) ambas as prestações estavam na obrigação desde o início, ainda que somente uma tenha que ser prestada, de modo que o efeito da escolha seria de determinar o objeto da obrigação e, conseqüentemente, fazer o outro desaparecer, como se nunca estivesse deduzido na obrigação; e, diferentemente, (ii) no início, havia somente um objeto na obrigação, o qual permanecia incerto até o momento da escolha – que leva à concentração da obrigação –, quando, então, passa-se a considerar como se esse objeto estivesse sozinho na obrigação desde o início.²³⁴

Diante de tais pontos, são elaboradas as teorias da obrigação pendente de forma resolutiva e de forma suspensiva. Para a pendência resolutiva, no momento da constituição da obrigação, ambos os objetos estariam *in obligatione*, de modo que, com a escolha, o objeto excedente deixaria de existir como se nunca estivesse estado naquela obrigação. Para a pendência suspensiva, por sua vez, não haveria nenhuma prestação na obrigação no momento da sua constituição, sendo que, a partir do momento que ocorre a escolha (ou um evento com

²³² R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 69.

²³³ C. BERNSTEIN, *Zur lehre vom alternativem willen und den alternativen rechtsgeschäften*, Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1878, p. 1.

²³⁴ C. BERNSTEIN, *Zur lehre* cit. (nota 233 supra), pp. 1-2.

efeitos equivalentes), deve-se considerar que essa prestação fora o objeto da obrigação alternativa desde o início.²³⁵

Em seu estudo, o autor identificou, em diferentes temas (tais como culpa, mora, novação e garantia fidejussória), qual era o posicionamento dos juristas romanos, analisando se apresentavam alguma tendência, seja ao dar soluções para questões envolvendo a obrigação alternativa, seja para identificar o seu objeto como pendente de determinação de forma suspensiva ou resolutiva.

A título de exemplo, destaca-se, dentre estas hipóteses, a análise da obrigação alternativa em tema de novação, na qual C. BERNSTEIN questiona se seria possível novar uma obrigação alternativa por uma obrigação simples.

Para tanto, o autor analisa a posição de Marcelo, que poderia, em seu ponto de vista, ser considerado um defensor da teoria da pendência resolutiva, no fragmento *Ulp. 47 ad. Sab., D. 46, 1, 8, 8*, no qual o jurista nega a identidade da obrigação simples com a obrigação alternativa, impedindo, desse modo, a novação entre elas²³⁶.

Ulpianus libro 47 ad Sabinum, D. 46, 1, 8, 8

Si qui Stichum stipulatus fuerit, fideiussorem ita acceperit: "Stichum aut decem fide tua iubes?", non obligari fideiussorem Iulianus ait, quia durior eius fit condicio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat non ideo tantum non obligari, quia in duriores conditionem acceptus est, sed quia et in aliam potius obligationem acceptus est: denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fideiussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius durior condicio.

Se alguém tiver estipulado o escravo Estico e o seu fiador dissesse “para sua fiança, você escolhe o escravo Estico ou a soma de dez”, disse Juliano que não se obriga o fiador, porque sua condição é mais gravosa, uma vez que permaneceria obrigado, ainda que o escravo Estico viesse a morrer. No entanto, observa Marcelo, que o fiador não se obriga não só porque a obrigação é mais gravosa, mas também porque foi admitido antes para outra obrigação; finalmente, em relação ao que tiver prometido os dez, não poderá receber do fiador que tiver prometido a soma de dez ou o escravo, ainda que a sua obrigação não fosse mais gravosa.

²³⁵ C. BERNSTEIN, *Zur lehre* cit. (nota 233 supra), pp. 3-4.

²³⁶ O mesmo posicionamento pode ser encontrado no fragmento D. 46, 2, 1, 26 de Celso, outro jurista que também poderia ser considerado, segundo C. BERNSTEIN, como defensor da teoria da pendência resolutiva.

Como se vê, Marcelo entende que, de nenhum modo, a obrigação alternativa poderia ser novada por uma obrigação simples, independentemente da nova obrigação ser mais ou menos gravosa para o devedor. Sendo assim, o autor conclui que Marcelo seria um defensor da teoria da pendência resolutiva, segundo a qual o objeto da obrigação alternativa seria incerto até o momento da definição da obrigação (normalmente, no momento da escolha), tendo em vista que, sendo incerto o objeto, seria impossível a realização de uma novação imediata, já que não se poderia novar uma obrigação, em tese, sem conteúdo definido com uma obrigação já com conteúdo definido.²³⁷

Por outro lado, o autor afirma que, se o jurista compreendesse que prevalece a teoria da pendência suspensiva, a novação de uma obrigação alternativa por uma obrigação simples poderia ocorrer desde logo. Isso porque a pendência suspensiva leva ao entendimento de que, até o momento da definição da obrigação, todos os objetos da obrigação alternativa estariam na obrigação. Desse modo, seja enquanto pendente de definição a obrigação, seja após a definição, as partes já sabem quais são os objetos da obrigação, podendo deliberar, desde logo, se haverá novação.²³⁸

Nesse sentido, o autor aponta o fragmento D. 46, 2, 32 de Paulo, que defende a possibilidade de realizar a novação de uma obrigação alternativa por uma obrigação simples:

Paulus libro primo ad Neratium, D. 46, 2, 32

Te hominem et Seium decem mihi dare oportet: stipulor ab altero novandi causa ita: "Quod te aut Seium dare oportet ": utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem.

Você deve me dar um escravo, e Seyo <deve me dar> a soma de dez; para fazer uma novação estipulo “o que você ou Seyo devem me dar”; é feita novação a respeito de uma ou outra coisa. E disse Paulo: com razão, porque uma e a outra coisa são compreendidas na stipulatio anterior.

O autor entende, no entanto, que a posição adotada por Paulo não teria sido acertada, pois vê com estranheza a necessidade do jurista encontrar uma identidade entre os conteúdos das obrigações anteriores e posteriores. Isso porque, para C. BERNSTEIN, na hipótese analisada

²³⁷ C. BERNSTEIN, *Zur lehre* cit. (nota 233 supra), pp. 22-23.

²³⁸ C. BERNSTEIN, *Zur lehre* cit. (nota 233 supra), pp. 23-24.

de novação da obrigação alternativa, não seria possível realizar a novação antes da definição do objeto da obrigação, uma vez que, embora seja possível prever o objeto da obrigação durante a pendência – já que ambas estão *in obligatione* –, fato é que se entende como se esse objeto nunca lá tivesse estado.²³⁹

Pela referida análise da novação, verifica-se que C. BERNSTEIN²⁴⁰ acabou posicionando-se no sentido de que as soluções atreladas à teoria da pendência resolutive conseguiam elucidar melhor as características e a aplicação da obrigação alternativa. Por outro lado, o próprio autor aponta que, em outras hipóteses, a teoria que melhor descreve as características e melhor corresponde à natureza alternativa da obrigação alternativa é a da pendência suspensiva, já que compreenderia o sentido da incerteza que existe entre as prestações deduzidas na obrigação alternativa.

Assim, diante da análise destacada acima, bem como de toda a teoria elaborada por C. BERNSTEIN, é possível concluir que o autor observou as soluções adotadas pelos juristas romanos e, a partir delas, elaborou sua teoria das pendências resolutive e suspensive. Isso quer dizer que, sob sua análise, o Direito Romano oscilava, a depender do jurista, entre o entendimento da natureza da obrigação alternativa como única, mas pendente de definição, seja de forma resolutive ou suspensiva.

A. HERNANDEZ GIL afirma que a teoria da obrigação pendente merece ser reverenciada por superar a ideia de pluralidade de obrigações²⁴¹, uma vez que seus defensores afirmaram expressamente que a obrigação considerada como pendente seria única e somente poderia ser única²⁴². No entanto, isso não faz com que a teoria seja isenta de críticas, que se concentram especialmente na aplicação do conceito de pendência ao tema das obrigações alternativas.

Isso porque, de fato, foi observado que se a indeterminação recai sobre o vínculo, como de fato os defensores da teoria em questão reconhecem, a existência da própria obrigação é questionada, pois reduzida a uma relação condicionada. Assim, se a indeterminação recai sobre o objeto ou sobre os sujeitos, ou ela é absoluta, de modo a ser equivalente à falta do elemento, e então a obrigação não surge, ou é relativa, e então a obrigação surgirá perfeita.²⁴³

²³⁹ C. BERNSTEIN, *Zur lehre* cit. (nota 233 supra), pp. 23-24 e 26.

²⁴⁰ C. BERNSTEIN, *Zur lehre* cit. (nota 233 supra), p. 88.

²⁴¹ Ideia essa que será abordada nos tópicos seguintes.

²⁴² A. HERNANDEZ GIL, *Naturaleza* cit. (nota 64 supra), p. 560.

²⁴³ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 71.

Mais especificamente, é revelado que, na obrigação alternativa, o objeto não pode ser classificado como indeterminado, pois ele é, de fato, determinado, mas alternativamente, tanto que o credor pode imediatamente pretender uma prestação, mesmo que o devedor tenha o direito de escolha, já que tem o poder de constrangê-lo a escolher e a adimplir a obrigação.²⁴⁴

Ademais, tomando-se como análise, separadamente, as duas variantes da teoria, iniciando pela pendência resolutive, entende-se que, se o significado é de que a relação está pendente, há uma contradição nos termos, porque se fala de relação obrigacional resolúvel, o que significa que a relação existe e é completa. Por sua vez, se o significado é de que a pendência é a resolução da obrigação e não a própria obrigação, a expressão seria imprópria²⁴⁵, por não corresponder ao conceito.²⁴⁶

Se, de fato, o que pretende é a resolução da obrigação, quer dizer que a relação obrigacional está sujeita ao termo resolutive ou à condição resolutive, portanto não se pode falar de pendência resolutive.²⁴⁷ Então, seria necessário interpretar a pendência como um período no qual há uma indeterminação do objeto²⁴⁸, e efeito resolutive da escolha, no sentido de que essa realizará a concentração do objeto, eliminando o outro.²⁴⁹

Assim, se adotado esse entendimento de que o período da pendência é aquele no qual há uma indeterminação do objeto, I. MARANI TORO²⁵⁰ acredita que seria uma teoria aceitável, uma vez que há coerência nos termos utilizados. Não obstante, a despeito disso, entende que não teria nenhuma utilidade.

A pendência resolutive também não passou despercebida por G. PESCATORE²⁵¹, que afirmou, por meio de uma perspectiva das ações atinentes às partes – como lhe é característico –, que, se fosse verdadeira, o credor teria a sua disposição mais prestações do que efetivamente precisa e, então, de uma maneira correta precisa livrar-se de uma delas. Sendo assim, o credor poderia requerer as duas prestações com base na obrigação alternativa (“*Stichum aut Pamphilum*”) e, então, se o devedor não fizesse a escolha, estaria obrigado a entregar as duas

²⁴⁴ Cf., nesse sentido, F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 209 e R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 71.

²⁴⁵ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 72.

²⁴⁶ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 210.

²⁴⁷ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 210.

²⁴⁸ Faz-se a ressalva, todavia, de que R. CECCHETTI entende que essa seria uma interpretação restritiva do pensamento de C. BERNSTEIN.

²⁴⁹ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 72.

²⁵⁰ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), pp. 7-8.

²⁵¹ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 39.

prestações. No entanto, o credor só poderia processar alternativamente, de modo que, se ele processasse de forma cumulativa ou reclamasse somente uma das prestações de sua escolha, incorreria ele em *pluris petitio*.

Já em relação à pendência suspensiva, conclui-se que, se entendida da forma como está exposta na teoria de C. BERNSTEIN, adviria o nascimento de uma relação obrigacional sem objeto (que está pendente), sendo a escolha o fenômeno responsável pela entrada do objeto na obrigação.²⁵² Ocorre que, segundo I. MARANI TORO²⁵³, o nascimento da obrigação sem objeto seria um erro jurídico substancial, uma vez que se estaria diante de uma obrigação sem objeto e sem um vínculo do devedor a nenhuma prestação devida ao credor.

Do mesmo modo, G. PESCATORE²⁵⁴ questiona: se não existe obrigação até o momento do cumprimento, por que o devedor cumpre? Por que ele não deixa a obrigação sem objeto para sempre? Se for assim, a obrigação alternativa mais se pareceria com um compromisso unilateral. Todavia, a prática da obrigação alternativa mostra-se diferente, pois, mesmo o devedor estando sujeito a essa obrigação “sem objeto”, o credor tem o direito de requerer o cumprimento da prestação (com base na estipulação “*Stichum aut Pamphilum dari?*”), o que demonstra que a teoria da pendência não teria razão de existir, sobretudo se procurasse fundamentos no Direito Romano²⁵⁵.

1.4.4.3 TEORIA INTERMEDIÁRIA

Classifica-se, por fim, como uma teoria intermediária as construções doutrinárias que, ainda dentro de uma concepção unitária da obrigação alternativa, apresentam-se em uma posição intermediária entre as teorias da obrigação perfeita e da obrigação pendente, pois consideram que, a depender da circunstância, a obrigação alternativa seria considerada como uma obrigação perfeita ou pendente.

²⁵² R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 72.

²⁵³ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 8.

²⁵⁴ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), pp. 38-39.

²⁵⁵ Quanto a isso, G. PESCATORE (*Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 41) afirma que os juristas romanos jamais conheceram a teoria da pendência ou a consideraram como uma obrigação pendente, como pode-se deduzir das suas decisões sobre garantias fidejussórias avençadas por meio de obrigações alternativas (Cf. D. 46, 1, 1, 38). Se os romanos realmente considerassem que as obrigações alternativas eram obrigações pendentes, as garantias fidejussórias também teriam que ser comprovadamente pendentes para e por meio das obrigações alternativas. Todavia, esse não é o caso, pois os juristas romanos estavam de acordo que as garantias fidejussórias existiam desde o início da celebração da obrigação ou eram recusadas desde esse momento.

Os autores que encabeçaram essa posição intermediária na doutrina são, sobretudo, B. WINDSCHEID²⁵⁶ e A. BRINZ²⁵⁷.

De início, para melhor compreensão da teoria de B. WINDSCHEID sobre a natureza jurídica da obrigação alternativa, importante mencionar que o autor entendia que o conteúdo das prestações pode ser mais ou menos determinado a depender do fato constitutivo do direito de crédito. Isso significa, portanto, que nos casos em que a determinação não é completamente exata seria necessário buscar a fonte à qual se remete essa indeterminação, pois, se ela assim atuar, a indeterminação da prestação poderia ser transformada em determinação. Essa fonte poderia ser a declaração de uma das partes ou de um terceiro (como a apreciação do juiz); ou por algum outro fato.²⁵⁸

Nesse sentido, o autor constrói o seu entendimento, diferenciando a natureza da obrigação alternativa a depender da titularidade da escolha.

Assim, se o credor tem a titularidade do direito de escolha, deve-se considerar que o conteúdo da prestação está *in obligatione* porque nada impede o credor de fazer valer a sua vontade, afinal, sendo seu o direito de escolha, não há qualquer prejuízo para o devedor se, desde logo, ele pedir uma ou outra coisa ao devedor. Diversamente, se a escolha compete ao devedor, não se pode dizer, desde o início, qual o conteúdo da prestação é precisamente devido, o que somente manifestar-se-á por meio da prestação. Por outro lado, é certo que todos os conteúdos da prestação podem ser efetivamente devidos, de modo que também estarão *in obligatione*.²⁵⁹

Para desenvolver sua teoria, que também tem como base o Direito Romano, o autor cita o fragmento *Ulp. 22 ad. ed.*, D. 45, 1, 75, 8, de Ulpiano, que gira em torno de uma pergunta sobre o objeto de uma *stipulatio*, cujo objeto é a entrega da soma de dez ou do escravo “Estico”, se este seria certo ou incerto, pois ainda que estejam deduzidas prestações certas no objeto, é incerto qual delas será preferencialmente entregue. O fragmento responde, então, que sempre que o credor reservar para si o direito de escolha, proferindo as palavras “dê as coisas que eu quero”²⁶⁰, Ulpiano considera que se estipulou coisa certa, sendo lícito ao credor pedir que lhe

²⁵⁶ Em sua obra *Diritto delle Pandette*, v. II, (Traduzione dei Professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa), Torino, Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1925.

²⁵⁷ Em sua obra *Pandekten*, II, Erlangen, 1887.

²⁵⁸ B. WINDSCHEID, *Diritto* cit. (nota 87 supra), p. 15.

²⁵⁹ B. WINDSCHEID, *Diritto* cit. (nota 87 supra), p. 18.

²⁶⁰ “*utrum ego velim*”

entregue somente o escravo ou somente a soma de dez. Diversamente, se não for estabelecido o direito de eleição, a obrigação é incerta.

Percebe-se, diante disso, que B. WINDSCHEID²⁶¹ distingue em naturezas diversas as duas situações de obrigação alternativa com escolha designada ao credor e ao devedor. Na primeira hipótese, então, a obrigação é perfeita porque o objeto é determinável desde o momento em que a obrigação é constituída, já que o credor pode endereçar sua vontade para qualquer um daqueles objetos. Na segunda hipótese, a obrigação não é perfeita, uma vez que o credor não sabe qual será o objeto do seu crédito, mas somente saberá quando houver a efetiva prestação, portanto, até esse momento o objeto do direito do credor não se pode determinar.

Sua teoria, no entanto, também foi objeto de críticas. Primeiramente, aponta-se a crítica elaborada por I. MARANI TORO²⁶², segundo o qual ambas as hipóteses levantadas por B. WINDSCHEID, demonstravam que, na verdade, a obrigação alternativa apresenta a mesma natureza jurídica e a mesma indeterminação do objeto, cuja determinação surgirá somente com o exercício da escolha. Além disso, em sua opinião, não deveria ser juridicamente relevante para determinar a natureza da obrigação se o direito de escolha compete ao credor ou ao devedor porque, mesmo no primeiro caso, até que o credor tenha manifestado sua vontade, o objeto da obrigação estará determinado alternativamente.

Por outro lado, é apontado um erro cometido pela teoria quanto à obrigação alternativa com escolha designada ao credor, por tê-la classificado como uma hipótese específica por apresentar um objeto determinado. Isso porque, ao considerá-lo um objeto determinado, a teoria acabou equiparando a possibilidade de uma manifestação de vontade (em relação ao objeto realmente devido) à efetiva manifestação de vontade.²⁶³

Ademais, se fossem mesmo equiparáveis a possibilidade e a efetiva manifestação de vontade, o mesmo deveria valer para a obrigação com escolha designada ao devedor, pois, também nesse caso, nada impede o devedor de manifestar imediatamente a sua vontade em relação a uma das prestações e, assim, determinar o conteúdo específico da sua obrigação e,

²⁶¹ No mesmo sentido, F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 211 e R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 73.

²⁶² I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 9.

²⁶³ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 74.

portanto, do direito do credor.²⁶⁴ Afinal, em razão do *ius variandi*²⁶⁵, o objeto pode ser definido anteriormente por meio de uma declaração de vontade.²⁶⁶

Assim, se o momento em que a vontade é manifestada, no caso de escolha designada ao devedor, não são decisivos no Direito Romano, devido ao *ius variandi*, e que apenas com a efetiva prestação se determina o objeto de forma definitiva, não se pode dizer que o mesmo não se aplica para o caso de escolha deferida ao credor, o qual, de maneira geral, também tem a faculdade de mudar sua vontade até o momento que se inicia a ação e a *litis contestatio*²⁶⁷ (definição da lide).²⁶⁸

Pelo exposto, G. CARNAZZA²⁶⁹ afirma que a opinião de B. WINDSCHEID seria o resultado de uma confusão entre a eficácia da escolha na qualificação da obrigação e o efeito da própria escolha no momento em que ela vem a ser declarada.²⁷⁰ Não obstante, A. HERNANDEZ GIL refuta não poder ser justo afirmar que o autor atribui à possibilidade do credor de manifestar sua vontade o efeito de determinar a obrigação, pois, ao seu ver, essa possibilidade seria para a teoria de B. WINDSCHEID justamente a base para que a obrigação não fosse considerada indeterminada, mas relativamente.

Por sua vez, a teoria de A. BRINZ²⁷¹ é bastante semelhante à teoria ora citada, uma vez que gira em torno da existência ou não do *ius variandi*. A partir disso, o autor distingue, entre as hipóteses de obrigação alternativa, (i) aquelas em que o sujeito com faculdade de escolha pode mudar sua vontade (ii) daquelas em que, uma vez declarada a escolha por aquele que é

²⁶⁴ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 74.

²⁶⁵ Conforme será analisado em capítulo competente, a regra geral dá ao devedor a faculdade de mudar de decisão acerca da prestação escolhida até o momento do efetivo adimplemento, se já houvesse indicado anteriormente qual iria escolher. Cf. A. GUARINO, *Diritto* cit. (nota 10 supra), p. 798.

²⁶⁶ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 27.

²⁶⁷ A *litis contestatio*, segundo J. C. MOREIRA ALVES (*Direito* cit. (nota 6 supra), pp. 232-233), era um contrato judicial, pelo qual o autor e o réu concordavam em submeter o litígio, nos termos da fórmula, ao julgamento do juiz popular. A importância da *litis contestatio* estava nos efeitos que produzia. Primeiramente, ela produzia um efeito extintivo, uma vez que extinguiu o direito de ação referente à relação jurídica em litígio. Por outro lado, a *litis contestatio* produzia o efeito criador, pois fazia surgir para o autor o direito de obter do juiz popular a condenação do réu, nos termos da fórmula. Além disso, ela produzia o efeito fixador, pois obrigava o juiz a julgar o litígio como ele existia no momento da *litis contestatio* e como estava na fórmula, não podendo considerar as modificações ocorridas depois disso. Diante dos efeitos e da função assumida pelo fenômeno da *litis contestatio*, o presente trabalho assumiu uma postura de traduzi-la, quando conveniente, para “definição da lide”.

²⁶⁸ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 95 supra), p. 212.

²⁶⁹ A. HERNANDEZ GIL, *Naturaleza* cit. (nota 64 supra), p. 563.

²⁷⁰ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 28.

²⁷¹ A. BRINZ, *Pandekten*, II, Erlangen, 1887, §242, *apud* M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 38-39.

seu titular, ela não pode mais ser alterada, de modo que, somente nesse caso, poder-se-ia identificar uma obrigação perfeita.

Assim como a teoria de B. WINDSCHEID, a teoria desenvolvida por A. BRINZ foi alvo de críticas, sobretudo porque não se acredita que a faculdade de mudar ou não a escolha pelo seu titular tem o poder de influenciar a natureza e a estrutura da obrigação.²⁷²

Ademais, ressalta I. MARANI TORO²⁷³ que a distinção elaborada é passível de críticas, uma vez que o autor não advertiu que, mesmo na hipótese de ausência do *ius variandi*, na qual é irretratável a escolha já manifestada, é possível acontecer que a escolha seja feita definitivamente com a efetiva prestação de um dos objetos, o que não apresentará nenhuma diferença, nem mesmo prática, da outra hipótese desenvolvida na teoria.

²⁷² R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 76.

²⁷³ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), pp. 8-9.

2 REGIME DA ESCOLHA E SEUS EFEITOS NO ADIMPLEMENTO E EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA

Considerando que a escolha é um dos pontos centrais da obrigação alternativa, conforme deduzido no capítulo precedente, uma vez que responsável pelo processo de individualização da prestação, estudar-se-á, neste capítulo, o fenômeno da escolha e qual o entendimento dos juristas romanos sobre ela, assim como as regras para definição da titularidade e os seus efeitos no adimplemento e extinção da obrigação.

2.1 ESCOLHA

Como exposto no capítulo anterior, a obrigação alternativa tem como particularidade um objeto alternativamente determinado, ao qual o devedor está obrigado a executar uma das prestações que foi escolhida entre as demais deduzidas no objeto da obrigação. Ademais, a escolha poderia ser exercida pelo devedor, pelo credor ou por um terceiro designado pelas partes.

Alguns autores, como visto acima, entendiam que a escolha e a sua titularidade poderiam, inclusive, afetar a própria natureza jurídica da obrigação alternativa, tendo em vista tamanha importância dos seus efeitos.

Embora o presente tenha demonstrado que é predominante a teoria única da obrigação alternativa, independentemente de quem é o titular da escolha, é certo que os seus efeitos devem ser considerados e entendidos particularmente durante toda a execução da obrigação, pois, como será visto adiante, a titularidade da escolha influenciará as regras de transmissão, de adimplemento e de impossibilidade das prestações.

Sendo assim, antes de ater-se aos efeitos propriamente ditos da escolha, discorrer-se-á sobre a escolha e como era vista pelo Direito Romano, sobretudo quanto às regras de titularidade, influenciadas pelos tipos de negócios jurídicos que deram origem às obrigações e pela evolução temporal do Direito Romano.

Primeiramente, define-se a escolha como uma declaração de vontade, que, integrando o consenso dos contratantes, determina qual dos vários objetos alternativamente deduzidos na

obrigação deve ser prestado²⁷⁴, ou seja, é o momento de momento de individualização da prestação.²⁷⁵

Assim, a escolha é a via normal pela qual a incerteza inerente à obrigação alternativa pode ser resolvida, e normalmente resolve-se. Todavia, a escolha não representa, em geral, um momento distinto, levando-se em conta uma visão unitária da obrigação alternativa, bem como do ponto de vista da determinação das prestações.²⁷⁶ Na verdade, a escolha é inerente à obrigação alternativa, por ser implícita ao modo em que esta pode ser satisfeita, não tendo sido construída pelo Direito Romano de forma autônoma ou como um momento específico da execução da obrigação, pois, quando é assim considerada (quando a escolha assume alguma relevância específica), trata-se de casos especiais e particulares, que não se pode considerar como regra geral.²⁷⁷

Além de não ter sido conhecida pelos romanos como um momento autônomo da obrigação alternativa, a escolha não era entendida como um “direito”, conforme entendem os juristas modernos, embora seja possível encontrar fragmentos como o *Gai. 2 leg. ad. ed. urb.*, D. 40, 9, 3, que usam o termo “*ius electionis*”. Desse modo, ao invés de direito de escolha do devedor, as obrigações romanas previam a responsabilidade do devedor em cumprir sua prestação com a entrega de um ou outro objeto. Da mesma forma, ao invés de direito de escolha do credor, reconhecia-se a capacidade do credor para exigir uma ou outra prestação.²⁷⁸

Não obstante, o Direito Romano já visualizava a escolha como uma forma de concentração da obrigação, sendo, portanto, um fenômeno importante da obrigação alternativa, já que, em regra²⁷⁹, era responsável por fazer com que o objeto alternativamente determinado se torne simplesmente determinado, a fim de que se dê o adimplemento da obrigação pelo devedor.²⁸⁰

²⁷⁴ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), pp. 33-34.

²⁷⁵ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 44.

²⁷⁶ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 190.

²⁷⁷ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 168.

²⁷⁸ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 35.

²⁷⁹ Deve-se considerar, no entanto, que a concentração da obrigação em uma única prestação pode ocorrer independentemente da escolha, como no caso da impossibilidade superveniente de uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação alternativa.

²⁸⁰ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 31.

2.2 REGIME DA ESCOLHA

Sabendo que a escolha é, para a obrigação alternativa, o momento de definição do objeto e, portanto, fundamental para a sua solução, passa-se, a seguir, à exegese dos fragmentos romanos, a fim de compreender o seu entendimento a respeito da titularidade da escolha.

2.2.1 REGRA GERAL

Como visto, a escolha era a via normal pela qual se resolvia a incerteza em torno do objeto da obrigação alternativa e, sendo assim, poderia ser atribuída ao devedor, ao credor ou a um terceiro, designado pelas partes.

Embora tratasse de uma avença importante para as partes, a hipótese mais frequente encontrada nas fontes, tanto do direito clássico quanto do direito justiniano, é aquela em que não havia previsão expressa de quem estaria designado a fazer a escolha. Nesse sentido, era determinado, como regra geral²⁸¹ (verificada, principalmente, em textos de compra e venda, de *stipulatio*, de legado e fideicomisso), que a escolha deveria ser designada ao devedor.²⁸²

Portanto, não havendo previsão expressa sobre quem deveria realizar a escolha e solucionar a indeterminação do objeto da obrigação, os romanos entendiam que cabia, em regra, ao devedor. Muito provavelmente, essa solução dada pelos romanos (e recebida pelos ordenamentos jurídicos modernos) estava relacionada à outra regra geral prevalente à época, no sentido de que sempre dever-se-ia optar por soluções mais favoráveis à liberação do devedor, pois, nesse caso, tendo a faculdade de escolher, o devedor uma facilitação e uma vantagem no cumprimento da obrigação.²⁸³

Nesse sentido, pode-se identificar a regra geral em diversos textos do Digesto, atribuindo a escolha, caso não houvesse nenhuma cláusula em contrário, ao promitente no caso da *stipulatio*, ao vendedor no caso da compra e venda, ao marido no caso da restituição do

²⁸¹ É unânime entre a doutrina o reconhecimento de que a regra geral para a obrigação alternativa prevê que a escolha cabe ao devedor, quando as partes não estipulam nada sobre a escolha. Cf., por exemplo, M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 45; P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 171; G. GROSSO, *Note esegetiche in tema di obbligazioni alternativa*, in *Scritti storico giuridici - Diritto privato persone obbligazioni successioni*, t. III, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 557; R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 137; I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), pp. 33-34.

²⁸² A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 234.

²⁸³ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 39. No mesmo sentido, P. ZILLOTTO (in *Studi* cit. (nota 13 supra), p. 21), afirma que o devedor, tendo o poder de escolha, poderá escolher a prestação menos desvantajosa para si. Essa regra, portanto, poderia ser avaliada de forma objetiva, que leva em consideração o valor econômico da prestação, mas também do ponto de vista subjetivo, atendo-se à condição individual do devedor.

dote²⁸⁴, como no fragmento *Ulp. 27 ad ed.*, D. 13, 4, 2, 3, descrito abaixo, na parte em que se diz:

Ulpianus libro 27 ad edictum, D. 13, 4, 2, 3

...ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extinguere eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet...

...nem sempre estava sob o poder do devedor a determinação das cláusulas tácitas de um <contrato verbal e solene> alternativo, e que ficava ao seu arbítrio escolher o que deverá, mas não se deverá. E, por essa razão, o devedor que se comprometeu a dar os escravos Estico ou Pânfilo, pode escolher qual dos dois entregar, enquanto ambos estiverem vivos; mas falecendo um deles, fica extinta sua faculdade de eleição, a fim de que não fique a seu arbítrio escolher se deverá, recusando-se a entregar o escravo vivo, que é o único que deve...

Nesse fragmento de Ulpiano, citando o jurista clássico Cévola, nota-se que a escolha é, de fato, um elemento inerente à estrutura da obrigação alternativa, mas esclarece que, como escolha, está sob arbítrio do devedor o que será devido e não se será devido.

No mesmo sentido, há outros fragmentos nas fontes romanas²⁸⁵. Por exemplo, o seguinte trecho do fragmento *Gai. 4, 53d*²⁸⁶, que representa o entendimento do direito clássico:

Gai 4, 53d

Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris quam is havet obligationis iure...

Pede-se mais quanto à causa, por exemplo, se alguém, na parte da fórmula na qual enuncia o seu pedido (intentio), tomar para si a escolha que é do devedor, que a tem por direito obrigacional...

²⁸⁴ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2 D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), pp. 235-236.

²⁸⁵ Cf.: D. 18, 1, 34, 6 (nesse fragmento, que versa sobre o risco existente na compra e venda, o jurisconsulto Paulo afirma com clareza que, no caso do contrato de compra e venda, a escolha cabe ao devedor); D. 23, 3, 10, 6 (nesse último fragmento, há um caso de *aestimatio dotis*, acompanhada de um pacto, no qual a escolha não era expressamente designada à mulher, portanto o marido poderia escolher entre a restituição da coisa ou valor estimado da coisa).

²⁸⁶ Exatamente no mesmo sentido, o texto correspondente a esse nas Institutas de Justiniano: *Inst. 4, 6, 33d*.

Nesse fragmento, tratando da figura da *pluris petitio* no processo formular²⁸⁷, Gaio afirma que, no caso de uma obrigação alternativa com escolha que cabe ao devedor, o credor pede mais quanto à causa (incorrem em *pluris petitio*) quando pede em juízo apenas um dos objetos deduzidos na obrigação.²⁸⁸

Do mesmo modo, a regra geral também era aplicada às figuras jurídicas do legado e do fideicomisso, atribuindo a escolha aos herdeiros, que assumiam a posição de devedores nesse tipo de relação. Dentre os fragmentos no Digesto que aplicam a regra geral²⁸⁹, destaca-se os seguintes textos de Ulpiano e Africano:

Ulpianos libro 22 ad Sabinum, D. 30, 47, 3

Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est factururus legatario...

Mas se for legado <os escravos> Estico ou Pânfilo e um deles estiver ou fugitivo ou em poder dos inimigos, haverá que decidir se entregará o <escravo> presente ou o valor estimado do ausente; porque deve-se deixar ao herdeiro a escolha, sempre e quando ela não causar mora ao legatário...

Africanus libro sexto quaestionum, D. 30, 109, 1

Heres, cuius fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit: cum electio ei relinquatur utrum malit dandi...

Um herdeiro, a quem estava obrigado por fideicomisso que me desse um fundo ou um cento, vendeu o fundo a Tício; como a ele cabe a escolha de quais as coisas prefere dar-me...

²⁸⁷ O processo formular, resumidamente, ganhou força com a decadência do sistema das ações da lei, tomando seu lugar como procedimento obrigatório. Como característica, o procedimento previsto no processo formular era previsto em duas fases: a primeira, denominada *in iure*, ocorria frente ao pretor, o qual, ao fim, nomeava o juiz que deveria examinar a disputa e decidir; a segunda, denominada *in iudicio*, ocorria frente ao juiz nomeado pelo pretor e terminava com a sentença. Cf.: E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza, Roma, 1988, p. 213.

²⁸⁸ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 234.

²⁸⁹ Outros exemplos de fragmento que esboçam a mesma regra são D. 31. 15; D. 31. 19.

Em ambos os casos, assim como nos casos de obrigações alternativas derivadas de contratos, verifica-se que, como regra geral, também era atribuída ao herdeiro (devedor) a escolha da obrigação que deve ser cumprida em benefício do legatário.

Sendo essa a regra geral, pode-se concluir que, para que a escolha coubesse ao credor, era necessário que a titularidade da escolha fosse expressamente mencionada na obrigação firmada entre as partes.²⁹⁰ Do mesmo modo, para que o terceiro fosse o titular da escolha, também era necessária a vontade das partes e a manifestação expressa nesse sentido, pois, se nada fosse estipulado, a escolha automaticamente seria designada ao devedor.

Por sua vez, as cláusulas que conferem o direito de escolha ao credor são encontradas de diversas formas nas fontes romanas, acarretando diversos efeitos e, conseqüentemente, diversas soluções.²⁹¹ Não obstante, se o credor fosse designado como titular da escolha²⁹², ela era exercida normalmente mediante uma declaração de vontade direcionada ao devedor antes da *solutio*, na qual manifestava a prestação escolhida.²⁹³

A regra geral, portanto, é clara. Com base nas interpretações das fontes, verifica-se que a escolha era de titularidade do devedor, caso nada fosse disposto a respeito. Assim, a escolha somente caberia ao credor ou ao terceiro em casos específicos, devendo estar expressamente prevista no negócio jurídico entabulado entre as partes.

2.2.2 SUPOSTAS EXCEÇÕES À REGRA: LEGADO ALTERNATIVO NO DIREITO CLÁSSICO E JUSTINIANEU

Como visto, encontram-se nas fontes romanas aplicações atribuindo a escolha ao devedor como regra geral, seja em casos de *stipulatio*, compra e venda, legados e fideicomisso. Assim, a escolha só caberia ao credor ou a um terceiro no caso de convenção expressa das partes.

²⁹⁰ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 45; G. GROSSO, *Note esegetiche* cit. (nota 281 supra), p. 558.

²⁹¹ G. GROSSO, *Note esegetiche* cit. (nota 281 supra), pp. 558-559.

²⁹² Caso o credor recusasse exercer a escolha, o devedor não poderia ser impedido de liberar-se da obrigação e, por isso, os romanos entendiam que o devedor deveria recorrer ao magistrado para que fosse fixado um termo para que o credor manifestasse sua vontade, de modo que, se persistisse a recusa, o credor seria privado do direito de escolha. Cf.: Cf. 33, 5, 8, pr. e 33, 5, 13, 1. No primeiro, Pompônio decide que o pretor terá que decretar que, se o legatário não escolher qual dos escravos quer daqueles que lhe foram legados em determinado tempo, não terá mais direito de exercer a escolha. No segundo, Paulo, remetendo-se a Pompônio, afirma que o comprador da herança pode pedir ao Pretor que obrigue o legatário, a quem foi competido o direito de escolha, de exercer a escolha de um escravo, do mesmo modo que o herdeiro poderia pedir.

²⁹³ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 40.

Apesar da regra geral extraída dos fragmentos estudados acima, inclusive daqueles que envolvem o tema de legado, os quais atribuem de forma expressa a escolha ao devedor da obrigação, é possível encontrar outros fragmentos no Digesto, que, ao contrário, atribuem ao credor a escolha em caso de silêncio das partes sobre a titularidade da escolha. Tais textos, sobretudo, tem como fonte os legados, designando, no silêncio do testador, a escolha ao legatário (credor).

A diferença dessas soluções é atribuída, pela maioria dos autores²⁹⁴, ao tipo de legado a que se referem tais fontes que atribuem ao legatário a escolha da prestação. Nesse caso, portanto, os fragmentos referiam-se ao legado *per vindicationem*, que atribuía ao legatário a propriedade ou um outro direito real. Como o legatário somente poderia adquirir a coisa legada após a herança ser transmitida ao herdeiro, a partir desse momento, o legatário pode fazer uso de uma *vindicatio*²⁹⁵ e, portanto, o direito de escolha lhe era atribuído.

Assim, os demais fragmentos que atribuíam ao herdeiro o direito de escolha diziam respeito ao legado *per damnationem*, que era o legado de obrigação ou de crédito, por meio do qual o herdeiro era obrigado a executar uma prestação e, desse modo, a escolha cabia a ele, aplicando-se a regra geral.²⁹⁶

Não obstante à realidade do direito clássico, no qual eram encontrados quatro tipos de legados, que, basicamente, poderiam ser resumidos nas duas divisões enunciadas acima, Justiniano realizou uma reforma em tema de legados, reconhecendo que não havia nenhuma relevância jurídica na manutenção da distinção entre os vários tipos de legados, determinando a fusão dos legados a uma natureza única.²⁹⁷

Essa reforma foi realizada em duas etapas, sendo a primeira por meio da C. 6, 43, 1, do ano de 529 d.C., e a segunda por meio da C. 6, 43, 2, de 531 d.C. Enquanto na primeira foi enunciada a fusão entre os tipos de legado e fideicomisso, na segunda foram traçadas as diretrizes aos compiladores do Digesto para a abolição do formalismo e unificação do legado e do fideicomisso. Nesse contexto, Justiniano determinou que, diante do desaparecimento dos vários tipos de legado, em regra dever-se-ia prevalecer o regime do legado *per vindicationem*,

²⁹⁴ Cf., por exemplo, G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 168; E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 40; P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 172; R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), pp. 138-139.

²⁹⁵ P. VOGLI, *Legato*, in ED, 23 (1973), pp. 707-708.

²⁹⁶ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 172.

²⁹⁷ P. VOGLI, *Legato* cit. (nota 295 supra), p. 718.

de modo que a escolha, no legado genérico e alternativo, caberia ao legatário, salvo disposição contrária do testador.²⁹⁸

Sendo assim, em razão da mudança de regime no direito justiniano, a escolha passaria a ser atribuída ao legatário, já que, por meio da fusão dos tipos de legado, a figura passa a ter efeitos reais e obrigacionais ao mesmo tempo, o que dava ao legatário o direito de fazer uso da ação real e da ação pessoal. Desse modo, conforme denota-se inclusive das Institutas de Justiniano (Inst. 2, 20, 22), “Caso seja legado genericamente²⁹⁹ um escravo ou outra coisa, a escolha é do legatário, salvo se o testador tiver <expressamente> dito outra <coisa>”³⁰⁰.³⁰¹

Diante desse contexto, não parece claro quem seria, em regra geral, o titular da escolha no caso de um legado alternativo no direito justiniano. Isso porque, em razão da reforma de Justiniano, coexistiam um tipo de obrigação alternativa, derivada do legado, na qual a escolha era designada ao credor (referente aos textos que originalmente eram enquadrados em legados *per vindicationem*) e um tipo de obrigação alternativa, também derivada do legado, com a escolha designada ao devedor (referente aos textos que originalmente eram enquadrados como legados *per damnationem*).

Para G. GROSSO³⁰², a escolha seria designada ao herdeiro ou ao legatário a depender da eficácia do objeto do legado, ou seja, a depender do efeito obrigacional ou de propriedade do legado. Assim, tratando-se de legado alternativo com eficácia real, a escolha deveria ser designada ao legatário, enquanto a escolha deveria ser designada ao herdeiro nas vezes em que o legado não é o ato que leva à imediata transmissão de propriedade. Por outro lado, no caso de legado alternativo, que gera, ao mesmo tempo, efeitos reais e obrigacionais, ocorre a inversão da regra geral³⁰³, de modo que a escolha será de competência do legatário e não do herdeiro.

²⁹⁸ P. VOICI, *Legato* cit. (nota 295 supra), pp. 718-719.

²⁹⁹ Embora o fragmento diga respeito a uma obrigação genérica, o regime de escolha das obrigações alternativas e genéricas eram análogos. Entende-se, portanto, que o regime da escolha tinha frequentemente um tratamento único pelas obrigações alternativas e genéricas. Cf. A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 240; M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 64. Ambas as autoras, para justificar o entendimento, citam G. SCIASCIA e M. MARRONE.

³⁰⁰ Tradução de B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de Direito Romano justiniano*, São Paulo, YK, 2020, p. 182.

³⁰¹ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 237.

³⁰² G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 169.

³⁰³ Para justificar o seu entendimento, o autor cita o fragmento D. 30, 108, 2, no qual o jurista Africano explica que, havendo um legado de um escravo, a escolha seria do legatário, por ser aquele que tem a faculdade de usar a ação que quiser, e não do herdeiro.

Já para E. ALBERTARIO³⁰⁴, do mesmo modo, para conciliar essas soluções opostas encontradas no direito justinianeu, é necessário entender que foram absorvidas as origens do legado. Assim, a escolha seria designada ao legatário todas as vezes que ele puder intentar uma ação pessoal e uma ação de reivindicação da coisa. Por outro lado, entende-se que a escolha compete ao herdeiro todas as vezes que do legado nasce somente um vínculo obrigatório, ou seja, quando o objeto do legado não se sujeita a uma ação de propriedade (por exemplo quando se trata de um legado de obrigação de fazer).

Por outro lado, I. MARANI TORO³⁰⁵ afirma que a distinção entre os legados existia, na prática, também no direito justinianeu, de modo que nos legados *per damnationem* a escolha competia ao herdeiro, devedor, enquanto no legado *per vindicationem* a escolha competia ao legatário, que era o credor.

Independentemente de qual a posição adotada, fato é que a doutrina supracitada busca soluções para compreender a existência de fragmentos sobre legados no Digesto que designam a escolha ao devedor, embora tenha Justiniano unificado os tipos de legado e esclarecido que a escolha deveria competir ao credor, tendo em vista a prevalência do legado *per vindicationem*. Afinal, parece incoerente, de alguma forma, que os compiladores tenham inserido no Digesto os textos de legado alternativo *per damanationem*, que atribuíam ao herdeiro a escolha, conforme a regra geral.³⁰⁶

Essas questões poderiam ser resolvidas por outro ângulo, conforme defende – com base em uma diligente análise exegética – a autora A. S. SCARCELLA³⁰⁷, segundo a qual já na época clássica iniciava-se esse processo supracitado (e entendido majoritariamente como iniciado por Justiniano) de fusão das várias formas de legado, podendo encontrar fragmentos que cumulavam em um só legado as formas *per damnationem* e *per vindicationem*³⁰⁸.

Nesses casos, no próprio direito clássico, cabia ao legatário a escolha de qual ação utilizar, se a *rei vindicatio* (referente ao legado *per vindicationem*) ou a *actio ex testamento* (ação pessoal referente ao legado *per damnationem*). Desse modo, quando havia em um mesmo

³⁰⁴ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 41.

³⁰⁵ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 36.

³⁰⁶ Cf., nesse sentido, M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 64.

³⁰⁷ No seu recente artigo *D. 30.108.2 e D.31.19: due testimonianze per la ricostruzione del regime della scelta nell'obbligazione alternativa*, in AUPA, vol. LIV (2011).

³⁰⁸ Cf.: D. 33, 7, 12, 43 e D. 32, 30, 1. Além disso, essa situação ocorria sempre que um testador deixava um legado usando a forma do legado *per vindicationem* e aquela do fideicomisso, uma vez que toda disposição de fideicomisso tinha efeitos somente no campo obrigatório, sendo, portanto, análogo ao legado de obrigação.

legado efeitos obrigatórios e efeitos reais a escolha era atribuída ao legatário, a quem competia também a escolha da ação.³⁰⁹

Para compreender a realidade afirmada pela autora, deve-se partir da exegese de dois fragmentos: *Afric. 2 quaest. D. 30, 108, 2* e *Cels. 18 dig. D. 31, 19*.

Africanus libro quinto quaestionum, D. 30, 108, 2

Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est quem velit dandi an potius legatarii. Respondi verius dici electionem eius esse, cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii.

Se houver sido legado a Tício um escravo, questiona-se “está ao arbítrio do herdeiro dar o que quiser ou é melhor que seja do legatário”? Respondi que com mais verdade diz-se que a escolha é daquele que tem a faculdade de usar a ação que quiser, ou seja, do legatário.

No fragmento em questão, verifica-se que foi legado um escravo de forma genérica, sobre o qual o jurisconsulto Africano dá a solução de que a escolha deve ser atribuída ao legatário.

De fato, a primeira impressão é no sentido de que se trata de uma exceção à regra geral do direito clássico ou da influência do direito justinianeu nas fontes, uma vez que a escolha está sendo atribuída ao credor da obrigação. No entanto, ao analisar o fragmento, percebe-se que a intenção do *de cuius* não é unicamente de constituir um legado *per vindicationem* ou *per damnationem*, mas, sim, de atribuir os dois efeitos para que, por meio desse legado, a propriedade da coisa fosse transferida ao legatário (legado *per vindicationem*), apoiada em uma obrigação (legado *per damnationem*) para que fosse mesmo cumprida pelo herdeiro.³¹⁰

Sendo assim, deve-se entender que se tratava de um legado, ao mesmo tempo, com efeitos de transmissão de propriedade e nascimento de uma obrigação ao herdeiro, de modo que o credor (legatário) tinha a faculdade de agir com uma ação real ou uma ação pessoal. Assim, considerando-se que também o herdeiro tinha interesse na coisa do *de cuius*, a decisão do jurisconsulto aparenta-se bastante justa, pois, para garantir que a vontade do *de cuius* seja

³⁰⁹ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), pp. 239 -240.

³¹⁰ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 243.

cumprida, atribui a escolha a quem também competia a escolha da ação (se real ou pessoal), qual seja, ao legatário.³¹¹

A partir desse raciocínio, pode-se entender o porquê da sobrevivência de textos de legados alternativos com escolhas designadas ao herdeiro ou ao legatário no Digesto, pois, também para os juristas clássicos, a escolha poderia ser designada ao herdeiro ou ao legatário a depender da situação, não se tratando de uma regra tão rígida quanto se acredita, o que se vê também no fragmento *Cels. 18 dig. D. 31. 19*.

Celsus libro 18 digestorum, D. 31, 19

Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet: tamquam si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere³¹² possit.

Se aquele a quem houver sido legado <os escravos> Estico ou Pânfilo, houver reivindicado Estico, acreditando que lhe havia sido legado, não tem o direito de mudar de revindicação, assim como o herdeiro, condenado a dar um ou outro, tiver dado Estico, ignorando que poderia dar Pânfilo, não poderia pedir de volta.

Na primeira parte do texto, verifica-se um legado *per vindicationem* (tendo em vista o direito de reivindicar do legatário), sobre o qual se entende que, havendo um erro, se considera irretratável o adimplemento. Na segunda parte do texto, por sua vez, há um erro cometido pelo devedor que acredita estar obrigado a uma obrigação simples, sendo, portanto, um legado *per damnationem*.

Ocorre que há um outro fragmento do Digesto (*Iul. 10 dig., D. 12, 6, 32, 3³¹³*), no qual Juliano, descrevendo exatamente a mesma situação do devedor, entende que ele pode “repetir” o objeto, ou seja, pode pretender sua restituição por tratar-se de um erro.

A tentativa de explicar a suposta antinomia entre esses dois fragmentos (de Celso e de Juliano) parte do pressuposto de que o fragmento de Celso dizia respeito a dois legados

³¹¹ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), pp. 242-243.

³¹² *Ripetere* corresponde à ação de repetição, cuja pretensão é a de ser restituído.

³¹³ Quem promete dar um escravo qualquer está no mesmo caso de quem deve um escravo ou dez. Portanto, se der Estico pensando devê-lo, poderá reclamá-lo por meio da ação de repetição (*condictio*); dando, porém, qualquer outro, poderá ser exonerado.

diversos, sendo o primeiro *per vindicationem* e o segundo *per damnationem*³¹⁴. No entanto, na opinião de A. S. SCARCELLA³¹⁵, tratava-se, da mesma forma que o fragmento de Africano, de um único legado alternativo, que, já no direito clássico, previa cumulativamente legados *per vindicationem* e *per damnationem*.

Nesse sentido, considerando o duplo efeito do legado e tendo em vista a regra de que não se pode pleitear a restituição daquilo que por erro tiver sido pago, além do que era devido, em decorrência de legado *per damnationem*³¹⁶, o jurista entendeu que não poderia ser restituída a prestação já adimplida no caso de legado alternativo que tinha, contemporaneamente, efeitos reais e obrigatórios. Inclusive porque se o legatário tivesse feito valer o seu direito, reivindicando um objeto, mesmo que por erro, ele não poderia voltar atrás, já que a reivindicação da coisa ou o adimplemento, qualquer que fosse o tipo de legado, deveriam ser considerados definitivos.³¹⁷

Da análise dos fragmentos supracitados, infere-se que ao analisar os legados, cumulativamente disposto nas formas *per damnationem* e *per vindicationem* e que, portanto, produzem efeitos reais e obrigacionais, os jurisconsultos clássicos aplicavam regra análoga a justiniana,³¹⁸ atribuindo a escolha ao legatário.

Assim, uma alternativa à interpretação da regra geral da escolha no caso de legados, poderia ser que, tanto no direito clássico quanto no direito justiniano, não havendo nenhuma previsão, a escolha poderia ser designada ao herdeiro ou ao legatário a depender da situação. Nesse sentido, a escolha cabia ao legatário, em época clássica, quando o legado fazia nascer ao mesmo tempo efeitos reais e obrigacionais, uma vez que disposto de forma dúplice o legado

³¹⁴ Para E. ALBERTARIO (in *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 74), há no texto de Celso uma intervenção dos compiladores, os quais não poderiam aceitar uma diferença entre as duas espécies de legado, tendo em vista a fusão que ocorrera no direito justiniano. Assim, os compiladores teriam eliminado do fragmento a diferença dos regimes, uniformizando a solução da segunda parte do texto à segunda, considerando um legado *per vindicationem*, no qual o herdeiro não tinha o direito de utilizar-se da ação de repetição. Para G. GROSSO (in *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 206) e para M. ZILLIO (in *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 34), a divergência entre os dois juristas estaria no fato de que se filiavam a escolas distintas (sabinianos e proculianos). Quanto a esse confronto, haveria uma posição decisiva de Justiniano no Codex (C. 4, 5, 10), o qual teria adotado a posição de Juliano. Sobre isso, A. S. SCARCELLA (in *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 248) afirma que o fato de Justiniano suscitar uma posição semelhante à de Celso para decidir conforme Juliano não justifica a diferença de opiniões, pois, pensando que os compiladores não poderiam deixar vigentes entendimentos contrários aos de Justiniano, não poderiam ter deixado o fragmento de Celso por pura reverência à jurisprudência clássica. Ademais, a controvérsia descrita no Codex diz respeito a uma obrigação alternativa nascente de uma *stipulatio*.

³¹⁵ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 245.

³¹⁶ Cf.: Gai 2, 283 e Inst. 3, 27, 7.

³¹⁷ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), pp. 249-251.

³¹⁸ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 74.

per vindicationem e *per damnationem*, enquanto em época justiniana, cabia ao legatário sempre que o objeto gerava direito de propriedade. Diversamente, a escolha cabia ao devedor, em época clássica, quando o legado era exclusivamente *per damnationem*, enquanto em época justiniana, quando o legado era incapaz de gerar direito de propriedade (inalienabilidade do objeto legado ou legado de fazer).³¹⁹

2.2.3 ESCOLHA DESIGNADA AO TERCEIRO

Além das hipóteses de escolha designada ao devedor e ao credor, que, como visto, obedecem a regra geral, com a exceção da questão controversa sobre os legados alternativos, há, ainda, a hipótese da escolha designada ao terceiro, sobre a qual, embora encontrada raramente nas fontes³²⁰, não faltaram debates sobre a natureza e os efeitos da escolha do terceiro.

Inclusive, como visto no capítulo 2.4.4, G. PESCATORE classificou essa hipótese de obrigação alternativa como uma categoria específica, uma vez que, em razão da escolha estar designada ao terceiro, o credor não tinha direito, a princípio, de pleitear nenhuma das prestações, já que o exercício do seu direito de ação ficava condicionada à declaração do titular da escolha³²¹.

Do mesmo modo, não foram poucos os autores que excluíram essa hipótese da obrigação alternativa típica romana³²², entendendo como uma exceção à teoria da unidade e perfeição da obrigação alternativa, já que, nesse caso, a escolha do terceiro teria efeitos de uma condição suspensiva. Esse entendimento, sobretudo, foi elaborado com base no fragmento (já descrito acima) *Gai. 2 de verb. obl.*, D. 45, 1, 141, 1.

³¹⁹ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), p. 255.

³²⁰ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 164.

³²¹ G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 31.

³²² Cf., nesse sentido, G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 165; P. ZILLOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), 2004, p. 6.

Gaius libro secundo de verborum obligationibus, D. 45, 1, 141, 1

Extranei quoque persona si comprehensa fuerit, veluti hoc modo: "utram earum Titius elegerit", non aliter stipulator alterutrius petendae facultatem habet, quam si Titius elegerit.

Também se tiverem expressado na pessoa de <um estranho à relação das partes> do seguinte modo: “aquele dos dois que Tício escolher”, o credor não tem a faculdade de pedir uma ou a outra coisa, a menos que Tício tenha escolhido.

Percebe-se, como exposto, que há uma *stipulatio* entre as partes, cujo objeto foi deduzido de forma alternativa, estabelecendo que a escolha entre as prestações deduzidas alternativamente caberia a Tício, que era um estranho à relação existente entre as partes e, portanto, um terceiro.

Há que se considerar, ainda, que o fragmento dá continuidade ao raciocínio iniciado *principium* do fragmento D. 45, 1, 141, 1³²³, segundo o qual se o escravo ou um *filius familias* tiverem avençado uma *stipulatio* com objeto alternativamente determinado, segundo a sua vontade (como credores), não o pai ou o senhor, mas, sim, o filho ou o escravo deverão escolher qual coisa é devida.

Portanto, o *principium* do fragmento estudado trata da fixação da faculdade de escolher, exclusivamente, no filho e no escravo (aqueles que figuraram pessoalmente como credores do contrato), de modo que a faculdade de escolha não poderia ser transmitida para o pai ou o senhor, aos quais o filho e o escravo estavam subjugados em razão da hierarquia de suas relações.

Dando continuidade ao raciocínio iniciado no *principium*, Gaio afirma que, “também” nesse caso, se a escolha for designada a uma pessoa estranha à relação entre as partes (e também estranha à relação de subordinação existente entre o filho ou o escravo ao *pater* ou ao senhor), não pode o credor pedir nenhuma das coisas, senão aquela escolhida pelo terceiro.

Assim, partindo de uma análise do contexto do fragmento e das relações existentes entre as partes, verifica-se que Gaio estava, na verdade, estabelecendo que a titularidade da escolha, nesses casos, era personalíssima³²⁴, de modo que não se poderia transferi-la para outrem, ainda

³²³ “*Si servus aut filius familias ita stipulatus sit: "illam rem aut illam, utram ego velim?"*, non pater dominusve, sed filius servusve destinare de alterutra debet”.

³²⁴ G. GROSSO, *Note esegetiche* cit. (nota 281 supra), p. 556.

que o credor estivesse subordinado a uma relação hierárquica e, do mesmo modo, se a escolha coubesse ao terceiro, ninguém poderia exercer a escolha em seu lugar.

Questiona-se, então, se a escolha do terceiro é personalíssima e nenhuma outra pessoa pode realizá-la em seu lugar, caso terceiro recuse escolher, o que acontece com a obrigação? A partir desse questionamento, parte da doutrina³²⁵ entende que essa hipótese apresenta uma estrutura diversa da obrigação alternativa com escolha designada ao credor ou ao devedor, uma vez que se trata de uma obrigação sujeita à condição de que o terceiro irá e poderá efetuar a escolha e, desse modo, essa hipótese deveria ser regulada conforme as regras da obrigação condicional.³²⁶

Segundo esse entendimento, portanto, a escolha entraria na obrigação alternativa como um elemento condicional suspensivo, pois a subsistência da obrigação dependia da capacidade e da vontade do terceiro de realizar a escolha a ele designada.³²⁷ Sendo assim, caso o terceiro, por incapacidade ou por sua vontade, não efetuasse a escolha, o contrato seria considerado nulo.³²⁸

Diante disso, por meio de uma visão crítica, F. ROCCO³²⁹ questiona se a escolha do terceiro sempre exercerá essa função de condicionar a obrigação. Assim, para o autor, trata-se de uma questão de interpretação de vontade, não sendo possível estabelecer uma regra, uma vez que a pessoalidade da escolha só poderá ser determinada pela maneira na qual a obrigação é contratada, qual era a intenção dos contratantes, se pretendiam dar vida a uma obrigação condicional ou a uma obrigação pura e simples.

Desse modo, quando a vontade das partes for de que a escolha do terceiro tenha efeitos de condição, o autor conclui que será uma obrigação alternativa sujeita à condição e não uma obrigação condicional. Portanto, a condição está no fato de o terceiro quiser ou puder escolher, de modo que, se ele quiser ou puder escolher, o objeto da obrigação tornar-se-á determinado, o que não muda o fato de que, no momento de constituição da obrigação, os elementos eram determináveis (em razão de estarem alternativamente determinados).³³⁰

³²⁵ Por exemplo, V. POLACCO, *Le obbligazioni* cit. (nota 23 supra), p. 214.

³²⁶ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 59.

³²⁷ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 13.

³²⁸ V. POLACCO, *Le obbligazioni* cit. (nota 23 supra), p. 214.

³²⁹ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 61.

³³⁰ F. ROCCO, *Su la natura* cit. (nota 24 supra), p. 62.

I. MARANI TORO³³¹, por sua vez, critica a opinião supracitada, segundo o qual seria simplesmente uma questão de vontade das partes se a escolha deferida ao terceiro seria condicional. Ao seu ver, sempre que a escolha é designada ao terceiro, ela é considerada como um evento que condiciona necessariamente as partes a resolverem o contrato, no silêncio de outras cláusulas contratuais em relação à possibilidade de o terceiro não puder ou não quiser realizar a escolha. Assim, uma obrigação que, durante o tempo que precede sua concentração, há a indeterminação do objeto, acompanhada da perspectiva de uma futura determinação com base em um critério previamente fixado, é uma obrigação simples, mas que a determinação depende de um evento futuro e incerto, que influencia toda a existência da obrigação.

Ao contrário dessa opinião, G. CARNAZZA³³² afirma que a escolha não é confundível com a condição, pois possuem características distintas. Portanto, quando a escolha é designada a um terceiro, não há um fato futuro e incerto do qual a existência da obrigação é dependente, já que não se coloca em dúvida a existência da obrigação, nem mesmo no caso de o terceiro não puder ou não quiser exercer o direito de escolha.

Não obstante aos debates já traçados, necessário considerar que Justiniano, em tema de legados (*legatum optionis*), estabeleceu a regra de que, caso o terceiro não exerça a faculdade de escolha que lhe foi atribuída (dentro de um ano), a escolha seria transferida para o legatário, conforme disposto na C. 6, 43, 3, 1.

³³¹ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 16.

³³² G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 30.

Iust., C. 6, 43, 3, 1 (531 d.C.)

Sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem titius forte elegerit, titius autem vel noluerit eligere vel morte fuerit praeventus, et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit, utrumne legatum expirat, an aliquid inducitur ei adiutorium, ut viri boni arbitrato procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille qui eligere iussus est hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocumque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis, ne dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

Se alguém tiver deixado a escolha de um escravo ou de uma coisa não ao legatário, mas, por exemplo, ao que Tício tiver escolhido, mas Tício não quis escolher ou foi surpreendido pela morte; também nesse caso duvidavam os antigos se deveriam determinar a extinção do legado ou se prestaria auxílio ao legatário para que a escolha verificasse-se com o auxílio do homem bom. Assim, mandamos: se aquele a quem mandou escolher deixou de fazer dentro do término de um ano, ou não puder de nenhuma maneira, ou tiver falecido, considera-se que deixou a escolha para o legatário. No entanto, se não escolher dos escravos o melhor ou das outras coisas a melhor, deve-se auxiliar o legatário.

Percebe-se que, por meio desse fragmento do *Codex*, Justiniano, além de dar uma solução ao caso da pessoalidade do terceiro, afirma que, entre os antigos, havia a dúvida se a obrigação seria extinta ou se deveria ser prestado auxílio ao legatário, a fim de que a vontade do *de cuius* fosse cumprida, o que pode ser um importante indício de que, caso seja considerada como verdadeira a premissa de que Gaio dava à escolha de terceiro o efeito de condição, não se tratava de uma posição pacífica.³³³

Diante das soluções distintas de Gaio e Justiniano, V. POLACCO³³⁴ entende que não se pode considerar que a solução dada pelo direito justinianeu ao tema dos legados poder-se-ia representar uma pacificação à dúvida suscitada em torno do fragmento de Gaio, que, ao contrário, tinha como plano de fundo a *stipulatio*, ou seja, uma obrigação alternativa derivada de um contrato e não de uma disposição *causa mortis*. Desse modo, a solução de Justiniano nada mais representaria senão a busca de uma via para possibilitar o efetivo cumprimento da vontade do *de cuius*.

³³³ Nesse sentido, G. GROSSO (*Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 165) que a solução de Gaio não deve ter sido pacífica e, provavelmente, poder-se-ia encontrar soluções e construções diversas no direito clássico. Por outro lado, como já apontado acima, o autor entende que, atentando-se aos dados efetivamente encontrados no fragmento de Gaio, há a pessoalidade da escolha do terceiro, o que acarretaria em uma construção nitidamente diversa daquela que assume a obrigação alternativa típica dos romanos.

³³⁴ V. POLACCO, *Le obbligazioni* cit. (nota 23 supra), p. 215.

E. ALBERTARIO³³⁵, por sua vez, afirma que, diante dos fragmentos supracitados, é possível verificar uma evolução da compreensão dos romanos em relação à escolha designada ao terceiro. Desse modo, no direito clássico, as obrigações alternativas originadas de contratos e de legados *per damnationem*, a escolha do terceiro era considerada insubstituível e, portanto, considerava-se que a obrigação estava sujeita a uma condição. Todavia, no direito justiniano, vigia norma diversa, segundo a qual a escolha designada ao terceiro não era considerada mais uma condição, uma vez que, em caso de recusa ou impossibilidade de o terceiro realizar a escolha, ela seria transmitida ao legatário.

Explica o autor que, embora a nova regra tenha sido estabelecida em tema de legado de opção, ela também era aplicada não só a outros tipos de legados, mas também às obrigações alternativas derivadas de contratos. Isso porque, para além do fato de que os textos de Gaio eram conservados pelo direito justiniano com um valor principalmente histórico, as principais inovações em temas de obrigações (e também em temas de obrigações alternativas) remontam às reformas constitucionais desempenhadas por Justiniano em temas de legado.³³⁶

Diferentemente, G. GROSSO³³⁷ entende que não se pode deduzir que a escolha seria transferida para o devedor em uma obrigação alternativa contratual, uma vez que o direito justiniano estabeleceu em tema de legado que a escolha, no caso de impossibilidade ou recusa do terceiro, seria transferida ao legatário. Ademais, segundo o autor, o fragmento de Gaio supracitado tem a ideia de indicar a pessoalidade da escolha do terceiro, que era algo inerente a algumas relações do Direito Romano, tanto é que a mesma característica pode ser encontrada em outras situações no próprio Digesto, como em casos em que a escolha do credor também tem caráter pessoal, sendo análoga àquela escolha designada ao terceiro.

Nesse sentido, o autor aponta que a pessoalidade da escolha de titularidade do filho ou do escravo, apesar de vinculada à possibilidade de transmissão, vem afirmada no fragmento *Paul. 18 ad. ed., D. 45, 1, 76, pr.*³³⁸, do jurisconsulto Paulo³³⁹, segundo o qual, se houver estipulado esse ou aquele, a depender da minha vontade (“*quod ego voluero*”), trata-se de uma escolha com caráter pessoal. Assim, a escolha seria inerente ao escravo e ao filho. No entanto,

³³⁵ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 55.

³³⁶ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 56.

³³⁷ G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* (nota 8 supra), p. 167.

³³⁸ “*Si stipulatus fuerim "illud aut illud, quod ego voluero", haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore.*”

³³⁹ G. GROSSO, *Note esegetiche cit.* (nota 281 supra), p. 561.

para Paulo, mesmo sendo uma escolha pessoal, a obrigação se transfere aos herdeiros se o estipulante falecer antes da escolha.

Não obstante à divergência das soluções empregadas entre os fragmentos de Gaio e Paulo, considerando que um remete à escolha do terceiro e o outro à escolha do credor (também com aspecto personalíssimo, mas como parte do contrato importa a possibilidade de transmissão da sua escolha aos herdeiros³⁴⁰, diferentemente do que ocorre com o terceiro), deve-se admitir que o fragmento em análise não contribui com as dúvidas em relação à situação do terceiro como titular da escolha e sobre os seus efeitos na obrigação alternativa, embora também traga a pessoalidade em sua estrutura.

Ademais, da própria estrutura do fragmento de Gaio, também não se pode concluir que, ao estabelecer o caráter pessoal da escolha do terceiro, estava considerando que os seus efeitos seriam os mesmos que uma condição e que, por essa razão, a obrigação – com prestações alternativamente deduzidas em seu objeto – passava a ser regulada como se fosse uma obrigação condicional.

Aliás, nesse exato sentido, M. TALAMANCA³⁴¹ afirma que acaba sendo arbitrária a tentativa da doutrina de estabelecer como regra que, para o Direito Romano, a obrigação alternativa assumia um caráter de obrigação condicional sempre que a escolha era designada ao terceiro, sobretudo porque embasada unicamente no fragmento supracitado de Gaio, “che si limita a riaffermare il carattere essenziale della scelta del terzo. E esso non dice, inalcun modo, che l'obbligazione debba considerarsi condizionale.”³⁴².

2.3 POSSIBILIDADE DE MUDAR DE ESCOLHA (*IUS VARIANDI*)

Ainda sobre a escolha, desenvolver-se-á no presente tópico o estudo do que se chama de *ius variandi*, que, basicamente, é a faculdade garantida às partes para que possam mudar de prestação, quando já havia manifestado, em uma primeira oportunidade, qual seria a prestação escolhida³⁴³.

³⁴⁰ A pessoalidade da escolha do credor e a sua transmissibilidade serão melhor abordadas em capítulo dedicado ao tema. Todavia, em um primeiro momento, deve-se entender que, ainda no direito clássico, houve um desenvolvimento em relação à transmissibilidade da escolha do credor, de modo que ela passou de uma perspectiva pessoal para uma posição inerente ao credor e, portanto, transmissível aos seus herdeiros. Cf., nesse sentido, G. GROSSO, *Note esegetiche* cit. (nota 281 supra), p. 563.

³⁴¹ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 44.

³⁴² “que se limita a reafirmar o caráter essencial da escolha do terceiro. Ele não diz, de forma alguma, que a obrigação deva ser considerada condicional” (tradução nossa).

³⁴³ Definição baseada em R. RUGGIERO, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 38; M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 45.

Conforme já exposto, a regra geral aponta que a escolha cabe ao devedor, caso as partes nada tenham avençado sobre a titularidade da escolha. Consequentemente, prevalece o entendimento de que o *ius variandi* é uma faculdade que cabe naturalmente ao devedor³⁴⁴. Assim, se o devedor comunicar ao credor sua intenção de entregar uma das prestações, nada impede que ele mude sua intenção até o momento do adimplemento.³⁴⁵

Essa conclusão é baseada no fragmento *Ven. lib. 4 stipulat. D. 45, 138, 1*, no qual há autorização expressa para que o devedor mude sua escolha quantas vezes quiser sobre qual das prestações irá executar em cumprimento à obrigação alternativa, conforme será demonstrado a seguir.

Venonius libro quarto stipulationum,
D. 45, 138, 1

Cum pure³⁴⁶ stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest.

Quando é realizada a *stipulatio* puramente para que se dê este ou aquele, lhe será lícito, quantas vezes quiser, mudar de vontade a respeito do que vai prestar, porque é diferente a vontade manifestada da vontade inerente à obrigação.

Nesse caso, o jurista afirma que o devedor, ao prometer por meio de uma *stipulatio* realizar uma ou outra prestação, pode mudar a sua escolha e a sua vontade quantas vezes quiser, pois, no seu entendimento, a causa da vontade manifestada é diferente da causa da vontade inerente à obrigação.

Assim, com base no referido fragmento, autores como G. CARNAZZA³⁴⁷, A. D'ORS³⁴⁸ e G. GROSSO³⁴⁹ afirmam que, tratando-se de uma obrigação alternativa em que o devedor é o

³⁴⁴ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 45.

³⁴⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 415; G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 191.

³⁴⁶ A utilização da palavra “*pure*” ao mencionar a forma que a *stipulatio* foi concebida pelas partes indica, segundo M. ZILLIO (in *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 103), que se trata de uma obrigação alternativa em sua configuração comum, na qual a escolha é de titularidade do devedor.

³⁴⁷ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 119.

³⁴⁸ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 17.

³⁴⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 191. Em seu texto, o autor afirma que, na estrutura da obrigação alternativa com escolha designada ao devedor, o *ius variandi* não tem nenhuma relevância própria, uma vez que a simples declaração de escolha ou a destinação ao pagamento não tem qualquer efeito sobre a obrigação e, desse modo, até o momento do adimplemento, o devedor poderá mudar a sua vontade.

titular do direito da escolha, suas manifestações de vontade não têm nenhuma relevância jurídica até o momento do pagamento, que é quando ocorre a consumação da escolha e da própria obrigação.

Todavia, da análise do mesmo fragmento, G. IMPALLOMENI³⁵⁰ entende que, na verdade, o jurista estipula que a possibilidade de o promitente mudar a sua vontade já manifestada depende da forma que a titularidade da escolha veio expressada no negócio jurídico (*quia diversa causa est voluntatis expressae*). Assim, tratando-se de um negócio jurídico em que há a expressa determinação da titularidade da escolha, ela seria definitiva, mas se a titularidade for implícita, a escolha poderia ser alterada até o momento do adimplemento.

Por outro lado, o momento de consumação da escolha do credor (quando é definido pelas partes que cabe a ele escolher qual das prestações deduzidas na obrigação deve ser executada pelo devedor) ocorre com a aceitação do pagamento de uma das prestações ou mediante a *litis contestatio* de uma das ações que dispuser.³⁵¹ Sendo assim, o credor titular do direito de escolha poderia, em geral, mudar sua escolha até o momento da aceitação ou da *litis contestatio*.³⁵²

Ainda assim, nos casos em que a escolha é designada expressamente por meio de negócio jurídico *inter vivos* (como no caso do credor), entende-se ser necessário analisar a cláusula que define a titularidade da escolha³⁵³, a fim de compreender a extensão e a existência (ou não) do *ius variandi* naquela obrigação, pois, como será visto, terá variação a depender da vontade dos contratantes³⁵⁴.

Quanto à análise da cláusula, deve-se ater ao fragmento *Pomp. lib. 15, ad. Quint. Muc.*, D. 45, 1, 112, pr., descrito a seguir:

³⁵⁰ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, in SDHI XXV (1959), p. 72.

³⁵¹ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 17.

³⁵² Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 41; P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 171; E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. (nota 287 supra), p. 631.

³⁵³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 191.

³⁵⁴ I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 44.

Pomponius libro 15 ad Quintum Mucium, D. 45, 1, 112, pr.

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit, "quem voluero" an "quem volam": nam si talis fuerit "quem voluero", cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo illius et sit talis "quem volam", donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit.

Se alguém firmar um contrato verbal e solene (stipulatio) para que lhe prometa a entrega do <escravo> Estico ou do Pânfilo, qual dos dois ele quiser, irá requerer aquele que tiver escolhido e, somente este, estará compreendido na obrigação. Mas, questionando se poderá mudar de vontade e pedir o outro, deve-se verificar as palavras utilizadas no contrato, se foram: “o que eu tiver querido” ou “o que eu quiser”, porque se foi “o que eu tiver querido”, uma vez que tiver escolhido, o credor não poderá mudar sua vontade. Por outro lado, se tiver utilizado “o que eu quiser”, terá a faculdade de mudar <sua vontade> até que a obrigação seja resolvida

Pelo fragmento em questão, verifica-se que o jurista, partindo da análise da intenção dos contratantes, contrapõe as cláusulas “*quem voluero*” e “*quem volam*”, pois, enquanto na primeira há a intenção de que o ato de vontade seja único, na segunda, por contrapartida, há a ideia de que a vontade pode ser renovada ao longo do tempo. Assim, no primeiro caso, quando a escolha é feita, ela torna-se definitiva e, no segundo caso, ela pode ser alterada continuamente.³⁵⁵

Assim, se é dito *quem volam*, a vontade do credor é considerada como contemporânea ao momento do adimplemento³⁵⁶, portanto, o credor poderá mudar sua vontade até que ocorra o pagamento ou até que deduza a obrigação em juízo³⁵⁷. Percebe-se, então, que essa hipótese faz um paralelo com a hipótese da escolha designada ao devedor, de modo que a escolha também não possui uma relevância de um momento específico.³⁵⁸

Diferentemente, a referência à escolha pode ser interpretada no sentido de que, basta uma declaração de escolha, para que a prestação de uma obrigação seja fixada, produzindo, já

³⁵⁵ Cf. E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 43; G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 125.

³⁵⁶ R. CECCHETTI, *Le obbligazioni* cit. (nota 38 supra), p. 150.

³⁵⁷ Vale ressaltar que o verbo na expressão “*quem volam*” encontra-se no futuro simples, o que indica, pelo sentido do tempo verbal, que a escolha definitiva da prestação ocorrerá justamente em momento futuro e contemporâneo ao adimplemento do contrato, conforme explica I. MARANI TORO, *Natura* cit. (nota 23 supra), p. 44.

³⁵⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 192.

nesse momento, o efeito de determinar o objeto da obrigação (a chamada “concentração”). Essa interpretação, como visto, é dada à cláusula “*quem voluero*”, de modo que, a partir da escolha, a obrigação acaba sendo destinada a ser simples³⁵⁹, eliminando o *ius variandi*³⁶⁰, já que o direito de escolha estará vinculado à declaração feita anteriormente ao adimplemento ou à *litis contestatio*³⁶¹.

Assim, da análise do referido fragmento e em atenção às observações da doutrina romanística supracitada, infere-se que, no caso de obrigação alternativa firmada por meio de negócio jurídico, no qual há a determinação específica da titularidade a uma das partes, haverá *ius variandi* (ou seja, a possibilidade de mudar de escolha, quando esta já foi manifestada), a depender da expressão utilizada na obrigação. Se usada a expressão “*quem voluero*”, não haverá a possibilidade de mudar de escolha, uma vez que pressupõe a preexistência de uma prestação já escolhida; se usada a expressão “*quem volam*”, o credor terá a faculdade de mudar a escolha até que a obrigação seja resolvida.

Como visto, se o negócio jurídico estabelecido pelas partes prever a cláusula “*quem voluero*”, a declaração prévia de vontade do titular da escolha vinculará a prestação que deverá ser adimplida. Este fenômeno, segundo A. D’ORS³⁶², é conhecido como “notificação”, o qual decorre da autonomia privada das partes, que podem determinar, desde o ato constitutivo da obrigação, que a escolha – normalmente efetuada pelas partes no momento exatamente anterior à extinção da obrigação – seja separada do ato extintivo da obrigação e retroaja a um momento anterior.

Nesse sentido, as partes podem acordar que a parte titular da escolha fará uma declaração de qual prestação está disposta a pagar (no caso do devedor titular da escolha) e qual prestação está disposta a exigir (no caso do credor titular da escolha)³⁶³, de modo que esta declaração acarretará a definição do objeto da obrigação³⁶⁴. Assim, a declaração antecipada da

³⁵⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 192.

³⁶⁰ A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 17.

³⁶¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 415.

³⁶² A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 17.

³⁶³ A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 17.

³⁶⁴ No artigo em estudo (*in En torno* cit. (nota 38 supra)), A. D’ORS afirma que o adimplemento da obrigação e a *Litis contestatio* não acarretam a “concentração” da obrigação (definição do objeto), como afirmam os juristas modernos. Para o autor, ambos estes fenômenos são responsáveis pela extinção da obrigação. Do mesmo modo, o autor não acredita que a prévia declaração da escolha define o objeto da lide, mas que se trata de um negócio realizado pelas partes, no sentido de que elas podem deixar ao arbítrio de uma delas a modificação do negócio jurídico.

vontade funcionará como aquela decisiva, que normalmente só é manifestada no momento da *solutio* ou da *litis contestatio*.

Diante da repercussão da cláusula “*quem voluero*”, que importa a definição do objeto da obrigação desde o momento da declaração de vontade da parte, G. GROSSO afirma que pretendia ser uma referência a uma escolha com efeitos de pessoalidade e, deste modo, seus efeitos poderiam ser comparados aos da obrigação com escolha designada ao terceiro³⁶⁵ (estudada no tópico 2.2.3), sobre a qual há vários debates sobre o efeito de condição da escolha sobre a obrigação.

Embora discutível a ideia de condição da escolha designada ao terceiro, como já demonstrado, não se nega que o Direito Romano entendia pela pessoalidade desta escolha. Assim, em razão dessa característica, a declaração antecipada de vontade do terceiro (ou seja, a sua “notificação”), quando este é o titular da escolha, terá os mesmos efeitos da cláusula “*quem voluero*”, vinculando a prestação que deverá ser adimplida³⁶⁶.

Ademais, segundo o disposto nos fragmentos supracitados e das análises dos juristas modernos, percebe-se que, em geral, o devedor titular da escolha pode mudar sua vontade até o momento do adimplemento da obrigação, de modo que eventual declaração pretérita não teria efeito na determinação do objeto da obrigação, a menos que houvesse alguma disposição contrária.

Ocorre que esta conclusão, baseada no fragmento de Venuleio supracitada, acaba contrariando o entendimento adotado por Juliano no fragmento D. 30, 84, 9, no qual o jurista analisa um legado alternativo *per damnationem*, com escolha designada ao herdeiro (análogo ao devedor), concluindo que a sua manifestação de vontade define o objeto da obrigação, vinculando a prestação.

³⁶⁵ G. GROSSO, *Problemi* cit. (nota 28 supra), p. 231.

³⁶⁶ Cf. V. ARANGIO-RUIZ (*in Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 415) afirma que a notificação do terceiro, quando titular da escolha, é irrevogável. A mesma conclusão é encontrada em P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 171.

Julianus 33 digestorum, D. 30, 84, 9

"Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet³⁶⁷, Titio dato". Si dixerit heres Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

“Dê a Tício ou o <escravo> Estico ou o <escravo> Pânfilo, o que dos dois quiser o meu herdeiro”; se o herdeiro tiver dito que queria dar o <escravo> Estico, e ele morrer, <o herdeiro> liberar-se-á da obrigação; mas quando, uma vez tiver dito o herdeiro qual dos dois quer dar, não poderá mudar sua decisão.

Em análise da situação fática, Juliano entende que a declaração de escolha do herdeiro (em dar o escravo Estico) terá o efeito de definição do objeto, de modo que ele somente poderá entregar Estico em cumprimento à obrigação. Desse modo, a impossibilidade superveniente da prestação manifestadamente já escolhida (no caso, a morte de Estico, sem que o herdeiro tenha dado causa), importará a liberação do herdeiro de cumprir a obrigação.

Em relação a esse fragmento, A. D’ORS³⁶⁸ explica que, por tratar-se de um legado, o ato de oferecer ou aceitar a obrigação imposta no legado produzirá os mesmos que, normalmente, somente seriam manifestados na *solutio*, uma vez que definirá o objeto da obrigação alternativa.

Partindo da consideração que no legado alternativo *per damnationem*, a escolha é, em geral, de titularidade do herdeiro, e que, neste fragmento, há a menção expressa da titularidade do herdeiro (e não, simplesmente, como regra geral), poder-se-ia relacionar que, nos casos de atribuição expressa do herdeiro como titular da escolha, seria também um caso de pessoalidade, cuja declaração prévia da vontade teria o efeito de vincular a prestação.³⁶⁹

Há, ainda, o fragmento D. 31, 11, 1 de Pompônio, no qual há um legado análogo ao de Juliano, no qual, além de estar previsto expressamente que o herdeiro é o titular da escolha, há a indicação do dia em que o herdeiro deve declarar a sua escolha.

³⁶⁷ “*utrum heres meus volet*”: *utrum volet* é o mesmo que *quem volam*.

³⁶⁸ Cf.: A. D’ORS, *En torno cit.* (nota 38 supra), p. 17; M. ZILLIO, *La fenomenologia cit.* (nota 29 supra), p. 104.

³⁶⁹ P. ZILLOTTO, *Studi cit.* (nota 13 supra), p. 74.

Pomponius 7 ex Plaut, D. 31,11,1

"Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat". Si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit. Si dixerit se Stichum dare velle, Sticho mortuo liberari eum: si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. Et ita et Iuliano placuit.

“Dê a Tício, Estico ou Pânfilo, qual dos dois quiser meu herdeiro, que declarará qual dos dois quer dar no dia em que será lido meu testamento”. Se o herdeiro não disser que preferia dar Pânfilo ou Estico, entendendo que estará obrigado como se tivesse sido condenado a dar Estico ou Pânfilo, aquele dos dois o legatário escolher. Se tiver dito que queria dar Estico, e Estico morrer, liberar-se-á da obrigação. Se um dos dois tiver morrido antes de terminar o legado, ficará sujeito à obrigação aquele que sobreviver. Mas se o herdeiro tiver dito qual dos dois quer dar, não poderá mudar a sua escolha; e assim também entendeu Juliano.

No caso, o testador deixa à escolha de seu herdeiro um legado *per damnationem* com objeto deduzido alternativamente entre os escravos Estico e Pânfilo, determinando que a escolha deverá ser declarada na data em que o testamento será lido. Nesse contexto, Pompônio entende que a declaração de vontade do herdeiro tem o mesmo efeito do caso de Juliano, ou seja, a escolha do herdeiro é vinculante e definitiva, liberando do cumprimento da obrigação no caso de impossibilidade superveniente da prestação já manifestadamente escolhida.

No mesmo fragmento, Pompônio explica, ainda, que se o herdeiro não declarar a sua escolha no dia definido pelo testador, ele perderá o direito de realizar a escolha e deverá executar a prestação escolhida pelo legatário (credor). O jurista acrescenta que, no caso de impossibilidade superveniente de uma das prestações após a abertura da sucessão, mas antes do dia marcado para a declaração de sua vontade, o herdeiro ficará obrigado a executar a prestação que ainda é possível.

Verifica-se que, nesse caso, mais que a menção expressa ao herdeiro como titular da escolha, Pompônio afirma que há uma data específica para que ele fizesse, formalmente, a declaração da sua escolha (esta declaração é formal e conhecida, pelos textos romanos, como “*dictio*”). Para E. ALBERTARIO, a irretratabilidade da declaração de vontade do herdeiro, neste caso, não tem relação somente com o fato da atribuição explícita da escolha ao herdeiro, mas

principalmente da disposição específica no testamento em relação à declaração e ao momento da declaração³⁷⁰.

Assim, em análise de ambos os fragmentos, P. ZILLOTTO³⁷¹ afirma que, no caso de atribuição da escolha expressamente ao herdeiro (ainda que, pela regra geral, a escolha caberia a ele no legado *per damnationem*) e da fixação pelo testador de uma data para que o herdeiro declare a sua escolha (esta declaração é chamada pelos textos romanos de “*dictio*”), há uma maior significância na declaração da vontade, tornando-a vinculativa e definitiva, diferentemente do caso em que a *dictio* é imposta ao herdeiro pela regra geral e sem data fixa.

G. CARNAZZA, para explicar o posicionamento dos referidos fragmentos, busca o fundamento no fragmento D. 33, 5, 20, em que Labeão diz “*quia omne jus legati prima testatione qua sumere se dixisset, consumpsit*”³⁷².

Labeo 2 post. Iav. ept, D. 33, 5, 20

Apud Aufidium libro primo rescriptum est, cum ita legatum est: "Vestimenta quae volet triclinaria sumito sibi que habeto", si is dixisset quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere.

Se estiver escrito no livro primeiro de Aufídio, que quando se legou assim “tome e tenha para si os trajes de triclinio que quiser”, se ele tiver dito quais <dos trajes> queria, e depois, antes que os obtivesse, disser que queria outros, não poderia mudar de vontade para obter os outros, porque com a primeira manifestação, com que disse quais seriam obtidos, extinguiu todo o seu direito ao legado, pois a coisa torna-se imediatamente dele assim que disse que lhe queria

Assim, segundo o autor, tratando-se de um legado alternativo, independentemente se a escolha for de titularidade do legatário ou do herdeiro, a manifestação de vontade determinará o objeto da obrigação, de modo que a propriedade da coisa passará imediatamente *ope iuris* do herdeiro ao legatário.³⁷³

³⁷⁰ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 45.

³⁷¹ P. ZILLOTTO, *Studi cit.* (nota 13 supra), pp. 76-78.

³⁷² “porque com a primeira manifestação, com que disse quais seriam obtidos, extinguiu todo o seu direito ao legado”

³⁷³ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni cit.* (nota 45 supra), p. 122.

O fato de Juliano não ter mencionado uma data expressa para a declaração de vontade do herdeiro, no entanto, foi tema de debate de C. LONGO, segundo o qual a incongruência do texto de Juliano decorreu, muito provavelmente, de uma supressão de parte do texto pela compilação justinianeia, que deixou de mencionar a cláusula relativa à *dictio*. Esse raciocínio, principalmente, é defendido pelo fato de que Pompônio, ao final do fragmento, invoca o texto de Juliano, a fim de validar sua própria opinião, afirmando que Juliano decidiu da mesma forma, o que induz ao entendimento de que ambos os juristas partiram do mesmo pressuposto.³⁷⁴

G. IMPALLOMENEI³⁷⁵, por sua vez, propõe uma nova forma de enxergar a posição dos referidos fragmentos, baseando-se na evolução jurisprudencial. Segundo o autor, Juliano pode ter se esforçado para atribuir efeitos vinculativos “*ad una disposizione apparentemente inutile e pleonástica*”³⁷⁶, por meio da qual concedeu ao herdeiro a titularidade da escolha, sendo que, naturalmente, ele já seria o titular. O jurista teria interpretado que a menção expressa da titularidade da escolha ao herdeiro faria com que a declaração explícita da escolha levasse, desde logo, à definição do objeto da obrigação.

Se esse foi o pensamento de Juliano, talvez tenha sido seguido por Venuleio no fragmento *Ven 4 stip.* D. 45, 1, 138, no qual o jurisconsulto admite que o promitente pode mudar a vontade já manifestada, já que a motivação desse pensamento seria a forma com que a titularidade da escolha viesse expressada no negócio jurídico (*quia diversa causa est voluntatis expressae*): se expressa, aplicar-se-ia o raciocínio de Juliano, se implícita, a escolha poderia ser alterada até o momento do adimplemento.³⁷⁷

Desse modo, na verdade, a tese de Juliano não teria sido repetida por Pompônio, mas corrigida em um sentido formalista, tendo em vista que, provavelmente, este jurisconsulto reconheceu que a *dictio* tinha a função de definir o objeto da obrigação alternativa.³⁷⁸

Considerando o que foi exposto, verificou-se que, para parte dos romanistas, o *ius variandi* é uma faculdade inerente à posição do devedor na obrigação como titular da escolha, de modo que, até o adimplemento, suas manifestações de vontade não teriam relevância jurídica. Para outros, o *ius variandi* depende da forma que a titularidade da escolha veio expressada no negócio jurídico, ou seja, havendo expressa determinação da titularidade da

³⁷⁴ C. LONGO, *Corso di diritto romano: obbligazioni: ambulatorie, alternative, generiche, solidali, indivisibili*, Milano, Giuffrè, 1936, p. 91 *apud* P. ZILLOTTO, *Studi cit.* (nota 13 supra), p. 77.

³⁷⁵ G. IMPALLOMENEI, *Sull'obbligo cit.* (nota 350 supra), p. 71.

³⁷⁶ “a uma disposição aparentemente inútil e pleonástica” (tradução nossa).

³⁷⁷ G. IMPALLOMENEI, *Sull'obbligo cit.* (nota 350 supra), p. 72.

³⁷⁸ G. IMPALLOMENEI, *Sull'obbligo cit.* (nota 350 supra), p. 72.

escolha, ela seria definitiva, mas se a titularidade for implícita, haveria o *ius variandi*. Nesse sentido, debateu-se sobre as expressões "*quem volam*" e "*quem voluero*", as quais têm a função de designar a escolha a uma das partes, mas também influenciariam na incidência ou não do *ius variandi*.

Ainda, compreendeu-se que o *ius variandi* também caberia ao credor, desde que a mudança da escolha ocorresse até o momento da aceitação ou da *litis contestatio*. Do mesmo modo, grande parte da doutrina considera que esse direito do credor também dependeria da forma como foi designada a escolha na formação do negócio jurídico.

2.4 TRANSMISSÃO HEREDITÁRIA DA ESCOLHA

Continuando o estudo da escolha e os seus efeitos, no presente tópico, será investigada a hipótese em que a parte, titular da escolha, morre sem tê-la exercitado, a fim de entender se havia algum posicionamento na jurisprudência romana a respeito da transferência da escolha ao herdeiro da antiga titular.

Como visto, pela regra geral, o devedor é o titular da escolha na obrigação alternativa. Em decorrência desse raciocínio, prevalece também a regra geral, no sentido de que, se durante a vida o devedor não pôde exercitar a escolha, ela será transmitida ao seu herdeiro, que deverá adimplir a obrigação exatamente nos termos em que foi avençada anteriormente pelo devedor.³⁷⁹

O principal fundamento para essa regra é o fato de que, nas obrigações com escolha designada ao devedor, a escolha da prestação ocorria somente no momento do adimplemento da obrigação. Sendo assim, uma vez que o herdeiro assumiu a obrigação do devedor falecido, ele deverá fazer a escolha que cabia ao devedor no momento em que for adimplir a obrigação.³⁸⁰

Em relação à obrigação alternativa com escolha de titularidade do credor, G. Grosso explica que há uma identificação entre a escolha e o crédito, uma vez que a escolha é necessária para a individualização da prestação. Por essa razão, o estudo da transmissibilidade da escolha de titularidade do credor deve ser feito em consonância com a ideia, já vista no tópico anterior, de que a cláusula que atribui a escolha ao credor pode ser redigida de vários modos, o que implicará a forma de interpretação e o caráter personalíssimo ou não daquela escolha.³⁸¹

³⁷⁹ Cf.: E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 56; G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 93.

³⁸⁰ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 99.

³⁸¹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 196.

Diferentemente, E. ALBERTARIO³⁸² e M. ZILLIO³⁸³ (utilizando como fundamento a teoria do primeiro autor) afirmam que, em relação à análise da transmissibilidade da obrigação, deve sempre ser aplicada ao caso a regra geral de que, se o credor ou o devedor forem os titulares da escolha, deve ser admitida a transmissão da escolha ao seu herdeiro, tendo em vista que ele sucederá “*in locum et in ius defuncti*”³⁸⁴.

Em razão da diferença de concepção sobre a transmissibilidade da escolha no caso em que ela era de titularidade do credor, na obrigação alternativa, passa-se à análise de dois fragmentos que elucidam essa situação:

Ulp. 5. Disput., D. 30, 75, 3

Si quis ita stipulatus: "Stichum aut decem, utrum ego velim" legaverit quod ei debebatur, tenebitur heres eius, ut praestet legatario actionem electionem habituro, utrum Stichum an decem persequi malit.

Se alguém que tiver estipulado assim: “<o escravo> Estico ou <a soma> de dez, segundo a minha vontade” legou o que era devido a si, seu herdeiro estará obrigado a ceder a ação ao legatário, que terá a escolha de pedir <o escravo> Estico ou <a soma> de dez.

Nesse caso, o herdeiro do credor, que, a sua vantagem, havia estipulado a escolha na obrigação alternativa, sucederá o direito de agir alternativamente para obter o escravo Estico ou a soma de dez, uma vez que sucedeu, em todo, o direito patrimonial do testador. Assim, uma vez que este crédito transformou-se em objeto de um legado, o herdeiro terá que ceder ao legatário esta ação e, conseqüentemente, o legatário passará a ter a titularidade da escolha.

Da situação narrada pelo jurisconsulto, G. CARNAZZA³⁸⁵ infere que, no Direito Romano, a escolha, assim como qualquer outro direito patrimonial, passa do credor aos seus herdeiros como um direito creditório. Até porque, segundo o autor, a escolha é um acessório inseparável da obrigação alternativa, tendo, ademais, o papel de favorecer o direito creditório do credor, assim como ocorre, por exemplo, com a hipoteca ou algum outro privilégio, que são reconhecidos pelo direito como transmissíveis.

³⁸² E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 56. Vale ressaltar a afirmação do autor no sentido de que, se por força do brocardo “*in locum et in ius defuncti*” são transmitidos ao herdeiro os créditos e os débitos do *de cuius*, é certo que ao herdeiro também será transmitida a escolha, que, em razão do crédito, pertencia ao falecido.

³⁸³ M. ZILLIO, *La fenomenologia cit.* (nota 29 supra), p. 99.

³⁸⁴ O referido brocardo significa que o herdeiro sucederá o *de cuius* tanto na situação quanto no direito, de modo que a sucessão abrangerá tanto as relações ativas quanto as passivas.

³⁸⁵ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni cit.* (nota 45 supra), p. 98.

De forma similar, E. ALBERTARIO³⁸⁶ afirma que, uma vez que o legatário adquiriu o direito de crédito, também terá direito a realizar a escolha.

Assim como o autor supracitado, tanto G. GROSSO³⁸⁷ como E. ALBERTARIO³⁸⁸ entendem que é possível deduzir a mesma conclusão da análise do seguinte fragmento de Paulo, D. 45, 1, 76, tendo em vista que, da sua leitura, poder-se-ia concluir que a escolha é transmitida assim como a obrigação para o herdeiro do credor.

Paul. 18 ad. Ed., D. 45, 1, 76

Si stipulatus fuerim "illud aut illud, quod ego voluero", haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore.

Se eu tiver estipulado ‘este ou aquele, o que eu quiser’, essa escolha é pessoal; e, portanto, esta escolha é inerente ao escravo ou ao filho; mas a obrigação é transmitida aos herdeiros se o estipulante (credor) tiver falecido antes de <manifestar a sua> escolha”.

Nesse caso, o jurisconsulto Paulo analisa o caso de um *filius familias* ou de um escravo, que são credores de uma obrigação alternativa, na qual figuravam como titulares da escolha. Assim, entende que, se o escravo ou o filho não puderem exercer a escolha, ela não poderá ser exercitada pelo pai ou pelo senhor, já que se trata de uma escolha personalíssima, como já abordado no tópico anterior.

Acrescenta, ainda, o jurisconsulto que, no caso de morte do filho ou do escravo, a obrigação será transmitida aos seus herdeiros.

Ocorre que, nessa última parte do fragmento, aos olhos de G. CARNAZZA³⁸⁹, haveria uma contradição³⁹⁰, tendo em vista que, anteriormente, o jurisconsulto havia firmado o seu

³⁸⁶ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 54.

³⁸⁷ G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* (nota 8 supra), p. 198.

³⁸⁸ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 54.

³⁸⁹ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni cit.* (nota 45 supra), p. 101.

³⁹⁰ Importante destacar que esse entendimento de que havia uma contradição no fragmento é bastante difundida entre os romanistas. Como exemplo, A. D’ORS (*in En torno cit.* (nota 38 supra)), ao comentar o fragmento, afirma diversas vezes que o texto é “*muy corrompido y lleno de contradicciones*” e “*que está alteradísimo*”.

entendimento no sentido de que não seria possível transmitir a escolha ao pai ou ao senhor, a quem o filho ou o escravo são subordinados, porquanto *alieni iuris*³⁹¹.

Diante dessa divergência, o autor propõe a análise do termo “*heredes*” citado no fragmento e, em razão da incorreção gramatical³⁹², afirmando que, na verdade, o jurisconsulto trata de duas situações diferentes no seu fragmento e, por isso, as conclusões são opostas³⁹³. Na primeira situação, de fato, o jurisconsulto analisou a titularidade da escolha de uma pessoa *alieni iuris*, concluindo que a escolha não seria transmitida a quem a pessoa estava subordinada, no caso de não poder exercitá-la pessoalmente.³⁹⁴

Em relação a essa primeira hipótese, afirma G. GROSSO³⁹⁵ que Paulo a entendia como uma hipótese de escolha personalíssima do credor, de modo que subordinava os efeitos da obrigação.

Na segunda hipótese levantada pelo jurisconsulto, entende G. CARNAZZA³⁹⁶ que estava sob análise um caso em que a escolha da obrigação alternativa era de titularidade de um credor *sui iuris*³⁹⁷ e, por essa razão, a escolha seria transmitida ao herdeiro pelo direito sucessório, assumindo a regra já enunciada de que a escolha é transmitida ao herdeiro assim como qualquer outro direito patrimonial.

³⁹¹ Como se sabe, a posição de uma pessoa dentro da família romana era importante para determinar a amplitude de sua capacidade jurídica. Isso porque o *status familiae* definia duas categorias de pessoas: o *pater familias*, que não estava subordinado a nenhum ascendente masculino vivo, por isso, pessoa *sui iuris*; e os *filiis familias*, que eram todas as pessoas sob a *potestas* do *pater familias*, sendo, portanto, pessoas *alieni iuris*. Ademais, o *status familiae* influenciava também a capacidade de fato da pessoa, que, como se sabe, é a capacidade de adquirir direitos e obrigações para si. Isso porque se a pessoa incapaz, no caso, for uma pessoa *alieni iuris* de nada importa sua incapacidade de fato – seja relativa ou absoluta –, já que se encontra subordinado ao *pater familias* e não tem um patrimônio a ser administrado. Portanto, se a obrigação for contraída por pessoas *alieni iuris* ou por escravo (subordinado ao poder do senhor, assim como o *filiis familias*), o crédito pertenceria ao patrimônio do *pater familias* ou do senhor (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit. (nota 6 supra), pp. 114-115).

³⁹² Explica G. CARNAZZA (in *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 103) que o termo “*heredes*” usado pelo jurisconsulto, na segunda parte do fragmento, não pode – pela gramática ou pela lógica – referir-se ao herdeiro do estipulante. Isso porque, primeiramente, o jurisconsulto estava tratando de um caso de uma pessoa *alieni iuris*, que não tem patrimônio próprio, sendo certo que não terá herdeiro e que o seu crédito, na verdade (como explicado acima), será inserido no patrimônio de quem tem o poder ao qual está sujeito. Desse modo, o que parece é que, ao citar o termo *heredes*, o jurisconsulto estava tratando de um credor *sui iuris*.

³⁹³ Necessário esclarecer que o próprio autor assume que a interpretação dada ao fragmento é arbitrária, uma vez que a sua simples leitura não revela que o jurisconsulto está tratando de dois casos diferentes.

³⁹⁴ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), pp. 101-102.

³⁹⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 197.

³⁹⁶ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 102

³⁹⁷ Aquele que não está sujeito a ascendentes masculinos. Poderia ser tanto o próprio *pater familias*, quanto uma mulher que não estava sujeita ao poder de um ascendente masculino (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit. (nota 6 supra), pp. 115 e 667).

G. GROSSO³⁹⁸ chega à mesma conclusão, mas afirma que, nesse segundo caso, o jurisconsulto estaria fazendo uma contraposição à hipótese de que “*haec electio personalis est*”. Assim, se considerado que a expressão “*quod ego voluero*” indica a pessoalidade da escolha, pode-se entender que Paulo estava contrapondo essa hipótese àquela em que havia expressão “*quod volam*” ou “*quod volim*”, em paralelo à distinção (já abordada no tópico 2.3) feita por Pompônio, quanto ao *ius variandi*.

Diante disso, o autor firma o seu entendimento, no sentido de que, se a vontade do credor for conexa e contemporânea ao adimplemento da prestação – de modo que se mantém a faculdade de escolha ainda que haja uma prévia manifestação de vontade (ou seja, acompanha o crédito até o momento do adimplemento da obrigação) –, essa vontade seria transmissível, assim como a obrigação alternativa com escolha do devedor.³⁹⁹

Para A. D’ORS⁴⁰⁰, todavia, ainda que se admita que o texto foi alterado – e, ao seu ver, muito provavelmente, foi suprimido o trecho que tratava da *stipulatio* do filho e do escravo –, o texto não seria uma prova da intransmissibilidade da escolha no caso de o credor, titular da escolha, não escolher a prestação antes de sua morte⁴⁰¹. Segundo seu entendimento, o fato de o credor falecer sem ter feito a escolha não implica a sua intransmissibilidade e essa conclusão foi obtida pela análise de fragmento D. 33, 5, 19, do jurisconsulto Paulo, que trata de um legado.

Paul. Lib. III Sent., D. 33, 5, 19

"Illud aut illud, utrum elegerit legatarius": nullo a legatario electo decedente eo post diem legati cedentem ad heredem transmitti placuit.

“Este ou aquele, o que tiver escolhido o legatário”; não tendo escolhido nenhum pelo legatário, determinou-se que, se ele falecer depois de já ter iniciado o término do legato, <a escolha> transmite-se ao herdeiro.

Nesse caso, Paulo afirma a transmissibilidade de um legado, no qual se diz “*illud aut illud, utrum elegerit legatarius*”, ou seja, de um legado em que a escolha é do credor, que, no caso do falecimento do legatário, a escolha é transmitida ao herdeiro.

³⁹⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 197.

³⁹⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 197.

⁴⁰⁰ A. D’ORS, A. D’ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 18.

⁴⁰¹ Necessário anotar que, em relação a esse fragmento, E. ALBERTARIO (*in Corso* cit. (nota 13 supra), p. 57) entende que se aplica a regra geral, no sentido de que, uma vez morto o credor titular da escolha antes de exercitá-la, ela será transmitida ao seu herdeiro, por ser inerente ao seu crédito.

A. D'ORS⁴⁰² afirma, em análise do fragmento, que a falta da escolha do legatário não tem o mesmo efeito de uma condição frustrada, de modo que não implicará a intransmissibilidade da escolha. Inclusive, de forma mais abrangente, afirma o autor que, no tema de legados, os romanos entendiam que a morte do legatário, que deixou de exercer sua escolha em vida, acarretava a transmissão da escolha aos seus herdeiros. Assim, conclui que não haveria motivos para que, em tema de *stipulatio*, o entendimento dos romanos fosse diferente.

Após a análise também desse fragmento, G. GROSSO⁴⁰³ posiciona-se no sentido de que não seria possível afirmar que havia um critério absoluto, genérico e seguro fundado na distinção das fórmulas “*utrum volam*” e “*utrum voluero*”, mas que elas devem ser objeto de interpretação casuística. De todo modo, afirma que a observação dos casos permite que se perceba como foram delineados alguns critérios: de um lado, por tratar-se de uma obrigação alternativa, entende-se que há transmissão da obrigação ao herdeiro; por outro lado, há a hipótese que individualiza a escolha por sua pessoalidade, o que impede a sua transmissão ao herdeiro, como é o caso da escolha de um terceiro, que é compreendida, por parte da doutrina, como uma escolha que condiciona a obrigação.

Nesse sentido, o autor afirma que, ao seu ver, é esse último o sentido dado por Paulo no fragmento D. 45, 1, 76, ao utilizar a cláusula *quod ego voluero*, uma vez que subordina a existência da obrigação a um ato de escolha de caráter pessoal. Inclusive, esse entendimento do autor também é baseado no trecho do fragmento que dizia “*electio personalis est*” e, portanto, tratava-se de uma hipótese de intransmissibilidade da escolha. Enquanto, por outro lado, a obrigação alternativa derivada da *stipulatio* com as cláusulas “*quod volam*” ou “*quod velim*” tinha como característica a transmissibilidade da escolha, já que a faculdade de escolha do credor era absorvida por sua posição na obrigação.⁴⁰⁴

Desse modo, já no direito clássico, verifica-se a transmissibilidade da escolha do credor em uma obrigação alternativa. No direito justiniano, como revela o fragmento D. 45, 1, 76, pr., citado acima, houve uma tendência a unificar as hipóteses de escolha do credor como uma hipótese de transmissibilidade.⁴⁰⁵

⁴⁰² A. D'ORS, A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 18.

⁴⁰³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 198.

⁴⁰⁴ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 198.

⁴⁰⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), pp. 198-199.

Por fim, necessário relembrar a hipótese da obrigação alternativa com escolha de titularidade de um terceiro (abordada no tópico 2.2.3), uma vez que se trata de situação específica e, segundo E. ALBERTARIO⁴⁰⁶, sobre a qual é unânime o entendimento de que a escolha não será transmitida ao seu herdeiro. Isso porque, como já visto, a escolha do terceiro tem um caráter personalíssimo, que impede a transferência para o seu herdeiro.

Diante das hipóteses apresentadas acima e da análise da doutrina sobre o tema, entende-se que existia uma regra geral sobre a transmissão da escolha paralela à regra geral da titularidade da escolha. Assim, tal qual pela regra a geral, a escolha caberia ao devedor, também pela regra geral, essa escolha seria transmissível ao herdeiro do devedor.

Já na hipótese de a escolha ter sido designada ao credor ou a um terceiro, muito discutiu-se se havia uma regra geral da jurisprudência romana e, ao que parece, não se pode afirmar que existia uma uniformidade no entendimento. De todo modo, é possível compreender que a transmissibilidade da escolha não ocorria quando a titularidade da escolha era designada de forma personalíssima, pois, nesse caso, a escolha não poderia ser exercida de forma diferente.

2.5 ADIMPLEMENTO

Considerando-se a escolha como o elemento essencial da obrigação alternativa, que irá definir a prestação entregue ao credor no momento de solução da obrigação, passa-se à análise, nesse tópico, do entendimento da jurisprudência romana sobre o adimplemento e suas regras específicas.

O adimplemento da obrigação alternativa foi abordado, de forma esparsa, ao longo de todo este trabalho, uma vez que se trata o momento em que o devedor – seja pelo exercício de sua própria escolha, seja por ser compelido pelo credor a entregar a prestação de sua escolha – cumpre a obrigação, entregando uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação alternativa.

Assim, de forma simplificada, tratando-se da hipótese mais comum da obrigação alternativa, o devedor, como titular da escolha, deverá adimplir a obrigação com uma ou outra prestação, que estavam deduzidas, alternativamente no objeto da obrigação, de modo que, com o adimplemento de uma das prestações, ocorre a extinção da obrigação alternativa.

⁴⁰⁶ E. ALBERTARIO, *Curso cit.* (nota 13 supra), p. 53.

Já na obrigação em que a escolha compete ao credor, o adimplemento pelo devedor da prestação escolhida pelo credor também extingue a obrigação alternativa. Nessa segunda hipótese, em que a escolha é de titularidade do credor, ele pode agir escolhendo uma ou outra prestação. Assim, com a definição da lide, apenas uma das prestações é deduzida em juízo, com a conseqüente extinção da obrigação.

Existem, no entanto, algumas situações especiais que ocorrem no momento do adimplemento da obrigação alternativa, as quais serão estudadas adiante: adimplemento parcial, adimplemento por erro do devedor, *acceptilatio* e *pactum de non petendo*.

2.5.1. ADIMPLEMENTO PARCIAL

Nesse tópico, buscaremos compreender qual era a consequência jurídica (se, por exemplo, ocorreria a extinção da obrigação ou a privação do *ius variandi* ao devedor), para o Direito Romano, no caso de o devedor efetuar o pagamento de parte de uma das prestações deduzidas na obrigação (adimplemento parcial).

Em relação ao adimplemento parcial das obrigações alternativas, afirma G. GROSSO que a obrigação de entregar ou a soma de dez ou o escravo Estico somente será adimplida com a entrega da soma de dez ou do escravo Estico, mas não com a entrega de cinco e a metade do escravo Estico.⁴⁰⁷

Isso porque, segundo G. CARNAZZA⁴⁰⁸, a obrigação alternativa é, por natureza, indivisível⁴⁰⁹ e, desse modo, o pagamento de parte de uma das prestações prometidas não levará à extinção parcial da obrigação, de modo que o credor não poderá ser obrigado a aceitar, como extinção do seu crédito, parte de uma e parte da outra prestação.

Esse entendimento baseia-se no fato de que, quase que de forma unânime⁴¹⁰, o direito clássico romano tinha o entendimento de que não havia a possibilidade de o devedor liberar-se de uma obrigação alternativa entregando parte das prestações deduzidas no objeto daquela

⁴⁰⁷ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 202.

⁴⁰⁸ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 130.

⁴⁰⁹ Essa natureza indivisível da obrigação alternativa também é apontada por A. HERNANDEZ GIL (*in Naturaleza* cit. (nota 64 supra), p. 577), no sentido de que a obrigação alternativa não pode ser extinta mediante a entrega de várias partes das prestações deduzidas no objeto.

⁴¹⁰ Como será visto a seguir, há dois fragmentos que acabam trazendo dúvidas em relação à existência de um posicionamento consolidado da jurisprudência clássica romana. Todavia, é inegável que a posição dominante – e quase unânime – é de que o pagamento parcial da prestação não tem eficácia na obrigação alternativa.

obrigação. Nesse sentido, se a obrigação estabelecia que deveria ser adimplida ou a prestação A ou a prestação B, a entrega de parte de A não libera parcialmente o devedor.

Essa posição quase unânime, pode ser encontrada em fragmentos como D. 45, 1, 85, 4 e D. 46, 3, 9, 1, dos quais são extraídos os seguintes trechos, que demonstram a opção pela ausência de eficácia da prestação parcial:

Paul, 75 ad. ed., D. 45, 1, 85, 4

Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest, veluti cum stipulatus sum hominem incertum (...) Idem iuris est, et si quis decem milia aut hominem promiserit.

É possível pedir por partes, mas não se pode entregar senão a totalidade, por exemplo, quando foi estipulado um escravo incerto (...) O mesmo direito há também se alguém tiver prometido dez mil ou um escravo

Ulp., lib. 24 ad Sab., D. 46, 3, 9, 1

Qui autem hominem debet, partem Stichii dando nihilo minus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest.

Do mesmo modo, o que deve o escravo Estico, havendo entregue parte do escravo Estico, está obrigado a <entregar> a parte restante; mas o que deve um escravo, dando uma parte do <escravo> Estico não deixa, no entanto, de dever o escravo e poderá lhe ser pedido o escravo

Todos esses fragmentos nada mais representam do que um entendimento da estrutura da obrigação alternativa, na qual o devedor pode adimplir a obrigação entregando uma ou outra prestação. Assim, uma prestação parcial não tem eficácia de concentrar a obrigação, pois, se a entrega dessa “parte” extinguisse parcialmente a obrigação, conseqüentemente, o devedor poderia liberar-se entregando parte da outra prestação.⁴¹¹

Embora haja uma concordância entre a maioria dos fragmentos em relação à impossibilidade de prestação parcial, existem outros dois fragmentos que acabam contrastando em relação aos efeitos da prestação parcial: D. 45, 1, 2, 1 e D. 12, 6, 26, 13, transcritos abaixo.

⁴¹¹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 203.

Paul., 12 ad. Sab., D. 45, 1, 2, 1

Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem condicionis est haec stipulatio: "Stichum aut Pamphilum dari?".

E de todas estas, algumas admitem a prestação de parte, como quando “estipulamos” que seja entregue dez; outras não admitem, como aquelas que, por natureza, não admitem divisão, como quando “estipulamos” as servidões de passagem; algumas admitem certamente, por natureza, a entrega de uma parte; mas, se não se entrega a totalidade, não se cumpre a *stipulatio* (promessa solene), como quando, em geral, é “estipulado” um escravo ou um prato ou um vaso. Porque se tiver entregado parte do escravo Estico, ainda não se verificará a liberação da obrigação em parte alguma, senão aquela que ou se pode pedir de volta imediatamente ou está em suspenso até que se dê outro escravo. Na mesma condição é a *stipulatio*: “prometes que será entregue <o escravo> Estico ou Pânfilo?”.

Ulp. 43 ad. Sab., D. 12, 6, 26, 13

Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat conditio, si non liberor, erit conditio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. Et putat natam esse quinque conditionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.

Se eu tiver estipulado entregar dez ou <o escravo> Estico, pagar cinco, questiona-se se poderei pedir de volta os cinco por meio da *conditio*? A dúvida vem disso: se eu estaria livre a respeito dos cinco; porque se estou livre, deixo de poder usar a *conditio*, e se não estiver livre, terei direito a *conditio*. Porém, determinou-se, como escreveram Celso em seu livro sexto e Marcel em seu livro sétimo do Digesto, que não se extingue a metade da obrigação e, portanto, aquele que pagou os cinco considerar-se-ia em suspenso como ele tornar-se-ia livre, podendo <o credor> reclamar contra ele o restante dos cinco ou <o escravo> Estico. Se pagar o restante dos cinco, considerar-se-ia que, também com os primeiro cinco, pagou o que era devido. Porém, se entregar <o escravo> Estico, poderá pedir de volta, pela *conditio*, os cinco como não devidos. Assim, o pagamento posterior comprovará se os primeiro cinco já pagos seriam devidos ou não devidos. Mas também, se depois de pagados os cinco, entregar <o escravo> Estico, e preferir ficar com os cinco e devolver <o escravo> Estico, pergunta Celso se poderá ser ouvido. Opina que nasce a *conditio* dos cinco, ainda que as duas coisas sejam entregues simultaneamente, eu terei a faculdade de ficar com aquela que eu quiser

Do fragmento de Paulo, verifica-se que a consequência da ineficácia do pagamento parcial é conceder ao devedor o direito de repetir (de pedir de volta o que foi pago) e, portanto, o pagamento parcial não tem efeito liberatório parcial. Assim, se o devedor pedia de volta o que havia prestado, a prestação ficava com efeito pendente até o eventual e sucessivo adimplemento da outra parte da prestação.⁴¹²

Também no fragmento de Ulpiano, é negada a eficácia liberatória parcial da prestação. Assim, o efeito da prestação parcial também fica pendente: se o devedor entrega a parte restante

⁴¹² G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 204.

da prestação, considera-se que houve o pagamento do débito; se, por sua vez, o devedor entrega a outra prestação deduzida na obrigação, considera-se que a primeira prestação parcialmente entregue era indébita e, portanto, o devedor poderá pedi-la de volta.⁴¹³

Da leitura desse fragmento, G. CARNAZZA⁴¹⁴ afirma que, segundo o jurisconsulto, o pagamento parcial de uma das coisas não extingue nem menos parte da obrigação e, assim, somente o pagamento sucessivo será o responsável por dizer se o primeiro pagamento (parcial) produziu ou não efeitos entre as partes.

Verifica-se, portanto, que a diferença⁴¹⁵ do entendimento dos jurisconsultos supracitados é que, para Paulo, o devedor poderia pedir de volta a prestação parcial em qualquer situação, enquanto, para Ulpiano, o devedor poderia pedir de volta a prestação parcial se a outra prestação fosse paga integralmente.

Assim, da análise dos referidos fragmentos, conclui P. BONFANTE⁴¹⁶ que o pagamento parcial de uma das prestações pelo devedor não terá como efeito a extinção da obrigação, de modo que o devedor ainda manterá o seu direito de escolha, já que manterá, ao seu dispor, o direito de pedir de volta a parte da prestação que já foi entregue e entregar a outra prestação deduzida na obrigação.⁴¹⁷

Do mesmo modo, E. ALBERTARIO⁴¹⁸ aponta que a explicação dessa consequência jurídica é o fato de que o pagamento parcial não se equipara à *solutio* e, assim, o devedor será mantido com o *ius variandi* até o momento do adimplemento, de fato, da obrigação, já que terá a faculdade de pedir de volta a parte que pagou e dar, em troca, a outra prestação.

⁴¹³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 204.

⁴¹⁴ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 131.

⁴¹⁵ Quanto a esse contraste de opiniões, suspeita-se que o fragmento de Ulpiano tenha sido objeto de uma transformação do pensamento bizantino, tendo em vista a forma que foi enunciada a pendência dos efeitos da prestação parcial, que, para G. GROSSO (in *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 205), nada mais é do que a consequência de uma evolução de pensamento jurídico. No mesmo sentido, E. ALBERTARIO (in *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 61) afirma que o texto de Ulpiano foi interpolado pelas seguintes razões: (i) se, pelo Direito Romano clássico, o pagamento parcial não se equiparava à *solutio*, sendo mantido inalterado o *ius variandi*, a possibilidade de pedir de volta o outro objeto não poderia ficar sujeita a uma “condição”; (ii) na segunda parte do texto – considerada interpolada pelo autor – verifica-se uma concessão da titularidade da escolha ao credor, o que não é a regra no Direito Romano clássico; (iii) questões formais como a construção de que a pretensão de pedir de volta a prestação estava “*in pendenti*”.

⁴¹⁶ Destaca-se que a mesma conclusão é enunciada por V. ARANGIO-RUIZ (in *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 415), segundo o qual, ainda que o devedor faça o pagamento parcial da obrigação, ele mantém a titularidade da escolha e a obrigação não será extinta, de modo que o devedor poderá mudar sua intenção no momento da *solutio*, pela prevalência do *ius variandi*.

⁴¹⁷ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 173.

⁴¹⁸ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 58.

De todo modo, importante ressaltar que a construção dos jurisconsultos sobre a impossibilidade de prestação parcial na obrigação alternativa tem como base promessas alternativas, sem a indicação da titularidade da escolha, o que, como regra geral, tem como consequência a designação do devedor como titular.

Por outro lado, se a escolha fosse de titularidade do credor, necessário relembrar que a obrigação somente seria considerada adimplida com a entrega da prestação escolhida pelo credor. Nessa hipótese, importante verificar quais seriam as consequências a depender da possibilidade ou não de mudança da escolha.⁴¹⁹

Tratando-se, então, de uma obrigação em que as partes avençaram que a escolha não poderia ser alterada (ausência de *ius variandi*), se o credor pedisse somente parte de uma prestação ou se aceitasse o pagamento parcial de uma prestação, como titular da escolha, entende-se que estaria frente a um pagamento definitivo.⁴²⁰

Essa situação pode ser vista no fragmento D. 46, 8, 17 de Marcelo⁴²¹, que analisa a hipótese de uma *stipulatio*, na qual foi prometida a entrega ou do escravo Estico ou da soma de dez, segundo a escolha do credor. No caso, Tício foi nomeado para fazer a escolha no lugar do credor e, nesse momento, pede somente a metade de uma das prestações, ratificando a entrega do devedor. Marcelo entende, então, que a obrigação foi adimplida.

Sobre a hipótese em que o credor pode mudar sua escolha, não se encontra nas fontes qual era a solução mais adequada, de modo que, indutivamente, pode-se deduzir que era aplicada a regra geral de impossibilidade da prestação parcial e a possibilidade de pedir a sua repetição, como visto nos fragmentos citados acima.⁴²²

Pelo exposto, verifica-se que o pagamento parcial não se equipara à *solutio*, de modo que, havendo o adimplemento parcial de uma das prestações, o devedor é mantido na titularidade da escolha e do *ius variandi* até o momento do adimplemento, de fato, da obrigação. Isso porque o devedor terá a faculdade de pedir de voltar a parte que pagou e dar, em troca, a outra prestação.

⁴¹⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 206.

⁴²⁰ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 206.

⁴²¹ “Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit: partem petitionis ratam habuit dominus. Dicendum est obligationis partem consumptam, quemadmodum si decem stipulatus esset aut exegisset creditorque non totum, sed partem gestae rei comprobasset. Idcirco si ex stipulatu “decem aut Stichum, utrum ego voluero” absente me Titius domino quinque petisset, insecuta ratihabitione recte actum videri.”

⁴²² G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 206.

No caso da escolha do credor, como nos casos expostos acima, não se tem certeza se havia uma regra geral aplicável à hipótese. Todavia, do entendimento do fragmento de Marcelo, pode-se inferir que, havendo a estipulação entre as partes que o credor não tinha *ius variandi*, consideraria como adimplida a obrigação se o credor pedisse ou aceitasse somente parte da prestação.

2.5.2. ADIMPLENTO POR ERRO DO DEVEDOR

Em relação ao adimplemento da obrigação alternativa, é possível também encontrar nas fontes situações em que o devedor, acreditando estar vinculado a uma obrigação simples, entrega uma prestação, enquanto, na verdade, o devedor obrigou-se alternativamente.

Para estudar essa hipótese, observamos a antinomia existente entre os fragmentos de Celso (D. 31,19⁴²³) e Juliano (D., 12, 6, 32, 3), que apresentam soluções diametralmente opostas para situações em que o devedor comete o referido erro.

Iul. 10 dig., D. 12, 6, 32, 3⁴²⁴

Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet: et ideo si, cum existimaret se stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.

Quem promete dar um escravo qualquer está no mesmo caso de quem deve um escravo ou dez. Portanto, se der Estico pensando devê-lo, poderá reclamá-lo por meio da ação de repetição (condictio); dando, porém, qualquer outro, poderá ser exonerado

Da análise da situação por Juliano, verifica-se que seu entendimento era de que, se o devedor efetuasse o pagamento de uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação, acreditando que se tratava de uma obrigação simples, não cessava o direito de escolha do devedor. Dessa forma, o devedor teria o direito de pedir de volta a prestação já entregue, a fim de adimplir a obrigação com a entrega da outra prestação, que estava, inicialmente, deduzida no seu objeto.

Por outro lado, Celso, partindo da análise de um legado *per vindicationem* (com escolha de titularidade do legatário), nega o direito do legatário de mudar o seu pedido depois de ter

⁴²³ Ver tradução no tópico 2.2.2 do presente trabalho.

⁴²⁴ Tradução de M. CUNHA LOPES E VASCONCELLOS *et al.*, in *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, v. 3, São Paulo, YK, 2017, p. 51

pedido um objeto, acreditando tratar-se de um legado simples.⁴²⁵ Destaca P. BONFANTE⁴²⁶ que, na segunda parte do texto de Celso (“*tamquam si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit*”⁴²⁷), o jurista também exclui, no legado *per damnationem*, a possibilidade de pedir de volta a prestação entregue por erro.

Diferentemente, E. ALBERTARIO⁴²⁸ defende que a diferença de soluções dadas pelos juriconsultos deve-se ao fato de que o texto de Celso acabou sendo alterado pelo trabalho dos compiladores de Justiniano, que, no entendimento do autor – como visto no tópico 3.2.2 –, buscavam unificar os tipos de legado existentes no direito clássico (legado *per damnationem* e legado *per vindicationem*).

Explica o autor que a primeira parte do texto diz respeito a um legado *per vindicationem* e, sendo assim, o legatário, de fato, não poderia usar da repetição. Isso porque, ao fazer sua escolha, o legatário faz uma *vindicatio*, de modo que a alegação de um erro não lhe daria direito de renovar sua *vindicatio*. Todavia, pela leitura da segunda parte do texto, é possível perceber que o juriconsulto estava diante de um legado *per damnationem*, o qual, por sua natureza de legado de obrigação, permitiria que o legatário, após um erro no tipo da obrigação, pedisse de volta a prestação entregue.⁴²⁹

Ocorre que, ao contrário, Celso dá a mesma solução ao legado *per damnationem* que deu ao legado *per vindicationem*. Desse modo, entende E. ALBERTARIO⁴³⁰ que isso decorreu da atividade dos compiladores que não poderiam permitir, no direito justinianeu, a existência de mais de um tipo de legado com regramentos específicos e diferentes entre si.

P. BONFANTE⁴³¹, no entanto, após abordar o mesmo raciocínio de E. ALBERTARIO, afirma que, no seu entendimento, a melhor explicação para a referida antinomia é aceitar que, realmente, havia um dissenso de opiniões entre os juriconsultos e que não houve interferência no texto de Celso por parte dos compiladores. Afinal, explica o autor, não seria minimamente impossível que os dois juriconsultos, pertencentes a escolas diferentes, apresentassem soluções diferentes para a mesma situação jurídica; até porque, em outras situações, Juliano já teria

⁴²⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 207.

⁴²⁶ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 175.

⁴²⁷ “assim como o herdeiro, condenado a dar um ou outro, tiver dado Estico, ignorando que poderia dar Pânfilo, não poderia pedir de volta.”

⁴²⁸ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 74.

⁴²⁹ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 75.

⁴³⁰ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 75.

⁴³¹ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 176.

posicionado seu entendimento⁴³² de que a escolha deveria ser conservada ao devedor, independentemente de seu erro.

Adotando o mesmo raciocínio do último autor, para G. GROSSO⁴³³, a diferença das conclusões dos juristas também decorre naturalmente do fato de que eles pertencem a escolas diferentes.

De forma, ainda, diferente dos autores supracitados, G. CARNAZZA⁴³⁴ opina que o pensamento de Celso representa o melhor raciocínio jurídico para a situação. Isso porque, o erro do titular da escolha não poderá anular o pagamento, já que a prestação executada estava deduzida no objeto da obrigação e, desse modo, o credor recebeu de forma válida a prestação realizada. Assim, se o credor for privado de ficar com a prestação que lhe foi entregue, entende que seria uma privação do direito de ficar com o objeto que foi adquirido de forma legítima. Acrescenta, ainda, que o erro do devedor só fez com que ele fosse privado do direito de escolher entre as prestações deduzidas no objeto da obrigação, mas não o fez pagar algo que não era devido. Portanto, referido erro não teria o condão de anular o pagamento.

Diante do exposto, verifica-se inexistir um entendimento pacífico na doutrina romana a respeito da solução dada pelo Direito Romano sobre a hipótese em comento. Enquanto os autores discutem se a antinomia era decorrente ou não da intervenção dos compiladores nos enunciados dos fragmentos, o que parece, em verdade, é que, de fato, existiam soluções divergentes entre os juristas sobre a mesma hipótese.

2.5.3. ACCEPTILATIO:

Antes de adentrar, especificamente, nos efeitos da *acceptilatio* na obrigação alternativa, em razão de sua estrutura particular, necessário esclarecer que essa figura nada mais é do que um meio formal de remissão do débito⁴³⁵.

⁴³² Como exemplo, cita P. BONFANTE (*Corso cit.* (nota 4 supra), p. 177) que, se o devedor tiver pagado, por erro, ambas as prestações deduzidas na obrigação alternativa, Papiniano e Juliano entendiam que o devedor conservava o direito de escolha e poderia pedir de volta uma das prestações. Essa solução é encontrada em C. 4, 5, 10 e adotada por Justiniano, segundo o qual a solução dada por Papiniano e Juliano era a de que o devedor, que entregou as duas prestações enquanto deveria entregar somente uma, teria a escolha de pedir de volta uma delas

⁴³³ G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* (nota 8 supra), p. 207.

⁴³⁴ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni cit.* (nota 45 supra), p. 144.

⁴³⁵ P. ZILLOTTO, *Studi cit.* (nota 13 supra), p. 166.

A. WATSON⁴³⁶ explica que a *acceptilatio*, no Direito Romano clássico, tinha uma natureza complexa em razão de dois fatores: o primeiro é que a figura corresponde ao “ato contrário” à *stipulatio*, já que correspondia a um ato formal ocorrido no momento em que deveria ser feito o pagamento e extinguiu o débito; e o segundo é que ela corresponde a uma ficção de que a obrigação foi adimplida pelo devedor, uma vez que, pelas palavras formais utilizadas, o credor testemunhava a ocorrência do pagamento.

A figura foi abordada por Gaio nos seguintes fragmentos, nos quais descreveu a *acceptilatio* como uma “*imaginaria solutio*” com efeito de extinguir a obrigação:

Gai 3, 168

Tollitur autem obligation praecipue solution eius, quod debeat. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, na ipso iure maneat obligatus, sed adversus patentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.

Extingue-se, porém, uma obrigação precipuamente por meio do cumprimento daquilo que é devido. Daí o perguntar-se se alguém, pagando uma coisa em lugar de outra com o consentimento do credor, libera-se <da obrigação> de pleno direito – que é a opinião dos nossos mestres – ou se, de pleno direito, permanece obrigado, mas tem de defender-se por meio de uma exceção processual de dolo mau contra aquele que contra ele demandar – que é o parecer dos juristas da escola contrária.

Gai 3, 169

Item per acceptilationem tollitur obligation. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio. Nam quod ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: quod tibi ego promisi, habesne acceptum? Et tu respondeas: habeo.

Do mesmo modo, uma obrigação se extingue por *acceptilatio*. A *acceptilatio* é como se fosse um pagamento imaginário. Pois se quiseres dar-me remissão daquilo que eu te deva em razão de uma obrigação <contraída mediante contrato> verbal <solene>, isso poderá ser feito permitindo-me tu que eu diga estas palavras: “Tens por recebido aquilo que eu te prometi?”, e tu respondendo: “Tenho”.

⁴³⁶ A. WATSON, *The form and Nature of ‘Acceptilatio’ in Classical Roman Law*, in RIDA, 3 serie, 8 (1961), pp. 396-399.

Assim, conforme explicado por Gaio, a *acceptilatio* seria um “adimplemento imaginário” da obrigação porque o credor permitiria a liberação do devedor da obrigação nascida no contrato – como se ele tivesse entregado a prestação –, ao responder que recebeu a prestação prometida após a pergunta solene do devedor.

O termo “adimplemento imaginário” acaba definindo de forma satisfatória os limites e os efeitos da *acceptilatio*, a qual, embora possa ser, formalmente, equiparada à *solutio* – uma vez que produz o efeito de extinguir a obrigação e liberar *ipso iure* o devedor –, não corresponde a uma equiparação completa à *solutio*, já que não há a satisfação do crédito do credor, acarretando a diminuição do seu patrimônio.⁴³⁷

Apesar dos referidos limites, é certo que, formalmente e em relação ao débito, a *acceptilatio* tinha a mesma eficácia que o pagamento, tratando-se de uma forma de extinção da obrigação, já que, por meio de uma formalidade⁴³⁸, o credor atestava o adimplemento da obrigação, gerando todos os seus efeitos.

Nesse sentido, é possível encontrar fragmentos no Digesto que dizem respeito à *acceptilatio* de uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação alternativa, cujo efeito, assim como deduzido do fragmento de Gaio, é de extinguir a obrigação⁴³⁹, como se vê no fragmento D. 46, 4, 13, 4 e 6, de Ulpiano:

⁴³⁷ P. ZILLOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), p. 169.

⁴³⁸ Segundo M. ZILLIO (*in La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 128), tratava-se de um modo formal de extinção da obrigação por meio de uma expressão verbal, por meio da qual o credor atestava o pagamento.

⁴³⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 208. G. PESCATORE, *Die Wahl* cit. (nota 21 supra), p. 37.

Ulp. 50 ad. Sab., D. 46, 4, 13, 4 e 6

Si is, qui hominem stipulatus est, Stichum accepto tulerit, Iulianus libro quinquagesimo quarto digestorum scripsit acceptilationem aliquid egisse tolisseque totam obligationem: quod enim invito stipulatori promissor solvere potest, id et acceptum latum liberationem pariet.

Si Stichum aut decem sub condicione stipulatus Stichum acceptum fecerit et pendente condicione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt, perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset.

Se aquele que estipulou um escravo tiver dado como recebido Estico, escreveu Juliano no livro 54 do Digesto, que a *acceptilatio* tinha efeito de extinguir toda a obrigação; porque ainda que o promitente pagou ao estipulante contra a vontade deste, se for dado por recebido, produzirá a liberação <do devedor>

Se, havendo estipulado o escravo Estico ou a soma de dez, sob condição, tiver dado a *acceptilatio* do escravo Estico e, <em seguida>, o escravo Estico vier a falecer estando pendente a condição, permanecerá a soma de dez na obrigação, o mesmo que se não tivesse dado a *acceptilatio*.

Verifica-se do referido fragmento que Ulpiano⁴⁴⁰, baseado na opinião de Juliano, atesta o efeito liberatório da *acceptilatio* também na obrigação alternativa. Isso porque, assim como a *solutio*, no caso de o adimplemento da obrigação estar sob os efeitos de uma condição, a *acceptilatio* também terá os seus efeitos obstados enquanto a condição não for integralmente verificada.

Ocorre que, além do entendimento de que, na obrigação alternativa, a *acceptilatio* de uma das prestações libera o devedor e extingue a obrigação, é possível também encontrar fragmentos no Digesto a respeito dos efeitos da *acceptilatio* parcial na obrigação alternativa.

Importante relembrar, apenas para fins de contextualização, que no tópico acima (3.5.1) foram abordados os efeitos do adimplemento parcial da obrigação alternativa no direito clássico romano. Com base nos fragmentos estudados, foi possível concluir, de maneira geral, que não se admitia a extinção da obrigação com o adimplemento parcial de uma das prestações deduzidas no objeto.

⁴⁴⁰ O mesmo entendimento sobre os efeitos liberatórios da *acceptilatio* de uma das prestações na obrigação alternativa pode ser encontrado em outros fragmentos do Digesto, tais como: D. 2, 14, 27, 6 e D. 34, 3, 7, 1.

Apesar disso, verifica-se no fragmento D. 46, 4, 17, uma solução singular de Juliano a respeito da *acceptilatio* parcial, já que o jurisconsulto admite os efeitos liberatórios do devedor na hipótese:

Iul. 54 digest., D. 46, 4, 17

Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis peremit et petere quinque aut partem hominis potest.

Se aquele, a quem se fez uma promessa verbal e solene (“*stipulatio*”) de um escravo ou a soma de dez, der a *acceptilatio* de cinco, extingue parte da promessa, e poderá pedir parte dos cinco ou parte do escravo

O entendimento de Juliano, portanto, seria no sentido de que, havendo a *acceptilatio* de parte de uma das prestações, haveria a liberação parcial do devedor, que, em consequência poderia liberar-se da obrigação entregando ou a outra metade da mesma prestação ou a metade da outra prestação.

Essa solução, no entanto, contrasta com os demais fragmentos estudados no tópico 2.5.1, que demonstravam, em tese, que a regra geral, para o Direito Romano clássico, era de que o adimplemento parcial não tinha qualquer efeito liberatório. Assim, se o adimplemento parcial (*solutio*) não tinha efeitos liberatórios, por certo que a *acceptilatio* parcial, por tratar-se de figura equiparada à *solutio*, não deveria ter também o efeito de liberar o devedor de parte da obrigação alternativa.

Nesse sentido, afirma G. GROSSO⁴⁴¹ que, mais que incomum, a solução dada pelo fragmento não parece justa, já que o benefício recebido pelo credor com metade do valor em dinheiro é muito diferente do benefício de receber a copropriedade de um escravo. Desse modo, pontua que, provavelmente, o fragmento acabou sendo objeto de reforma dos bizantinos.

Para justificar o seu raciocínio, o autor relembra a afirmação de Gaio em seu livro 3, 172, no sentido de que, embora fosse possível o adimplemento parcial de uma obrigação, questionava-se se a *acceptilatio* parcial seria possível:

⁴⁴¹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 209.

*Gai, 3, 172*⁴⁴²

*Item, quod debetur, pro parte recte solvitur;
na autem in partem acceptilatio fieri possit,
quaestitum est.*

Do mesmo modo, aquilo que é devido pode validamente ser pago parcialmente; porém questiona-se se é possível fazer *acceptilatio* parcial.

Diante disso, G. GROSSO⁴⁴³ supõe que, nesse fragmento, Juliano teria negado eficácia à *acceptilatio* da soma de cinco e que a solução adotada teria sido derivada de uma interpretação extensiva por parte dos compiladores, que entenderam pela equiparação integral da *acceptilatio* parcial à *solutio*.

P. ZILLOTTO⁴⁴⁴, no entanto, contesta as ideias de G. GROSSO de que a solução dada pelo texto de Juliano derivava da atividade dos compiladores e que não seria uma solução justa para o credor. De modo geral, para a autora, o raciocínio de Juliano é bastante simples: a *acceptilatio* é um ato derivado da *stipulatio* e, desse modo, tratando-se de uma *stipulatio* alternativa, a *acceptilatio* parcial de uma das prestações teria o efeito de extinguir parcialmente a *stipulatio*, sem eliminar a natureza alternativa da obrigação. Assim, como a *acceptilatio* de dez liberaria o devedor da entrega do escravo Estico, a *acceptilatio* de cinco teria o efeito de liberar o devedor da entrega de metade de Estico, restando, ao devedor, a escolha de entregar o restante de cinco ou a metade de Estico.

Desse modo, entende a autora que o fragmento de Juliano seria genuíno e não interpolado. Ademais, em relação à “injustiça” da decisão, aponta a autora que, diferentemente do caso da *solutio*, em que a decisão de entregar a parte de uma ou outra é do devedor e, então, haveria um risco para o credor, a *acceptilatio* parte de um ato do próprio credor, que teve a oportunidade de avaliar e determinar a satisfação do seu interesse com a entrega de parte da prestação.⁴⁴⁵

⁴⁴² Tradução abaixo de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas de Gaio: primeiros fundamentos de Direito Romano clássico*, São Paulo, YK, 2020, p. 218.

⁴⁴³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), pp. 209-210.

⁴⁴⁴ P. ZILLOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), pp. 204-208.

⁴⁴⁵ P. ZILLOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), pp. 206-207.

Também em defesa de que o texto de Juliano não foi alterado pelos compiladores⁴⁴⁶, M. ZILLIO⁴⁴⁷ expõe que o referido efeito da *acceptilatio*, dado pelo jurisconsulto, poderia decorrer do fato de que a escolha, na obrigação em análise, cabia ao credor. Isso porque, tratando-se de escolha do credor, o seu interesse estaria protegido com a *solutio* ou com a *acceptilatio* parcial, já que partiria dele a escolha do que receber para satisfazer o crédito. Ao contrário, se tratasse de uma obrigação alternativa com escolha do devedor, a *acceptilatio* parcial acarretaria risco ao interesse do credor, uma vez que o crédito poderia ser frustrado com o adimplemento parcial com eficácia extintiva no caso de o devedor, por exemplo, entregar parte de uma prestação que logo seria deteriorada.

Visto isso, conclui-se que a *acceptilatio*, de modo geral, tem efeito liberatório também na obrigação alternativa. Logo, a *acceptilatio* de uma das prestações libera o devedor e extingue a obrigação.

Por outro lado, da análise do fragmento de Juliano, instaurou-se uma divergência doutrinária a respeito do efeito liberatório da *acceptilatio* parcial de uma das prestações na obrigação alternativa. Enquanto parte dos autores entende que o fragmento teria sido alterado pelos compiladores, uma vez que não seria correto e justo a equiparação integral da *acceptilatio* parcial à *solutio*; parte dos autores entende que esse era, de fato, o entendimento do jurisconsulto, pois, assim como a *acceptilatio* de dez liberaria o devedor da entrega do escravo Estico, a *acceptilatio* de cinco teria o efeito de liberar o devedor da entrega de metade de Estico.

2.5.4. PACTUM DE NON PETENDO

Antes de adentrar especificamente ao tema dos efeitos do pacto de não pedir (*pactum de non petendo*) no momento de adimplir a obrigação alternativa, importante lembrar, nesse ponto da pesquisa⁴⁴⁸, que os fragmentos romanos sobre o referido pacto são utilizados pelos doutrinadores romanos como uma das principais evidências de que, para o Direito Romano, a obrigação alternativa era uma obrigação única, embora tivesse duas prestações deduzidas alternativamente em seu objeto.

⁴⁴⁶ Importante ressaltar que a autora relembra que o raciocínio do jurisconsulto também estaria de acordo com outros fragmentos. Como exemplo, cita o fragmento D. 34, 3, 7, em que Ulpiano, remetendo ao entendimento de Juliano, afirma que é possível perdoar não somente o que se deve, mas também parte do que se deve ou parte da obrigação. Isso demonstraria que o jurisconsulto tinha uma tendência a conferir o caráter liberatório à *solutio* e à *acceptilatio* parcial.

⁴⁴⁷ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 131-132.

⁴⁴⁸ O tema foi abordado no tópico 2.4.4.1 deste trabalho.

Para além disso, o pacto de não pedir (*pactum de non petendo*) poderia também ser definido como uma forma de remissão de dívida, que, embora não tivesse o efeito de extinguir o débito⁴⁴⁹, funcionava como uma convenção por parte do credor no sentido de que não escolheria uma das prestações que estava alternativamente deduzida no objeto da obrigação⁴⁵⁰.

Em relação à obrigação alternativa, o principal fragmento para análise do tema é o D. 2, 14, 27, 6, cuja tradução já foi apresentada no tópico 1.4.4.1 do presente trabalho.

Na passagem, Paulo entende que, se o credor convencionar que não irá pedir uma das prestações deduzidas alternativamente no objeto e, depois, vier a pedir a entrega alternativa de todas as prestações deduzidas, “a exceção do pacto de não pedir irá impedir todo o pedido; porque assim como pelo pagamento, pelo pedido e pela aceitação de uma única coisa resolveria toda a obrigação, assim também ocorre se for interposto o pacto de não pedir”⁴⁵¹.

Isso significa que, para o jurisconsulto, havia uma equiparação dos efeitos do *pactum de non petendo* aos efeitos da *solutio* e da *acceptilatio*, uma vez que concentraria a obrigação na outra prestação.

Da análise do referido fragmento, G. GROSSO⁴⁵² aponta que a solução romana para a hipótese seria que, se a escolha fosse de titularidade do credor, e ele pedisse a prestação que havia pactuado, anteriormente, não pedir, era oposto a ele a *exceptio pacti*, que impedia o credor de pedir esta prestação, mas permitia que ele pedisse as demais.

Por outro lado, no caso da escolha de titularidade do devedor, o credor não poderia escolher a outra prestação, sob pena de incorrer na *pluris petitio*. Ocorre que, ao mesmo tempo, a *exceptio* tinha como efeito impedir que o credor acionasse o devedor de forma direta para que entregasse uma ou outra prestação. Assim, a obrigação encontrava-se em uma situação de paralização integral.⁴⁵³

⁴⁴⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 210.

⁴⁵⁰ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 133.

⁴⁵¹ Traduzido com base em M. CUNHA LOPES E VASCONCELLOS *et al.*, in *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, v. 1, São Paulo, YK, 2017, pp. 153-154; e, de forma complementar, I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de del Derecho Civil Romano*, t. 1, Barcelona, Jaimes Molina, 1889, p. 284 e A. WATSON, *The Digest of Justinian*, v. 1, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1998, p. 69.

⁴⁵² G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 210.

⁴⁵³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 210.

Ocorre que esse raciocínio acabou sendo apontado como um objeto de interpolação por diversos autores⁴⁵⁴. Afirma P. BONFANTE⁴⁵⁵, nesse sentido, que o direito justinianeu entendia que o *pactum de non petendo* tinha como efeito impedir que se escolhesse uma ou outra prestação, enquanto, no direito clássico, a obrigação alternativa seria extinta somente em relação à prestação a que se referia o pacto, permanecendo intacta em relação às demais prestações.

E. ALBERTARIO⁴⁵⁶ questiona a solução apresentada pelo fragmento, em continuidade ao raciocínio do autor supracitado, uma vez que pretende o “alargamento” da eficácia do pacto em relação à obrigação firmada pelas partes, que, como visto, teria o mesmo efeito da *solutio* e da *acceptilatio*.

Para reforçar o seu entendimento, o autor relembra que é possível encontrar solução oposta ao referido fragmento em outra passagem de Paulo, na qual foi analisada uma compra e venda alternativa, cujo vendedor pactuou a “desistência” da venda de uma das prestações:

Paul. not ad Iul, D. 18, 5, 4

Si emptio contracta sit togae puta aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emptio maneat, puto resolvi obligationem huius rei nomine dumtaxat.

Se, por exemplo, for contratada a compra e venda de uma toga ou de um prato e o vendedor pactuar a desistência da venda de um desses objetos, penso que a venda somente fique resolvida relativamente à coisa que versou a desistência.

Embora o caso não trate especificamente de um *pactum de non petendo*, mas, sim, de um pacto adjeto com efeitos bastante parecidos, E. ALBERTARIO⁴⁵⁷ aponta que, para o jurisconsulto, os efeitos do pacto não poderiam ser os mesmos da *solutio* e da *acceptilatio*, uma vez que, diferentemente das referidas figuras, o pacto não levava à extinção da obrigação, mas na redução do objeto da obrigação na prestação restante, tornando a obrigação alternativa em uma obrigação simples.

⁴⁵⁴Cf.: P. BONFANTE, *Corso cit.* (nota 4 supra), p. 174. E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), 1940, p. 66. G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* (nota 8 supra), p. 210.

⁴⁵⁵ P. BONFANTE, *Corso cit.* (nota 4 supra), p. 174.

⁴⁵⁶ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 66.

⁴⁵⁷ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 66.

Adotando o mesmo raciocínio, M. ZILLIO⁴⁵⁸ afirma que, no fragmento sobre a compra e venda, o pacto não levou à resolução definitiva do contrato após a alteração do objeto que estava sendo vendido. Ao contrário, o pacto tinha como eficácia a transformação da obrigação alternativa em uma obrigação simples, já que restringia o seu objeto.

Apesar das análises apresentadas, P. ZILLIOTO⁴⁵⁹ enfrenta o primeiro fragmento (D. 2, 14, 27, 6) de forma divergente, com fundamento no procedimento formular. Segundo a autora, o *pactum de non petendo* teria a referida eficácia por tratar-se de uma forma de remissão de dívida. Nesse sentido, explica que, se o credor pactua que não escolherá uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação alternativa, ele acaba tolhendo o direito de escolha do devedor e é exatamente por esse motivo que o devedor poderia, no momento da escolha, opor ao credor a exceção referente ao pacto, paralisando toda a sua pretensão de receber o crédito.

Assim como a autora, A. D'ORS⁴⁶⁰ destoa dos pensamentos dos juristas supracitados, ao afirmar que a diferença de soluções apresentadas por Paulo não decorria de uma divergência entre o entendimento do Direito Romano clássico e do direito justiniano, mas, sim, de uma característica específica das obrigações sob análise.

Para o autor, a referida diferença tinha como razão o fato de que, no primeiro texto (D. 2, 14, 27, 6), o jurisconsulto analisa uma obrigação alternativa com escolha de titularidade do devedor e, no segundo caso (D. 18, 5, 4), uma obrigação cuja titularidade da escolha é do credor^{461 462}.

Como o primeiro texto era uma obrigação de escolha do devedor⁴⁶³, era necessário que o *pactum de non petendo* também garantisse um benefício ao devedor, já que não poderia acarretar, simplesmente, a transferência da escolha ao credor, tolhendo o direito do devedor. Por essa razão, o referido pacto em relação a uma das prestações, provocaria forçosamente a liberação do devedor, que exercerá o direito de escolha em relação à prestação perdoada pelo credor. Diferentemente, o segundo texto apresenta uma obrigação cuja escolha está designada

⁴⁵⁸ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 137-138.

⁴⁵⁹ ZILLIOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), pp. 217.

⁴⁶⁰ A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 13.

⁴⁶¹ Essas diferenças de titularidade, segundo o autor, não seriam fáceis de enxergar de uma simples leitura do fragmento, uma vez que a técnica compilatória dos textos dos jurisconsultos clássicos, alinhada a uma tendência de interpretá-los conforme uma teoria única da obrigação alternativa, borraram essas expressões que poderiam esclarecer suficientemente essa diferença.

⁴⁶² A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 13.

⁴⁶³ Para chegar a essa conclusão, o autor afirma que, ao que parece, o credor teria à disposição uma fórmula característica dos casos em que a titularidade era do devedor.

ao credor e, conseqüentemente, ele pode perdoar uma das prestações entre aquelas que pode escolher. Assim, o credor não faz mais do que limitar a sua própria faculdade de escolha ou, como diria o autor, renunciar uma das ações que dispõe.⁴⁶⁴

Da análise dos posicionamentos acima, verifica-se a existência de interpretações divergentes a respeito do efeito do *pactum de non petendo* na obrigação alternativa.

De um lado, acredita-se que, se a titularidade da escolha era do credor e este pedisse ao devedor que entregasse a prestação, que, anteriormente, havia pactuado não pedir, era oposta a ele a *exceptio pacti*, cujo escopo era, justamente, impedir o credor de pedir a referida prestação.

Já no caso da escolha de titularidade do devedor, o credor não poderia escolher a outra prestação, sob pena de incorrer na *pluris petitio*. Ocorre que, ao mesmo tempo, a *exceptio* tinha como efeito impedir que o credor acionasse o devedor de forma direta para que entregasse uma ou outra prestação. Assim, a obrigação encontrava-se em uma situação de paralização integral.

De outro lado, entendeu-se que os efeitos pacto não poderiam ser os mesmos da *solutio* e da *acceptilatio*, uma vez que, diferentemente das referidas figuras, o pacto não levava à extinção da obrigação, mas na redução do objeto da obrigação na prestação restante, tornando a obrigação alternativa em uma obrigação simples.

Ainda de uma terceira perspectiva, há o entendimento de que o *pacto de non petendo* teria efeito de uma remissão de dívida. Assim, se o credor pactua que não escolherá uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação alternativa, ele acaba tolhendo o direito de escolha do devedor e é exatamente por esse motivo que o devedor poderia, no momento da escolha, opor ao credor a exceção referente ao pacto, paralisando toda a sua pretensão de receber o crédito.

2.6 IMPOSSIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES

Para finalizar o capítulo sobre os efeitos da escolha na solução e extinção da obrigação alternativa, passa-se à análise das conseqüências referentes à hipótese de uma das prestações vir a tornar-se impossível.

⁴⁶⁴ A. D'ORS, *En torno cit.* (nota 38 supra), p. 14.

2.6.1. REGRA GERAL

De modo geral, entendia-se que a impossibilidade superveniente de uma das prestações, seja por causa não imputável, seja por causa imputável ao devedor, tinha como efeito reduzir o objeto da obrigação à outra prestação. Nesse sentido, se a obrigação era alternativa entre duas prestações, a obrigação reduzia-se em uma obrigação simples. Se no objeto da obrigação havia mais de duas prestações, a obrigação permanecia alternativa, mas com o objeto reduzido a essas prestações restantes.⁴⁶⁵

Essa regra pode ser vista, por exemplo, no fragmento *Ulp. 27 ad ed.*, D. 13, 4, 2, 3, no qual Ulpiano trata de uma *stipulatio* alternativa, em cujo objeto estão deduzidos, alternativamente, os escravos Estico e Pânfilo, ocorrendo a definição do objeto da obrigação em razão da morte de um dos escravos:

Ulp. 27 ad ed., D. 13, 4, 2, 3

Scaevola libro quinto decimo quaestionum ait non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. (...)

Disse Cévola no livro décimo das Questões, que, na verdade, nem sempre está no poder do devedor o que tacitamente está compreendido na *stipulatio*, há que está em seu arbítrio o que deverá e não se deverá. E, por isso, quem prometeu dar Estico ou Pânfilo pode escolher, enquanto vivem ambos, qual irá entregar. Mas quando falecer um, extingue a sua escolha, para que não esteja a seu arbítrio se deverá, não querendo entregar o que vive, que é o único que deve (...).

A decisão de Cévola, reportada por Ulpiano, funda-se na seguinte argumentação: se, apesar da impossibilidade superveniente de uma das prestações, a escolha permanecesse conservada, a obrigação de adimplir dependeria exclusivamente da vontade do promitente, que poderia escolher o objeto impossível e, assim, estaria liberado, o que seria evidentemente contrário ao espírito do contrato.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 216.

⁴⁶⁶ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 58.

No mesmo sentido, há o fragmento de Pompônio (*Pomp. 7 ex Plaut., D. 31,11, 1⁴⁶⁷*) no qual o jurisconsulto, seguindo o entendimento de Juliano, analisa um legado alternativo *per damnationem* de dois escravos: Estico e Pânfilo, levando em consideração duas causas diversas, que levam à determinação do objeto da obrigação, assim como os seus efeitos.

A determinação do objeto da obrigação, segundo o fragmento, pode ocorrer mediante a simples declaração da escolha. Assim, se o herdeiro afirmar que pretende dar o escravo Estico, ele exercita a sua escolha e perde o *ius poenitendi*. Do outro lado, o legatário tem o seu direito restrito ao escravo Estico, como o único objeto que restou na obrigação.

Nesse contexto, se o escravo Estico vier a morrer, após a declaração da escolha, o herdeiro será liberado definitivamente da obrigação por impossibilidade superveniente, não devendo prestar nada ao legatário, nem mesmo o escravo Pânfilo.

Ainda, segundo Pompônio, ocorre o mesmo efeito se um dos dois escravos morrer antes do dia de abertura do testamento (*ante diem legati cedentem*). Assim, se em um segundo momento também o outro escravo for morto, o herdeiro estaria completamente liberado da obrigação.

Esta regra está exposta também em *Paul. 33 ad ed., D. 18, 1, 34, 6*:

Paul. 33 ad ed., D. 18, 1, 34, 6

Si emptio ita facta fuerit: "est mihi emptus Stichus aut Pamphilus", in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debetur: unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet.

Se a compra foi feita deste modo: “eu compro <os escravos> Estico ou Pânfilo”, é faculdade do vendedor dar o que ele quiser, como na *stipulatio*. Mas se um morrer, há que dar o que sobrou; e, portanto, o risco do primeiro cabe ao vendedor e o do último ao comprador. Mas se também morreram ao mesmo tempo será devido o preço, porque certamente um viveu sob o risco do comprador. O mesmo se aplicaria se estivesse sob o arbítrio do comprador ter o que ele quiser, cuja escolha seria sobre qual dos dois comprará e não se comprará.

Paulo estuda, no caso, a hipótese de uma compra e venda alternativa de dois escravos, abordando as regras relativas ao risco de uma das prestações tornar-se impossível. O jurista

⁴⁶⁷ A tradução deste fragmento pode ser encontrada no tópico 2.3.

conclui que, enquanto a obrigação se mantiver alternativa, o risco da morte de um dos escravos fica a cargo do vendedor.

Portanto, se, antes da entrega, um dos escravos vier a morrer, define-se o objeto da obrigação no segundo escravo, que deverá ser prestado. Se depois, o segundo também vier a morrer e, do mesmo modo, se ambos morrerem simultaneamente, o vendedor é liberado, mas o comprador deve pagar o preço, com fundamento no princípio *periculum est emptoris*, segundo G. IMPALLOMENI⁴⁶⁸.

Além disso, o jurisconsulto questiona qual seria a consequência de ambos os escravos acabarem morrendo de forma simultânea. Em resposta, Paulo afirma que será devido o preço porque *unus utique periculo emptoris vixit*⁴⁶⁹. Nesse sentido, V. ARANGIO-RUIZ⁴⁷⁰ entende que, embora a regra geral afirme que o risco corre pelo vendedor, essa máxima não se aplica no caso em que ambas as prestações se tornam, simultaneamente, impossíveis.

A mesma regra geral, em comento, também pode ser deduzida do fragmento *Paul, 22 quaest, D. 9, 2, 55*, embora trate-se de um caso ligeiramente diverso dos anteriores:

⁴⁶⁸ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 57.

⁴⁶⁹ “um estava sob o risco do comprador” (tradução nossa)

⁴⁷⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2, Napoli, 1956, p. 268.

Paul, 22 quaest, D. 9, 2, 55

Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi: cum viliores occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Iam pretium stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? Et sufficere fuisse pluris cum occideretur vel intra annum. Hac quidem ratione etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.

Tício prometeu os escravos Estico ou Pânfilo, valendo Estico dez mil e Pânfilo vinte, e aquele que fez a promessa matou Estico antes de incorrer em mora. Se perguntou a respeito da ação da *lex Aquilia*. Respondi que, tendo matado o de menor preço, sobre este particular o credor em nada se diferencia de um estranho <à relação>. Assim, pois, de quanto se fará a estimativa, no caso de dez mil, que valia o morto, ou de quanto vale o que tenho necessidade de dar, isto é, quanto me interessa? E o que diremos se também Pânfilo vier a morrer sem que seja incorrida em mora? Já neste caso se diminuirá o preço de Estico porque ficou livre o promitente, e bastará para que tivesse valido mais, quando foi morto ou dentro de um ano. E, na verdade, por esta razão, ainda que tivesse sido morto dentro de um ano depois da morte de Pânfilo, parecerá que foi de mais valor.

Paulo examina a hipótese de uma obrigação alternativa, com a escolha de titularidade do devedor, na qual uma das duas prestações deduzidas na obrigação tornou-se impossível por fato imputável ao credor, antes que o devedor tivesse constituído em mora. Neste caso, a determinação do objeto da obrigação é considerada como ocorrida, com conseqüente perda do direito de escolha pelo devedor, sem prejuízo do seu direito de agir com fundamento na *Lex Aquilia*.

Diante disso, G. IMPALLOMENI⁴⁷¹, aplicando o método dedutivo a fim de compreender qual seria o efeito jurídico da situação contrária descrita no fragmento, afirma que, se a morte do escravo tivesse ocorrido após a constituição em mora do credor, a solução seria diferente. Isso porque a oferta da coisa já havia definido o objeto da prestação no escravo escolhido, incidindo todas as suas conseqüências. Assim, se o escravo escolhido viesse a morrer, não há aplicação da ação aquiliana, já que o devedor não sofreu nenhum dano. Por outro lado, tendo

⁴⁷¹ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 59.

sido morto o escravo não escolhido, o devedor poderia valer-se de ação para obter o maior valor daquele escravo no ano.

Ainda, em relação a esse fragmento, aponta G. CARNAZZA⁴⁷² que o dano deverá ser estimado em consonância não só com o valor da prestação destruída, mas em consideração também ao maior valor que teve a prestação remanescente, se esta for efetivamente prestada.

Da mesma forma, G. GROSSO⁴⁷³ afirma que o princípio de que a impossibilidade superveniente de uma das prestações faz com que o objeto seja reduzido à prestação restante é limitado para o caso de mora do credor. Se o credor está em mora e, nesse momento, uma das prestações torna-se impossível, Javoleno entende, no fragmento D. 45, 1, 105, que a obrigação será extinta, salvo se houver dolo do devedor na impossibilidade da prestação.

Iav. 2 epist., D. 45, 1, 105

Stipulatus sum damam aut erotem servum dari: cum damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.

Estipulei que me darias o escravo Damas ou Eros; ao dar-me o escravo Damas, fui moroso em recebe-lo; tendo morrido Damas, opinas que posso acionar pelo que foi estipulado?” Respondi que, sendo o parecer de Sabino, opinava que não poderia exercitar a ação. Ele opinava com razão porque, se o devedor não tivesse incorrido em mora no pagamento, ele ficaria imediatamente livre da dívida

Diante dos fragmentos ora analisados, é possível concluir que, no caso da obrigação alternativa com escolha designada ao devedor, a impossibilidade superveniente de uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação acarreta a redução do objeto da obrigação na(s) prestação(ões) restante(s) no objeto. Assim, pela regra geral, se havia duas prestações alternativamente deduzidas no objeto e uma vir a tornar-se impossível, a obrigação torna-se simples com somente uma prestação em seu objeto.

Ocorre que os romanos limitaram essa regra geral, entendendo que, no caso de uma das prestações tornar-se impossível de forma superveniente quando o credor estava em mora ou por qualquer ato culposo do credor, o devedor é liberado da obrigação e não deve mais entregar a outra prestação.

⁴⁷² G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 172.

⁴⁷³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 218.

2.6.2. LIBERAÇÃO DO DEVEDOR PELO PAGAMENTO DA *AESTIMATIO*: ANÁLISE E CRÍTICAS À EXEGESE DE V. SCIALOJA

No tópico acima, verificamos que havia um possível complexo harmônico de soluções dos jurisconsultos romanos em relação à impossibilidade superveniente de uma das prestações, cujos fragmentos indicam a existência de uma regra geral aplicável a esses casos.

Ocorre que, além do referido limite à regra geral, relacionado à hipótese em que a impossibilidade superveniente da prestação ocorre quando o credor já está em mora ou por culpa do devedor, o referido complexo harmônico acaba sendo questionado em razão de alguns fragmentos que trazem uma regra dissonante: a possibilidade de liberação do devedor por meio do pagamento do valor estimado da prestação que se tornou impossível.

Esses fragmentos foram objeto de análise das doutrinas romanistas, com destaque especial à exegese realizada por V. SCIALOJA, no artigo “Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche”, publicado no volume 11 do *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, do ano de 1889-1900.

A exegese do referido autor e suas conclusões foram objeto de análise de diversos romanistas do século XX, que, em geral, concordaram com o estudo e com a análise realizada, havendo, no entanto, algumas dissonâncias ao entendimento do referido autor.

Tendo em vista o farto material sobre o assunto, em razão das publicações em volta do texto de V. SCIALOJA, no presente tópico, serão apresentadas as conclusões do autor, com base nos fragmentos romanos, e, em seguida, serão abordados os pensamentos dos romanistas posteriores que concordaram ou discordaram da opinião do jurista.

Para iniciar o estudo, deve-se ater à solução abordada por Ulpiano no fragmento D. 30, 47, 3, que acaba questionando a regra geral verificada no tópico acima:

Ulp., 22 ad. Sab., D. 30, 47, 3

Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est factururus legatario. Qua ratione placuit et, si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut, "si in potestate ambo redirent", sed "si vel alter", et "vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam".

Mas se for legado <os escravos> Estico ou Pânfilo, e um deles estiver fugitivo ou em poder dos inimigos, deve-se entregar o presente ou <o valor> estimado do ausente; porque deve-se deixar o herdeiro com <o direito> de escolha sempre e quando não causar mora ao legatário. Por esta razão, determinou-se também que se um dos dois <escravos> tiver falecido, se há de entregar, de qualquer modo, o outro ou o preço daquele que morreu. Mas se ambos estiverem fugitivos, não se há de dar caução deste modo, se ambos retornarem sob o poder. Mas se for um dos dois, deverá ser entregue ou este ou <o valor> estimado do ausente.

O fragmento trata de um legado alternativo *per damnationem* de dois escravos, cuja escolha é de titularidade do herdeiro. O jurisconsulto afirma, ao analisar as hipóteses ocorridas, que se um dos escravos fugir ou estiver preso com algum inimigo, o herdeiro, que ainda não foi constituído em mora, poderá entregar o escravo que ainda está na sua posse ou pagar o valor estimado do escravo ausente.

Do mesmo modo, se um dos escravos for morto, o herdeiro também poderá entregar o escravo vivo ou o valor estimado do escravo que foi morto. Ainda, o jurisconsulto afirma que, se ambos se encontram em fuga, o herdeiro prometerá restituir aquele que retornar a sua posse ou o valor estimado do escravo que permanece fugitivo.

Embora muito se tenha tentado fazer conciliar este fragmento com os demais, é certo que há uma diferença notória em relação à impossibilidade superveniente de uma das obrigações, uma vez que prevê a possibilidade de o devedor liberar-se da obrigação por meio do pagamento da "*aestimatio*" da prestação, que acabou tornando-se impossível por causa não imputável ao devedor.⁴⁷⁴

No mesmo sentido o fragmento de Papiniano⁴⁷⁵:

⁴⁷⁴ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 219.

⁴⁷⁵ Em relação a esse fragmento, importante esclarecer que, no *principium*, o jurisconsulto está tratando de uma *stipulatio* alternativa com dois escravos deduzidos, alternativamente, no objeto da obrigação. Diante disso, afirma o jurisconsulto que, se um escravo vier a morrer, o credor poderá pedir somente o escravo sobrevivente, a não ser que houvesse mora sobre o escravo escolhido.

Pap. 28 quaest., D. 46, 3, 95, 1

Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequae peti poterit. Enimvero si factio debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur: aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.

Mas se a escolha for do promitente, se um <escravo> vier a morrer, poderá, igualmente, pedir o escravo sobrevivente. Assim, se um <escravo> estiver morto por culpa do devedor, titular da escolha, ele não pode entregar senão o <escravo> que ainda pode ser entregue; não pode oferecer o valor estimado do escravo se este for muito inferior. Isso foi estabelecido em favor do credor em penalidade do promitente. Todavia, se depois também falecer o outro escravo sem culpa do devedor, não poderá ser exercida, de nenhum modo, a ação da *stipulatio*, porque, no momento em que morreu, não havia efeito a *stipulatio*. Mas como não devem ficar impunes as culpas, será reclamada, não sem razão, a ação de dolo. O caso é diferente se tratar de um fiador que mata o escravo prometido porque o fiador estaria obrigado à ação da *stipulatio*, da mesma maneira que estaria obrigado se o devedor tivesse falecido sem um herdeiro.

Em razão da diferença de soluções dadas pelos juriconsultos, V. SCIALOJA⁴⁷⁶ debruçou-se sobre os fragmentos e realizou uma profunda exegese, cuja primeira conclusão foi de que a solução encontrada “*non è nè logica, nè giuridicamente elegante*”⁴⁷⁷. O autor afirma que substituir o escravo, que era uma prestação deduzida no objeto da obrigação, pelo preço da outra prestação, que se tornou impossível, é um “*solvere aliud pro alio*”⁴⁷⁸, ou seja, obrigar o credor a receber prestação diversa daquela que foi avençada.

Explica o autor que a liberdade do devedor de escolher qual prestação entregar está restrita às prestações pré-determinadas, que já estavam dispostas no objeto da obrigação. Desse

⁴⁷⁶ V. SCIALOJA, *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche*, in BIDR, 11 (1889-1900), p. 64.

⁴⁷⁷ “Não é nem lógica e nem juridicamente elegante” (tradução nossa)

⁴⁷⁸ Destaca-se que P. BONFANTE (in Corso cit. (nota 4 supra), p. 179) utiliza da mesma expressão “*solvere aliud pro alio*” para indicar que essa solução não seria lógica, seja porque era necessário o consentimento do credor para a “alteração” da prestação devida, o que não se vê nesse caso, seja porque essa regra contradiz todo o raciocínio romano sobre a obrigação alternativa em casos de impossibilidade superveniente, que, como visto, viria a tornar-se simples. Assim, tal qual V. SCIALOJA, P. BONFANTE atribui essa solução à atividade dos compiladores.

modo, a possibilidade de o devedor liberar-se da obrigação pelo preço de uma das prestações romperia com a harmonia e a lógica por trás da obrigação alternativa.⁴⁷⁹

Nesse sentido, afirma também que a reconstrução do texto D. 46, 3, 95, 1 não era uma tarefa fácil, ao mesmo tempo em que não havia dúvidas de que ocorreu a intervenção dos compiladores. No entanto, apesar da dificuldade, o autor parte do seu conhecimento sobre o pensamento de Papiniano e afirma que, provavelmente, o texto originário tinha como previsão a redução da obrigação alternativa em uma obrigação simples, também no caso de a impossibilidade superveniente de uma prestação ocorrer por culpa do devedor.⁴⁸⁰

Isso porque o primeiro inciso rompe o discurso e o raciocínio do *principium*, limitando os seus efeitos em razão da culpa do devedor pela impossibilidade do objeto, e essa limitação, em sua opinião, parece totalmente arbitrária. Além disso, questiona o autor a aplicação da *actio doli* na conclusão do fragmento, pois não haveria sentido de transformar a culpa do devedor em uma ação dolosa.⁴⁸¹

Acrescenta o autor, ainda, que a regra do referido fragmento se difere da lógica e da elegância da jurisprudência clássica, mas aparenta estar em consonância com a tendência justinianeia. Sobre isso, afirma que, no fragmento D. 30, 47, 3, 2, a “*aestimatio*” aparece como um substituto da prestação, de modo que os compiladores, a fim de preservar a equidade e pela pressa de sua atividade, acabaram dando uma aplicação ilógica no parágrafo sucessivo.⁴⁸²

Especificamente em relação ao fragmento D. 30, 47, 3, 2, concorda G. IMPALLOMENI⁴⁸³, afirmando que houve interpolação, uma vez que, em razão dos efeitos da titularidade da escolha, o devedor poderá liberar-se mediante o pagamento do valor estimado da prestação que se tornou impossível⁴⁸⁴, o que, para o autor, certamente, pode ser atribuído à atividade de inovação justinianeia, baseada na ideia de que o herdeiro sempre deve ser o titular do direito de escolha quando tiver incorrido em mora.

⁴⁷⁹ V. SCIALOJA, *Tribonianismi* cit. (nota 476 supra), p. 64.

⁴⁸⁰ V. SCIALOJA, *Tribonianismi* cit. (nota 476 supra), p. 67.

⁴⁸¹ V. SCIALOJA, *Tribonianismi* cit. (nota 476 supra), p. 68.

⁴⁸² V. SCIALOJA, *Tribonianismi* cit. (nota 476 supra), p. 68.

⁴⁸³ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 91.

⁴⁸⁴ Importante ressaltar que, em geral, há uma concordância entre os romanistas em relação à interpolação do fragmento. Cf.: E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), pp. 79-81; G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 220; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 417; M. KASER, *Römisches* cit. (nota 8 supra), p. 413.

Diante disso, V. SCIALOJA⁴⁸⁵ afirma que, no direito clássico, a regra era de que a obrigação alternativa tornar-se-ia simples com a impossibilidade superveniente de uma das prestações, restando na obrigação a prestação que ainda estava no seu objeto. Desse modo, a transformação da obrigação alternativa em uma obrigação facultativa decorre da atividade dos compiladores, inovando na forma em que o devedor poderia liberar-se da obrigação.

Explica E. ALBERTARIO⁴⁸⁶, tomando como parâmetro a exegese do supracitado autor, que essa concessão anômala ao devedor, que poderá liberar-se da obrigação por meio da entrega do valor estimado da obrigação, não muda a regra de que o objeto da obrigação alternativa será definido na prestação supérstite. Isso significa que, mesmo com o direito justiniano, a obrigação perdia o seu caráter alternativo com a impossibilidade superveniente de uma das prestações, tornando-se simples. Todavia, ao mesmo tempo, essa obrigação simples passava a ter um caráter de “obrigação facultativa” (“*cum facultate alternativa solutionis*”).

Assim, a prestação devida era aquela supérstite, mas o devedor poderia também liberar-se da obrigação com o pagamento do valor estimado da prestação que se tornou impossível. Consequentemente, se a prestação supérstite viesse a tornar-se impossível por caso fortuito, o devedor estaria liberado da obrigação, não estando obrigado a pagar o preço da primeira prestação impossível.⁴⁸⁷

G. GROSSO⁴⁸⁸, por sua vez, entende que os bizantinos, ao interpolarem esse texto, pretendiam modificar a solução dada pelo direito clássico em relação à impossibilidade superveniente de uma das prestações, cuja regra geral, em sua opinião, expressava exatamente a estrutura (e as regras gerais) da obrigação alternativa. Assim, com esse intuito “modificativo”, pelo direito justiniano, a impossibilidade superveniente de uma das prestações não definia o objeto na prestação supérstite, mas transformava a obrigação alternativa em uma obrigação *cum facultate alternativa* do devedor, que passa a ter a faculdade de liberar-se da obrigação prestando, no lugar da prestação remanescente, a *aestimatio* daquele objeto que se tornou impossível.

Todavia, apesar da aparente concordância em relação à interpolação existente nos fragmentos de Papiniano e Ulpiano, G. IMPALLOMENI discorda de que essa não seria a conclusão de Papiniano, uma vez que apresenta correspondência com o pensamento do jurisconsulto

⁴⁸⁵ V. SCIALOJA, *Tribonianismi* cit. (nota 476 supra), p. 69.

⁴⁸⁶ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), pp. 80-81.

⁴⁸⁷ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 81.

⁴⁸⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 220.

manifestado em outras oportunidades. Todavia, importante afirmar que o autor, de certo modo, concorda que há questões formais no texto, que fazem desconfiar da atividade compilatória, tais como: a mudança da conjugação para referir-se ao estipulante (primeira pessoa) e ao *petitor* (terceira pessoa); ao invés de referir-se ao valor estimado do escravo (*aestimatio*) utiliza a expressão *praebetur*⁴⁸⁹ para referir-se ao escravo morto.

Para o autor, a alteração das expressões pelos compiladores foi realizada somente para unificar os caracteres processuais e, desse modo, alteraram a ideia de escolha, por exemplo, para o termo processualístico *petitor*. Isso, ao seu entendimento, não significa que os compiladores pretendiam diferenciar os efeitos da mora em relação ao texto originário. Afinal, sem a mora – nem mesmo pelo direito clássico – seria possível explicar a *perpetuatio obligationis*⁴⁹⁰ e, com isso, a responsabilidade do devedor pela morte do escravo escolhido, o que, ao seu ver, foi perfeitamente abordado por Papiniano no fragmento em análise.⁴⁹¹

Assim, considerando que no *principium* questionou-se expressamente os efeitos da mora, é possível, segundo G. IMPALLOMENI, integrá-lo à última parte do parágrafo primeiro do fragmento, assim como enquadrá-lo ao ensinamento de Papiniano exposto no fragmento D. 4, 3, 19:

Pap. 37. quaest., D. 4, 3, 19

Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere neratius priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.

Se antes de incorrer em mora, o fiador tiver matado o animal prometido, responderam Nerácio, Prisco e Juliano, que deve acionar contra ele a ação de dolo, porque, uma vez que o devedor estiver livre da obrigação, consequentemente também estará livre ele.

⁴⁸⁹ No sentido de entregar o escravo morto, ao invés de utilizar a expressão de pagar o preço estimado do escravo morto. Segundo o dicionário “Ernesto Faria” (FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1962, p. 774), a palavra *praebeo* tem o sentido de apresentar, estender, oferecer, dar, fornecer.

⁴⁹⁰ A *perpetuatio obligationis* é o resultado de uma interpretação criativa da jurisprudência romana referente ao período da República, segundo a qual a persistência da ‘acionabilidade’ por meio da *condictio ob rem dare oportere* era baseada na ideia de que a *re dare oportere* era perpetuada ainda que a coisa viesse a perecer. (R. CARDILLI, The Roman Idea of the ‘Perpetuation of the Obligation and the Problem of Contractual Liability, *Ius Romanum*, 2021, disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/iusrom2021&div=9&id=&page=> [13-04-2022]).

⁴⁹¹ G. IMPALLOMENI, *Sull’obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 84

Deste fragmento, deduz-se que, antes de o devedor incorrer em mora, o fiador mata o animal prometido ao credor. Neste caso, o devedor é automaticamente liberado da obrigação por impossibilidade superveniente do objeto, sem sua culpa, uma vez que não se aplica a *perpetuatio obligationis*. Ocorre que, com a liberação do devedor, o fiador também é liberado, de modo que, contra ele, não poderá ser utilizada nenhuma ação contratual. Em vista disso, o credor poderá acionar o fiador com uma *actio doli*.⁴⁹²

O entendimento de Papiniano neste fragmento aparenta ser diferente da ideia de Papiniano em relação ao fiador, responsável por matar a coisa prometida, no fragmento D. 46, 3, 95, 1. Segundo G. IMPALLOMENI⁴⁹³, com base no direito Justinianeu, é fácil entender que a contradição entre os dois fragmentos decorre da ausência de mora do devedor, uma vez que, no fragmento D. 46, 3, 95, 1, não se fala na sua ausência como no fragmento D. 4, 3, 19, motivo pelo qual se presume que o devedor estava em mora, o que, conseqüentemente, justificaria a responsabilidade contratual do devedor principal e do fiador, em razão da *perpetuatio obligationis*.

Segundo o autor, pelo direito clássico, a contradição entre os dois fragmentos explica-se do mesmo modo. Isso porque o jurisconsulto no *principium* aborda expressamente que se trata de uma hipótese de devedor que já incorreu em mora e, sendo assim, a mesma situação, originariamente, também estaria presente no parágrafo primeiro do mesmo fragmento. Sobretudo porque não se poderia comparar por outro motivo a morte do devedor principal sem herdeiro à liberação do devedor principal pela impossibilidade superveniente do objeto, mesmo que por fato do fiador, como parece afirmar o texto.⁴⁹⁴

Assim, entende o autor, que, originariamente, o parágrafo primeiro do texto de Papiniano deveria apresentar e contrastar os efeitos da presença da mora ou da ausência da mora do devedor, de modo que, somente a presença de mora foi comparada à hipótese da morte do devedor principal sem herdeiro. No entanto, com o intuito de simplificar o texto, os compiladores acabaram suprimindo a menção à presença ou à ausência de mora, que era muito importante para a compreensão do pensamento de Papiniano na hipótese em análise. Portanto, a conclusão de Papiniano decorre do fato de, na hipótese em análise, o devedor já ter incorrido em mora no momento em que o fiador mata o escravo prometido.⁴⁹⁵

⁴⁹² G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 84

⁴⁹³ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 85.

⁴⁹⁴ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 85.

⁴⁹⁵ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 86.

Do mesmo modo, G. CARNAZZA⁴⁹⁶ afirma, em relação ao entendimento de Papiniano, que o pensamento do jurisconsulto era de que, se a culpa do devedor era a única causa pela privação do credor ao seu crédito, o devedor não terá o direito ao pagamento da *aestimatio*. Todavia, em todos os outros casos, o autor entende que deve prevalecer o entendimento de que é direito do devedor o pagamento do valor estimado daquela prestação que se tornou impossível.

O autor, ainda, em análise ao fragmento D. 30, 47, 3 de Ulpiano afirma que não se poderia restringir a aplicação da *aestimatio* aos casos de legado, pois não há nenhum elemento naquele fragmento que, racionalmente, possa restringir o raciocínio do jurisconsulto ao tema de legados, devendo ser interpretado de forma extensiva para que a regra relativa ao vínculo entre o herdeiro e o legatário também seja aplicável ao devedor e ao credor.⁴⁹⁷

Diante disso, G. CARNAZZA⁴⁹⁸ passa a analisar os fragmentos ora estudados conjuntamente ao fragmento D. 13, 4, 2, 3 de Ulpiano, no qual, como já visto⁴⁹⁹, o jurisconsulto analisa o caso de uma simples *locorum alternatio* (alternatividade em relação ao local da prestação) e o de uma *alternatio rerum locorum alternatione* (alternatividade em relação ao objeto da obrigação e ao lugar de executá-la).

No referido fragmento, há a perda do direito de escolha por parte do devedor⁵⁰⁰ e, embora pareça contraditório aos demais fragmentos do jurisconsulto Ulpiano, G. CARNAZZA entende que se pode fazer uma interpretação harmoniosa entre todos os fragmentos. Desse modo, a extinção do direito de escolha do devedor estaria em consonância com a transformação da obrigação alternativa em uma *facultas alternativa*, uma vez que a obrigação facultativa não tem a previsão de direito de escolha.⁵⁰¹

Ainda, os fragmentos também estariam em harmonia porque, no fragmento D. 13, 4, 2, 3, Ulpiano deixa claro que o devedor perde o seu direito de escolha porque não pode estar ao seu arbítrio “*se deverá*”. Nesse sentido, para o autor, o direito do devedor de satisfazer a

⁴⁹⁶ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 152.

⁴⁹⁷ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), pp. 161-162.

⁴⁹⁸ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 162.

⁴⁹⁹ O fragmento foi traduzido no capítulo 3.2 do presente trabalho.

⁵⁰⁰ Em relação a esse fragmento, M. ZILIO (*in La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), p. 146) aponta que essa decisão de Cévola, citada por Ulpiano, aparenta ser o resultado de uma profunda racionalidade prática. Isso porque, se o devedor pudesse exercer sua escolha após a morte de um dos escravos, a obrigação de adimplir ficaria a depender do arbítrio do promitente, que poderia escolher a prestação impossível e liberar-se, o que seria evidentemente contrário ao espírito de qualquer contrato.

⁵⁰¹ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 162.

obrigação por meio do pagamento da *aestimatio* da prestação que se tornou impossível cessa o perigo de que o devedor possa escolher se deverá.⁵⁰²

Assim, o autor entende que, no conceito de Ulpiano, a obrigação alternativa somente seria extinta se o devedor não pudesse escolher entre a prestação restante ou a prestação já impossível, mas não se pode dizer que ele privou o devedor também da *facultas solutionis*.⁵⁰³

Isso significa, então, que não haveria contradição entre os fragmentos porque, mesmo enunciando que o devedor teria que entregar a prestação que remanesce no objeto da prestação, isso decorre do fato de que, com a impossibilidade superveniente de uma das prestações, a obrigação tornou-se facultativa e a prestação “remanescente” é, agora, a única que se encontra no objeto da obrigação, de modo que a *aestimatio* estaria *in facultate solutionis*.

Assim, conclui G. CARNAZZA⁵⁰⁴ pela existência, na obrigação alternativa do Direito Romano, do princípio de que o devedor (titular da escolha) pode liberar-se da obrigação também pagando, em vez da prestação que remanesce na obrigação, a *aestimatio* da prestação que se tornou impossível, a qual se entende estar *in facultate solutionis*.

Para o autor, haveria somente uma exceção a essa regra, que é a existência de uma diferença muito grande de valores entre a prestação culposamente destruída e aquela que permaneceu no objeto da obrigação. Ainda assim, essa exceção deveria ser apreciada com fundamento na equidade, uma vez que o devedor, em uma obrigação alternativa, tinha a faculdade de escolher qual das prestações deduzidas no objeto da obrigação iria pagar ao credor e, assim, poderia escolher dar a prestação de menor valor sem que houvesse a necessidade de destruir a outra.⁵⁰⁵

Por fim, merece destaque a interpretação do fragmento de Ulpiano, D. 30, 47, 3, apontada por M. ZILLIO⁵⁰⁶ em sua recente tese de doutorado. Segundo a Autora, é necessário atentar-se que o jurisconsulto está tratando, naquela hipótese, de duas situações fáticas diferentes: uma, em que o escravo está fugitivo ou em poder do inimigo de guerra; outra, em que o escravo foi morto. Assim, explica que, para o Direito Romano clássico⁵⁰⁷, somente a

⁵⁰² G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 162.

⁵⁰³ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 162.

⁵⁰⁴ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 165.

⁵⁰⁵ G. CARNAZZA, *Le obbligazioni* cit. (nota 45 supra), p. 169.

⁵⁰⁶ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 150-154.

⁵⁰⁷ Possível encontrar nas fontes romanas hipóteses em que *res apud hostes* fosse objeto de negócios jurídicos, tais como o legado (*Iul.*, 1 ad Urs. Fer., D. 30, 104, 2), *stipulatio* e compra e venda (*Pomp. 10 epist.*, D. 19, 1, 55).

morte do escravo era considerada uma hipótese de impossibilidade superveniente da prestação, enquanto a fuga ou a captura do escravo não eram assim consideradas.

Por esse motivo, quando se tratava de uma hipótese de fuga do escravo ou de captura, o objeto da obrigação não era definido na prestação supérstite, restando, ainda, ao devedor a escolha de “qual prestação entregar” e ao credor a possibilidade de receber “uma ou outra prestação”. Desse modo, na tentativa de deixar a obrigação mais “justa” para o credor, que poderia não receber nada, Ulpiano teria encontrado a solução de permitir a entrega do valor do escravo fugitivo.⁵⁰⁸

E, apesar da diferença fática das duas hipóteses (de morte ou fuga/captura do escravo), acabou aplicando a mesma solução também para o caso de morte do escravo, por entender que isso possibilitaria “assicurare il soddisfacimento dell’interesse del creditore a ricevere una delle prestazioni, il che rappresenta – come più volte si è sottolineato –, los copo precípua cui è preordinato il modulo dell’obbligazione alternativa”⁵⁰⁹.⁵¹⁰

2.6.3. IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE E FRAUDE AO CREDOR: ANÁLISE DO INTERESSE E DO RISCO DO CREDOR POR G. IMPALLOMENE

Além das questões abordadas acima, nesse tópico discorrer-se-á sobre a consequência, pelo direito clássico, da impossibilidade de uma das prestações por fato culposo ou mesmo voluntário e injustificado do devedor, com base na pesquisa desenvolvida por G. IMPALLOMENE, com base no artigo “*Sull’obbligo del debitore ala conservazione degli oggetti promessi alternativamente*” publicado, em 1959, na revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris*.

Essa hipótese é analisada nos fragmentos D. 40, 9, 5, 2 e D. 40, 9, 6, respectivamente, de autoria de Juliano e Cévola, por meio dos quais é possível, segundo G. IMPALLOMENE⁵¹¹, verificar uma evolução jurisprudencial.

Para demonstrar seu entendimento, o autor parte da análise dos referidos textos de Juliano e Cévola:

⁵⁰⁸ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 150-154.

⁵⁰⁹ “Assegurar a satisfação do interesse do credor de receber uma das prestações, o que representa – como já foi apontado várias vezes –, o propósito principal da obrigação alternativa” (tradução nossa).

⁵¹⁰ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 150-154.

⁵¹¹ G. IMPALLOMENE, *Sull’obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 60.

Iul. 64 dig., D. 40, 9, 5, 2

Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat eosque stipulanti Maevio ita promiserit "Stichum aut Pamphilum dare spondes?", deinde, cum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit: libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur. Quamvis enim fuit in potestate Titii, ut Pamphilum daret, tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit. Quod si solum Pamphilum dari promississet, non dubitarem, quin Stichus ad libertatem perveniret, quamvis similiter Pamphilus mori possit: multum enim interest, contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur an extra obligationem sit. Nam et qui ob aureos quinque Stichum et Pamphilum pignori dederit, cum uterque eorum quinque aureorum sit, neuter manumitti potest: at si Stichum solum pignori dederit, Pamphilum non videtur in fraudem creditoris manumittere.

Scaev. 16 quaest., D. 40, 9, 6:

Iulianus de eo loquitur, qui in substantia nihil aliud habeat: nam si habeat, quare non dicetur unum posse manumitti? Quia et uno mortuo solvendo est, et uno manumisso solvendo est, nec adventicii casus computandi sint: alioquin et qui unum incertum ex servis suis promisit, neminem manumittet.

Se Tício não tiver em seus bens nada mais que <os escravos> Estico e Pânfilo, e se os tiver prometido a Mévio, que fez uma stipulatio asism “me prometes dar Estico ou Pânfilo?” e assim, não tendo outro credor, tiver manumitido Estico, é rescindida a liberdade por virtude da Lei Elia Sencia; porque, ainda que estivesse no poder de Tício dar Pânfilo, enquanto não o dar, pode ser que ele venha a morrer, então a manumissão de Estico não pode ser feita sem fraude do promitente. Mas se tivesse prometido que, somente daria Pânfilo, eu não duvidaria que Estico chegasse à liberdade, já que, do mesmo modo, Pânfilo poderia morrer; porque há muita diferença entre o escravo manumito que está compreendido na mesma stipulatio e o que está fora da obrigação. Porque se um tiver dado em penhor por cinco áureos Estico ou Pânfilo, ainda que cada um deles valer cinco áureos, não pode ser manumitido nenhum deles; mas se houver dado em penhor somente Estico, não se considera que a manumissão de Pânfilo é uma fraude ao credor.

Juliano trata daquele que não tem nenhum outro bem: porque se tiver, “por que não se dirá que pode ser um manumitido? Porque é solvente se um morrer, e solvente se um for manumitido; e não se deve levar em conta os casos fortuitos; de outro lado, tampouco o que prometeu um, e não determinado de seus escravos, não manumitirá nenhum.

Diante destes fragmentos, verifica-se que Juliano questiona se, por efeito da Lei *Aelia Senzia*⁵¹², deve ser considerada fraudulenta e, conseqüentemente, nula, a manumissão de um dos dois escravos prometido alternativamente, quando o patrimônio do promitente está limitado nestes dois escravos. Como visto, a resposta dada pelo jurista é afirmativa, entendendo que há fraude por parte do promitente.

Isso porque ambos os escravos estão *in obligatione*. Assim, dada a possibilidade que um desses escravos venha a morrer antes de ser entregue ao credor, a manumissão do outro escravo resultaria um dano ao credor, já que aumentaria o seu risco de ver seu crédito satisfeito.

Para reforçar e explicar o seu entendimento, como se vê, Juliano recorre, por analogia, ao exemplo de um penhor de dois escravos, em que cada um deles tem o mesmo valor, a fim de garantir um débito do mesmo valor. Nesse caso, explica o jurista, não é possível manumitir nenhum dos dois escravos, justamente porque, podendo um deles morrer, é necessário que o débito permaneça garantido pelo outro escravo.

O segundo texto (D. 40, 9, 6) de Cévola aborda e confirma a solução adotada por Juliano, acrescentando que a Lei *Alia Senzia* não seria aplicada no caso se o devedor tivesse outro bem além dos dois escravos. O jurista faz isso comparando a situação com a hipótese de uma promessa solene genérica de um escravo, pois, neste caso, o promitente também não poderia fazer a manumissão.

Isso porque, segundo o jurisconsulto, a eventualidade da morte não precisava ser levada em consideração, em razão da enorme probabilidade de que um gênero, por ser limitado, poderia tornar-se inteiramente impossível. Ocorre que, quanto a isso, discute-se que, na hipótese de Juliano, a manumissão deveria ser considerada fraudulenta justamente pela ausência da improbabilidade de que a prestação tornar-se-ia impossível, já que ele estaria *in obligatione*.⁵¹³

É possível compreender, então, que a decisão de Juliano tem com fundamento substancial o princípio *duae res in obligatione*. Assim, segundo G. IMPALLOMENI, o devedor tem a faculdade de escolha, que só deve ser exercida no momento em que a prestação for

⁵¹² Segundo J. C. MOREIRA ALVES (*in Direito* cit. (nota 6 supra), p. 109), a Lei *Aelia Sentia*, de 4 a.C., definiu algumas restrições à liberdade de manumitir, tais como: i. o senhor de menos de 20 anos somente podia libertar seus escravos pela *manumissio vindicta* quando houvesse a caracterização da justa causa, sob pena de nulidade; ii. O escravo de menos de 30 anos também só poderia ser manumitido por meio da *manumissio vindicta*, com a aprovação do conselho; iii. a manumissão de escravo por devedor insolvente ou por quem a insolvência decorresse da manumissão era nula, sendo considerada fraude ao credor; iv. era proibida a manumissão de escravo que tivesse sofrido castigo infamante, caso em que o escravo tornar-se-ia um peregrino deditício.

⁵¹³ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 62.

executada e, não ao contrário, com a definição do objeto da obrigação por ato arbitrário e independente da entrega da prestação.⁵¹⁴

Desse modo, o devedor que faz uma prestação tornar-se impossível e, conseqüentemente, defina o objeto da obrigação em uma prestação que pode vir a tornar-se também impossível, viola o interesse do credor, que é afetado com o aumento do risco. Por isso, ao manumitir Estico, o promitente atenta contra o direito do estipulante (credor), uma vez que Pânfilo, que restou na obrigação, está sujeito à morte, ou seja, a também tornar-se uma prestação impossível.⁵¹⁵

A isso, é acrescida uma coincidência determinante: o devedor, embora não tivesse outros credores além do estipulante, não tinha outros bens além dos escravos prometidos. Isso quer dizer que, além de violar o direito do credor, como visto acima, a manumissão de um escravo acaba deixando o devedor em uma situação em que ele não tem outro bem para responder, o que o torna insolvente, também sendo um motivo de nulidade da mesma manumissão.⁵¹⁶

Afirma, ainda, o autor que a motivação de D. 40, 9, 5, 2 se enquadra, então, com a regra geral adotada por Juliano em matéria de obrigação alternativa: o jurista não admitia que a escolha fosse manifestada por meio de ato voluntário diverso do adimplemento⁵¹⁷. E, assim, a manumissão de um dos dois escravos (Estico) não é considerada um exercício de escolha, mas simplesmente a arbitrária destruição de uma das prestações que o credor tinha direito.⁵¹⁸

Juliano considera, assim, que a destruição de uma das prestações por parte do devedor, titular do direito de escolha, arbitrária e lesiva ao direito do credor a ambas as prestações deduzidas no objeto da obrigação.

No caso citado, Tício, devedor, tinha um patrimônio limitado a dois únicos escravos, que foram alternativamente prometidos. Juliano, diante dessa circunstância, entende pela nulidade da manumissão de Estico, já que ela representará fraude ao credor, uma vez que, se

⁵¹⁴ G. IMPALLOMENE, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 62.

⁵¹⁵ G. IMPALLOMENE, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 62.

⁵¹⁶ G. IMPALLOMENE, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 62.

⁵¹⁷ Esse pensamento, por exemplo, pode ser visto no fragmento *Iul. 10 dig.*, D. 12, 6, 32, 3, no qual Juliano analisa o caso de um devedor, que, acreditando estar obrigado a uma obrigação simples, embora fosse ela alternativa, presta um dos escravos, pois acredita que é o único devido. Para o jurisconsulto, o devedor não perderá a faculdade de escolha e poderá pedir de volta aquele escravo que tiver pago. Em análise desse fragmento percebe-se que Juliano considera que todas as prestações estão no objeto da obrigação até o momento em que, conscientemente, o devedor fizer a sua escolha. Isso quer dizer que a obrigação alternativa, para o jurisconsulto, só é definida no momento do adimplemento, com a escolha consciente do devedor.

⁵¹⁸ G. IMPALLOMENE, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 73.

fosse entendida como válida, o credor sofreria o dano de ter o seu risco concentrado exclusivamente em Pânfilo.

Assim, a intenção de fraudar (*consilium fraudis*) estaria presente, pois se o devedor tem consciência de que o seu ato (no caso, o ato de manumitir um dos escravos) poderia causar danos ao credor (aumentar o risco de não conseguir receber o seu crédito), ainda que ele venha a cumprir a obrigação, há dano mesmo assim ao credor, o que leva o devedor a responder pelo dolo. Por sua vez, a fraude propriamente dita (*eventos fraudis*) consiste no agravamento do risco do credor e, assim, a nulidade da manumissão não está subordinada a eventual morte de Pânfilo, mas deve ser decretada imediatamente e definitivamente, já que, desde logo, agrava o risco de o credor não ver o seu crédito satisfeito.⁵¹⁹

De todo modo, importante relembrar que, na hipótese analisada de Juliano, o devedor não tinha outros bens em seu patrimônio, além dos dois escravos prometidos alternativamente. Segundo Cévola, no fragmento D. 40, 9, 6, se o devedor, por outro lado, tivesse outros bens, a manumissão seria válida. Contudo, não se sabe qual seria a opinião de Juliano no caso de o devedor ter outros bens além dos dois escravos.

G. IMPALLOMENI⁵²⁰ opina que Juliano não excluiria uma total irresponsabilidade do devedor, no caso de ter outros bens, em razão dos seguintes motivos: o primeiro diz respeito à motivação de Juliano no fragmento D. 40, 9, 5, 2, uma vez que não se baseia na eventual responsabilidade do devedor na hipótese de a manumissão ser considerada válida, mas, sim, na incapacidade patrimonial do devedor frente a sua eventual responsabilização.

O segundo motivo, segundo o autor, é que dificilmente poder-se-ia pensar que Juliano concederia uma ação contratual, ou até mesmo extracontratual, de dolo, ou seja, dificilmente Juliano admitisse alguma ação contra o devedor que causou a impossibilidade das prestações deduzidas alternativamente em uma obrigação. Todavia, parece que o jurisconsulto entendia ser injusto e, por isso, recorre às medidas jurídicas para evitar que isso ocorra, como no fragmento D. 40, 9, 5, 2.⁵²¹

Diante da análise do pensamento de Juliano, G. IMPALLOMENI conclui que o jurisconsulto não admitia a titularidade da escolha garantia a faculdade de definir o objeto da obrigação alternativa antes do adimplemento, por ato voluntário da parte titular da escolha. Por

⁵¹⁹ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 74.

⁵²⁰ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), pp. 74-75.

⁵²¹ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 75.

isso, a sua conclusão no fragmento D. 40, 9, 5, 2 não estaria em dissonância do direito clássico, pois não se poderia admitir, pelo pensamento de Juliano, que a manumissão de um dos escravos significava a definição do objeto da obrigação alternativa, sobretudo porque o credor seria lesionado pelo aumento do risco em volta do seu crédito.⁵²²

Além disso, o autor afirma que, no caso em análise, Juliano entendeu pela aplicação da Lei Elia Senzia porque a insolvência do devedor, no seu ponto de vista, era a consequência imediata da manumissão do escravo Estico, já que, desde logo, o credor sofreu com o aumento do risco daquela obrigação. Assim, não haveria que se falar que, pelo direito clássico, a referida lei não se aplicava no caso, pois ainda existiria a possibilidade de adimplir Pânfilo, de modo que o devedor só tornar-se-ia insolvente com a morte de Pânfilo.⁵²³

Por fim, importante pontuar que a referida análise realizada pelo autor foi citada por M. ZILLIO⁵²⁴ para justificar sua tese de que um dos fundamentos para a existência da obrigação alternativa na sociedade – romana ou atual – seria a intenção das partes de reduzir os riscos de o credor não ter o seu interesse satisfeito, uma vez que, por haver mais de uma prestação possível, aumentava-se a chance de o contrato ser adimplido e concluído.

⁵²² G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 76.

⁵²³ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo* cit. (nota 350 supra), p. 77.

⁵²⁴ M. ZILLIO, *La fenomenologia* cit. (nota 29 supra), pp. 23-24.

3. ASPECTOS CONCEITUAIS E OS EFEITOS DA OBRIGAÇÃO FACULTATIVA NO DIREITO ROMANO

De início, importante apontar que a produção bibliográfica sobre o tema da obrigação facultativa é ínfima. Durante esta pesquisa, foi enorme a dificuldade de encontrar materiais específicos sobre a obrigação facultativa. Isso porque, ao que parece, a referida obrigação é, geralmente, identificada como um tipo de obrigação que se distingue⁵²⁵ da obrigação alternativa.

Quanto a isso, deve-se acrescentar a observação de A. GORASSINI⁵²⁶, segundo o qual a obrigação facultativa teria um âmbito incerto de aplicação, tendo em vista sua natureza estritamente dogmática, já que a construção do seu regime jurídico teria ocorrido *a posteriori* por meio da comparação entre ela e a obrigação alternativa.

Inclusive, muitas vezes, as diferenças das referidas obrigações são apresentadas, simplesmente, por meio de uma comparação entre as “fórmulas” latinas tradicionais sobre elas, no sentido de que, enquanto nas obrigações facultativas, vigora a premissa “*una res est in obligatione, plures in facultate solutionis*”, nas obrigações alternativas, incide a premissa “*plures sunt in obligatione, una autem in solutione*”.⁵²⁷

Vale mencionar, ainda, que, nas doutrinas utilizadas como base para o presente trabalho, as referências bibliográficas sobre a obrigação facultativa restringem-se a livros gerais sobre “as obrigações”, nos quais existem – quando há sorte – um capítulo sobre a obrigação facultativa e suas especificidades.

Tanto é verdade que, em relação à ausência de material específico sobre a obrigação facultativa, W. BARROS MONTEIRO⁵²⁸ já havia mencionado que, para as doutrinas e legislações nacionais, as obrigações facultativas seriam “uma espécie de parente pobre das obrigações alternativas”.

⁵²⁵ Por exemplo, G. GROSSO (*in Obligationi* cit. (nota 8 supra), p. 227) inicia o capítulo segundo sobre a “*Obligationi cum facultate alternativa*” dizendo “*Dalla obbligazione alternativa occorre tener distinta la c. d. obbligazione cum facultate alternativa (...)*”. Do mesmo modo, E. ALBERTARIO (*in Corso* cit. (nota 13 supra), p. 83) inicia o tópico sobre a obrigação facultativa, afirmando “*È da avvertire che l’obbligazione alternativa non deve essere confusa con la cosiddetta obbligazione facoltativa (...)*”.

⁵²⁶ A. GORASSINI, *Alternatività nell’oggetto della obbligazione. Delle obbligazioni alternative*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 44.

⁵²⁷ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 40.

⁵²⁸ W. BARROS MONTEIRO, *Direito das obrigações. rev. e atual.* Por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 139.

Apesar disso, importante mencionar a afirmação de E. ALBERTARIO sobre a obrigação facultativa, no sentido de que ela é uma figura mais frequente no funcionamento da sociedade do que, de fato, aparenta e talvez não se destaque em sua individualidade característica porque, na prática, existe uma certa dificuldade em diferenciá-la de outras figuras, como da obrigação alternativa⁵²⁹, motivo pelo qual ela sempre aparece de forma comparativa nas doutrinas sobre direito das obrigações.

A fim de demonstrar sua relevância, o autor cita uma situação prática em que a obrigação facultativa está presente no cotidiano das pessoas, como o contrato de locação agrária, na qual o colono obriga-se a pagar em determinada época um determinado produto, convencionando, por sua vez, que, não podendo entregar a sua produção agrícola, pagará determinada soma de dinheiro.⁵³⁰

Nessa hipótese, verifica-se que o objeto da obrigação é a entrega do produto agrícola, mas, desde o início, as partes acordaram que o devedor será liberado da obrigação se, não podendo entregar a produção agrícola, efetuar o pagamento de certa soma de dinheiro.

Assim como no exemplo citado por E. ALBERTARIO, no Direito Romano, a obrigação facultativa – tal qual ocorria com a obrigação alternativa – podia ser identificada em outros institutos jurídicos, como uma forma de solução para as obrigações assumidas pelas partes, na qual uma delas poderia liberar-se da obrigação mediante pagamento de prestação distinta daquela pactuada no objeto da obrigação. Isso significa que, embora a obrigação facultativa seja um tipo particular de obrigação, com suas características específicas, que implicam em soluções também específicas, ela não era “entendida” de forma autônoma e abstrata pelos romanos.

Vale mencionar, sobretudo, que esse entendimento da obrigação facultativa decorre da própria forma de construção da jurisprudência romana, formada por soluções casuísticas da análise de situações práticas trazidas ao conhecimento dos juristas. Desse modo, assim como foi objeto de nosso estudo das obrigações alternativas, deve-se ressaltar que as figuras jurídicas não eram pensadas de forma abstrata pelos romanos, motivo pelo qual podemos encontrar a ideia de obrigação facultativa de forma esparsa nas fontes – como soluções jurídicas apresentadas a situações cotidianas –, mas não de forma abstrata (ou como uma “classe” de obrigações) como é estudado nos dias de hoje.

⁵²⁹ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 85.

⁵³⁰ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), 1940, p. 85.

Nesse sentido, conforme será demonstrado adiante, verificou-se, do estudo das fontes romanas, que a obrigação facultativa, por vezes, estava presente nas seguintes figuras: a *penus* dentro do legado, a responsabilidade noxal, a impossibilidade superveniente na obrigação alternativa e a lesão.

3.1. CONCEITO

Antes de adentrar à origem romana da obrigação facultativa, necessário esclarecer que se trata de uma obrigação, na qual, ao devedor, é concedida a faculdade de liberar-se por meio de uma prestação previamente determinada, que é diferente daquela devida⁵³¹ e que está, desde o início, no objeto da obrigação.

De forma a exemplificar o funcionamento da obrigação facultativa, deve-se pensar em uma obrigação em que o devedor está obrigado a transferir a propriedade de um escravo, mas pode ser liberado da obrigação pela transferência da propriedade de uma estátua⁵³², uma vez que isso também já estava previsto nos termos da obrigação firmada pelas partes.

Para explicar o que é a obrigação facultativa, G. GROSSO⁵³³ afirma que é um tipo particular de obrigação em relação ao princípio “*aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest*”⁵³⁴, já que prevê, desde o início, a possibilidade de uma dação em pagamento previamente consentida pelo credor, embora somente uma prestação seja, de fato, devida na obrigação.

E. ALBERTARIO⁵³⁵ afirma que a obrigação facultativa é aquela em que, no objeto da obrigação, está deduzida uma única prestação, mas, pela vontade das partes, do testador ou da lei, o devedor pode também liberar-se com a entrega de outra prestação, a qual não constituirá o adimplemento da obrigação, mas tem efeito equivalente a esse como uma *datio in solutum*. Diante disso, a obrigação facultativa deve ser classificada como uma obrigação simples e, segundo o autor, sua função prática consiste em possibilitar que, desde o início, o devedor saiba que poderá recorrer à dação em pagamento, cuja prestação já foi pré-determinada.

⁵³¹ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 227.

⁵³² M. TALAMANCA, *Elementi di Diritto Privato Romano*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 264.

⁵³³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 227.

⁵³⁴ “Não se pode prestar uma coisa diferente da devida contra a vontade do credor” (tradução nossa).

⁵³⁵ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 84.

Como se vê, ambos os autores supracitados afirmam que a obrigação facultativa seria equivalente a uma dação em pagamento, que havia sido previamente consentida pelo credor. Necessário esclarecer, todavia, que essas figuras não devem ser confundidas⁵³⁶.

Quanto a isso, A. HIRATA⁵³⁷ ensina que, embora a prestação que se encontra *in facultate solutionis* não esteja no objeto da obrigação, ela já foi disposta no contrato desde sua celebração, de modo que faz parte daquela avença firmada pelas partes, ainda que não faça parte do objeto da obrigação. Por sua vez, na dação em pagamento, não há a promessa de pagamento por meio da entrega de uma outra prestação, mas a aceitação pelo credor, no momento do pagamento, de objeto diverso do prometido.

Apesar da ressalva de que a obrigação facultativa não se confunde com uma hipótese de dação em pagamento, deve-se ressaltar que, da mesma forma que E. ALBERTARIO, V. POLACCO⁵³⁸ afirma que a obrigação facultativa é uma obrigação simples, mas acompanhada de uma *facultas alternativa*. Sendo assim, a referida obrigação tem somente uma prestação no seu objeto, embora seja dada a faculdade ao devedor de liberar-se do vínculo obrigatório por meio da entrega de uma prestação diversa.

Portanto, verifica-se que, na obrigação facultativa, a prestação que o devedor tem a faculdade de liberar-se não está no objeto da obrigação⁵³⁹, diferentemente de como ocorria na obrigação alternativa, de modo que não há que se falar em indeterminação do objeto da obrigação facultativa. Na obrigação ora estudada, o objeto está definido na prestação, de fato, devida, o que, como será visto, terá implicações práticas.

3.2. NOMENCLATURA

Necessário esclarecer, primeiramente, que a expressão “obrigação facultativa”, embora muito utilizada e difundida sobretudo no Direito Brasileiro, não corresponde à expressão latina usada para identificar esse tipo de obrigação, que é a *facultas alternativa*. Em relação a isso, G. GROSSO⁵⁴⁰ afirma que a expressão “obrigação facultativa” é inadequada, uma vez que não corresponde ao real sentido da obrigação, demonstrando a sua preferência pela utilização da expressão *cum facultate alternativa*.

⁵³⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA (*in Tratado cit.* (nota 11 supra), p. 225) afirma que “são se repelir-se as explicações que apontam” as obrigações facultativas como “*coerção jurídica à datio in solutum*”.

⁵³⁷ A. HIRATA, *Die Leistung cit.* (nota 93 supra), pp. 27-28.

⁵³⁸ V. POLACCO, *Le obbligazioni cit.* (nota 23 supra), p. 211.

⁵³⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* (nota 8 supra), p. 227.

⁵⁴⁰ G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* (nota 8 supra), p. 227.

No mesmo sentido, W. BARROS MONTEIRO⁵⁴¹ afirma que a nomenclatura “obrigação facultativa” é “defeituosa e imprecisa”. Isso porque a palavra “facultativa” remete a algo que é arbitrário, ou seja, que há a possibilidade de que se faça ou não alguma coisa⁵⁴². Ao contrário do sentido da referida palavra, a obrigação facultativa – assim como as demais obrigações – tem uma natureza coercitiva, de modo que constitui “a expressa obrigação facultativa verdadeira *contradictio in adjectis*. O que é obrigatório não pode evidentemente ser facultativo, ou potestativo”.

A alternativa à nomenclatura obrigação facultativa é a expressão latina *facultas alternativa*, comumente adotada pela doutrina internacional. Embora seja uma expressão latina, M. KASER⁵⁴³ explica que não se trata de uma expressão derivada do Direito Romano⁵⁴⁴, ainda que seja possível encontrar em um dos fragmentos de Ulpiano (D. 42, 1, 6, 1) a expressão “*facultatem*”⁵⁴⁵, quando diz que o condenado terá a faculdade de fazer a entrega noxal no lugar da pena.

Além do referido fragmento, G. PESCATORE⁵⁴⁶ menciona que a expressão “*facultas solvendi*” também é encontrada no texto de Papiniano D. 46, 3, 95, 6, que trata de hipótese de impossibilidade superveniente de uma das prestações devidas na obrigação alternativa. Portanto, do mesmo modo que M. KASER, G. PESCATORE observa que a ideia de faculdade da obrigação já estava presente nas fontes romanas.

Apesar disso, como será estudado adiante, é certo que a obrigação facultativa estava presente nas soluções romanas e na estrutura de diversas figuras jurídicas (como os legados, a responsabilidade noxal e a lesão), já que, nessas hipóteses, havia a possibilidade de uma das partes liberar-se da obrigação assumida por meio da entrega de uma prestação diversa da principal.

Todavia, embora seja inegável a existência de obrigações facultativas na jurisprudência romana – seja pela existência dos supracitados fragmentos que remetem à facultatividade da obrigação, seja pela existência de soluções claramente identificáveis como tais –, é certo que

⁵⁴¹ W. BARROS MONTEIRO, *Direito* cit. (nota 258 supra), pp. 139-140.

⁵⁴² No mesmo sentido, A. WALD (*in Obrigações e Contratos*, 11ª ed., São Paulo, RT, 1994), afirma a expressão “obrigação facultativa” é errônea, “pois o que é facultativo não é obrigatório e o que é obrigatório não é facultativo”. Assim, o autor propõe que a obrigação em comento seja chamada de obrigação com faculdade de solução ou com faculdade de substituição.

⁵⁴³ A tradução e o estudo do fragmento será realizado no tópico abaixo.

⁵⁴⁴ M. TALAMANCA (*in Elementi di Diritto Privato Romano*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 263) também observa que não se trata de uma terminologia romana.

⁵⁴⁵ M. KASER, *Das römische* cit. (nota 10 supra), 495.

⁵⁴⁶ G. PESCATORE, *Die sogenannte alternative obligation*, Marburg, 1880, p. 265.

não havia a sua identificação como um tipo abstrato e específico das obrigações, pois, como já visto neste trabalho, o Direito Romano não era adepto de denominações abstratas e classificações⁵⁴⁷.

Portanto, pode-se afirmar que não havia nas fontes romanas a ideia e o estudo da obrigação facultativa como um tipo específico obrigacional, embora, na prática, ela estivesse presente no direito e no funcionamento da sociedade romana.

3.3. EFEITOS DA OBRIGAÇÃO FACULTATIVA

Entendido o conceito da obrigação facultativa e as implicações da sua nomenclatura, passa-se, adiante, ao estudo dos seus efeitos, levando-se em consideração suas principais características.

3.3.1. MOMENTO DA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO

A obrigação facultativa, como visto, tem o seu objeto bem definido, de modo que a prestação que o devedor tem a faculdade de entregar para liberar-se não está deduzida no objeto da obrigação. Sendo assim, para ver-se satisfeito, o credor deve acionar diretamente a prestação que está *in obligatione*, sendo que o devedor, até o momento da definição da lide, poderá liberar-se com a outra prestação⁵⁴⁸.

Nesse sentido, explica G. PESCATORE⁵⁴⁹ que o direito de o devedor se liberar com a entrega da prestação que está *in facultate solutionis* expira quando é acionado pelo credor e ocorre a definição da lide, como se vê no fragmento D. 5, 3, 20, 5 de Ulpiano:

⁵⁴⁷ Y. MARJAL, *Les obligations disjonctives: étude des obligations alternatives et facultatives* (Ph.D. thesis), Université du Maine, 2016, p. 2.

⁵⁴⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 228.

⁵⁴⁹ G. PESCATORE, *Die sogenante* cit. (nota 546 supra), p. 267.

Ulp. 15 ad. ed., D. 5, 3, 20, 5

Idem recte ait, si noxali iudicio condemnatus sit possessor defuncto, non posse eum dedentem noxae officio iudicis liberari: quia tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu iudicati conveniatur, post susceptum iudicium non potest noxae dedendo se liberare: suscepit autem per petitionem hereditatis.

Com razão disse ele mesmo que, se em juízo noxal, o possuidor tiver sido condenado a favor do defunto, não poderá ele entregar a noxa e ficar livre por decisão do juiz, porque ele somente terá a faculdade de entregar a noxa até o momento em que é demandado em juízo. Depois que ocorre a aceitação em juízo, não pode liberar-se dando a noxa, sendo que a aceitou por meio da petição de herança.

Vale mencionar que, neste fragmento, Ulpiano estava analisando os casos de bens que devem ingressar ou não na petição de herança, sendo que, no fragmento anterior, menciona a opinião de Juliano sobre ações aquilianas que deveriam constar na petição de herança. Desse modo, quando Ulpiano refere-se a “ele mesmo” também está expondo outra opinião de Juliano, agora em relação à responsabilidade noxal existente com o defunto.

Nesse contexto, é apresentada a petição de herança que contém a noxa devida ao defunto. Assim, com a aceitação da petição em juízo, o devedor não poderá mais liberar-se da responsabilidade noxal por meio da entrega da prestação que estava *in facultate solutionis*, uma vez que ocorre a definição da lide.

Sendo assim, havia uma regra clara no Direito Romano de que o direito de o devedor se liberar da obrigação facultativa, por meio da prestação que se encontrava *in facultate solutionis*, era mantido até o momento em que, em juízo, ocorria a definição da lide (*litis contestatio*). Assim, uma vez definida a lide na prestação principal da obrigação, o devedor não poderia liberar-se senão por meio da entrega desta prestação.

3.3.2. OBJETO COM PRESTAÇÃO ÚNICA

Outra característica essencial da obrigação facultativa, relaciona-se ao fato de que se trata de uma obrigação com somente uma prestação no seu objeto. Sendo assim, essa única prestação deve apresentar, desde o nascimento da obrigação, todos os requisitos⁵⁵⁰ necessários

⁵⁵⁰ Apenas a título de recordação, A. GUARINO (*in Diritto* cit. (nota 10 supra), p. 795) expõe quatro requisitos da prestação: a) ser determinada ou determinável; b) possível; c) lícita e d) economicamente viável.

para sua existência e validade. Isso significa que a obrigação depende exclusivamente desta única prestação e não a da outra, que se encontra exclusivamente *in facultate solutionis*.⁵⁵¹

Quanto a isso, explica V. POLACCO que, como há somente uma prestação devida nessa obrigação, é fácil verificar, por meio da análise da sua natureza, quais as características daquela obrigação (por exemplo: divisível ou indivisível), tendo em vista que aquela única prestação é o que determina, exclusivamente, os elementos e os efeitos da obrigação.⁵⁵²

Dessa forma, se a prestação que se encontra *in facultate solutionis* apresentar algum vício – não for lícita ou possível ou determinada ou determinável –, não haverá nenhum efeito sobre a obrigação como um todo, já que somente a prestação que se encontra no objeto da obrigação tem implicações sobre a existência, a validade e a natureza do vínculo obrigacional como um todo.

3.3.3. IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE

Considerando a característica supracitada da obrigação facultativa, que diz respeito à existência de uma única prestação no objeto da obrigação, entende-se que os efeitos da impossibilidade superveniente desta prestação seriam os mesmos de uma obrigação simples, na qual também há somente uma prestação no objeto.

Sendo assim, se a prestação deduzida no objeto da obrigação facultativa vier a tornar-se impossível de forma superveniente, ocorrerá a extinção ou a perpetuação da obrigação facultativa (a depender se a impossibilidade tenha decorrido de causa não imputável ao devedor ou durante a sua mora).⁵⁵³

Dessa forma, havendo a impossibilidade superveniente da prestação principal, o objeto da obrigação não será definido na prestação *in facultate solutionis*, uma vez que, como visto, ela não está disposta *in obligatione*, mas, somente, *in praestatione*.

Pelo mesmo motivo, ocorrendo a impossibilidade superveniente da prestação deduzida *in facultate solutionis*, não há qualquer efeito sobre a obrigação facultativa, uma vez que não poderá invalidar ou limitar a obrigação.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 40.

⁵⁵² V. POLACCO, *Le obbligazioni* cit. (nota 23 supra), p. 215.

⁵⁵³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 228.

⁵⁵⁴ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 84

3.4. ORIGEM E CONSTRUÇÃO ROMANA DA OBRIGAÇÃO FACULTATIVA

Como será abordado no presente tópico, verifica-se que não há um consenso absoluto entre os juristas sobre a origem e a construção romana a respeito da obrigação facultativa, sendo que, para cada um dos autores, a obrigação facultativa estava presente, no Direito Romano, na construção de figuras jurídicas diferentes.

Segundo G. GROSSO⁵⁵⁵, a concepção da obrigação facultativa tem origem na construção que os romanos elaboraram ao caso em que foi legada a *penus* e, se esta não fosse prestada, deveria ser prestada uma soma de dinheiro. Essas construções estão deduzidas nos fragmentos D. 36, 2, 19, pr e D. 33, 9, 1, respectivamente, de Juliano e Ulpiano.

Iul. 70 dig., 36, 2, 19, pr

Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: "uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato", unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur.

Quando, sem fixar tempo, se houver dado assim em legado: ‘dê, meu herdeiro, as provisões a minha mulher; se não as der, dê cem’, entende-se que há um só legado de cem e que pode ser pedido desde logo, mas a expressão sobre as provisões tem por objeto somente que, entregadas as provisões antes da definição da lide, fica livre o herdeiro.

Segundo o autor, nesse fragmento, foi construída com clareza a figura da obrigação facultativa⁵⁵⁶, já que o jurisconsulto afirma que há uma única prestação devida naquele legado, que é a soma de dinheiro, dando, no entanto, a possibilidade de o herdeiro liberar-se da obrigação por meio da entrega das provisões, desde que a entrega seja realizada antes da definição da lide.

Destaca-se, ainda, que no parágrafo primeiro do referido fragmento, o jurisconsulto discorre sobre o mesmo legado na hipótese de ter sido definida uma condição para a entrega do legado (“se não houver dado as provisões dentre das ‘Calendas’, dê centro”⁵⁵⁷). Nesse caso, o jurisconsulto afirma que se a mulher vier a falecer antes de configurar a condição, os seus

⁵⁵⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 229.

⁵⁵⁶ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 229.

⁵⁵⁷ Tradução com base em de I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de del Derecho Civil Romano*, t. 2, Barcelona, Jaimes Molina, 1889, p. 824.

herdeiros não receberão as provisões, que não foram legadas, nem aquela soma de cem, porque houve o término do legado.

O raciocínio do jurisconsulto, portanto, é muito claro em relação à estrutura e aos efeitos da obrigação facultativa, uma vez que estabelece que somente uma prestação está no objeto da obrigação, enquanto a outra prestação está somente em “*facultate solutionis*”.

Ulp. 34 ad. Sab., D. 33, 9, 1

Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur, an penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur. Et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse. Habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit. Quod si in annos singulos penus legata sit, per singulos annos penus adhuc poterit praestari, si minus, summae per singulos annos petentur. Quid ergo, si una summa legata sit et primo penus non sit praestita? Utrum tota summa debeat, quasi toto penoris legato transfuso, an vero quantitas primi anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest. Puto tamen sic voluntatem sequendam testatoris, ut tota summa ilico, postquam cessaverit heres dare penum uxori, praestetur, heredis indevotione coercenda.

Se mandou ao herdeiro que desse à mulher algumas provisões para cada ano, e foi condenado a dar certa quantidade, se não as tiver dado, pergunta-se se poderão pedir as provisões legadas ou se, somente, estarão para a prestação, e, se não forem prestadas, se pedirá, então, a quantidade. E se, verdadeiramente, as provisões foram legadas por uma só vez, não para cada ano, usamos o direito certo, como nota também Marcelo e Juliano no livro 39 do Digesto, que as provisões figuram somente para a prestação, mas que a quantidade também pode ser pedida. Assim, o herdeiro terá o direito para a oferta até que a lide seja definida por dinheiro, a não ser o caso em que o testador haja prefixado outro tempo, ou com a intenção por meio das palavras. Todavia, se as provisões tiverem sido legadas para cada ano, poderão ser entregues as provisões a cada ano; e se não, serão pedidas as somas <de dinheiro> cada ano. Logo, ‘o que dirá se houver legado somente uma soma e primeiramente não houver entregue as provisões?’ Pode-se duvidar se deverá toda a soma, tal como se tivesse transferido todo o legado das provisões ou se será transferido só a quantidade da estimação do primeiro ano. No entanto, creio que deve seguir a vontade do testador, de modo que se entregue toda a soma imediatamente, depois que o herdeiro houver deixado de dar as provisões à mulher, devendo ser castigada a desobediência do herdeiro.

Nesse fragmento, por sua vez, é possível verificar a ideia de que a obrigação facultativa tem sua origem relacionada ao legado da *penus*, sobretudo pela conclusão do jurisconsulto, no sentido de que, na hipótese de o herdeiro deixar de dar as provisões à mulher, sua desobediência deve ser castigada, determinando-se que lhe entregue toda a soma de dinheiro.

Além dessa correlação da obrigação alternativa com o legado, é possível também verificar sua presença em hipóteses de *stipulatio*, como no fragmento de Paulo:

Paul. 74 ad. ed., D. 44, 7, 44, 5

Si ita stipulatus sim: "Si fundum non dederis, centum dare spondes?" sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

Se eu tiver feito uma promessa formal e solene (*stipulatio*) assim: ‘se não der o fundo, prometes dar o cento?’, somente o cento está compreendido na promessa, enquanto o fundo está no pagamento.

Em relação a esse fragmento, primeiramente, importa mencionar que ele já foi citado no presente trabalho quando eram estudadas as obrigações alternativas (parágrafo terceiro), tendo em vista que, no *principium*, o jurisconsulto propõe o estudo das quatro “causas da obrigação”, sendo elas: o dia, a condição, o modo e a acessão.

Ao referir-se ao modo, o jurisconsulto explica a hipótese da obrigação alternativa; em seguida, no parágrafo quarto, Paulo discorre sobre a hipótese da acessão; no parágrafo quinto, por sua vez, o jurisconsulto aborda uma hipótese de obrigação, que, por sua natureza, é facultativa.

Isso porque, na promessa em estudo, Paulo afirma que somente uma das prestações está no objeto da obrigação, que é a soma de dinheiro, enquanto a outra prestação está somente “*in exsolutione*”, o que significa que ela também poderá liberar o devedor de sua obrigação, extinguindo-se a obrigação.

E. ALBERTARIO⁵⁵⁸, ainda, afirma que a construção da obrigação facultativa era encontrada também na figura da lesão, sobretudo no direito justinianeu, como no fragmento C. 4, 44, 2:

⁵⁵⁸ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 86.

C. 4, 44, 2 (285 d.C.)

Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

Se você ou seu pai tiver vendido por menor preço uma coisa de preço maior, é humano, ou que, restituindo o preço aos compradores, é recoberto o fundo vendido, mediante a autoridade do juiz, ou que, se o comprador preferir, receba o que falta ao preço justo. Mas se considera que o preço é menor, se não tiver pagado nem a metade do preço verdadeiro

Verifica-se do fragmento que, quando o vendedor sofreu na venda de um imóvel a chamada ‘*laesio enormis*’ – o que significa que o vendedor conseguiu um preço inferior à metade do preço justo pelo objeto –, ele terá direito de rescindir o contrato, mas, por outro lado, poderá conceder ao comprador o direito de pagar o suplemento do preço⁵⁵⁹, a fim de evitar a rescisão do contrato.

Nessa hipótese, portanto, verifica-se que o direito do vendedor é único: exigir a rescisão do contrato, tendo em vista o sofrimento da lesão enorme, no entanto, *in facultate solutionis*, poderá conceder ao comprador a chance de pagar o restante do valor devido, a fim de que a compra e venda não seja rescindida. Importante observar, ademais, que se trata de uma obrigação facultativa garantida por lei⁵⁶⁰ e não pela vontade das partes.

Deve-se lembrar, ademais, que a obrigação facultativa também aparece na hipótese de impossibilidade superveniente de uma das prestações devidas na obrigação alternativa⁵⁶¹, como nos já estudados fragmentos D. 30, 47, 3 e D, 46, 3, 95, nos quais define-se que, havendo a impossibilidade superveniente de uma das prestações, o objeto da obrigação restringe-se à prestação remanescente, mas o devedor tem a possibilidade de liberar-se entregando a *aestimatio* da obrigação que se tornou impossível.

Por fim, verifica-se que a construção da obrigação facultativa pode também ser relacionado à responsabilidade noxal⁵⁶² do *paterfamilias* ou *dominus* pelos delitos do

⁵⁵⁹ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 86.

⁵⁶⁰ E. ALBERTARIO, *Corso cit.* (nota 13 supra), p. 86.

⁵⁶¹ Importante mencionar que, em relação a essa hipótese, há um aparente consenso entre os autores de que ela era uma hipótese de obrigação facultativa presente no Direito Romano. Tais conclusões podem ser encontradas, por exemplo, nos livros de G. GROSSO, E. ALBERTARIO, P. BONFANTE.

⁵⁶² Segundo D. RODRIGUES (*in Aspectos da responsabilidade civil por fato de terceiro no Direito Romano*, RFD, Universidade de São Paulo, 96, 2001, p. 77), a responsabilidade noxal é a responsabilidade do *paterfamilias* pelos delitos privados cometidos por pessoas sob a sua *potestas*. Nessa hipótese, existem as *actiones noxales*, que são propostas contra o detentor da *potestas* sobre aquele que foi o autor do delito.

filiusfamilias ou do escravo.⁵⁶³ Isso porque o *paterfamilias* e o *dominus* podiam liberar-se da responsabilidade, que lhes recaiam em razão de ato ilícito praticado pelo filho ou pelo escravo em relação a terceiro, entregando o culpado (*ius noxae dandi*) pelo alto.⁵⁶⁴

Como se vê, o direito de entregar o culpado é uma faculdade concedida pela lei⁵⁶⁵: o objeto da obrigação é a soma de dinheiro que representa a pena, em razão do ato ilícito causado ao terceiro, que tem o direito de exigir referido valor; mas, por força da *noxae deditio*, o obrigado pode liberar-se pela entrega do culpado.⁵⁶⁶

Em relação a essa hipótese, importante mencionar o texto de Ulpiano:

Ulp. 66 ad. ed., D. 42, 1, 6, 1

Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. (...) at iudicium solius noxae deditio nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. Et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.

Aquele que foi condenado a pagar dez ou a fazer a entrega noxal, está obrigado a <entrega> dos dez pelo julgado; mas recebe da lei a faculdade de fazer a entrega noxal. (...) Mas é nula a sentença que determina exclusivamente a entrega noxal, mas tem lugar a condenação pecuniária. Assim, deve-se pedir a entrega pecuniária em juízo porque se condena somente a isso; a entrega noxal está compreendida no pagamento, que se concede pela lei.

Nesse fragmento, Ulpiano demonstra que o condenado tem a obrigação única de pagar a pena, uma vez que esta é o objeto da sua condenação, e, dessa forma, também somente poderá ser demandado para pagar a pena. Todavia, por força de uma disposição legislativa, ele poderá liberar-se da condenação por meio da entrega noxal, ou seja, do responsável pelo delito⁵⁶⁷.

Por fim, embora muito tenha relação com a ideia de pena, necessário esclarecer que a obrigação facultativa não pode ser confundida com uma obrigação com cláusula penal. Na obrigação facultativa, como visto, tem-se uma obrigação única, cujo objeto é composto por uma única prestação, já que a prestação *in facultate solutionis* está fora do seu objeto. Na obrigação

⁵⁶³ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), 1966, p. 230.

⁵⁶⁴ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 87.

⁵⁶⁵ Embora nada mude em relação à natureza de obrigação facultativa, importante ressaltar que, para A' DORS (*in En torno* cit. (nota 38 supra), p. 22), a prestação *in solutionis*, na verdade, é a assunção da responsabilidade derivada do delito, enquanto a prestação principal seria a entrega daquele que cometeu um dano. Desse modo, afirma o autor que, se a obrigação principal venha a tornar-se impossível, por exemplo pela morte do filho, o pai estaria liberado de pagar pelo dano causado.

⁵⁶⁶ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 87.

⁵⁶⁷ E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 88.

com cláusula penal, há duas prestações: uma principal e simples, que é a prestação, de fato, devida; e uma prestação acessória e condicionada ao não pagamento da principal, que é a pena.⁵⁶⁸

3.5. TAXONOMIA DA OBRIGAÇÃO FACULTATIVA

No tópico 1.3, o presente trabalho abordou o que se pode chamar de “taxonomia” da obrigação alternativa, tendo concluído que a aparente classificação da obrigação alternativa como uma classe de obrigação, que apresenta alguma característica específica em relação ao seu objeto, nada mais é do que a identificação de uma figura típica e específica de obrigação, que, independentemente do conteúdo das prestações ou dos sujeitos ou da origem do próprio vínculo, sempre apresentará um objeto com prestações deduzidas alternativamente, cujo devedor terá o direito de liberar-se executando somente uma das prestações.

Inclusive, desse entendimento, foi possível identificar que a obrigação alternativa não poderia ser confundida com uma obrigação simples atrelada a um pacto acessório, mas, como uma obrigação que, na sua essência, apresenta uma alternatividade das prestações e garante ao devedor o direito de liberar-se da obrigação mediante a execução de apenas uma das prestações.

O mesmo, em uma análise analógica, pode ser compreendido das obrigações facultativas.

Inicialmente, verificamos que a produção doutrinária a respeito da obrigação facultativa é muito pequena, de modo que a figura sempre vem acompanhada de algum tipo de comparação com outros tipos de obrigação, especialmente com a obrigação alternativa. No entanto, como a obrigação alternativa, por vezes a obrigação facultativa é identificada como uma “classe de obrigação”, que apresenta alguma especificidade em relação à prestação⁵⁶⁹.

Apesar de, eventualmente, aparecer enquadrada como uma classe de obrigações, que possui alguma especificidade em relação à prestação e, conseqüentemente, regramento próprio em relação aos seus efeitos perante as partes, é possível identificar que a obrigação facultativa – assim como a obrigação alternativa – é um tipo específico de obrigação e, não, uma classe.

Nesse sentido, a obrigação facultativa deve ser considerada como uma figura típica e específica das obrigações, que, independentemente do conteúdo das prestações, dos sujeitos ou

⁵⁶⁸ Cf.: A. D'ORS, *En torno* cit. (nota 38 supra), p. 22; E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), pp. 89-90.

⁵⁶⁹ Cf.: J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit. (nota 6 supra), p. 383

da origem do vínculo, sempre (desde a sua concepção pelas partes até o momento do adimplemento) terá como característica essencial a presença de uma única prestação no objeto da obrigação, sendo que o devedor poderá liberar-se de sua obrigação por meio da entrega de uma prestação diferente desta, que já foi anteriormente pactuada com o credor.

Vale ressaltar que, também do mesmo modo da obrigação alternativa, essa forma específica de designação da prestação da obrigação facultativa não pode ser confundida como uma obrigação simples atrelada a um pacto acessório, uma vez que a obrigação ora estudada apresenta, desde a sua concepção, tais características, que são, como visto, inerentes a sua existência.

4. RECEPÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dentre os temas abordados nos últimos capítulos, um dos principais foi a origem e as fontes das obrigações alternativas e facultativas. Em suma, da análise das fontes romanas, verificou-se que ambas as obrigações já estavam presentes na jurisprudência clássica romana, sendo possível encontrá-las em diversos fragmentos, nos quais são claras as aplicações de regras específicas às suas naturezas, incluindo-se a forma de adimplir a obrigação, os efeitos do inadimplemento, da impossibilidade superveniente das prestações, dentre outros.

Da análise das referidas fontes, aliada à consulta de bibliografia sobre o tema, também foi possível verificar que, embora as figuras estudadas estivessem, com certeza, presentes na sociedade e no direito dos povos romanos, é certo que o Direito Romano não as conheceu e não as estudou de forma abstrata, especificando quais seriam as regras aplicáveis àquelas obrigações com naturezas tão específicas. Na verdade, o que se percebe é que a lógica das obrigações alternativas e facultativas estava presente na formação de obrigações *inter vivos* e *mortis causa* e que os juristas tinham conhecimento e certa uniformidade sobre os efeitos práticos desses tipos obrigacionais sobre as partes envolvidas.

Assim, embora os romanos não tenham conhecido as obrigações alternativas e facultativas da mesma maneira como é estudado pelo direito moderno e mais atual – como figuras específicas, com regras bem definidas e, por vezes, positivadas em códigos civis –, não se questiona que elas tiveram origem e formação no Direito Romano, de modo que a sua aparição, ainda hoje, no direito contemporâneo decorre de influência clara do Direito Romano na formação dos ordenamentos jurídicos.

Vale acrescentar, como explicado por E. ZIMMERMAN⁵⁷⁰, que o desenvolvimento do direito das obrigações pelo Direito Romano foi uma das maiores contribuições da jurisprudência romana clássica à ciência do direito. Nesse sentido, apesar de o conceito das obrigações, assim como é conhecido hoje, ser mais refinado e decorrente da construção e influência de princípios e regras contemporâneos, a sua estrutura basilar tem fundamento na construção das obrigações pelo Direito Romano.

⁵⁷⁰ E. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon, 1996, p. 2.

Considerando o contexto apresentado, o presente trabalho questiona a influência do Direito Romano nas legislações civis brasileiras quanto às disposições – ou ausência delas – a respeito das obrigações alternativas e facultativas. Quanto a isso, a princípio, importa mencionar que o Código Civil de 2002 apresenta um capítulo específico sobre as obrigações alternativas (artigos 252 a 256), mas não menciona a obrigação facultativa como uma “Das Modalidades Das Obrigações”, no Título I, Livro I, da Parte Especial.

De todo modo, até chegar no Código Civil de 2002, necessário compreender marcos legislativos anteriores para, então, verificar as opções dos legisladores pela forma de dispor sobre as regras das obrigações alternativas e facultativas, analisando se há correspondência entre as regras adotadas o Direito Romano, considerando o estudo das fontes realizado nos capítulos anteriores.

4.1. A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

Como se sabe, a enorme extensão do Império Romano acabou sendo um dos fatores para sua desintegração e aniquilamento, tendo em vista as invasões dos povos germânicos em diversos territórios europeus. Dentre eles, a Península Ibérica, antes dominada pelos romanos⁵⁷¹, foi invadida pelo povo visigodo, cuja civilização, a princípio, em nada se assemelhava às instituições romanas, sobretudo porque, até então, era marcada unicamente pela influência dos costumes.⁵⁷²

Ocorre que, com o contato dos invasores com território anteriormente dominado pelo Império do Ocidente, as formas mais rudimentares de organização da sociedade foram influenciadas pelos preceitos do Direito Romano. Isso ocorreu, inclusive, com o apoio dos próprios governantes, já que as normas advindas do Direito Romano serviam para lhes assegurar o poder (regras que garantiam a absoluta autoridade do soberano, já que com influência do período do *dominato*). Assim, ao lado do direito vulgar, sucederam as compilações “Código Euriciano”, dos Godos, e “Código de Alarico II”, dos Visigodos, nos

⁵⁷¹ Durante a dominação dos Romanos, a Lusitania (território que corresponderia, hoje, à Portugal) era uma das províncias de Roma, governada por magistrados a mando de Roma (M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução ao Estudo do Direito Pátrio*, 3ª ed., Coimbra, 1851, pp. 8-9).

⁵⁷² L. C. AZEVEDO, *O Direito Visigótico*, RFD, Universidade de São Paulo, 96 (2001), p. 5, disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67491> [02-11-2022].

quais são encontrados tanto normas de Direito Romano⁵⁷³ quanto costumes de ascendência germânica.⁵⁷⁴

Este Código (ou compilação de leis por Eurico) continha doze livros subdivididos em diferentes títulos, de forma bastante similar ao texto de Justiniano, do qual, afirma M. A. COELHO DA ROCHA⁵⁷⁵, foram tiradas muitas de suas disposições, assim como do código teodosiano. Sobretudo, segundo o autor, as normas derivadas do Direito Romano estavam presentes no âmbito do direito civil, matéria em que pouco eram encontradas normas derivadas do direito dos povos germânicos.

O referido Código de Euriciano manteve em vigência até o século VII, carregando consigo, durante esse longo período, elementos dos Códigos Teodosiano, Hermogeniano e Gregoriano, além de subsídios emprestados das sentenças de Paulo e Institutas de Gaio. Sendo assim, mesmo em sua fase embrionária, o Direito Português manteve-se ligado às origens do Direito Romano.⁵⁷⁶

Destaca-se também a codificação posterior, elaborada em 506, no reinado de Alarico II, chamado de “Breviário de Alarico” ou “*Lex Romana Visigothorum*”. Diferentemente do Código de Eurico, o Breviário não apresentava disposições de direito visigodo, mas tão somente uma seleção de textos de Direito Romano. É possível encontrar em seu texto, as Constituições Teodosianas, o Epítome de Gaio, as sentenças de Paulo e respostas de Papiniano.⁵⁷⁷

A presença da codificação justinianeia no Direito Português⁵⁷⁸ tornou-se definitiva com a independência do Condado Portucalense, quando também ocorreu a fundação, no século XIII, da Academia de Lisboa, onde oficialmente foi inaugurado o estudo do Direito Romano em Portugal. Em seguida, durante o reinado do “Mestre de Avis” (1357-1433), foram instaurados os “Estudos Gerais de Coimbra”, momento de grande protagonismo de João das Regras, um

⁵⁷³ Em relação à influência romana no Código de Eurico, N. SILVA (in *História do Direito Português, Fontes de Direito*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 75) explica que, para a elaboração do referido Código, trabalharam juristas de formação romana, o que, somado ao estado de romanização em que o povo encontrava-se, explicaria “uma mistura de Direito Romano e visigodo”.

⁵⁷⁴ L. C. AZEVEDO, *O Direito* cit. (nota 572 supra), pp. 6-7..

⁵⁷⁵ M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), pp. 22 e 25.

⁵⁷⁶ R. L. FRANÇA, *Importância e atualidade do Direito Romano*, RFD, Universidade de São Paulo, 60 (1965), p. 214, disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66470> [05-11-2022].

⁵⁷⁷ N. SILVA, *História* cit. (nota 573 supra), p. 76.

⁵⁷⁸ De todo modo, vale acrescentar os comentários de M. J. ALMEIDA COSTA (in *História do Direito Português, 4ª ed., Almedina, 2009, p. 250*), no sentido de que a recepção do Direito Romano “renascido” – isto é, em período posterior ao início do seu estudo nas Universidades – pelo direito português foi um movimento progressivo e moroso, embora tenha sido bastante rápido e eficaz nos meios próximos da Corte e nos centros de cultura eclesiástica.

grande conhecedor de lógica jurídica e dos textos romanos, além de discípulo de BARTOLO, cujo estudo influenciou decisivamente na formação do sistema jurídico português e na elaboração das Ordenações Afonsinas.⁵⁷⁹

Quanto a isso, M. A. COELHO DA ROCHA⁵⁸⁰ aponta que as principais leis vigentes à época eram baseadas nesse direito difundido e estudado nas universidades, cuja principal característica era o embasamento na jurisprudência romana e nas glosas de BARTOLO e ACCURSIO. Assim, poder-se-ia deduzir que as Ordenações Afonsinas, que compilaram as referidas leis, tinham como principal fonte o Direito Romano e o direito canônico.

A mesma influência dos textos jurídicos romanos foi vista nas Ordenações Manuelinas e, subsequentes, Ordenações Filipinas⁵⁸¹, sendo que, das Ordenações Manuelinas, diz-se que “se do Código Afonsino disse bem o Conselheiro Ribas não ser possível entender-se sem o auxílio dos textos justinianeus, a remissão a eles, nas Ordenações Manuelinas, é expressa, como parte integrante do sistema”⁵⁸².

4.2. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS

Compreendida a influência dos textos jurídicos romanos para a construção do Direito Português, analisar-se-á, no presente tópico, as Ordenações Afonsinas, perpassando pelo contexto em que foram elaboradas, pela estruturação do direito civil e, enfim, pelas disposições envolvendo as obrigações alternativas e facultativas.

4.2.1. CONTEXTO DAS ORDENAÇÕES AFONSINAS

No livro I das Ordenações, é possível encontrar o contexto histórico das Ordenações Afonsinas, uma vez que a elaboração de uma coletânea de direito vigente decorreu de pedidos insistentes formulados em Cortes, a fim de que fossem evitadas incertezas derivadas de grande dispersão e confusão das normas, o que poderia gerar prejuízos para a vida jurídica e administração da justiça.⁵⁸³

⁵⁷⁹ R. L. FRANÇA, *Importância* cit. (nota 576 supra), p. 214.

⁵⁸⁰ M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), 1851, p. 72.

⁵⁸¹ Segundo A. J. RIBAS (*in Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 1915, p. 357), as Ordenações Filipinas, em seu livro 3, título 4, parágrafo primeiro, determinava a observância às glosas de Accursio, em conjunto com a legislação romana.

⁵⁸² R. L. FRANÇA, *Importância* cit. (nota 576 supra), p. 214.

⁵⁸³ M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 578 supra), p. 304.

Sendo assim, as Ordenações não apresentavam inovações profundas, uma vez que se baseavam, de modo geral, em fontes anteriores. Na realidade, foi realizada uma consolidação do direito precedente. Apesar disso, necessário considerar que elas assumem uma posição destacada na história do Direito Português, pois afirmaram e consolidaram a autonomia do sistema jurídico nacional, bem como deu forças à luta pela centralização do poder.⁵⁸⁴

4.2.2. DIREITO CIVIL NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS

As normas de direito civil estão localizadas no Livro IV, no qual encontram-se disposições sobre o modo de aquisição, conservação e transmissão da propriedade, além de normas sobre aforamentos, compra e venda, doação, dentre outros contratos.

Segundo M. A. COELHO DA ROCHA⁵⁸⁵, o referido Livro recorria ao Direito Romano, uma vez que compilava quase todas as leis romanas sobre a matéria, além de ter incorporado quase que integralmente as leis romanas sobre tutelas e curatelas, testamentos, sucessão e partilha.

4.2.3. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS

Diante desse contexto, o presente trabalho buscou compilar os parágrafos das Ordenações Afonsinas⁵⁸⁶, que dispunham sobre obrigações com características e efeitos de obrigações alternativas e facultativas.

Necessário pontuar, antes de adentrar especificamente sobre as referidas disposições, que as Ordenações estavam divididas em cinco livros, sendo que os assuntos relacionados ao direito civil da época estavam dispostos no livro IV, que, dentre outras matérias, abordava: questões sobre compra e venda; fretamento de navios; penhora; bens matrimoniais; tutela e curatela; fiança; e sesmarias.

Apesar da sistematização das Ordenações, as regras relacionadas a cada um desses assuntos diziam respeito, em regra, sobre situações práticas, que os cidadãos vivenciavam. Desse modo, como será exposto a seguir, as regras que envolviam obrigações alternativas ou facultativas assumidas pelas partes estão inseridas em figuras jurídicas diversas, como contratos de compra e venda e empréstimo.

⁵⁸⁴ M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 578 supra), pp. 305-309.

⁵⁸⁵ M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), p. 124.

⁵⁸⁶ PORTUGAL, *Ordenações Afonsinas*, Coimbra, Real imprensa da Universidade, 1792, disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm> [05-11-2022].

Analisando-se tais hipóteses e a organização das matérias, é possível verificar uma semelhança com os estudos do presente trabalho quanto ao Direito Romano, pois, como visto, naquela época também não havia uma sistematização conceitual, universal e genérica sobre as obrigações, suas regras e efeitos.

Na verdade, o que se vê, tanto nas Ordenações quanto nas fontes romanas, são aplicações práticas de regras relacionadas às obrigações alternativas e facultativas dentro de outras figuras jurídicas, como contratos e disposições testamentárias.

Assim, passa-se à análise dos parágrafos envolvendo obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Afonsinas.

No Título I, do Livro IV, das Ordenações, que tem a seguinte descrição “Da Ordenação e declaração, que o Rei Dom João fez sobre os foros e arrendamentos, que foram feitos por moeda antiga”, identifica-se a descrição de uma obrigação alternativa no parágrafo 18.

O referido parágrafo tratava de uma hipótese em que o contrato firmado pelas partes obrigava o devedor a pagar “moeda antiga ou seu verdadeiro valor”. Nesse caso, determinou-se que o devedor poderia adimplir sua obrigação alternativamente por meio de duas prestações, cabendo a ele escolher entre: pagar na moeda antiga ou nova, que foi feita até o primeiro dia de dezembro de 1423, ou pagar com a moeda real de três libras e meia.

Nesse caso, verifica-se que se trata de uma obrigação alternativa assumida pelo devedor em um contrato, de modo que ele poderá escolher qual prestação melhor convém entregar ao credor.

Já no Título XXXXV das Ordenações, estão dispostas as regras sobre o desfazimento de uma compra e venda em razão de uma das partes ter sido enganado em relação ao preço justo da coisa.

Em relação a esse assunto é possível encontrar outra disposição das Ordenações, que envolve regra sobre obrigação alternativa assumida pela parte. No parágrafo segundo do referido Título, as Ordenações definem que, se o vendedor pretende desfazer o contrato em razão de ter sido engado sobre o justo preço da coisa, caberá ao comprador escolher entre devolver a coisa ao vendedor e receber o preço que pagou por ela ou requerer que seja feito o justo e verdadeiro preço da coisa no momento do contrato.

Por outro lado, se o credor pretende desfazer o contrato em razão do mesmo motivo, caberá ao vendedor a escolha de devolver o valor recebido e receber de volta a coisa vendida ou devolver ao comprador o valor a mais que recebeu.

Ainda, é possível encontrar outra menção à obrigação alternativa, no Título CVIII do Livro IV das Ordenações Afonsinas, que tem como assunto o empréstimo e o pagamento de ouro e prata.

No seu parágrafo terceiro, está definido que, se for emprestada prata em quantidade definida por peso, o devedor poderá pagar a quem emprestou a mesma quantidade de prata que recebeu ou o seu verdadeiro valor, cabendo ao credor a escolha entre as duas prestações.

Verifica-se, portanto, mais um caso de obrigação alternativa nas Ordenações Afonsinas, uma vez que o devedor tem a seu dispor, de forma alternativa, duas prestações possíveis de adimplir a obrigação.

É possível concluir, diante do exposto, que as obrigações estudadas no presente trabalho já estavam presentes nas Ordenações, seja pela influência das regras do Direito Romano na elaboração do Direito Português, seja pela presença de situações práticas na sociedade portuguesa da época, que exigiam soluções envolvendo obrigações alternativas ou facultativas para a satisfação dos interesses do credor.

4.3. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS NAS ORDENAÇÕES MANUELINAS

Da mesma forma, neste tópico, serão estudadas as Ordenações Manuelinas, compreendendo o contexto em que foram elaboradas, a forma que foi estruturado o direito civil e, enfim, as disposições envolvendo as obrigações alternativas e facultativas.

4.3.1. CONTEXTO DAS ORDENAÇÕES MANUELINAS

As Ordenações Afonsinas, estudadas anteriormente, tiveram pouco tempo de vigência, uma vez que foram aprovadas em meados do século XV e, já em 1505, D. Manuel encarregou três juristas de sua confiança para realizarem a atualização das Ordenações do Reino, com o fim de alterar, suprimir e acrescentar disposições novas que entendessem necessário.⁵⁸⁷

Dentre as motivações do Monarca para a atualização das leis, estava a intenção de ligar o seu nome a uma reforma legislativa vultosa, tendo em vista o entendimento da época

⁵⁸⁷ M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 578 supra), pp. 311-312.

relacionado à importância atribuída pelo rei ao direito e à realização da justiça. Apesar disso, considera-se que a primeira versão das Ordenações Manuelinas, finalizada em 1514, estava muito atrelada às Ordenações Afonsinas e, por isso, foi necessário o prosseguimento do trabalho até 1521, ano em que ficou pronta a última versão definitiva das Ordenações Manuelinas, mas também ocorreu a morte de D. Manuel.⁵⁸⁸

Ainda assim, entende-se que os compiladores das Ordenações Manuelinas fizeram poucos ajustes nas Ordenações Afonsinas, assim como mantiveram a mesma divisão da obra, sistema, espírito e princípios gerais da legislação. Todavia, M. A. COELHO DA ROCHA⁵⁸⁹ aponta que foram inseridos novas providências e alterações, que, no intervalo entre uma e outra Ordenação, foram publicadas. Ademais, acrescenta que o estilo das Ordenações Manuelinas é mais conciso e, em alguns pontos, é possível encontrar extratos das leis antigas.

Do ponto de vista formal, acrescenta-se que as Ordenações Manuelinas apresentam uma novidade em técnica legislativa, em razão de ter adotado o que se chama de “estilo decretório”, que tem como característica aparentar que sempre estar-se-ia tratando de norma nova, o que poderia representar um menor interesse em reconstituir o direito precedente.⁵⁹⁰

4.3.2. DIREITO CIVIL NAS ORDENAÇÕES MANUELINAS

Do mesmo modo que as Ordenações Afonsinas, as normas de direito civil estão localizadas no Livro IV. Todavia, segundo M. A. COELHO DA ROCHA⁵⁹¹, foram realizadas alterações numerosas em relação a “providências de pequena monta”, embora tenham o Direito Romano e o Direito Canônico permanecido como fontes subsidiárias de direito, nos mesmos termos das Ordenações anteriores.

Da análise do Livro IV, é possível encontrar títulos envolvendo contratos de compra e venda, formas de dispor bens relacionados ao matrimônio, relação com serviçais e mancebos, penhora de bens, doações, compensações, contratos de aluguel e testamentos.

Apesar da sistematização das regras envolvendo as relações entre civis, destaca-se que a influência do comércio marítimo nos costumes de Portugal e nos interesses e necessidades do povo demandaram contínuas reformas nas Ordenações Manuelinas ao longo do tempo.⁵⁹²

⁵⁸⁸ M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 578 supra), pp. 312-313.

⁵⁸⁹ M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), p. 128.

⁵⁹⁰ M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 578 supra), pp. 314-315.

⁵⁹¹ M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), p. 129.

⁵⁹² M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), p. 129.

4.3.3. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS NAS ORDENAÇÕES MANUELINAS

Da mesma forma que no tópico 5.23, o presente trabalho pretende compilar os parágrafos das Ordenações Manuêlinas, que dispunham sobre obrigações com características e efeitos de obrigações alternativas e facultativas.

Considerando-se que, embora tenha sido alterada a técnica legislativa, as Ordenações Manuêlinas mantiveram a estrutura das Ordenações Afonsinas, foram muito parecidas as impressões obtidas na presente análise do Livro IV das Ordenações Manuêlinas, uma vez que foram identificadas aplicações práticas de regras relacionadas às obrigações alternativas e facultativas dentro de outras figuras jurídicas, como contratos e disposições testamentárias.

A seguir, passa-se à análise dos parágrafos envolvendo obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Manuêlinas.

A primeira hipótese de obrigação alternativa foi identificada no parágrafo primeiro⁵⁹³ do Título XXX do Livro IV das Ordenações, que, assim como o Título XXXXV das Ordenações Afonsinas, tinha como objeto o desfazimento de compra e venda por uma das partes, em razão de ter sido enganado em relação ao preço do objeto.

Nessa situação, as ordenações definem, em seu parágrafo primeiro, que, se o vendedor pretende desfazer o contrato por essa razão, caberá ao comprador escolher entre devolver a coisa ao vendedor e receber o preço que pagou por ela ou requerer que seja feito o justo e verdadeiro preço da coisa no momento do contrato.

Por outro lado, se o credor pretende desfazer o contrato em razão do mesmo motivo, caberá ao vendedor a escolha de devolver o valor recebido e receber de volta a coisa vendida ou devolver ao comprador o valor a mais que recebeu.

Verifica-se, portanto, que se trata de uma solução jurídica para uma hipótese de rescisão de contrato de compra e venda, na qual é conferida uma obrigação alternativa às partes. Além disso, percebe-se que se trata de disposição repetida das Obrigações Afonsinas, não havendo qualquer alteração na solução dada anteriormente.

Já no Título LVII do Livro IV, que versa sobre a possibilidade de locação de casas, é possível encontrar uma hipótese de obrigação facultativa.

⁵⁹³ PORTUGAL, *Ordenações Manuêlinas*, Coimbra, Real imprensa da Universidade, 1797, disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>, [13-11-2022], p. 401.

No parágrafo primeiro do referido Título, as Ordenações definem as regras para aluguel a tempo certo, determinando que as partes devem requerer – antecipadamente e expressamente – a outra parte a possibilidade de ficarem na casa por mais tempo do que foi definido em contrato.

No parágrafo segundo, por sua vez, definem as ordenações que, se não forem feitos os requerimentos em questão aos locadores, ficará à escolha dos locatários deixar a casa quando terminar o tempo certo do aluguel ou ficar na casa e pagar o aluguel do tempo adicional aos donos da casa.

Assim, verifica-se que o parágrafo segundo concede a uma das partes uma faculdade à forma tradicional de cumprir a obrigação assumida. Além disso, repara-se que essa forma “facultativa” de solução da obrigação é, ainda, alternativa, uma vez que o locatário pode deixar a casa quando encerrado o prazo do aluguel ou permanecer e pagar o aluguel proporcional.

Por fim, encontra-se uma segunda hipótese de obrigação alternativa no parágrafo 21, Título LXXVII do Livro IV.

O parágrafo em questão tem como assunto os direitos dos herdeiros de uma mulher, que era casada com um marido (ainda vivo), sendo que os demais herdeiros não eram filhos ou parentes do referido marido.

Nesse caso, é disposto que o marido ficará obrigado a “dar aos filhos de sua mulher, ou aos outros herdeiros, partilha do que comprar, ou ganhar com os frutos, ou dinheiro da herança, em quanto lhes não der partilha dos bens ou dos frutos e renovos deles”.

Sendo alternativa a obrigação do marido, o parágrafo dispõe que a escolha por qual dos bens o marido terá de entregar cabe aos herdeiros da mulher falecida.

4.4. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

Finalmente, neste tópico, serão abordadas as Ordenações Filipinas, compreendendo o contexto em que foram elaboradas, a forma que foi estruturado o direito civil e, enfim, as disposições envolvendo as obrigações alternativas e facultativas.

4.4.1. CONTEXTO DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

Como exposto no tópico 4.3.2, as características da época exigiram mudanças legislativas constantes, que revogavam, alteravam ou esclareciam preceitos das Ordenações

Manuelinas, o que levou à elaboração de diversos diplomas legais avulsos, os quais, posteriormente, foram compilados em uma Coleção de Leis Extravagantes.⁵⁹⁴

No entanto, a referida Coleção não passou de “obra intercalar”, de modo que, ao assumir o trono, Filipe I, determinou a elaboração de novas Ordenações, cujo início do trabalho ocorreu em torno de 1583 e 1585. Considera-se, ainda, que a determinação da modernização e elaboração de novo corpo legislativo tinha um viés político, com o fim de o Monarca demonstrar respeito às instituições portuguesas e empenho em atualizá-las dentro da tradição jurídica do país.⁵⁹⁵

Ocorre que a elaboração das novas Ordenações não tinha uma definição metodológica clara, bem como existia uma certa urgência política na sua conclusão, o que ocasionou a manutenção das máximas e espírito das Ordenações Manuelinas, as quais foram, majoritariamente, copiadas pelos compiladores, com a inserção de poucas alterações decorrentes das leis posteriores e “extravagantes”.⁵⁹⁶

4.4.2. DIREITO CIVIL NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

Em razão do contexto anterior, foi mantida a mesma estrutura das Ordenações anteriores, de modo que as disposições referentes ao direito civil da época encontram-se no Livro IV das Ordenações Filipinas.

Em relação ao Livro IV, M. A. COELHO DA ROCHA⁵⁹⁷ afirma que é possível identificar algumas alterações em relação a matérias de ordem civil e processual, mas que não seriam suficientes para influenciar no sistema ou alterara a natureza da legislação anterior. Acrescenta, ainda, que também foram adotados como subsidiários o Direito Romano e o Direito Canônico, bem como estipulado que, na sua falta, seriam seguidas as opiniões de BARTOLO e ACCURSIO.

4.4.3. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

⁵⁹⁴ M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 578 supra), pp. 315-317.

⁵⁹⁵ M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 578 supra), p. 319.

⁵⁹⁶ M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), p. 189.

⁵⁹⁷ M. A. COELHO DA ROCHA, *Introdução* cit. (nota 571 supra), p. 191.

Do mesmo modo que nos tópicos anteriores, o presente trabalho também busco compilar os parágrafos das Ordenações Filipinas⁵⁹⁸, que dispunham sobre obrigações com características e efeitos de obrigações alternativas e facultativas.

Considerando-se que poucas foram as alterações das Ordenações Filipinas em relação às Ordenações anteriores, sobretudo em relação ao método e princípios, mantiveram-se as impressões após a análise do Livro IV das Ordenações Filipinas, no sentido de que também foram identificadas aplicações práticas de regras relacionadas às obrigações alternativas e facultativas dentro de outras figuras jurídicas, como contratos e disposições testamentárias.

Sendo assim, a seguir, passa-se à análise dos parágrafos envolvendo obrigações alternativas e facultativas nas Ordenações Filipinas.

A primeira hipótese de obrigação alternativa destacada está localizada no parágrafo 6º do Título XIII, do Livro IV, o qual tem como objeto de discussão o local de pagamento em outros contratos que não o contrato de compra e venda, como os contratos de arrendamento, aforamentos, escambos e transações.

Especificamente em relação ao contrato de arrendamento, há uma nota que diz respeito à definição do local em que será ajuizada eventual ação de lesão após o encerramento do contrato.

Discute-se, nessa nota, o caso de um rendeiro que ajuizou uma ação contra o credor, que havia arrematado determinados frutos de uma encomenda – os quais eram muito mais valiosos do que o valor pelo qual se arrematou –, entendendo ter sofrido uma lesão enormíssima.

Assim, prosseguiu-se a discussão em relação ao modo que deveria ocorrer a restituição dos frutos, uma vez que eles já haviam sido consumidos. Entendeu-se, então, que, como os frutos já tinham perecido, não havia como valer a “faculdade alternativa” do credor em receber os frutos ou o seu valor, de modo que o demandado deveria entregar o “justo preço dos frutos”.

Visto isso, conclui-se pela aplicação da lógica da obrigação alternativa no caso de rescisão do contrato e ocorrência de lesão a alguma parte, de modo que o credor poderia escolher entre exigir a própria prestação devida, que não lhe foi entregue adequadamente, ou o valor da prestação.

⁵⁹⁸ C. M. ALMEIDA, *Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Typ. Do Instituto Philomatico, 1870, p. 794, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733> [22-11-2022].

A segunda hipótese de obrigação alternativa que merece destaque está disposta no parágrafo 8º, do Título XCVI do Livro IV, que repete a mesma disposição do parágrafo 21, Título LXXVII, do Livro IV, das Obrigações Manuelinas.

Como visto anteriormente, esse parágrafo tem como assunto os direitos dos herdeiros de uma mulher, que era casada com um marido (ainda vivo), sendo que os demais herdeiros não eram filhos ou parentes do referido marido. Nesse caso, é disposto que o marido ficará obrigado a “dar aos filhos de sua mulher, ou aos outros herdeiros, partilha do que comprar, ou ganhar com os frutos, ou dinheiro da herança, em quanto lhes não der partilha dos bens ou dos frutos e renovos deles”.

Sendo alternativa a obrigação do marido, o parágrafo dispõe que a escolha por qual dos bens o marido terá de entregar cabe aos herdeiros da mulher falecida.

Em seguida, possível identificar a disposição de uma obrigação facultativa no parágrafo 15 do Título XCVII do Livro IV, cujo objeto é, na verdade, definir regras a respeito da colação de bens que foram ganhos no casamento.

Nesse caso, as Ordenações definem que deverão ser trazidos à colação os objetos no estado em que se encontravam no momento da partilha ou o preço dos objetos, se soubesse ao certo qual era. No caso de não ter mais o objeto para trazer à colação, é concedida a faculdade de que se traga o valor estimado do objeto ao tempo em que foi dado de casamento.

Isso significa que, se os donatários já não possuem o bem, a Ordenação dá a faculdade de que seja conferido o preço da avaliação primitiva.

Ainda, verifica-se uma segunda hipótese de obrigação facultativa no parágrafo segundo, do Título XXXIX, do Livro IV, cujo Título tem como objeto a hipótese do foreiro que não pagou a pensão no momento avençado e a forma como será purgada a mora.

Nesse contexto, o parágrafo 2º dispõe sobre a hipótese das possessões eclesiásticas dadas de foro a pessoas eclesiásticas ou leigas, que deixam de pagar a pensão ao foreiro e o foro ao senhorio por dois anos contínuos, cuja consequência é a perda de todos os direitos de posse em relação à coisa aforada para o senhorio.

Todavia, é dada ao foreiro a faculdade de purgar a mora, entregando ao senhorio as pensões devidas em qualquer tempo, desde que seja antes da definição da lide – assim como ocorria nas hipóteses de obrigação facultativa no Direito Romano.

Assim, verifica-se outra hipótese de obrigação facultativa integrada em outra figura jurídica, na qual a solução para o inadimplemento contínuo da pensão e do foro seria a perda de todos os direitos possessórios em relação à coisa. No entanto, é concedida a faculdade ao foreiro de purgar a mora, o que será recebido como forma de solução à obrigação.

Por fim, identifica-se mais uma hipótese de obrigação facultativa no Capítulo VI dos Aditamentos das Ordenações Filipinas, que trata das condições especiais dos contratos de parceria, definindo, em suma, os direitos e obrigações dos colonos em relação ao terreno e à plantação.

Dentre as suas obrigações, o artigo 23 dispõe que, verificado o rendimento líquido correspondente à meação dos colonos, será deduzida a importância das prestações anuais para pagamento das passagens e adiantamentos, necessárias durante a execução do contrato pelos colonos.

Todavia, por meio do artigo 24, as Ordenações conferem aos colonos a faculdade de pagar as ditas prestações anuais com os próprios produtos da plantação, assim que colhidos.

Diante do exposto, tanto da análise das Ordenações Filipinas quanto das demais, é possível verificar a existência esparsa de disposições, que previam regras e soluções atinentes às obrigações facultativas e alternativas.

Da forma como o Direito Português foi formado, é possível concluir que a presença das referidas soluções, que envolvem obrigações alternativas e facultativas em contratos e disposições testamentárias, decorreram, de alguma forma⁵⁹⁹, da influência do Direito Romano, que, do mesmo modo, conferia soluções às relações jurídicas envolvendo obrigações alternativas e facultativas.

4.4. INDEPENDÊNCIA BRASILEIRA E O ESBOÇO DAS LEIS CIVIS POR TEIXEIRA DE FREITAS

Em continuidade ao estudo da recepção das obrigações alternativas e facultativas pelo ordenamento jurídico brasileiro, buscar-se-á compreender, neste tópico, a influência do processo de independência na formação jurídica nacional e seus desdobramentos na tentativa de unificar as leis civis, que, conseqüentemente, tinham reflexos sobre tais obrigações.

⁵⁹⁹ Não se olvide, todavia, que a presença de soluções envolvendo as obrigações alternativas e facultativas também estava relacionada à presença desse tipo de obrigação na própria sociedade portuguesa da época.

4.4.1. CONTEXTO HISTÓRICO DA CONTRATAÇÃO DE TEIXEIRA DE FREITAS PARA ELABORAÇÃO DO “ESBOÇO” DAS LEIS CIVIS

Enquanto colônia de Portugal, o Direito vigente no Brasil era a legislação portuguesa, organizada por meio das Ordenações Reais, cujas características foram abordadas acima. Em geral, as Ordenações eram aplicadas, sem qualquer alteração ou adaptação no território brasileiro, especialmente nas relações privadas comuns, embora fizesse-se necessária a criação de uma legislação especial que regulamentasse a organização administrativa da colônia.⁶⁰⁰

Desse modo, durante o período colonial, verifica-se um contexto em que se transportava e impunha a legislação europeia, com a conseqüente sufocação do Direito nativo informal. Além disso, houve a consolidação de estatuto normativo para defender os interesses de Portugal em sua colônia. Assim, com a independência do Brasil, era fundamental a construção de uma cultura jurídica nacional⁶⁰¹

Com a proclamação da independência, também foi confirmada a vigência das Ordenações no território nacional. No entanto, a Constituição Imperial de 1824 recomendava, em seu artigo 179, §18, fossem promulgados, o quanto antes, um Código Criminal e um Código Civil. Em relação a este último, havia urgência em sua elaboração, uma vez que a grande variedade de leis herdadas dos tempos da Colônia e a vigência das Ordenações, dificultavam o conhecimento e a interpretação das normas pelos próprios profissionais do Direito.⁶⁰²

Embora houvesse manifestações contrárias à elaboração de um Código Civil brasileiro naquela época, foi feito um estudo, em 1845, por Barão de Penedo, que concluiu pela urgência na atualização das leis civis, tendo em vista os excessos e as disposições inúteis que se encontravam vigentes. Assim, venceu a ideia de se proceder, previamente, uma seleção preparatória das disposições fundamentais da lei civil, para qual trabalho foi nomeado, em 1855, o jurista brasileiro: Teixeira de Freitas.⁶⁰³

O jurista, então, elaborou um projeto de Código Civil de grande rigor sistemático, aglutinando, ao longo de seus mais de 1300 artigos, textos de preceituações comuns ao Direito Civil e Direito Comercial.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ A. C. WOLKMER, *História do direito no Brasil*, Forense, 2003, p. 44.

⁶⁰¹ A. C. WOLKMER, *História* cit. (nota 600 supra), p. 62.

⁶⁰² A. CHAVES, *Formação histórica do direito civil brasileiro*, RFD, Universidade de São Paulo, 95 (2000), p. 80, disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67456> [25-11-2022].

⁶⁰³ A. CHAVES, *Formação* cit. (nota 602 supra), p. 80.

⁶⁰⁴ A. C. WOLKMER, *História* cit. (nota 600 supra), p. 96.

4.4.2. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS NO ESBOÇO DE TEIXEIRA DE FREITAS

Assim como nos marcos legislativos anteriores, a intenção deste tópico é pontuar qual o tratamento dado por A. TEIXEIRA DE FREITAS às obrigações alternativas e facultativas, com o fim de analisar, diante do que foi exposto nos capítulos anteriores, se foi adotada, de alguma forma, as regras elaboradas pelos juriconsultos romanos em relação a tais obrigações.

As obrigações alternativas e facultativas, no Esboço, estão localizadas na Parte Especial do Livro Segundo, relativa aos direitos pessoais, na qual as obrigações alternativas estão dispostas no Capítulo 3º e as obrigações facultativas no Capítulo 4º.

As normas relacionadas às obrigações alternativas estão dispostas em 7 artigos (do artigo 955 ao artigo 962), com inúmeros parágrafos, sendo que o artigo 955 tem como escopo a definição de uma obrigação conjuntiva (aquela que tem mais de uma prestação em seu objeto, todas independentes, de modo que haverá “tantas obrigações distintas, quantas forem as prestações”⁶⁰⁵) para que, no artigo 956, seja definida a obrigação alternativa, diferenciando-a de uma obrigação conjuntiva, por tratar-se de uma obrigação disjuntiva (obrigação com “prestações disjuntivas entre si, isto é, de modo que o cumprimento de uma delas desonere o devedor”⁶⁰⁶).

Especificamente em relação aos artigos já mencionados, é possível verificar a subsistência do “conceito” de obrigação alternativa extraído das fontes romanas, que, embora não tenha construído uma teoria geral destas obrigações, abordou em diversos fragmentos situações práticas que envolviam obrigações assumidas pelas partes, nas quais o devedor tinha o direito de liberar-se da obrigação por meio da entrega de apenas uma das prestações deduzidas no seu objeto.

Além disso, percebe-se a utilização do adjetivo “disjuntivo” para classificar a prestação das obrigações alternativas, o qual também era utilizado, em sua maioria, pelos juriconsultos romanos, para referir-se a esses tipos de obrigações cujas prestações estavam alternativamente deduzidas no objeto.

No artigo 957, A. TEIXEIRA DE FREITAS elenca os efeitos necessários das obrigações alternativas, quando as prestações envolverem coisas incertas, porém determinadas. Nos

⁶⁰⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 71 supra), p. 429.

⁶⁰⁶ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 71 supra), p. 429.

primeiros parágrafos, são dispostos direitos e deveres das partes em relação à diligência e à conservação das prestações deduzidas alternativamente na obrigação.

No parágrafo quarto do referido artigo, denota-se a primeira regra relacionada à escolha na obrigação alternativa, uma vez que dispõe que “Quando a escolha competir ao devedor, pode ele entregar a seu arbítrio uma das coisas compreendidas na obrigação, sem que o credor a possa recusar por ser de pior qualidade que as outras⁶⁰⁷”. Nesse enunciado, é possível compreender a ideia primordial da escolha e como ela é um dos pontos centrais da obrigação alternativa, já que, competindo a escolha ao devedor e tendo ele o direito de liberar-se da obrigação pela entrega da prestação escolhida, não cabe ao credor contestá-la, já que essa alternatividade é um pressuposto da obrigação.

Em seguida, no parágrafo quinto, está disposta a regra geral referente à titularidade da escolha na obrigação alternativa, exatamente como definiam juriconsultos romanos, uma vez que determina “Em caso de dúvida sobre competir a escolha ao credor ou ao devedor, entender-se-á que compete ao devedor”⁶⁰⁸.

Já no artigo 958, o Esboço expõe os “efeitos acidentais” da obrigação alternativa, definindo quais são as regras aplicáveis no caso de impossibilidade superveniente de uma das prestações e inadimplemento por uma das partes.

Em resumo, é possível identificar nos parágrafos do artigo 958 muitas das regras deduzidas das decisões dos juriconsultos romanos. Por exemplo, as regras dos parágrafos primeiro⁶⁰⁹, sétimo⁶¹⁰ e oitavo⁶¹¹ refletem a regra geral deduzida dos fragmentos romanos, no sentido de que a impossibilidade superveniente de uma das prestações tinha como efeito reduzir o objeto da obrigação à prestação restante, ou seja, a obrigação alternativa reduzia-se a uma obrigação simples.

Inclusive, em comentário ao artigo 958, A. TEIXEIRA DE FREITAS afirma que a ideia de que, perdida uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação alternativa, a obrigação

⁶⁰⁷ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 71 supra), p. 430.

⁶⁰⁸ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 71 supra), p. 431.

⁶⁰⁹ “Não se resolverá a obrigação por motivo de perda sem culpa do devedor, senão no caso de se perderem todas as coisas nela compreendidas”.

⁶¹⁰ Se uma das coisas se perder ou deteriorar sem culpa do devedor, e a escolha competir ao credor; poderá este exigir ou a entrega de uma das coisas restantes não deterioradas, ou a da coisa deteriorada com diminuição proporcional do preço, se o houver”.

⁶¹¹ Na mesma hipótese do n. antecedente, se a escolha competir ao devedor; poderá este pagar ao credor com qualquer das coisas restantes ou não deterioradas, ou mesmo com a coisa deteriorada e diminuição proporcional do preço, se o houver”.

torna-se pura e simples e, portanto, o devedor fica obrigado a entregar a prestação restante, deriva do Direito Romano e pode ser encontrada também no artigo 1193 do Código Napoleônico.

Mesmo nos parágrafos sétimo e oitavo supracitado, mas principalmente no parágrafo terceiro⁶¹², verifica-se a ideia de que, havendo a perda superveniente de uma das prestações, o devedor também poderá liberar-se pela entrega do valor equivalente da coisa deteriorada.

A ideia do valor estimado da prestação que foi deteriorada de forma superveniente, chamada de “*aestimatio*”, também esteve presente em alguns fragmentos do Direito Romano, sobre os quais, como visto no capítulo 3.6.2, grandes foram os debates dos juristas romanistas posteriores. Ainda assim, é possível lembrar que Ulpiano, em D. 30, 47, 13, afirmou que, em um legado alternativo de dois escravos, se um deles for morto, o herdeiro poderia entregar o escravo vivo (prestação restante no objeto da obrigação) ou o valor estimado do escravo que foi morto.

Embora seja possível identificar semelhanças dos parágrafos supracitados, deve-se mencionar que o Esboço também apresenta inovações jurídicas, como as consequências para as partes de uma obrigação alternativa com o advento de “melhoramentos” nas prestações deduzidas no objeto.

No mesmo sentido, considerando o teor dos fragmentos derivados do Direito Romano, também se verifica que o artigo 959 consiste em inovação jurídica, uma vez que trata de prestações que são de propriedade de terceiros (e o seu registro quando se trata de imóvel) e quais os seus efeitos sobre as partes da obrigação alternativa.

Por fim, destaca-se que o artigo 961 prevê a possibilidade de as partes avençarem que a escolha competirá a um terceiro, o que também já era observado nas fontes romanas. No entanto, embora preveja essa possibilidade, o artigo em questão não trata dos seus efeitos e dos impactos às partes quando o terceiro não puder ou não quiser exercer a escolha. Tais efeitos, por outro lado, foram abordados pelos jurisconsultos romanos e, posteriormente, objeto de debate de muitos juristas, em razão da dificuldade de definir a natureza desse tipo de obrigação alternativa, como visto no capítulo 2.2.3.

⁶¹² “Na mesma hipótese antecedente [se todas as coisas compreendidas na obrigação se perderem por culpa do devedor, se a escolha competir ao devedor; o credor terá direito, ou para resolver a obrigação em indenização de perdas e interesses, ou para exigir o equivalente, à arbítrio do devedor, de uma das coisas perdidas, também com indenização de perdas e interesses”.

4.4.3. OBRIGAÇÕES FACULTATIVAS NO ESBOÇO DE TEIXEIRA DE FREITAS

Embora seja reservado às obrigações facultativas um capítulo próprio, há apenas seis sucintos artigos sobre suas regras, diferentemente do que foi visto em relação às obrigações alternativas, cujos artigos previam numerosas regras a seu respeito. Todavia, por todo o que foi exposto no capítulo 4 a respeito das obrigações facultativas, é visto que se mantém essa brevidade ao tratar desse tipo de obrigação.

Nos artigos 963 e 964, são definidos o conceito e o principal efeito da obrigação facultativa, no sentido de que são obrigações facultativas aquelas que “tiverem por objeto uma só prestação, mas com a cláusula de poder o devedor substituir essa prestação por outra” e “os efeitos das obrigações facultativas são os mesmos das obrigações em geral”, de modo que “o credor só tem direito para exigir a prestação principal, e não a prestação acessória que fica ao mero arbítrio do devedor”.

Sendo assim, a obrigação facultativa é definida por A. TEIXEIRA DE FREITAS como uma obrigação simples, em cujo objeto está deduzida uma única prestação, mas, por outro lado, garante ao devedor a possibilidade de liberar-se da obrigação com a entrega de uma outra prestação.

Essa ideia de garantir uma faculdade ao devedor no momento de liberar-se da obrigação, como visto no capítulo 3, também já estava presente no Direito Romano, em diferentes figuras jurídicas. Por exemplo, no caso do legado, Juliano (D. 36, 2, 19, pr.) e Ulpiano (D. 33, 9, 1) entendem que, na hipótese de o herdeiro deixar de dar as provisões do falecido à viúva, deverá entregar determinada soma de dinheiro, ou seja, haveria uma prestação em faculdade do herdeiro para liberar-se da obrigação antes estabelecida.

Nos artigos 965 e 966, por suas vezes, há regras que nada mais são além de desdobramentos da concepção de que a obrigação facultativa é uma obrigação simples com uma única prestação deduzida no seu objeto, de modo que, se houver qualquer nulidade em relação à prestação *in facultate solutionis*, não há qualquer efeito em relação à obrigação principal.

Apesar de deixar muito claro que a obrigação facultativa é simples e, provavelmente, a ela devem ser aplicadas as regras de uma obrigação simples quando ocorrer inadimplemento ou impossibilidade superveniente da prestação, o Esboço de Teixeira de Freitas não regulamenta, especificamente, quais são os seus efeitos.

Por fim, merece destaque o artigo 968, uma vez que demonstra a ideia de que há certa semelhança entre as obrigações alternativas e facultativas. Nessa disposição, A. TEIXEIRA DE FREITAS determina que, havendo dúvidas se a obrigação sob análise trata-se de obrigação alternativa ou facultativa, deve-se entender que se trata de obrigação alternativa, devendo ser aplicadas as disposições do capítulo anterior.

4.5. PROJETOS ANTERIORES E CÓDIGO CIVIL DE 1916

No tópico anterior, foi estudado o tratamento dado às obrigações alternativas e facultativas no Esboço de Código Civil, elaborado por Teixeira de Freitas, que representa a primeira tentativa de codificação civil durante o Império.

Como advento da República, em 1890, A. COELHO RODRIGUES elaborou também um Projeto de Código Civil⁶¹³, que acabou sendo abandonado. Assim, em 1899, foi concluído projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, que, após longa tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado, foi sancionado em 1916⁶¹⁴.

Assim, serão consultados, a seguir, o tratamento dado por A. COELHO RODRIGUES, em seu Projeto de Código Civil, às obrigações alternativas e facultativas.

Posteriormente, levando-se em consideração a doutrina de C. BEVILÁQUA e sua influência sobre o Código Civil de 1916, será também analisado o tratamento dado às obrigações alternativas e facultativas e, se possível, identificar eventuais semelhanças e precedências da jurisprudência romana.

4.5.1. PROJETO DE CÓDIGO CIVIL DE COELHO RODRIGUES DE 1899

A. COELHO RODRIGUES, assim como A. TEIXEIRA DE FREITAS, tinha formação romanista⁶¹⁵ e foi influenciado pela Pandectística alemã, de modo que o seu Projeto de Código Civil era estruturado em uma Parte Geral e em uma Parte Especial.⁶¹⁶

⁶¹³ A. COELHO RODRIGUES, *Projecto do Codigo Civil Brasileiro precedido de um Projecto de Lei preliminar*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/518628> [27-11-2022].

⁶¹⁴ A. C. WOLKMER, *História* cit. (nota 600 supra), p. 74.

⁶¹⁵ Chegou até mesmo a traduzir as Institutas de Justiniano para o português, em meados de 1880.

⁶¹⁶ V. T. COSTA FILHO, *Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel? Ruptura e continuidade na transição da monarquia para a república no Brasil*, Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 203 (2014), p. 60, disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p53 [27-11-2022].

Nesse contexto, em seu Projeto, A. COELHO RODRIGUES reserva uma Seção (Seção III) para as obrigações alternativas, com seis artigos. Diferentemente de Teixeira de Freitas, Coelho Rodrigues já é mais sucinto na forma de abordar as obrigações alternativas, dispondo somente sobre as regras mais básicas sobre o seu funcionamento.

Nos artigos 420 e 421, é definida a obrigação alternativa⁶¹⁷ e determinado que, salvo disposição expressa dos contratantes, a escolha competirá ao devedor. Em relação a sua definição, o jurista trata de deixar claro que, embora haja alternatividade entre as prestações devidas, o devedor não se libera da obrigação entregando parte de uma prestação e parte de outra prestação.

Da análise desses dois primeiros artigos, é possível notar algumas características da jurisprudência romana, que acabaram, aparentemente, sendo perpetuadas nas legislações modernas: a primeira é a própria definição da obrigação alternativa, como aquela em que permite que o devedor seja liberado por meio da entrega de uma das prestações deduzidas alternativamente no objeto da obrigação.

A segunda é que foi mantida a regra geral de que, não havendo nenhuma disposição diversa em relação a quem competirá a escolha da prestação, ela caberá ao devedor. Por último, a terceira é a de que, embora alternativa, não é possível que o devedor seja liberado da obrigação adimplindo parte de uma prestação e parte de outra.

Quanto ao último ponto, esse trabalho analisou, no tópico 2.5.1, fragmentos do Direito Romano, que apontavam para a regra geral de que não havia a possibilidade de o devedor liberar-se de uma obrigação alternativa entregando parte das prestações deduzidas no objeto daquela obrigação.

Em seguida, nos artigos 422 a 424, A. COELHO RODRIGUES simplifica a regra aplicável nos casos de impossibilidade superveniente das prestações, no sentido de que a obrigação alternativa será convertida em simples quando ocorrer a impossibilidade de uma das prestações, ainda que por culpa do devedor. Além disso, define o jurista que o devedor somente deverá pagar o preço de uma das prestações ao credor quando todas as prestações vierem a perecer.

Conforme análise realizada no tópico 2.6.1, pode-se concluir que os artigos supracitados de A. COELHO RODRIGUES muito se aproximaram do que se entende pela regra geral do Direito

⁶¹⁷ “Art. 420. O devedor de uma obrigação alternativa libera-se entregando qualquer das cousas compreendidas nela ao credor, mas não pode obrigar este a receber parte de uma delas e parte de outra”

Romano. Isso porque a regra geral aplicável, à época, era de que a impossibilidade superveniente de uma das prestações, seja por causa não imputável, seja por causa imputável ao devedor, tinha como efeito reduzir o objeto da obrigação à outra prestação.⁶¹⁸

Especificamente em relação à definição de que o devedor pagará o preço de uma das coisas, se houver a impossibilidade superveniente de todas as prestações deduzidas no objeto da obrigação, relembra-se o fragmento de Paulo (D. 18, 1, 34, 6), no qual o jurisconsulto define que, se os escravos objeto da obrigação morreram ao mesmo tempo, o devedor deverá pagar o preço, sob a lógica de que, certamente, um dos escravos viveu sob o risco do comprador.

Por fim, em seu último artigo, A. COELHO RODRIGUES define que as disposições da Seção em questão são também aplicáveis nos casos em que a obrigação alternativa compreende mais de duas prestações. Assim, dispõe que a obrigação permanece alternativa enquanto compreender em seu objeto, ao menos, duas prestações.

Embora as disposições sobre as obrigações alternativas sejam bastante completas, considerando os principais efeitos práticos desse tipo de obrigação, verifica-se que Coelho Rodrigues não reservou às obrigações facultativas nenhuma disposição em seu Projeto.

4.5.2. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS POR CLOVIS BEVILÁQUA

Como brevemente explicado acima, C. BEVILÁQUA foi o autor do Projeto de Código Civil aprovado, que deu origem ao Código Civil de 1916, que vigeu de 1917 a 2002.

O autor era professor da Faculdade de Direito do Ceará, com produção doutrinária não apenas em Direito Civil, mas também em outras áreas do Direito e na Literatura. Era ligado à “Escola do Recife”, liderada por Tobias Barreto, cuja característica principal era apresentar um pensamento crítico aos padrões da época, muito relacionado ao pensamento alemão oitocentista e ao cientificismo. Em acréscimo a toda essa influência, E. TOMASEVICIUS FILHO afirma que C. BEVILÁQUA também se destacava por reconhecer a importância da socialidade em detrimento do individualismo e liberalismo.⁶¹⁹

Visto isso, antes de adentrar, especificamente, ao estudo das disposições do referido Código, com o fim de analisar o quanto há de influência da jurisprudência romana, optou-se

⁶¹⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 216.

⁶¹⁹ E. TOMASEVICIUS FILHO, *O legado do Código Civil de 1916*, RFD, Universidade de São Paulo, 111 (2017), p. 89, disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133495> [13-11-2022].

por discorrer sobre o entendimento de C. BEVILÁQUA sobre as obrigações alternativas e facultativas, em seu livro “Direito das Obrigações”⁶²⁰, publicado em 1896.

Para o autor, as obrigações alternativas são muitas prestações distintas e independentes entre si, das quais somente uma tem que ser cumprida pelo devedor para o adimplemento da obrigação, cuja escolha cabe ao devedor e, somente em casos incomuns, ao credor.

Além disso, descreve o autor que, se uma das prestações prometidas vier a tornar-se impossível, a obrigação será restrita às demais prestações e, não havendo outras prestações, a obrigação tornar-se-á simples. Ademais, caso por culpa do devedor, não houver mais prestações na obrigação, o devedor terá de indenizar o credor pela prestação escolhida.

Já em relação às obrigações facultativas, C. BEVILÁQUA explica que, nesse caso, o devedor está obrigado a cumprir uma prestação certa, mas também será concedido a ele a faculdade de substituí-la por outra, igualmente indicada.

Observa o autor que a particularidade dessa obrigação é que a atenção de quem a examina deve prender-se exclusivamente em relação à prestação determinada, caracterizando a outra prestação como “a meramente possível que jaz, até o último instante envolvida em névoas”. Sendo assim, se a prestação determinada for nula, o vínculo todo estabelecido pelas partes será nulo, ainda que a prestação facultativa seja válida.

Por fim, após a análise das duas figuras obrigacionais, o autor afirma que, muitas vezes, é difícil a tarefa do julgador em decidir se a obrigação sob análise é uma obrigação alternativa ou facultativa, tendo em vista a sua semelhança. Lembra o autor, quanto a isso, que alguns Códigos Civis vigentes há sua época – como o Código Argentino e o Código Chileno – previam que, em caso de dúvidas, deveria entender que se trata de obrigação alternativa (da mesma forma que o Esboço de Teixeira de Freitas).

4.5.3. CÓDIGO CIVIL DE 1916

Diante do contexto apresentado no tópico acima, será iniciado o estudo das disposições do Código Civil de 1916, sabendo que foi fruto de um projeto elaborado por C. BEVILÁQUA, que se inspirou tanto nos projetos de código civil anteriores, quanto na experiência alemã.

Em relação à organização e redação do Código Civil de 1916, explica-se que foi mantida a divisão das Leis Civis anteriormente proposta por Teixeira de Freitas, que dividiu o seu

⁶²⁰ C. BEVILÁQUA, *Direito das Obrigações*, Livraria Magalhães, 1896.

Esboço em Parte Geral e Parte Especial. Quanto à redação, o autor optou por artigos mais sintéticos e curtos, o que diferenciava o Projeto de Bevilacqua dos que antecederam, cuja redação dos artigos era bastante detalhada.⁶²¹

Já em relação às obrigações alternativas e facultativas, que é o objeto de estudo desse tópico da pesquisa, observa-se que C. BEVILÁQUA, assim como A. COELHO RODRIGUES, não reservou um capítulo do Código Civil para dispor exclusivamente sobre as regras aplicáveis nas obrigações facultativas, embora tenha-se visto (tópico anterior) que o autor do Código Civil de 1916 debruçou-se sobre as obrigações facultativas em sua doutrina.

Por sua vez, às obrigações alternativas foi reservado o Capítulo IV do Código Civil, que está inserido no Título I “Da modalidade das obrigações” do Livro III “Do direito das obrigações”. O capítulo IV apresenta quatro artigos, o que já demonstra uma nova diminuição na quantidade de artigos para dispor sobre essa figura obrigacional, se comparado aos Projetos estudados acima.

Também diferentemente dos Projetos anteriores, não é reservado um artigo somente para descrever o que é a obrigação alternativa. Assim, no primeiro artigo do Capítulo IV, o Código já apresenta regras de funcionamento da obrigação, especificamente em relação a quem compete a escolha, à impossibilidade de prestações parciais como adimplemento da obrigação e à hipótese de obrigação alternativa com prestações anuais.

A regra das prestações anuais nas obrigações alternativas, pelo que se observou até aqui, aparenta ser uma inovação do Código Civil de 1916. Por outro lado, as regras sobre a titularidade da escolha a impossibilidade de prestação parcial na obrigação alternativa já foram visualizadas em Projetos anteriores, sobretudo porque – como já visto – são regras que já existiam na jurisprudência romana.

Quanto a isso, vale destacar que, nos comentários ao Código Civil de 1916⁶²², C. BEVILÁQUA analisa o referido artigo em relação à legislação comparada, citando, inclusive, fragmentos do Digesto⁶²³ que já dispunham sobre as regras ali abordadas.

⁶²¹ E. TOMASEVICIUS FILHO, *O legado* cit. (nota 619 supra), p. 89.

⁶²² C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 6ª ed., v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 28, disponível em <http://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/671068> [25-11-2022].

⁶²³ “Direito Romano. D. 18, 1, fr. 25, pr., e 34, § 6.º; 19, 1, fr. 21, § 6.º; 31, fr. 27; 45. 1, frs. 112 e 138, § 1.º. Deve-se, porém, notar que, nos legados, a escolha cabia ao legatário (D. 30, pr. e 34, paragrapho 14)”.

O artigo 885⁶²⁴, subsequente ao ora analisado, dispõe sobre a regra geral de que, uma vez impossível uma das prestações, a obrigação torna-se simples, de modo que o seu objeto será reduzido à prestação restante. Em relação a esse artigo, como também já abordado anteriormente, verifica-se mais uma regra derivada da jurisprudência romana, que tinha como regra geral a redução da obrigação alternativa em simples quando uma das prestações se tornava impossível.

Em comentários a esse artigo, C. BEVILÁQUA explica que, na legislação anterior vigente no Brasil, não havia disposição expressa com essa regra, mas que essa lacuna era suprimida pelo Direito Romano⁶²⁵, em cuja jurisprudência – como no artigo D. 45, 1, 105, de Javoleno, estudado no tópico 2.6.1 – a regra geral era de que a impossibilidade superveniente de uma das prestações deduzidas no objeto da obrigação acarreta a redução do objeto da obrigação na(s) prestação(ões) restante(s) no objeto.

Nos artigos seguintes (886, 887 e 888), o Código de 1916 dispõe sobre as consequências do inadimplemento na obrigação alternativa. Assim, havendo culpa do devedor, que era titular da escolha, ele ficaria obrigado a pagar o valor da última prestação que se tornou impossível e uma indenização por perdas e danos. Se a escolha couber ao credor e uma das prestações tornou-se impossível por culpa do devedor, o credor poderá exigir a prestação subsistente ou o valor da que se tornou impossível, além de uma indenização por perdas e danos.

Quanto a esses artigos, C. BEVILÁQUA também afirma que as regras estavam subsidiadas no Direito Romano, as quais foram abordadas pelo presente trabalho no tópico 2.6.2, sobre o pagamento da *aestimatio* no lugar da prestação remanescente, nos casos em que há mora do credor ou culpa do devedor na impossibilidade de uma das prestações.

Embora haja o referido subsídio e fundamento, verifica-se que os artigos, além da possibilidade de pagamento do valor da prestação, imputam ao devedor a obrigação de ressarcir o credor por perdas e danos. Sobre isso, C. BEVILÁQUA aponta em seus comentários, que não entende como justo que o devedor tenha que pagar perdas e danos, já que o valor da prestação é a indenização naturalmente devida e, desse modo, o credor não faria jus a mais que isso. Assim, afirma que essa disposição foi um acréscimo ao seu Projeto primitivo de Código Civil, no qual somente estava previsto o pagamento do valor da prestação.⁶²⁶

⁶²⁴ “Se uma das prestações não puder ser objeto da obrigação, ou se tornar inexecutível, subsistirá o débito quanto à outra”.

⁶²⁵ C. BEVILÁQUA, *Código Civil* cit. (nota 622 supra), p. 29.

⁶²⁶ C. BEVILÁQUA, *Código Civil* cit. (nota 622 supra), p. 31.

Do exposto até então, pode-se concluir pela presença e importância dada à obrigação alternativa como um tipo obrigacional no Código Civil de 1916, já que teve um capítulo específico reservado às suas regras e efeitos em relação às partes. Ademais, dos próprios comentários do autor do Projeto que originou o referido Código, é claro o embasamento do legislador na jurisprudência romana para a definição das regras da obrigação alternativa.

Apesar de não haver disposições específicas e um capítulo reservado às obrigações facultativas, F. C. PONTES DE MIRANDA apresenta alguns exemplos de artigos do Código Civil de 1916, que representam obrigações facultativas⁶²⁷.

Dentre eles, o artigo 892 do Código Civil de 1916 dispunha que “Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira. Mas o devedor ou devedores se obrigarão pagando: I. a todos conjuntamente, II. A um, dando esta caução de ratificação dos outros credores”.

Segundo o autor, na hipótese de pluralidade de credores prevista no referido artigo, há uma obrigação facultativa, uma vez que, embora os credores possam, cada um, exigir a dívida inteira (obrigação principal), o devedor poderá liberar-se da obrigação, solvendo a todos conjuntamente ou a um deles, exigindo caução.⁶²⁸

Apona, ainda, F. C. PONTES DE MIRANDA⁶²⁹ que haveria uma obrigação facultativa no artigo 866 do Código Civil, explicando que, nesse caso, se trataria de um crédito com *facultas alternativa*, pois, nesse caso, no lugar da prestação devida naquela obrigação, o credor poderia exigir do devedor uma outra prestação, que a substitua.

Dispõe o artigo 866 que “Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu”. Visto o entendimento do autor, nessa hipótese, haveria uma *facultas alternativa* do credor, que, no lugar da prestação devida, poderia exigir do devedor uma prestação diversa da pactuada originalmente.

Assim como o autor acima, A. WALD⁶³⁰ aponta que a obrigação facultativa estaria presente em dispositivos esparsos do Código Civil de 1916, como no artigo 604. No dispositivo em questão, dispõe-se que aquele que restituir a coisa achada terá direito a uma recompensa e

⁶²⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 11 supra), p. 224.

⁶²⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 11 supra), p. 224.

⁶²⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 11 supra), p. 225.

⁶³⁰ A. WALD, *Obrigações e contratos*, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 38.

à indenização pelas despesas que incorrer enquanto conservar e transportar a coisa. Isso significa que é essa a prestação que o inventor da coisa pode exigir. No entanto, o mesmo artigo possibilita o abandono da coisa perdida e, assim, o proprietário pode – em vez de pagar o que deve – abandonar o objeto, ou seja, seria essa uma faculdade na solução da obrigação.

Assim, ainda que as obrigações facultativas não estivessem organizadas em um capítulo específico, com suas regras e efeitos dispostos de forma sistematizada, é possível concluir, das observações do autor em questão, que esse tipo obrigacional estava presente no Código Civil de 1916, mas inserido em outras figuras jurídicas, assim como ocorria na jurisprudência romana e nas Ordenações de Portugal.

4.6. CÓDIGO CIVIL DE 2002

Por fim, para compreender a recepção das obrigações alternativas e facultativas no Código Civil de 2002, assim como a possível influência dos textos jurídicos romanos em suas disposições, analisar-se-á, no presente tópico, o contexto da elaboração do novo Código e a forma que tais figuras foram dispostas.

4.6.1. CONTEXTO E ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE OBRIGAÇÕES

Com o fim de restaurar o Código Civil e adaptar às exigências sociais, cita-se abaixo algumas das tentativas de atualização da lei civil por meio de anteprojetos.

Em 1941, foi publicado um anteprojeto de Código de Obrigações, elaborado pelos juristas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, cujo principal objetivo era a unificação do direito das obrigações, mas que não recebeu o apoio necessário da classe jurídica.⁶³¹

Em 1961, o Governo determina a reformulação do Código Civil, encarregando Orlando Gomes para a redação do anteprojeto de Código Civil, que abrangeria Direito de Família, Direitos Reais e Direito das Sucessões, e Caio Mário da Silva Pereira para elaborar o anteprojeto de Código das Obrigações. Posteriormente, o trabalho de Orlando Gomes foi transformado em Projeto de Código Civil, enquanto o anteprojeto de Código de Obrigações foi revisto pela Comissão Revisora, integrada por Orozimbo Nonato, Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio

⁶³¹ F. AMARAL, *O projeto de código civil*, Revista Brasileira de Direito Comparado, 16 (1999), p. 28.

Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, antes de também transformar-se em projeto.⁶³²

Embora tenha sido revisto pela Comissão Revisora, o Anteprojeto de Código das Obrigações não foi modificado em relação à Seção III, em que dispôs sobre as obrigações alternativas, motivo pelo qual passa-se à análise de seus motivos e disposições.

Na introdução do Anteprojeto de Código das Obrigações, CAIO MÁRIO reflete sobre o direito legislado à época, entendendo-o como bom, mas pontuando que a transformação social vivida no século XX impunha a modificação e conceitos anacrônicos, de modo que, para a elaboração do referido Anteprojeto, o autor afirma ter adotado uma abordagem mais moderna. Além disso, afirma que afrontou o exagerado individualismo que dominava o Direito Brasileiro até a metade do século XX.⁶³³

Em relação ao método, o autor afirma que aderiu à escola alemã do *Rechtsgeschäft*. Nesse sentido, partiu da ideia de que o fato jurídico é o elemento gerador do direito e da obrigação, bem como que, na gênese desses, está a vontade humana, como fator necessário e, muitas vezes, preponderante.⁶³⁴

Sobre a estrutura do Anteprojeto, o autor aponta que reservou o Título II para a obrigação em geral, no qual abordou as classificações das obrigações: obrigações de dar, de fazer; divisíveis e indivisíveis; solidárias; alternativas; e, finalmente, as obrigações pecuniárias. Quanto as obrigações mencionadas, afirma o autor que seguiu a “corrente dos modelos mais modernos”.⁶³⁵

Assim, desde logo, percebe-se que o Anteprojeto de Código das Obrigações seguiu a mesma tendência do Código Civil de 1916, deixando de trazer um capítulo específico sobre as obrigações facultativas, abordando exclusivamente as obrigações alternativas.

Quanto a tais obrigações, em sua exposição de motivos, o autor afirma que procurou simplificar a regra da escolha, que é o seu ponto fundamental, independentemente de ela ser exercida pelas partes, pelo juiz ou por terceiro. Além disso, afirma que instituiu a simples comunicação como o meio técnico de manifestação da escolha.⁶³⁶

⁶³² F. AMARAL, *O projeto* cit. (nota 631 supra), pp. 28-29.

⁶³³ C. M. S. PEREIRA, *Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Obrigações*, Rio de Janeiro, 1964, pp. 5-6.

⁶³⁴ C. M. S. PEREIRA, *Exposição* cit. (nota 633 supra), p. 9.

⁶³⁵ C. M. S. PEREIRA, *Exposição* cit. (nota 633 supra), p. 11.

⁶³⁶ C. M. S. PEREIRA, *Exposição* cit. (nota 633 supra), p. 18.

Visto isso, o autor utilizou-se de nove artigos para dispor sobre as obrigações alternativas em seu Anteprojeto.

No primeiro artigo, estão dispostas as regras sobre a designação da escolha. Assim como nos projetos e legislação anterior, o autor propõe que, em regra, a escolha seja designada ao devedor, a menos que as partes pactuem de forma diversa, o que, como já visto, reflete o entendimento da jurisprudência romana.

Todavia, o referido artigo é diferente dos anteriores porque prevê a hipótese de a escolha ter sido designada pelas partes a um terceiro. Nesse caso, o artigo dispõe que, não podendo ou não querendo fazer a escolha, o seu exercício caberá ao juiz, a menos que as partes cheguem a um acordo.

Como visto no tópico 2.2.3, existem fragmentos da jurisprudência romana prevendo a possibilidade de designação da escolha a um terceiro, na obrigação alternativa. Contudo, a solução dada pelos romanos (embora não se tenha chegado a uma conclusão pacífica a esse respeito por não haver muitos fragmentos sobre o assunto), seja no período clássico ou no período justiniano, era diferente da solução disposta no referido artigo.

Isso porque, pelo fragmento de Gaio (D. 45, 1, 141, 1) referente ao período do direito clássico, é possível compreender que, se o terceiro designado para fazer a escolha não puder ou não quiser fazê-la, a obrigação deixa de existir, já que se tratava de hipótese personalíssima de escolha, não podendo outra pessoa fazer em seu lugar.

Já no direito justiniano, da análise do fragmento C. 6, 43, 3, 1, em que o Imperador trata dos legados, é estabelecida a regra de que, no caso de o terceiro não puder ou não quiser fazer a escolha, ela seria exercida pelo legatário (credor de um legado).

No artigo em análise, diferentemente, optou-se por transferir a escolha ao juiz, que, no caso, ocuparia o lugar de um terceiro imparcial para exercer a escolha da prestação que seria entregue ao credor.

Visto isso e considerando a introdução da exposição de motivos do Anteprojeto de Código das Obrigações, em que o autor menciona a sobreposição da vontade das partes, uma vez que elemento gerador do direito das obrigações, deduz-se que a regra de designar ao juiz a escolha seria uma forma de facilitar o cumprimento da obrigação, satisfazendo o interesse de todos os envolvidos e mantendo a vontade inicial das partes, no sentido de que a designação da prestação fosse realizada por um terceiro.

Da mesma forma que os demais projetos e legislação anteriores, o Anteprojeto previa, em seu artigo 111, que a obrigação não poderia ser cumprida pelo devedor com a entrega de parte de uma prestação e parte de outra prestação, o que também reflete a influência do entendimento da jurisprudência romana.

Já no artigo 112, o Anteprojeto prevê que a escolha será exercida mediante simples comunicação de uma parte a outra, a qual será, em regra, irrevogável, a menos que as partes tenham pactuado de forma diversa.

A irrevogabilidade da manifestação da escolha, instituída no Anteprojeto, diverge, em tese, da regra geral prevista na jurisprudência romana, como abordado no tópico 2.3. Isso porque, para os romanos, as partes tinham garantida a faculdade de mudar de prestação quando já havia manifestado, em uma primeira oportunidade, qual seria a escolha.

Todavia, embora muitos fragmentos indiquem pela existência da referida regra geral, foi visto também no presente trabalho que outros fragmentos indicam que o *ius variandi*, isto é, a possibilidade de mudar de escolha depois que já manifestada, dependia da forma como a titularidade da escolha foi expressada no momento de constituição da obrigação. Nesse sentido, havendo a expressa determinação da titularidade da escolha, ela seria definitiva, uma vez que tratar-se-ia de uma hipótese de escolha personalíssima.

Apesar disso, percebe-se que o Anteprojeto buscou simplificar a regra, definindo que, uma vez manifestada, a escolha é irrevogável, a menos que a outra parte se manifeste de forma contrária.

Em relação à impossibilidade da prestação, o Anteprojeto demonstrava sua influência na jurisprudência romana por prever, como regra geral, que, no caso de impossibilidade de uma prestação – seja por culpa ou não do devedor – a obrigação tornava-se simples, com o objeto reduzido na prestação remanescente.

Assim, havendo culpa do devedor, ele só teria que pagar pelo valor da prestação, caso todas as prestações deduzidas no objeto da obrigação tornassem impossíveis. Por outro lado, se a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do credor, o devedor poderia liberar-se da obrigação ou entregar a prestação remanescente, exigindo uma indenização por eventuais prejuízos.

4.6.2. CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E FACULTATIVAS

Em 1967, foi constituída nova Comissão para elaborar o anteprojeto de Código Civil, que, posteriormente, foi transformado no Projeto de Lei n.º 118 de 1984 e aprovado como Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406 de 2002).

A Comissão era coordenada por Miguel Reale, sendo a parte geral redigida por Moreira Alves, a parte de direito empresarial por Sylvio Marcondes, a parte de direito das obrigações por Arruda Alvim, a parte de direito das coisas por Ebert Chamorim, a parte de direito de família por Clóvis Couto e Silva e a parte de direito das sucessões por Torquato de Castro.

Em relação ao direito das obrigações, abandonou-se a ideia de dividir o Código Civil, com o fim de elaborar, em separado, um Código das Obrigações. Quanto a isso, M. REALE⁶³⁷ afirma que quase a “unanimidade de nossos juristas repudiou a proposta de um Código Civil decepado e sem sentido de unidade, condenando a eliminação da Parte Geral, tradicional em nosso Direito, desde a Consolidação das Leis Civis, graças ao gênio criador de Teixeira de Freitas”.

Considerando que o referido Projeto foi aprovado e deu origem ao Código Civil vigente no país, passa-se a sua análise.

Primeiramente, verifica-se que, assim como o Anteprojeto de Caio Mário, o Código Civil não dispôs em separado sobre as obrigações facultativas, ou seja, não foi reservado um capítulo específico sobre as regras aplicáveis à referida obrigação, mas tão somente às obrigações alternativas.

Em relação às obrigações alternativas, foram dispostos quatro artigos, sendo que, no primeiro (artigo 252), assim como no Anteprojeto analisado acima, estão estabelecidas as regras sobre a designação e exercício da escolha. Quanto a isso, dispõe o Código Civil que, em regra, a escolha cabe ao devedor, a menos que as partes tenham estabelecido de outra forma. Sendo mais uma disposição nesse sentido, é possível concluir pela consolidação no direito civil vigente no Brasil de uma das regras principais romanas sobre as obrigações alternativas.

Do mesmo modo, percebe-se também a consolidação do entendimento jurisprudencial romano no parágrafo primeiro do artigo 252 do Código Civil, no qual se estabelece que o credor não pode ser obrigado a receber parte de uma prestação e parte de outra prestação.

⁶³⁷ M. REALE, *Visão geral do projeto de Código Civil*, RT, 752 (1998), p. 24.

Ainda sobre a escolha, o Código Civil designa ao juiz a escolha, caso o terceiro, titular da escolha, não possa ou não queira exercê-la, repetindo a solução enunciada no Anteprojeto de Código das Obrigações e mantendo a divergência em relação à jurisprudência romana, como verificado no tópico acima.

No artigo 253, por sua vez, verifica-se a subsistência de mais uma regra geral derivada da jurisprudência romana, que é a redução da obrigação alternativa a uma obrigação simples, no caso de uma das duas prestações não puder ser objeto da obrigação ou tornar-se inexequível. Nesse caso, o objeto da prestação será reduzido à prestação remanescente.

No mais, o Código Civil dispõe que, se por culpa do devedor, não for possível cumprir nenhuma das prestações e couber a ele a escolha, deverá pagar o valor estimado referente à prestação que se impossibilitou por último.

Já na hipótese de uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor e a escolha caber ao credor, ele 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 inexequíveis, o credor poderá exigir o valor de qualquer uma delas, além de indenização por perdas e danos.

Especificamente em relação à regra que define que o devedor deverá pagar o preço de uma das prestações, como disposto no tópico sobre o Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, verifica-se, de certa forma, semelhança com o fragmento de Paulo (D. 18, 1, 34, 6), no qual o jurisconsulto define que, se os escravos objeto da obrigação morreram ao mesmo tempo, o devedor deverá pagar o preço, sob a lógica de que, certamente, um dos escravos viveu sob o risco do comprador.

Por fim, conforme mencionado acima, o Código Civil vigente não reservou uma seção específica às obrigações facultativas e, nesse sentido, W. BARROS MONTEIRO⁶³⁸ afirma que não são raras as legislações que se omitiram quanto a sua regulamentação.

Todavia, assim como no Código Civil de 1916, tais obrigações estão presentes e suas regras são essenciais para outras figuras jurídicas, que foram dispostas no Código Civil de 2002.

⁶³⁸ W. BARROS MONTEIRO, *Direito* cit. (nota 258 supra), p. 139

Nesse sentido, o autor supracitado cita os artigos 1.233⁶³⁹, 1.234⁶⁴⁰ e 1.382⁶⁴¹ do referido diploma legal.

O artigo 1.233 dispõe que aquele que encontrar coisa alheia perdida, tem o dever de restituí-la ao dono ou ao legítimo possuidor. Por sua vez, o artigo 1.234 define que aquele que restituir a coisa achada, nos termos do artigo precedente, terá direito a uma recompensa e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e o transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la.

Sendo assim, o artigo dispõe que a possuidora da coisa encontrada somente será liberada da obrigação se efetuar o pagamento das verbas dispostas no artigo 1.234 do Código Civil, no entanto, também será exonerado de sua obrigação se abandonar, expressamente, a coisa. Isso significa que a pessoa tem, a sua disposição, uma solução facultativa para adimplir a obrigação.

Já o artigo 1.382, inserido no Capítulo II sobre o Exercício das Servidões, dispõe que é obrigação do dono do prédio serviente suportar as obras para conservação e uso da servidão. No entanto, é também concedida a faculdade de liberar-se da obrigação por meio do abandono da propriedade do prédio serviente em favor do dono do prédio dominante.

Nesse caso, também se verifica que o Código Civil garante ao proprietário do prédio serviente uma solução facultativa ao adimplemento de sua obrigação, que é a entrega da propriedade ao dono do prédio dominante.

Assim, embora não tenha sido disposto especificamente sobre as obrigações facultativas no Código Civil vigente, é possível concluir pela sua importância prática, uma vez que está presente no ordenamento jurídico, dentro de outras figuras jurídicas usuais, o que se assemelha à forma como tal obrigação era disposta na jurisprudência romana e nas Ordenações de Portugal.

⁶³⁹ “Art. 1.233. Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor. Parágrafo único. Não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente”

⁶⁴⁰ “Art. 1.234. Aquele que restituir a coisa achada, nos termos do artigo antecedente, terá direito a uma recompensa não inferior a cinco por cento do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la”

⁶⁴¹ “Art. 1.382. Quando a obrigação incumbir ao dono do prédio serviente, este poderá exonerar-se, abandonando, total ou parcialmente, a propriedade ao dono do dominante”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em conta que o presente trabalho buscou estabelecer um marco teórico sobre qual era o tratamento jurídico dado pela jurisprudência romana às figuras das obrigações alternativas e facultativas, com a finalidade de melhor compreendê-las, em sua origem, para, ao fim, utilizando-se o método indutivo, entender a sua disciplina nos ordenamentos jurídicos modernos, é possível fazer as seguintes considerações finais.

A obrigação alternativa diferencia-se das demais obrigações em razão da forma particular de determinação da prestação devida, uma vez que, como visto, no seu objeto, estão previstas duas ou mais prestações, enquanto apenas uma delas deverá ser executada pelo devedor para que ocorra o efetivo cumprimento e, conseqüentemente, a extinção da obrigação.⁶⁴²

Nesse sentido, há uma particularidade no objeto da obrigação alternativa, que não obedece, de forma absoluta, o requisito da determinação da prestação desde a sua concepção.⁶⁴³ Isso porque o objeto da obrigação alternativa será determinado posteriormente, por meio da escolha, que é, reconhecidamente, um de seus pontos centrais, uma vez que responsável pelo processo de individualização da prestação.⁶⁴⁴

Já a obrigação facultativa tem como peculiaridade o fato de ser concedida ao devedor a faculdade de liberar-se por meio de uma prestação previamente determinada, que é diferente daquela, de fato, devida⁶⁴⁵, e que, desde o início, encontra-se no objeto da obrigação. Isso significa que a obrigação facultativa, na verdade, tem somente uma prestação em seu objeto, embora, desde a formação da obrigação, seja dada a faculdade ao devedor de liberar-se do vínculo obrigacional por meio de uma prestação diversa.⁶⁴⁶

Portanto, verifica-se que, na obrigação facultativa, não integra o objeto a prestação que o devedor tem a faculdade de liberar-se⁶⁴⁷, não havendo que se falar em indeterminação do

⁶⁴² Cf., dentre outros, as definições de M. KASER, *Römisches* cit. (nota 8 supra), p. 170; A. GUARINO, *Diritto* cit. (nota 10 supra), p. 798; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 415; E. ALBERTARIO, *Corso* cit. (nota 13 supra), p. 24; R. RUGGIERO, *Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 37; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit. (nota 6 supra), p. 385; P. ZILLOTTO, *Studi* cit. (nota 13 supra), p. 1.

⁶⁴³ P. BONFANTE, *Corso* cit. (nota 4 supra), p. 171. No mesmo sentido, V. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni* cit. (nota 13 supra), p. 414), afirma que a obrigação alternativa tem como característica, no momento inicial, a imperfeita determinação do objeto

⁶⁴⁴ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit. (nota 1 supra), p. 44.

⁶⁴⁵ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 227.

⁶⁴⁶ V. POLACCO, *Le obbligazioni* cit. (nota 23 supra), p. 211.

⁶⁴⁷ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 227.

objeto, diferentemente do que ocorre na obrigação alternativa. Todavia, pela existência inegável de uma particularidade da figura, ela também se diferencia das demais como um tipo específico de obrigação.

Apesar da referida diferença, a presente pesquisa concluiu que ambas as figuras têm origem no sistema jurídico romano, embora os juristas – como lhes era característico⁶⁴⁸ – não tenham elaborado uma teoria geral das obrigações alternativas e facultativas, assim como não tenham atribuído os nomes modernos dados às figuras.⁶⁴⁹

Ainda assim, de forma casuística, verificou-se que o tratamento da obrigação alternativa foi realizado, sobretudo, em temas de *stipulatio* e legados, sendo também possível encontrá-la em outros campos de contratos, como a compra e venda. Do mesmo modo, também casuisticamente, a obrigação facultativa foi tratada pelo Direito Romano em temas de legado, mais especificamente na hipótese de *penus*, responsabilidade noxal, impossibilidade superveniente na obrigação alternativa e lesão.

A partir do referido tratamento casuístico dado pela jurisprudência romana, o presente trabalho conseguiu definir algumas regras principais aplicáveis às obrigações alternativas, as quais, em seguida, concluiu-se terem sido absorvidas pelos ordenamentos jurídicos modernos, inclusive o brasileiro.

Uma das principais regras apuradas nas fontes romanas, e que sobreviveu ao ordenamento jurídico moderno, é a de que, não havendo nada estipulado em sentido contrário, a escolha caberia ao devedor nas obrigações alternativas. Nesse sentido, foi identificada esta regra em diversos textos do Digesto⁶⁵⁰, atribuindo a escolha, caso não houvesse nenhuma cláusula em contrário, ao promitente no caso da *stipulatio*, ao vendedor no caso da compra e venda e ao marido no caso da restituição do dote⁶⁵¹.

Por sua vez, o presente trabalho encontrou a mesma regra já nas Ordenações Afonsinas (parágrafo 18, do Título I do Livro IV), nas quais, em um caso específico sobre foros e

⁶⁴⁸ Cf. G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 9 e M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 30. TALAMANCA, inclusive, explica que a principal característica da jurisprudência romana, entre os séculos II a.C. e III d.C., é a construção de um *ius controversum*.

⁶⁴⁹ Em relação à nomenclatura, para referir-se às obrigações alternativas, verificou-se que a jurisprudência romana utilizava termos como “*disiuncta verba*”, “*disiunctim legare*”, “*disiunctivae stipulatione*” ou simplesmente “*illud aut illud*”. Por outro lado, verificou-se também que, para referir-se às obrigações facultativas, os romanos utilizavam a conjunção “*aut*”, como no fragmento Ulp. 66 ad. ed., D. 42, 1, 6, 1 (com a expressão “*decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur*”), que versa sobre responsabilidade noxal, entendida como uma das fontes da obrigação facultativa.

⁶⁵⁰ Cf. fragmentos analisados no tópico 2.2.1.

⁶⁵¹ A. S. SCARCELLA, *D. 30.108.2* cit. (nota 36 supra), pp. 235-236.

arrendamentos feitos por moeda antiga, atribuiu-se ao devedor a titularidade da escolha entre pagar na moeda antiga ou nova, que foi feita até o primeiro dia de dezembro de 1423, ou pagar com a moeda real de três libras e meia.

A regra repete-se nos Projetos⁶⁵² e Códigos Civis brasileiros subsequentes (Códigos Civis de 1916 e 2002), no sentido de que, se houver dúvidas sobre a quem compete a escolha, ela será atribuída ao devedor.

Embora as fontes romanas indiquem a existência de uma regra geral de que a escolha competiria ao devedor, caso as partes não disponham de forma diferente, é possível verificar que, a depender de sua vontade, a escolha poderia ser destinada ao credor ou a um terceiro.

No caso de a escolha ser conferida a um terceiro, verificou-se – apesar da existência de vasto debate doutrinário acerca do tema e dos efeitos de “condição” do referido tipo de escolha – que, no direito clássico, tratava-se de uma escolha “personalíssima”, que não poderia ser realizada por outra pessoa, senão por aquela designada pelas partes. Já no direito justiniano, por meio da análise de um fragmento em tema de legados⁶⁵³, percebe-se certa mudança na regra da escolha do terceiro, pois é estabelecido que, caso o terceiro não exerça a faculdade de escolha que lhe foi atribuída (dentro de um ano), a escolha seria transferida para o legatário – isto é, ao credor.

As referidas regras, embora exaustivamente estudadas e debatidas pela doutrina romanista, acabaram não subsistindo no ordenamento jurídico pátrio, que acabou adotando uma solução diferente para o caso de o terceiro não puder ou não quiser exercer a sua escolha. Nesse sentido, a partir do Projeto de Código de Obrigações e do Código Civil de 2002⁶⁵⁴, verifica-se que a regra adotada é de que o exercício da escolha caberá ao juiz, a menos que as partes cheguem a um acordo.

Outra regra apurada do sistema jurídico romano, pela presente pesquisa, é a de que, de modo geral, se o titular da escolha comunicar ao credor sua intenção de entregar uma das prestações, nada impede que ele mude sua intenção até o momento do adimplemento da obrigação. Essa regra era chamada de *ius variandi* pelos juristas romanos.

⁶⁵² A regra está disposta no artigo 957, §5º, do Esboço de Teixeira de Freitas; artigo 421 do Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues; artigo 884 do Código Civil de 1916; artigo 108 do Projeto de Código das Obrigações; artigo 252 do Código Civil de 2002.

⁶⁵³ Cf. fragmento analisado no tópico 2.2.3.

⁶⁵⁴ Artigo 252, §4º, do Código Civil: Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.

Apesar da referida regra, foram encontrados fragmentos em sentido diverso quando se tratava de escolha designada ao credor. Nesse caso, a possibilidade ou não de mudar a intenção já manifestada dependia da expressão⁶⁵⁵ utilizada pelas partes para designar a titularidade da escolha.

Não obstante a complexidade do entendimento da jurisprudência romana, verificou-se pouca correspondência com as disposições modernas estudadas sobre as obrigações alternativas. Somente foi possível encontrar disposição correspondente no artigo 112 do Anteprojeto de Código das Obrigações, segundo o qual a escolha será exercida mediante simples comunicação de uma parte à outra, a qual será, em regra, irrevogável, a menos que tenha sido pactuado de forma diversa.

Ainda em relação à escolha, o presente trabalho apurou que, na jurisprudência romana, foi analisada a possibilidade ou não de a escolha ser transmitida ao herdeiro do titular da escolha. De modo geral, concluiu-se pela existência de regra bastante semelhante à do *ius variandi*, no sentido de que, sendo a escolha de titularidade do devedor, ela será transmitida ao seu herdeiro. Todavia, no caso do credor, verificou-se que, havendo uma designação personalíssima da titularidade da escolha, esta não poderia ser transmitida ao seu herdeiro, uma vez que não seria permitida que outra pessoa, senão o devedor, a executasse.

O presente trabalho, no entanto, não encontrou, nos Projetos e Legislações analisadas, uma disposição correspondente.

Quanto ao adimplemento da obrigação alternativa, entende-se que a regra principal é a de que o devedor poderá adimplir e liberar-se da obrigação por meio da execução de uma das prestações, deduzidas alternativamente no objeto da obrigação. Essa regra reflete o próprio conceito da obrigação alternativa, que a individualiza das demais classificações, e, como visto no Capítulo 4, foi absorvido pelo ordenamento jurídico moderno.

Todavia, em relação ao adimplemento, a referida regra sobreviveu e está presente na legislação atual, observando-se desde o Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues até o

⁶⁵⁵ Quanto às expressões, dizia-se *quem volam*, a vontade do credor é considerada como contemporânea ao momento do adimplemento e, desse modo, o credor poderia mudá-la até que ocorresse o pagamento ou até que deduzisse a obrigação em juízo. Percebe-se, então, que essa hipótese faz um paralelo com a hipótese da escolha designada ao devedor, de modo que a escolha também não possui uma relevância de um momento específico. Diferentemente, a referência à escolha pode ser interpretada no sentido de que, basta uma declaração de escolha, para que a prestação de uma obrigação seja fixada, produzindo, já nesse momento, o efeito de determinar o objeto da obrigação (a chamada “concentração”). Essa interpretação, como visto, é dada à expressão “*quem voluero*”, de modo que, a partir da escolha, a obrigação acaba sendo destinada a ser simples, eliminando o *ius variandi*, já que o direito de escolha estará vinculado à declaração feita anteriormente ao adimplemento ou à *litis contestatio*.

Código Civil vigente, na obrigação alternativa, a impossibilidade do devedor em se liberar da obrigação por meio da entrega de parte de uma e parte da outra prestação.

Essa previsão tem origem no sistema jurídico romano, cujo entendimento, em geral, era de que não havia possibilidade de o devedor liberar-se de uma obrigação alternativa entregando parte das prestações deduzidas no objeto daquela obrigação. Segundo apurado pela presente pesquisa, esse entendimento refletia a própria estrutura da obrigação alternativa, uma vez que a prestação parcial não teria eficácia de individualizar o objeto da obrigação.⁶⁵⁶

Já em relação à impossibilidade superveniente de uma das prestações deduzidas na obrigação alternativa, verificou-se que, em regra, a concepção dos juristas romanos era de que a impossibilidade – seja por causa não imputável, seja por causa imputável ao devedor – tinha como efeito reduzir o objeto da obrigação à outra prestação, tornando-a uma obrigação simples.

Uma das exceções⁶⁵⁷ à referida regra, conforme apurado no presente trabalho, era de que, se o credor estivesse em mora e, nesse momento, uma das prestações se tornasse impossível, a obrigação seria extinta, a menos que houvesse dolo do devedor na impossibilidade da prestação.

Outra possível exceção, bastante debatida na doutrina (se a exceção era ou não decorrente da interpolação dos compiladores de Justiniano), diz respeito à possibilidade de o devedor liberar-se da obrigação por meio do pagamento da “*aestimatio*” da prestação, que acabou tornando-se impossível por causa não imputável ao devedor.

Embora questionado se a referida regra estava presente no direito clássico romano, o presente trabalho concluiu que, de certa forma, ela inspirou os ordenamentos jurídicos modernos, já que, desde o Código Civil de 1916⁶⁵⁸, é previsto que, no caso de impossibilidade superveniente de todas as prestações por culpa do devedor, ele deverá pagar o valor estimado da última prestação que se tornou impossível.

⁶⁵⁶ G. GROSSO, *Obbligazioni* cit. (nota 8 supra), p. 203.

⁶⁵⁷ A referida exceção foi apurada da exegese do fragmento D. 45, 1, 105 de Javoleno, segundo o qual, se o devedor não tivesse incorrido em mora no pagamento, ele ficaria imediatamente livre da dívida.

⁶⁵⁸ No Código Civil de 1916, está prevista a regra no “Art. 886. Se, por culpa do devedor não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar”. Já no Código Civil de 2002, a regra está prevista no “Art. 254. Se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar”.

Do mesmo modo, verificou-se a sobrevivência da regra de que a impossibilidade superveniente de uma das prestações acarreta a redução do objeto da obrigação na prestação remanescente, tanto nos Projetos⁶⁵⁹ quanto nos Códigos Civis⁶⁶⁰ pátrios.

Já em relação às obrigações facultativas, o presente trabalho também conseguiu delinear algumas regras e conceitos originados da jurisprudência clássica romana, embora, diferentemente do estudo das obrigações alternativas, tenha encontrado dificuldade para encontrar material específico a respeito da figura. Além disso, concluiu-se que, desde o Esboço de Teixeira de Freitas, não houve nenhuma disposição expressa nos Projetos e Legislações pátrias a respeito das obrigações facultativas.

Por meio do estudo dos fragmentos romanos, verificou-se que a principal regra referente às obrigações facultativas é de que apenas uma prestação estaria presente no objeto da obrigação, enquanto a outra prestação estaria somente em “*facultate solutionis*”.

Desse modo, se há somente uma prestação no objeto da obrigação, inferiu-se, do estudo da doutrina romanista e civilista sobre o tema, que, havendo a impossibilidade superveniente desta prestação ou qualquer tipo de invalidade, a obrigação é extinta, independentemente da existência e validade da prestação, que está “*in facultate solutionis*”.

Ademais, também se concluiu pela existência da regra de que o direito de o devedor se liberar com a entrega da prestação que está “*in facultate solutionis*” expira quando é acionado pelo credor, uma vez que, nesse momento, ocorre a definição da lide.

Da leitura do Esboço de Teixeira de Freitas, que, como visto, é o único marco legislativo estudado com previsão expressa da figura, é possível concluir que houve inspiração na concepção romana de obrigação facultativa: tanto na definição da figura como uma obrigação com uma única prestação em seu objeto, “mas com a cláusula de poder o devedor substituir essa prestação por outra”; quanto na regra de que “os efeitos das obrigações facultativas são os mesmos das obrigações em geral”⁶⁶¹.

Apesar da referida previsão, o presente trabalho defende que a ideia de estabelecer regramentos específicos à obrigação facultativa não prevaleceu no ordenamento jurídico

⁶⁵⁹ Cf.: Artigo 958 do Esboço de Teixeira de Freitas; Artigo 422 do Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues.

⁶⁶⁰ No Código Civil de 1916, está prevista a regra no “Art. 885. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação, ou se tornar inexecutível, subsistirá o débito quanto à outra”. Já no Código Civil de 2002, a regra está prevista no “Art. 253. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexecutível, subsistirá o débito quanto à outra”.

⁶⁶¹ Cf. artigos 963 e 964 do Esboço de Teixeira de Freitas.

brasileiro, tanto que, após o Esboço supracitado, a figura não foi disposta em nenhum outro Projeto ou Legislação.

Ainda assim, foi possível conferir que há obrigações facultativas inseridas em outras figuras nos Códigos Civis de 1916⁶⁶² e 2002⁶⁶³, como em temas de “Descoberta” de coisa perdida e servidões prediais.

Diante do exposto, a contribuição do presente trabalho é esclarecer a origem e o tratamento jurídico dado pelo sistema jurídico romano às obrigações alternativas e facultativas, assim como investigar, por meio do método indutivo, a correspondências das regras e conceitos, originadas naquela época, no ordenamento jurídico pátrio moderno.

⁶⁶² Cf. artigos 604, 866 e 892 do Código Civil de 1916.

⁶⁶³ Cf. artigos 1.233, 1.234 e 1.382 do Código Civil de 2002.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTARIO, Emilio, *Corso di diritto romano - Le obbligazioni - Parte generale*. Milano, Giuffrè, 1940.

ALMEIDA, Cândido Mendes de, *Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Typ. Do Instituto Philomatico, 1870.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, 4ª ed., Almedina, 2009.

AMARAL, Francisco, *O projeto de código civil*, Revista Brasileira de Direito Comparado, 16 (1999).

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Jovene, Napoli, 1989.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, 2, Napoli, 1956.

AZEVEDO, Luiz Carlos, *O Direito Visigótico*, RFD, Universidade de São Paulo, 96 (2001).

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Direito das obrigações*. rev. e atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2003.

BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Comementaria in corpus iuris civilis, Digestum vetus*, 1471-1472, disponível em http://digitale.beic.it/primo_library/libweb/action/search.do [22-03-2022].

BERNSTEIN, Carl, *Zur lehre vom alternativem willen und den alternativen rechtsgeschäften*, Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1878.

BEVILÁQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 6ª ed., v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1943.

BEVILÁQUA, Clovis, *Direito das Obrigações*, Livraria Magalhães, 1896.

BIRKS, Peter, *The roman law of obligations*, Oxford, 2014.

BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano, Le Obbligazioni*, v. 4, Milão, Giuffrè, 1979.

BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di Diritto Romano*, 5ª Ed., Milano, Vallardi, 1912.

BRINZ, Alois, *Pandekten*, II, Erlangen, 1887.

CARDILLI, Riccardo, *The Roman Idea of the 'Perpetuation of the Obligation and the Problem of Contractual Liability*, Ius Romanum, 2021.

CARNAZZA, Gabriello, *Le obbligazioni alternative nel diritto romano e nel diritto civile italiano*, Catania, Pansini, 1893.

CECCHETTI, Raffaello, *Le obbligazioni alternative*, Milão, CEDAM, 1997.

CHAVES, Antônio, *Formação histórica do direito civil brasileiro*, RFD, Universidade de São Paulo, 95 (2000).

CHESIO, Bartolomeo, *Interpretationes Iuris*, Florentia, I, 1659.

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio, *Introdução ao Estudo do Direito Pátrio*, 3ª ed., Coimbra, 1851.

COELHO RODRIGUES, Antonio, *Projecto do Codigo Civil Brasileiro precedido de um Projecto de Lei preliminar*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares, *Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel? Ruptura e continuidade na transição da monarquia para a república no Brasil*, Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 203 (2014).

D'ORS, Álvaro, En torno de la llamada obligación alternativa, *Revista de Derecho Privado*, n. 322, XXVIII (1944), pp. 1-24

FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1962.

FITTING, Hermann, *Die rechtliche Natur der Correalobligationem*, Erlangen, 1859.

FRANÇA, Rubens Limongi, *Importância e atualidade do Direito Romano*, RFD, Universidade de São Paulo, 60 (1965).

GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. I a V, Barcelona, Jaime Molinas, 1889.

GISCARD, Valéry, *De l'obligation alternative*, Dijon, 1888.

GORASSINI, Atillio, *Alternatività nell'oggetto della obbligazione. Delle obbligazioni alternative*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

GROSSO, Giuseppe, *Note esegetiche in tema di obbligazioni alternativa*, in *Scritti storico giuridici - Diritto privato persone obbligazioni successioni*, t. III, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 555-566.

GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni, Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, Torino, G. Giappichelli, 1966.

GROSSO, Giuseppe, Problemi costruttivi e sistematici dell'obbligazione alternativa nel diritto romano, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, v. XXXVIII (1940), pp. 224-233.

GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Jovene, Napoli, 2001.

HERNANDEZ GIL, Antonio, *Naturaleza jurídica de la obligacion alternativa*, Revista de derecho privado, (1942), pp. 549-578

HIRATA, Alessandro, *Die Leistung an Erfüllung statt und ihre Beurteilung als Kaufvertrag*, Tese (Doutorado) – Juristischen Facultät, Ludwig-Maximilians-Universität, München, 2007.

IMPALLOMENI, Giovanni, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, in SDHI XXV (1959).

KASER, Max. *Römisches Privatrecht*, trad. port. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, *Direito Privado Romano*, 2 ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KASER, Max, *Römisches Privatrecht I*, München, Beck, 2005.

KÜBLER, Bernhard, *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, in ZSS 53.1 (1933).

LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano: obbligazioni: ambulatorie, alternative, generiche, solidali, indivisibili*, Milano, Giuffré, 1936.

MARANI TORO, Inigo, *Natura ed effetti delle obbligazioni alternative*, in *Rivista di Diritto Civile*, XXIV (1932), pp. 1-49.

MARJAULT, Yvan, *Les obligations disjonctives: étude des obligations alternatives et facultatives* (Ph.D. thesis), Université du Maine, 2016.

MICHAELIS ON-LINE. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, São Paulo, Melhoramentos, 2022.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Obrigações*, Rio de Janeiro, 1964.

PESCATORE, Gustav, *Die Wahlschuldverhältnisse*, München, 1905.

PESCATORE, Gustav, *Die sogenannte alternative obligation*, Marburg, 1880.

POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, vol. 1, 2ª ed., Roma, Athenaeum, 1914.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo XXII - Direito das Obrigações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PORTUGAL, *Ordenações Afonsinas*, Coimbra, Real imprensa da Universidade, 1792.

PORTUGAL, *Ordenações Manuelinas*, Coimbra, Real imprensa da Universidade, 1797.

POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations*, vol. 1, Paris, Debure l'ainé, 1761.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo B., *Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de Direito Romano justinianeu*, São Paulo, YK, 2020.

REALE, Miguel, *Visão geral do projeto de Código Civil*, RT, 752 (1998).

RIBAS, Antonio Joaquim, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 1915.

ROCCO, Ferdinando, *Su la natura giuridica delle obbligazioni alternative*, *Contributo a una teoria delle obbligazioni a elementi indeterminati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XL (1905), pp. 33-62.

ROCCO, Ferdinando, *Su la natura giuridica delle obbligazioni alternative, Contributo a una teoria delle obbligazioni a elementi indeterminati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XLI, (1906), pp. 201-224.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, *Aspectos da responsabilidade civil por fato de terceiro no Direito Romano*, RFD, Universidade de São Paulo, 96 (2001).

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, *Institutas de Gaio: primeiros fundamentos de Direito Romano clássico*, São Paulo, YK, 2020.

RUGGIERO, Roberto, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª ed., trad. port. de Ary dos Santos, Instituições de direito civil, vol. III, São Paulo, Saraiva, 1934.

RYCK, Richard, *Die Lehre von der Schuldverhältnisse nach gemeinen Deutschen Recht*, II, Berlin, 1887.

SCARCELLA, Agatina Stefania, *D. 30.108.2 e D.31.19: due testimonianze per la ricostruzione del regime della scelta nell'obbligazione alternativa*, in *AUPA*, vol. LIV (2011), pp. 231-258.

SCIALOJA, Vittorio, *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche*, in *BIDR*, 11 (1889-1900).

SILVA, Nuno, *História do Direito Português, Fontes de Direito*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

TALAMANCA, *Elementi di Diritto Privato Romano*, Milano, Giuffrè, 2001.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

TALAMANCA, Mario, *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, v. 29, p. 1-78, 1979.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das leis civis*, v. 2, 5ª ed., Rio de Janeiro, Livreiro, 1915, p. 313.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, *O legado do Código Civil de 1916*, RFD, Universidade de São Paulo, 111 (2017).

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes *et al.*, *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, v. 1 e 3, 1ª ed., São Paulo, YK, 2017.

VOCI, Pasquale, *Legato* in *Enciclopedia del diritto*, v. 23 (1973), pp. 707-719.

VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza, Roma, 1988.

WALD, *Obrigações e Contratos*, 11ª ed., São Paulo, RT, 1994.

WATSON, Alan. *The Digest of Justinian*, v. 1 a 4, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1998.

WATSON, Alan, *The form and Nature of 'Acceptilatio' in Classical Roman Law*, in *RIDA*, 3 serie, 8 (1961).

WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, v. II, (Traduzione dei Professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa), Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1925.

WOLKMER, Antônio Carlos, *História do direito no Brasil*, Forense, 2003.

ZILIOTTO, Paola, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Padova, 2004.

ZILLIO, Milena, *La fenomenologia dell'obbligazione alternativa nel diritto romano: natura e regime*, (Ph.D. thesis), Padova, Università degli Studi di Padova, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon, 1996.

7. ÍNDICE DE FONTES

FONTES PRÉ-JUSTIANEAS

Instituições de Gaio

Gai, 2, 283	87
Gai, 3, 92	20
Gai, 3, 168	122
Gai. 3, 169	123
Gai, 3, 172	126
Gai. 4, 5	45
Gai, 4, 53d	80

FONTES JUSTINIANEAS

Digesto

D. 2, 14, 27, 6	52
D. 4, 3, 19	143
D. 5, 3, 20, 5	159
D. 9, 2, 55	135
D. 12, 6, 26, 13	116
D. 12, 6, 32, 3	87, 119
D. 13, 4, 2, 3	79, 132
D. 18, 1, 34, 6	133
D. 18, 5, 4	56, 129
D. 30, 108, 2	86
D. 30, 109, 1	81
D. 30, 34, 14	60
D. 30, 47, 3	81, 137
D. 30, 84, 9	101
D. 30, 75, 3	106
D. 31, 11, 1	102, 133
D. 31, 19	80, 119
D. 31, 27	29, 57
D. 31, 8, 1	58
D. 31, 15	60
D. 33, 2, 21	32
D. 33, 5, 13, 1	68
D. 33, 5, 19	39, 110
D. 33, 5, 20	103
D. 33, 5, 8, pr.	68
D. 33, 7, 12, 43	85
D. 33, 9, 1	163
D. 35, 1, 71	23

D. 36, 2, 5, pr.	22, 57
D. 36, 2, 16, pr.	62
D. 36, 2, 19, pr.	161
D. 36, 2, 25, pr.	57
D. 36, 3, 1, 14	39
D. 40, 9, 3	77
D. 40, 9, 5, 2	148
D. 40, 9, 6	148
D. 42, 1, 6, 1	166
D. 44, 7, 44, 3	14, 40, 52
D. 44, 7, 44, 5	164
D. 45, 1, 2, 1	115
D. 45, 1, 112, pr.	98
D. 45, 1, 128	51
D. 45, 1, 141, 1	43, 89
D. 45, 1, 31	41
D. 45, 1, 63	17
D. 45, 1, 75, 8	44, 72
D. 45, 1, 76, pr.	107
D. 45, 1, 83, 2	55
D. 45, 1, 85, 4	113
D. 45, 1, 105	136
D. 45, 138, 1	96
D. 46, 1, 1, 38	75
D. 46, 1, 8, 8	67
D. 46, 2, 32	68
D. 46, 3, 72, 4	39
D. 46, 3, 9, 1	114
D. 46, 3, 95, 1.	139
D. 46, 3, 95, 6	157
D. 46, 4, 13, 4 e 6	124
D. 46, 4, 17	125
D. 46, 8, 17	118

Instituições de Justiniano

Inst. 3, 13, pr.	14
Inst. 2, 20, 22	83
Inst. 3, 27, 7	88
Inst. 4, 6, 33d	53, 80

Codex

C. 4, 5, 10	74
C. 4, 44, 2	165
C. 6, 43, 2	83
C. 6, 43, 3, 1	92