

Obrigações alternativas: diferentes concepções doutrinárias e efeitos para a obrigação quando da ilicitude de uma das prestações*

Alternative obligations: different doctrinaire conceptions and consequences for the obligation when one of the prestation is illegal

Fernanda Tercetti Nunes Pereira¹

Resumo

O presente artigo visa desenvolver um estudo sobre o conceito de obrigação alternativa, bem como as concepções doutrinárias sobre a configuração, ou melhor, a estrutura desse tipo de obrigação. A doutrina diverge quanto à definição dessa estrutura, sendo para uns, composta de um vínculo e uma prestação; para outros, formada por um vínculo e várias prestações; e, ainda, há os que defendem que ela possui tantos vínculos quantas forem as prestações. Outro ponto é o da ilicitude de uma das prestações na obrigação alternativa. As obras doutrinárias pouco ou quase nada abordam esse tema. A maioria delas discorre apenas sobre a impossibilidade das prestações referentes aos artigos 253 a 256 do Código Civil. Sendo uma das prestações ilícitas, e considerando o liame entre o Direito das Obrigações e a Teoria dos Negócios Jurídicos, a obrigação pode ser nula ou subsistir para as demais prestações, a depender da estrutura da obrigação alternativa adotada na análise de um caso concreto. Eis o que o presente trabalho se propõe a investigar.

Palavras-chave: Direito das obrigações. Obrigação. Obrigação alternativa. Prestação. Ilicitude.

Abstract

This article aims at developing a study on the concept of alternative obligation, and also on the different doctrinaire conceptions of its structure. There is no consensus among legal scholars regarding the definition of which configuration an alternative obligation must have. For some, it is composed of one legal tie and one prestation; for others, such obligation is formed by one legal tie and many prestations. Furthermore, there are others who support the idea that an alternative obligation entails one legal tie for each prestation capable of discharging the debtor. The present study will also discuss the illegality of one of the prestations in this sort of obligation. Legal studies rarely analyze this topic and the majority of them only examines the circumstances when the prestation becomes impossible related to the articles 253 to 256 of the Brazilian Civil Code. If one prestation is illicit, considering the bond between Law of Obligations and the Theory of Legal Transactions, the obligation can be null or subsist with other prestations. That will depend on

* Artigo recebido em setembro de 2012.

Aprovado em setembro de 2012.

¹ Aluna do 6º semestre de Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília - UnB. Servidora Pública lotada no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior no cargo de Analista Técnico Administrativo.

which structure was adopted to the alternative obligation in each case. This article focuses, thus, in this matter.

Keywords: Law of obligations. Obligation. Alternative obligation. Prestation. Illegality.

1 Introdução

A obrigação alternativa é uma modalidade de obrigação do tipo complexa. Ela possui um vínculo entre o credor e o devedor, porém seu elemento objetivo é plúrimo: possui uma ou mais prestações aptas a satisfazê-la, cabendo a escolha de qual prestação deverá ser adimplida ao credor ou ao devedor, em cada caso.

Ocorre que a doutrina civilista não é pacífica quanto à definição da estrutura desse tipo de obrigação. Para uns, a obrigação alternativa possui um vínculo e várias prestações; para outros, ela possui apenas um vínculo e uma prestação; e há, ainda, os que defendem que ela possui tantos vínculos quantas forem as prestações. Não obstante, quando da ilicitude de uma das prestações, efeitos diferentes podem surgir à obrigação para cada configuração que se dê a ela.

Despertou-me interesse tal assunto quando da leitura da obra de Paulo Nader – em especial, de suas lições sobre obrigações alternativas –, bem como pelo fato de a doutrina, em geral, não tratar do tema da ilicitude das prestações da obrigação. Os autores, em geral, tecem linhas sobre a impossibilidade das prestações, concernentes aos artigos 253 a 256 do Código Civil,² mas não argumentam sobre o caso de uma ou mais prestações serem ilícitas.

Como se verá ao longo deste trabalho, a relevância do tema jaz exatamente nos diferentes efeitos que pode causar na obrigação alternativa, a depender da configuração que se entenda que ela possui. E se torna ainda mais digno de investigação à medida que se considera o negócio jurídico subjacente à obrigação alternativa que possui uma prestação ilícita e seus efeitos jurídicos refletidos no mundo fático.

Com isso, pretende-se, por meio da pesquisa bibliográfica, analisar as diferentes estruturas da obrigação

alternativa concebidas pela doutrina, bem como os efeitos da ilicitude de uma das prestações para a obrigação, considerando cada configuração doutrinária. Este trabalho não tem em vista a busca de um pensamento estanque e absoluto sobre o assunto, mas tão somente uma lucubração cerebrina sobre estes temas: um divergente na doutrina – a estrutura da obrigação alternativa – e outro – pouco abordado na academia – a ilicitude da prestação na obrigação.

2 As obrigações

O vocábulo *obrigação*, no contexto cotidiano, remete-nos à ideia de um dever a ser cumprido. No Dicionário Michaelis, encontramos:

obrigação
o.bri.ga.ção

sf (lat *obligatione*) 1 Ato de obrigar. 2 Imposição ou vínculo legítimo que sujeita a vontade, exigindo dela que faça ou deixe de fazer alguma coisa. 3 Necessidade moral de praticar ou não praticar certos atos. 4 Cláusula num contrato pela qual uma das partes se obriga a fazer qualquer coisa. 5 Favor, serviço (mais usado no plural): Dever obrigações a alguém. 6 Dívida, hipoteca. 7 Escrito pelo qual alguém se obriga ao pagamento de uma dívida, ao cumprimento de um contrato. 8 Título de dívida amortizável do Estado ou de companhias mercantis. 9 Compromisso, dever, encargo. 10 Coação, imposição, sujeição.³

O senso comum nos fornece uma boa ideia sobre o que vem a ser obrigação, porém é preciso remeter à doutrina jurídica para apreendermos esse conceito no Direito. Pereira leciona que “[...] obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável”.⁴ Monteiro dá uma definição mais analítica, explicando que a obrigação é uma relação jurídica transitória entre o credor e o devedor, cujo objeto é uma prestação pessoal de cunho econômico, devida pelo segundo ao primeiro, sendo o adimplemento garantido pelo patrimônio do devedor.⁵

³ MICHAELIS. *Dicionário Online*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=obrigacao>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 7. v. 2.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20. v. 4.

² BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10, de janeiro de 2002. Seção 1.

Na doutrina italiana encontramos Giorgio Giorgi e Vittorino Polacco. Para eles, a obrigação é uma [...] “relação jurídica patrimonial em virtude da qual o devedor é vinculado a uma prestação de índole positiva ou negativa para com o credor”.⁶ Já aquele a compreende como “[...] um vínculo jurídico entre duas ou mais pessoas determinadas, em virtude do qual uma ou mais delas (devedor ou devedores) são sujeitas à outra ou outras (credor ou credores) a fazer ou não fazer qualquer coisa”.⁷

Vê-se que a ideia de vínculo acompanha as definições doutrinárias, quicá em virtude da própria etimologia da palavra, conforme explica Pereira, para quem “obrigação, do latim *ob + ligatio*, contém uma ideia de vinculação, de liame de cerceamento da liberdade de ação, em benefício de pessoa determinada ou determinável,⁸ o que nos traz de volta à concepção do senso comum.

Superada essa primeira etapa, passemos a esmiuçar os elementos constitutivos da obrigação: sujeito, objeto e vínculo. Quanto ao primeiro, Pereira assim leciona:

[...] o *elemento subjetivo* da obrigação oferece a peculiaridade de ser duplo: um sujeito ativo ou credor; um sujeito passivo ou devedor. Um sujeito ativo ou credor (*reus credendi*) que tem o direito de exigir a prestação; um sujeito passivo ou devedor (*reus debendi*) que tem o dever de prestar.⁹

Quanto ao elemento objetivo, o autor afirma que ele consiste na prestação e alerta para que não se confunda o objeto da obrigação com a coisa em que a prestação se especializa¹⁰, mesmo porque “[...] o objeto da prestação é sempre um acto humano, a prestação, seja a realização de um facto, seja a dação de uma coisa”.¹¹ Ainda com relação ao objeto, Farias e Rosendal informam que o ob-

jeto da obrigação consiste em uma conduta humana, que pode ser positiva, se se tratar de uma obrigação de dar ou de fazer, ou negativa, caso seja uma obrigação de não fazer.¹² Ainda, Nader alerta para o fato de que o objeto da obrigação há de ser lícito, possível, determinado ou determinável, e economicamente estimável.¹³

Ao se referir ao elemento objetivo da obrigação, a doutrina se utiliza dos vocábulos “objeto” ou “prestação”. Neste trabalho, para fins didáticos, adotar-se-á a palavra “prestação” para se referir a tal elemento obrigacional.

O terceiro elemento é o vínculo, que, segundo Monteiro, sujeita o devedor a determinada prestação em favor do credor.¹⁴ No entendimento de Pereira, o vínculo seria o elemento nobre da obrigação.

É no *vinculum iuris* que reside a essência abstrata da obrigação, o poder criador de um liame por cujo desate o indivíduo respondia outrora com a sua pessoa e hoje com o seu patrimônio. É ele que traduz o poder que o sujeito ativo tem de impor ao outro uma ação positiva ou negativa.¹⁵

Já Nader compreende que o vínculo tem caráter transitório, pois cessa quando o devedor realiza a prestação,¹⁶ ou seja, cumprida a obrigação, a relação jurídica havida entre o credor e o devedor se desfaz. Nesse sentido, Rizzardo explica com maestria que o enlace criado pelo vínculo dá poderes ao credor de reclamar o cumprimento do avençado ao mesmo tempo em que estabelece deveres ao devedor de atender o compromisso.¹⁷

3 Obrigações alternativas

As obrigações alternativas são consideradas pela doutrina como obrigações complexas. Explica Oliveira que, quanto à quantidade de objetos, as obrigações se classificam em obrigações simples, quando possuem ape-

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6. v. 2.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6. v. 2.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 3-4. v. 2.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 15. v.1

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18. v. 2.

¹¹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 29. (Edição histórica).

¹² FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51.

¹³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 20. v. 2

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36. v. 4

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 24. v. 2

¹⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 14. v. 2

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 43.

nas 1 (uma) prestação, e obrigações complexas, quando possuem mais de 1 (uma) prestação.¹⁸ Elas compreendem as obrigações conjuntivas, as obrigações alternativas e as obrigações facultativas.

Segundo Monteiro, as obrigações alternativas apresentam dois traços fundamentais que são: I) a pluralidade de prestações; e II) a exoneração do devedor mediante a realização de uma única prestação.¹⁹

Para Venosa, a obrigação alternativa é aquela que se cumpre com a execução de qualquer das prestações que formam o seu elemento objetivo.²⁰ Já Miranda informa que, na obrigação alternativa “[...] a pretensão, [...], se dirige a duas ou mais prestações, de modo que só uma delas, determinada pela escolha, se haja de realizar.”²¹ Trata-se, assim, de um tipo obrigação que possui uma pluralidade de prestações, sendo resolvida com a satisfação de qualquer delas.²²

4 Obrigações alternativas: divergências doutrinárias

Um questionamento que surge quando dos estudos preliminares sobre as obrigações alternativas é se nelas existe uma unidade ou uma pluralidade de obrigações, dado que um de seus elementos constitutivos – o elemento objetivo – é plúrimo. Os autores evidenciam o fato de a comunidade acadêmica divergir no tratamento teórico da matéria, não se encontrando pacífica no tema das obrigações alternativas. Nesse sentido, Monteiro faz uma breve exposição sobre a indefinição histórica (e atual) da doutrina:

Problema que provocou outrora a atenção de todos quantos se dedicaram ao estudo das obrigações alternativas foi o da presença de uma única obrigação, ou de tantas obrigações quantas as respectivas prestações. Para os romanos, havia apenas uma obrigação, como se infere de

vários textos. Na doutrina moderna, porém, lava ainda o mesmo dissídio. Para uns, ela é obrigação única; para outros ocorre pluralidade de vínculos. Já Rick e Pescatore, citados por Polacco, se mostram partidários daquela distinção. Em nosso modo de ver, existe na alternativa uma única obrigação. As prestações são múltiplas, mas, efetuada a escolha, quer pelo devedor quer pelo credor, individualiza-se a prestação e as demais ficam liberadas, como se, desde o início, fosse a única objetivada na obrigação. O devedor só responde por uma das prestações. A escolha, uma vez efetuada, ter força retroativa, como se a obrigação fosse simples, desde a sua constituição.²³

Pereira parece seguir a mesma linha, defendendo que a obrigação alternativa é uma obrigação peculiar, cujo vínculo abarca uma pluralidade de prestações, sendo que apenas 1 (uma) delas deve ser cumprida, o que se consubstancia no brocardo romano *plures res sunt in obligatione, una autem in solutione*.²⁴ Frisa, ainda, o ilustre autor, que essa espécie de obrigação “[...] não compreende obrigações distintas, cada uma com um objeto, mas uma e só *obligatio*, com pagamento indivisível, embora ofereça ao devedor ou ao credor o poder de livrar-se ou receber, mediante prestação de uma das coisas”²⁵ e ressalta que a doutrina tradicional não é adepta dessa visão. Para os tradicionalistas, vinga o pensamento de que há na obrigação alternativa diversos objetos, pois são devidas duas ou mais prestações, das quais o devedor pagará uma, e apenas uma, liberando-se posteriormente.

Nader apresenta diferentes concepções sobre o assunto, destacando as principais:

a) a **teoria clássica**, para a qual a obrigação alternativa configura **um vínculo único entre as partes e uma pluralidade de prestações**, cada qual sendo devida, mas sob *condição resolutive*, caso qualquer outra seja escolhida. [...]; b) para Dumoulin, **não haveria pluralidade de prestações, mas apenas uma** e sujeita à condição suspensiva. O acontecimento futuro e incerto, neste caso, estaria representado pela escolha da prestação. [...] A obrigação não teria conteúdo até o momento da escolha. c) a concepção de Zachariae, citada por Jorge Joaquín Llambías, é semelhante à teoria clássica. Para o jurista alemão, **nas obri-**

¹⁸ OLIVEIRA, José Lopes de. Obrigações alternativas e facultativas. *Revista Simposium*, [Recife], v. 30, n. 2, p. 55, jul./dez. 1988.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132. v. 4

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 336.

²¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003. p. 156. t. 22. (parte especial).

²² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 108. v. 2.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136. v. 4

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 105. v. 2

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 105. v. 2

gações alternativas haveria tantos vínculos quantas prestações existentes, ou seja, diversas obrigações distintas e independentes no título, porém o adimplemento de uma implicaria o desenlace das demais; d) a teoria de *Pescatore* se distancia das outras, indicando uma **natureza dual** para a obrigação alternativa. Para o jurista, se a escolha couber ao devedor, cada prestação corresponderá a um vínculo, todavia, se a eleição for do credor haverá tão somente uma obrigação; e) Jorge Joaquín Llambías entende que há somente **um vínculo obrigacional, enquanto o objeto é múltiplo**, “*aunque descompuesto em prestaciones singulares, subordinada cada una a una condición resolutoria, consistente en la elección de ‘otra’ prestación para el pago de la única obligación. Empero, es de notar que no se trata de una obligación condicional.*”; f) nas obrigações alternativas, expõe Pontes de Miranda: “*O crédito é um só, uma só obrigação, uma só prestação: esta, indeterminada a princípio, se determina pela escolha pelo que pode e tem direito de escolher (credor, devedor, terceiro)*”²⁶ (Grifo nosso).

Sintetizando, temos que as seguintes correntes doutrinárias sobre a configuração da obrigação alternativa são:

Um vínculo e diversas prestações;

Um vínculo e uma prestação, porém após a escolha (antes da escolha, a obrigação não teria conteúdo);

Diversos vínculos, tantos quantos forem as prestações; e

Um vínculo e uma prestação, sendo esta última, plúrima.

5 Direito das obrigações e teoria dos negócios jurídicos

As obrigações, de um modo geral, originam-se de fatos jurídicos. Segundo Nader, a obrigação surge de um fato jurídico, de um acontecimento no mundo dos fatos onde incidem normas, capazes de gerar efeitos jurídicos.²⁷ Aduz o autor que são manifestações desses fatos os contratos, as declarações unilaterais de vontade e, até mesmo os atos ilícitos e que, no Brasil, constituem fontes de obrigações, juntamente com a lei.²⁸

²⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 109-110. v. 2

²⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 23. v. 2

²⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 25. v. 2.

Com relação aos contratos, afirma o autor que [...] “o princípio da autonomia da vontade permite que as partes acertem os seus interesses, discutindo as bases de seu contrato. Nasce as obrigações como resultado do acordo de vontades”.²⁹ Quanto à declaração unilateral de vontade, o autor afirma que a obrigação nasce de uma declaração isolada de vontade, mas seus efeitos jurídicos ficam na dependência de uma aceitação pelo beneficiado.³⁰

Isso nos remete ao negócio jurídico, cuja essência jaz na autonomia privada, entendida como o poder que uma pessoa detém para criar suas próprias normas, criando, modificando ou extinguindo direitos, nos limites conferidos pelo ordenamento jurídico.³¹

Podemos, então, entender o negócio jurídico como a exteriorização da vontade humana, com escopo negocial visando efeitos jurídicos; assim, tanto o contrato quanto a declaração unilateral de vontade seriam espécies de negócio jurídico, bem como fontes de obrigações. Logo, intui-se que o Direito das Obrigações guarda íntima relação com a Teoria dos Negócios Jurídicos.

Confirma essa intuição o fato de Nader informar que a Exposição de Motivos do Código Civil de 2002 consagra a disciplina dos negócios jurídicos como sendo a base em que se assenta o Direito das Obrigações.³² Esse link entre a Teoria dos Negócios Jurídicos e Direito Obrigações é uma informação chave para a análise que se pretende neste estudo.

6 Obrigações alternativas e objeto ilícito

Ao explicar o conceito de obrigação alternativa, Nader assim escreve:

Exemplo: o devedor, na operação comercial, se obriga a transferir para o credor o seu cavalo de raça ou o seu automóvel. Neste caso, a quem couber a escolha, haverá duas opções, das quais escolherá uma, cessando a alternatividade. Ressalte-se que, **sendo ilícita uma das prestações, o**

²⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 26. v. 2

³⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 26. v. 2

³¹ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93-94.

³² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 330. v. 1

negócio jurídico será nulo, embora haja regularidade das demais. Aplica-se, *in casu*, o inciso II, do art. 166³³, do Código Civil³⁴ (Grifo nosso).

Porém, mais adiante, ao discorrer sobre a diferença entre obrigações alternativas e facultativas, o autor parece afirmar algo distinto:

Constatando-se, nas alternativas, que um dos objetos é ilícito, a relação obrigacional permanecerá, restrita aos demais objetos. Se tal fato se verifica na *facultativa*, o vínculo jurídico se dissolverá por falta de objeto, uma vez que não se leva em conta a opção que o devedor possuía de pagamento³⁵ (Grifo nosso).

Vislumbra-se certa obscuridade na colocação do autor, o que pode se dever, talvez, às divergências doutrinárias sobre a estrutura da obrigação alternativa, aludidas em tópico anterior.

Retomemos, agora, o entendimento das diferentes configurações da obrigação alternativa. Considerando as diferentes correntes doutrinárias, expostas por Nader, sobre a estrutura da obrigação alternativa, podemos sintetizá-las da seguinte forma:

A que considera a existência de **um vínculo e diversas prestações**;

A que considera a existência de **um vínculo e apenas uma prestação** (após a concentração);

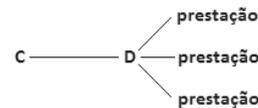
A que considera a existência de **um vínculo e uma prestação plúrima** (antes da concentração);

A que considera a existência de **tantos vínculos quantas forem as prestações**.

Tendo em vista o liame entre o Direito das Obrigações e a Teoria Geral dos Negócios Jurídicos esmiuçado anteriormente, podemos concatenar a ideia de aplicação do art. 166, inciso II, do *Codex*, quando da ilicitude de uma das prestações da obrigação alternativa, com as diferentes correntes que tentam determinar a estrutura das obrigações alternativas e traçar, pela lógica, os efeitos da ilicitude de uma das prestações para a obrigação alternativa, considerando cada corrente.

6.1 Primeira corrente: um vínculo e diversas prestações

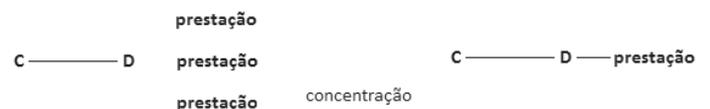
Essa corrente considera que a obrigação alternativa é composta por um único vínculo entre o credor e o devedor, e mais de uma prestação apta a satisfazer a obrigação. Gráficamente, esta seria a configuração:



Caso uma das prestações dessa obrigação seja ilícita, pela aplicação do art. 166, inciso II do Código Civil, a obrigação seria nula com relação àquela prestação, restando o vínculo intacto, porém apenas para as demais prestações. Nessa concepção, pode-se entender que “[...] as prestações são independentes e distintas umas das outras [...], independente é a qualidade da prestação que possui autonomia, não se achando subordinada à outra”³⁶. Por esse entendimento, é possível a compreensão da afirmação do autor de que “[...] constatando-se, nas alternativas, que um dos objetos é ilícito, a relação obrigacional permanecerá, restrita aos demais objetos”³⁷.

6.2 Segunda corrente: um vínculo e uma prestação

Os adeptos dessa corrente têm que a obrigação alternativa possui um vínculo entre o credor e o devedor e apenas 1 (uma) prestação que a satisfaz. Nesse sentido, Miranda explica que “[...] em verdade, [...] se deve uma prestação, e só uma; apenas essa prestação ainda não está determinada [...]”. Nas obrigações alternativas, não há pluralidade de obrigações, nem condição quanto ao objeto”³⁸. Por essa ótica, a obrigação alternativa é tomada, encarada, em momento posterior à escolha da prestação (concentração), sendo, antes disso, considerada sem conteúdo. Gráficamente teríamos:



³³ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...]

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

³⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 107. v. 2.

³⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 111. v. 2.

³⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 107-108. v. 2.

³⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 111. v. 2.

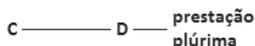
³⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003. p. 155-156. t. 22. (parte especial)

Sendo ilícita uma das prestações, aplicando-se o art. 166, inciso II do Código Civil, toda a obrigação será nula, dado que ela contém apenas 1 (uma) prestação e ela é ilícita. Por essa linha de raciocínio, podemos compreender a outra assertiva de Nader exposta anteriormente de que “[...] sendo ilícita uma das prestações, o negócio jurídico será nulo, embora haja regularidade das demais”.³⁹ Por “embora haja regularidade das demais” podemos entender que o autor se refere às demais prestações (lícitas), que não foram concentradas. Desse modo subsistem, podendo satisfazer outra obrigação, dado que a inicial quedou nula.

6.3 Terceira corrente: um vínculo e uma prestação plúrima

Para essa corrente, a obrigação alternativa contém um só vínculo entre o credor e o devedor e uma única prestação, sendo que nela se encerram diversos objetos aptos a satisfazê-la pendentes, no entanto, de concentração. Logo, a concentração recairia sobre os objetos da prestação e não sobre a prestação em si, visto que ela é única.

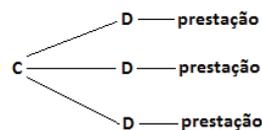
Essa configuração se diferencia da anterior por encarar a obrigação em momento anterior à concentração, pois considera que essa única prestação encerra uma pluralidade de objetos à satisfação da obrigação. Graficamente teríamos:



Como nessa corrente a obrigação é encarada em momento anterior à concentração, podemos pensar que a prestação só será ilícita – e a obrigação nula –, se, e somente se, todos os objetos que nela se encerram forem ilícitos. Caso haja 1 (um) objeto lícito, ele poderá ser concentrado e, portanto, satisfazer a obrigação.

6.4 Quarta corrente: tantos vínculos quantas forem as prestações

Para essa quarta corrente, é o número de objetos que define a quantidade de vínculos que a obrigação possui. Pode-se dizer, então, que se trata de uma obrigação plúrima, considerando cada prestação passível de resolvê-la como configuradora de um vínculo entre os sujeitos, representada graficamente da seguinte maneira:



Logo, essa corrente considera que a obrigação alternativa se compõe de várias obrigações. Dessa forma, sendo ilícita uma das prestações, o dever de adimplir permanece, porém, para as demais obrigações cuja prestação não seja ilícita. Ou seja, a obrigação não é nula.

7 Considerações

De um modo geral, os autores, ao tratarem da impossibilidade das prestações no âmbito das obrigações alternativas, não tecem linhas sobre a impossibilidade gerada pela ilicitude de uma das prestações. No máximo tratam da impossibilidade física do objeto ou da impossibilidade da prestação por culpa dos sujeitos, nos termos dos artigos 253 a 256 do Código Civil.⁴⁰

Não obstante, encontramos em Rizzardo um tópico dedicado ao tema da ilicitude de uma das prestações na obrigação alternativa, no qual o autor traz uma solução interessante. Segundo o autor, sendo ilícita uma das prestações, esta não poderá ser objeto da obrigação, “mas não se inserindo na regra do art. 885,⁴¹ que assinala: *se uma das duas prestações não puder ser objeto da*

⁴⁰ Art. 253. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexecutável, subsistirá o débito quanto à outra.

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.

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

Art. 256. Se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.

⁴¹ O art. 885 a que o autor alude é um dos artigos dispostos no capítulo do Código Civil de 1916 que trata das obrigações alternativas. O seu correspondente no atual *Codex* é o art. 253. Eis a redação do dispositivo: “Art. 885. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação, ou se tornar inexecutável, subsistirá o débito quanto à outra”.

³⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 107. v. 2

obrigação, visto que a previsão aí estampada não diz com a ilicitude⁴².

Rizzardo tece que, no caso de uma obrigação alternativa com 2 (duas) prestações, sendo uma delas ilícitas, o caráter alternativo da obrigação cessa, não permanecendo a obrigação para a outra prestação (lícita); por outro lado, considera o autor que em se tratando de uma obrigação em que a alternatividade se perfaz sobre 3 (três) prestações, sendo uma delas ilícitas, a obrigação permanecerá para os outros dois objetos, dado que a alternatividade se manterá sobre as duas prestações a concentrar:

Apurado que ofensiva uma das prestações, embora não o seja a segunda, falece o caráter de alternativa. Não cabe concluir que, então, o caminho será cumprir a outra prestação. É que vinga o propósito de estabelecer a alternatividade. Se este propósito é frustrado pela inclusão da segunda prestação nula, não se reconhece o caráter de alternativas as prestações. Daí inferir-se que não era permitido delinear o contrato na forma de prestações alternativas. Mas presentes três ou mais, a nulidade resume-se somente naquela ilícita, valendo a alternância para as demais. É como se não existisse a que encerra uma prestação ilegal.⁴³

Vê-se que o autor teceu sua interpretação partindo do pressuposto da alternatividade que, uma vez cessada, torna nula toda a obrigação. *Data venia* ao pensamento do eminente civilista, verifica-se que o tema da ilicitude de uma das prestações da obrigação alternativa é um tanto mais complexo do que a solução por ele traçada pode sugerir. Em verdade, a consequência dessa ilicitude para a obrigação alternativa dependerá da configuração estrutural que se dê à obrigação alternativa, delineada de diferentes formas pelas correntes de pensamento analisadas anteriormente.

Dessa forma, se tomarmos a obrigação alternativa conforme a primeira corrente (um vínculo e diversas prestações), a ilicitude de uma das prestações não interferirá no vínculo entre os sujeitos, subsistindo a obrigação do devedor de adimplir o credor nas prestações restantes (lícitas), à escolha deste ou daquele, conforme o caso.

Já pela segunda corrente, a análise é curiosa, pois ela concebe a obrigação alternativa após a concentração,

estando despida de conteúdo antes da escolha; portanto considera que a obrigação surge após a concentração, pois antes lhe falta um dos elementos da obrigação: a prestação, o elemento objetivo. Sendo assim, para essa corrente, a obrigação alternativa se configura por um vínculo e uma prestação.

Devemos, então, analisar os efeitos da ilicitude de uma das prestações em dois momentos: antes e depois da concentração. Caso a ilicitude se verifique após a concentração, a obrigação será nula, dado que nela há apenas essa prestação. Por outro lado, verificada a ilicitude antes da concentração, por óbvio não afetará o vínculo, dado que nesse momento a obrigação não teria conteúdo. Ademais, como antes da concentração existiam prestações aptas a resolver a obrigação, seria válido pensar que elas poderiam passar por uma nova concentração, porém configurando nova obrigação.

Não obstante, caberia também a indagação de que, sendo ilícita a prestação – e, portanto, nula a obrigação –, então todos os elementos que a compõem se extinguiriam automaticamente. Daí surgiria mais uma questão a ser estudada: considerando essa corrente, sendo ilícita uma das prestações, poderia ocorrer a concentração para as demais prestações existentes ao momento da concentração?

Ainda, tendo em vista que a obrigação é configurada por um vínculo e uma prestação (após a concentração), trata-se, em verdade, de uma obrigação simples, despida de alternatividade – característica definidora dessa espécie de obrigação. Desse modo, não há como se configurar a obrigação alternativa de acordo com a segunda corrente, pois vai de encontro à própria definição dessa espécie de obrigação, corroborando o pensamento de Rizzardo, citado alhures.

A terceira corrente também nos fornece um campo interpretativo intrincado. Para essa corrente, a obrigação alternativa possui, à semelhança da corrente anterior, um vínculo e uma única prestação, porém a obrigação é encarada em momento anterior à concentração, dado que a prestação é plúrima, ou seja, detém um conjunto de objetos a concentrar para que o devedor possa, então, cumprir a prestação.

Tendo em vista que o vínculo é único e a prestação também o é, porém com a particularidade de ser plúrima, podemos inferir que ela só será ilícita caso todos os ob-

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 188.

⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 189.

jetos do conjunto abarcado pela prestação sejam ilícitos. Caso apenas 1 (um) objeto fosse lícito, a prestação restaria lícita e a obrigação subsistiria. O contrário não se verifica, dado que essa corrente encara a obrigação em momento anterior ao da concentração, o que enseja a possibilidade de a concentração recair sobre outro objeto (lícito), uma vez constatada a ilicitude de um deles. Isso porque, aqui, a alternatividade recai sobre os objetos da prestação e não sobre as prestações.

Outra questão que surge da análise dessa corrente: a alternatividade concernente aos objetos da prestação seria suficiente para caracterizar a obrigação como alternativa? Em outras palavras, embora a obrigação possua apenas uma prestação, a alternatividade dos objetos dela teria o condão de definir a obrigação como alternativa?

Finalmente, a quarta corrente considera que a obrigação alternativa possui tantos vínculos quantas forem as prestações. Logo, sendo uma das prestações ilícitas, o vínculo configurado por ela se desfaz, subsistindo a obrigação para os demais vínculos. Aqui uma crítica parece saltar aos olhos. Composta por diversos vínculos, cada um determinado por uma prestação, a obrigação alternativa seria, em essência, um conjunto de obrigações simples, não havendo a alternatividade, marca definidora da obrigação alternativa.

Cruz⁴⁴ informa que a doutrina majoritária defende a tese da unidade de vínculo. A respeito, Gomes afirma:

Posto sem maior interesse prático, discute-se, ainda, se a *obrigação alternativa* é única, com pluralidade de objetos, ou um complexo de obrigações procedentes da mesma causa, que se reduzem a uma só, no ato do cumprimento. Prevalece a doutrina da *unidade*.⁴⁵

Com a devida *venia* à colocação do exímio doutrinador, os delineamentos aqui expostos revelam a importância prática da definição da estrutura da obrigação alternativa, em especial, diante da ilicitude de uma de suas prestações, dado que a depender da configuração obrigacional estabelecida, a obrigação pode subsistir ou

quedar nula, tendo, por óbvio, reflexos no negócio jurídico subjacente à obrigação alternativa.

Retornando ao pensamento majoritário, o fato de se inclinar à unidade de vínculo parece não ser de grande valia para solucionar o problema da ilicitude de uma das prestações, pois o elemento objetivo da obrigação (a prestação) concorre igualmente para os reflexos da ilicitude para a obrigação alternativa, como no caso da segunda e da terceira correntes: de acordo com aquela, há apenas um vínculo e uma prestação (após a concentração) e, sendo ela ilícita, a obrigação será nula; já pela terceira corrente, a prestação só será ilícita caso todos os objetos a concentrar que ela encerra sejam ilícitos, pois a prestação é única, porém plúrima.

8 Conclusão

O presente estudo se dedicou ao exame das diferentes concepções doutrinárias sobre a obrigação alternativa. As concepções foram agrupadas em quatro correntes doutrinárias para facilitar a análise. Para cada corrente foi averiguada a consequência jurídica da ilicitude de uma das prestações da obrigação, aproximando, para tal, o Direito das Obrigações à Teoria dos Negócios Jurídicos.

Da investigação, constatou-se que, quando da ilicitude de uma das prestações da obrigação alternativa, esta será nula ou não, a depender da configuração que se dê à obrigação. Conclusão esta deveras interessante e, ainda, ensejadora de outros questionamentos que, se postos a investigação, podem contribuir para o enriquecimento do arcabouço teórico sobre as obrigações alternativas.

Não obstante as correntes aqui estudadas guardarem boa lógica, entendo que a terceira seja a mais adequada em termos práticos. Primeiro, por considerar que a obrigação alternativa possui um vínculo e uma prestação, configurando-a como uma obrigação simples. Pensando pragmaticamente, a obrigação alternativa é uma obrigação simples, pois se resolve pelo cumprimento de uma prestação, apesar de oferecer prestações alternativas para o adimplemento à escolha dos sujeitos. Em segundo lugar, direciona a alternatividade para os objetos da prestação e não para a prestação, por ser única. Com isso, a ilicitude de um dos objetos não torna nulo todo o negócio jurídico, o que em termos práticos é de grande valia – a obrigação ainda poderá ser adimplida e o negócio jurídico, celebrado.

⁴⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa: obrigações de meio e de resultado. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 155.

⁴⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 90.

Finalizo com um exemplo para ilustrar o que foi dito. Imagine-se um contrato de prestação de serviços no qual, o contratado está alternativamente obrigado a três prestações: I) construir um muro no terreno do contratante; II) cortar a grama desse terreno por certo período de tempo; ou III) plantar *cannabis sativa* numa parte desse terreno. Por óbvio que a última prestação é ilícita, de acordo com o art. 28, § 1º da Lei 11.343/06,⁴⁶ porém, sob a ótica da terceira corrente, esse negócio jurídico não será nulo, dado que apenas um dos objetos da prestação é ilícito, o que não tem o condão de macular o negócio jurídico por completo. Assim, o contrato continuará produzindo efeitos para as partes, porém apenas para os objetos lícitos. O vínculo entre os sujeitos permanecerá intacto e a prestação, única, continuará válida.

Referências

- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Seção 1.
- BRASIL. Lei nº 11.343 de 26 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26, de agosto de 2006. Seção 1.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *Obrigações alternativas e com faculdade alternativa: obrigações de meio e de resultado*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, José Lopes de. *Obrigações alternativas e facultativas*. *Revista Simposium*, [Recife], v. 30, n. 2, p. 55, jul./dez. 1988.
- MICHAELIS. *Dicionário online*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=obrigação>>. Acesso em: 02 mar. 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 22. (parte especial)
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁴⁶ BRASIL, Lei nº 11.343 de 26 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, de 26 agosto de 2006. Seção 1.