

OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E COM FACULDADE ALTERNATIVA

Miguel Pestana de Vasconcelos*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.16>

1. Noção. Distinção de figuras próximas¹

1.1. Noção

São alternativas as obrigações que têm por objeto mais do que uma prestação, liberando-se o devedor pelo cumprimento de uma delas (artigo 543º, nº 1). As prestações podem ter uma natureza diversa, sendo de facto, de coisa, ou de facto e coisa. Assim, p. ex., A, obriga-se a pintar a casa de B ou arranjar-lhe o jardim. Pode igualmente obrigar-se a entregar-lhe 100 € ou realizar um projeto de engenharia. Quanto à fonte, elas podem decorrer do contrato ou da lei.

A pluralidade das prestações não é conjuntiva, caso em que o devedor teria que as executar no seu conjunto para cumprir integralmente a obrigação,

* Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 828 e ss.; Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 727 e ss.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, II, Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 613 e ss.; Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 131 e ss.; LARENZ, *Schuldrecht I*, Munique, C.H. Beck, 1987, p. 156; FIKENTSCHER e HEINMANN, *Schuldrecht*, 10ª ed., Berlim, Walter de Gruyter, 2006, pp. 137; MEDICUS e LORENZ, *Schuldrecht I*, Munique, C. H. Beck, 2021, pp. 75 e ss.

mas disjuntiva, ou seja, basta o cumprimento de uma delas, que venha a ser escolhida, seja pelo devedor, o que é a regra supletiva (artigo 543º, nº 2), seja pelo credor, seja por terceiro (artigo 400º, nº 1).

Esta modalidade de obrigações confere uma vantagem ou ao credor ou ao devedor, consoante aquele a quem venha a ser conferido o poder de realizar a escolha. Assim, p. ex., se A se obriga a entregar a B uma determinada data uma quantia em dólares ou uma quantia em Euros, pretendendo precaver-se da desvalorização de uma destas moedas, a vantagem que a adoção do recurso a uma obrigação alternativa concede obrigações é sua.

1.2. Obrigações genéricas

As obrigações alternativas aproximam-se das obrigações genéricas, por exigirem tanto uma escolha, como a sua concretização termos de objeto depender da concentração; porém, distinguem-se delas, uma vez que estas têm por objeto uma única prestação, que por sua vez tem por objeto um género delimitado de forma mais ou menos extensa, enquanto as obrigações alternativas têm por objeto mais do que uma prestação.

Se A vender a B 10 computadores daqueles que tem em armazém, a obrigação tem por objeto uma prestação, com um objeto de determinado quanto ao género (os computadores) limitado (os que tem em armazém) e uma quantidade (10). Agora, caso A venda a B o computador X ou uma televisão Y, a obrigação tem por objeto duas prestações, cada uma delas com um único objeto. É, por isso, uma obrigação alternativa.

Nada obsta, no entanto, a que uma obrigação seja ao mesmo tempo alternativa e genérica². Basta ter por objeto mais do que uma prestação, devendo o devedor realizar uma delas para a cumprir, e, cada uma das prestações, ou só uma, ter um objeto determinado só pelo género. Nessa eventualidade, aplicam-se as regras de ambas as obrigações. Começa por se aplicar a disciplina das obrigações alternativas, que conduzem a concentração dela numa única prestação, passando-se depois às das obrigações genéricas para fixar em concreto o seu objeto. Há desta forma duas escolhas, que podem ser atribuídas a sujeitos diferentes e duas concentrações, que observam a regras distintas.

² Cf. LARENZ, *Schuldrecht I*, op. cit., p. 157.

Recorrendo a um exemplo: se A vender a B 10 impressoras ou 10 *scanners*, daqueles que tem em armazém, será necessário começar por determinar a prestação, se as impressoras se os *scanners*. Só depois, se se escolher uma dela – p. ex., as impressoras –, se fará a escolha e a concentração, passando a obrigação a incidir sobre as impressoras em concreto, com a respetiva transmissão da propriedade e dos riscos, nos termos que vimos no número anterior.

1.3. Obrigações com determinação da prestação pela verificação de um facto futuro e incerto

Diferentes das obrigações alternativas são aquelas em que a determinação da prestação se fará sem ser através da realização de uma escolha (como se observou, pelo devedor, o credor ou terceiro), mas antes pela verificação de um facto futuro e incerto. Nesse caso, a sua determinação vai depender dele³. Refira-se, a título de exemplo, A arrendar a B um imóvel no Porto ou outro em Lisboa, consoante B venha a ser colocado numa ou noutra cidade.

1.4. Obrigações com faculdade alternativa

As obrigações alternativas distinguem-se ainda de uma modalidade de obrigações próxima: as obrigações com faculdade alternativa. Elas têm em comum a existência de duas ou mais prestações.

Todavia, nas obrigações com faculdade alternativa, o objeto da obrigação é só uma delas, acordando as partes que o credor ou o devedor a podem substituir, ou seja, podem cumprir, realizando uma outra prestação, a prestação alternativa. Dito de outra forma: é conferido a um deles o poder de substituir a prestação, enquanto a outra parte só pode exigir, ou cumprir, a prestação objeto da obrigação.

³ Cf. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 727.

2. O regime

2.1. A escolha

É sempre necessária a concentração da obrigação numa das prestações, o que implica que seja realizada a escolha. Ela pode caber ao devedor, ao credor ou a terceiro, ficando a cargo do devedor, se nada tiver sido acordado a este respeito (artigo 543º, nº 2). Em qualquer caso, terá que ser escolhida uma das prestações, estando vedado ao devedor escolher a uma parte da prestação e outra parte da outra ou das outras, caso a escolha lhe pertencer. O mesmo sucede quando a escolha competir ao credor ou a terceiro: não é admitido que escolham uma parte de uma prestação e outra parte da outra ou outras. Elas são indivisíveis (artigo 544º).

A escolha pode realizar-se de forma expressa ou simplesmente tácita através da realização da prestação pelo devedor, como, p. ex., se ele entregar à outra parte a coisa objeto de uma das prestações.

Sendo escolha do devedor, ele terá que a comunicar à outra parte. Cabendo ela ao credor ou a terceiro, de forma idêntica ao que sucede com as obrigações genéricas (para onde a lei remete), a escolha só é eficaz se for declarada, respetivamente, ao devedor ou a ambas as partes, e é irrevogável (artigo 542º, nº 1, *ex vi* artigo 549º). O mesmo deverá suceder quanto à escolha do devedor⁴. Escolhida a prestação, dá-se a concentração da obrigação na prestação escolhida.

Podem dar-se a eventualidade de, cabendo a escolha a devedor, credor ou a terceiro, eles não a realizarem. O regime é diverso para cada um destes casos. Se a falta de escolha for do devedor, ela não passa de imediato para o credor. O ele pode fazer é, nos termos do artigo 548º, na execução, exigir que o devedor, dentro do prazo estipulado ou do estabelecido na lei de processo, declare por qual das prestações quer optar. Só se o devedor não o fizer, se devolve ao credor o direito de escolha.

Todavia, caso a escolha compita ao credor e ele não a fizer dentro do prazo estabelecido ou daquele que para o efeito lhe for fixado pelo devedor, ela passa de imediato para este último (artigo 542º, nº 2, *ex vi* artigo 549º).

⁴ Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 836; Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações I*, *op. cit.*, p. 135.

Ao contrário do que sucede com as obrigações genéricas, nas quais quando a escolha cabe devedor a concentração se realiza só aquando do cumprimento, não tendo relevo uma escolha anterior, nas obrigações alternativas, a escolha do devedor, logo que comunicada ao credor, concentra a obrigação, com as respetivas consequências. O que significa que sempre que tenha por objeto uma coisa certa e determinada, se transmite a propriedade e o risco (artigo 408º, nº 2, e artigo 796º, nº 1)⁵.

2.2. O regime da impossibilidade

Pode dar-se o caso de uma ou mais prestações se tornarem impossíveis. Só está regulado o caso da impossibilidade superveniente, não a impossibilidade originária. A impossibilidade superveniente diz respeito tão só àquela que se verifica entre a constituição da obrigação e a concentração, porque depois desse momento a obrigação passa a ser específica, ficando sujeita ao regime geral nesta matéria (artigos 790º e ss.)⁶.

2.2.1. A impossibilidade originária

Nesta última eventualidade, aplicam-se as regras gerais do artigo 401, nº 1, que conduz à nulidade. Incidindo a impossibilidade só sobre uma prestação, estamos perante uma nulidade parcial, mantendo-se a obrigação nas restantes, caso possa funcionar a redução, decorrente do artigo 292º.

Caberá então à parte que pretende nulidade integral do negócio demonstrar que com base na vontade real ou presumida das partes que este não teria sido concluído sem a parte viciada⁷. Claro está que se pressupõe que o vício não atinge todo o negócio, hipótese em que ele será totalmente nulo⁸.

⁵ Cf. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações I, op. cit.*, p.135.

⁶ Cf. Almeida COSTA, *Direito das obrigações, op. cit.*, pp. 727-729.

⁷ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral, op. cit.*, p. 838.

⁸ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral, op. cit.*, p. 838.

2.2.2. A impossibilidade superveniente não imputável

Na eventualidade de a impossibilidade superveniente de uma ou mais prestações não ser imputável das partes, a obrigação fica limitada às outras. Na eventualidade de só restar uma, dá-se logo a concentração, dispensando-se a escolha.

É o que sucede, por exemplo, se, tendo a obrigação por objeto o automóvel X, o automóvel Y e o automóvel Z, este último vier a ser destruído por um incêndio fortuito. A obrigação limita-se ao automóvel X e ao automóvel Y. Porém, se tivessem sido os automóveis Y e Z que tivessem sido destruídos pelo incêndio fortuito, a obrigação concentrar-se-ia de imediato no automóvel X, com a conseqüente transmissão da propriedade e, nos termos gerais, do risco.

2.2.3. A impossibilidade superveniente imputável

O regime legal está estruturado em dois eixos: a imputabilidade ao devedor (artigo 546º) ou ao credor (artigo 547º); a escolha caber ao devedor ou ao credor. Da sua articulação resultam quatro quadrantes. Vejamos cada um deles.

1º Se a impossibilidade for imputável ao devedor e a escolha lhe cabia, deve ele realizar uma das prestações possíveis. O que pode passar ainda pela sua escolha, se restarem mais do que uma prestação, ou dar lugar à concentração, se só sobejar uma (artigo 546º, primeira parte).

2º Na eventualidade de a impossibilidade ser ainda imputável ao devedor, mas a escolha competir ao credor, cabe a este último sujeito uma tripla opção (artigo 546º, segunda parte).

Poderá exigir uma das prestações possíveis.

Poderá exigir a indemnização (sem dúvida pelo interesse contratual positivo, aqui a “grande indemnização”) pelos danos decorrentes da prestação que se tornou impossível, mantendo nessa eventualidade o contrato e, por isso, continuando vinculado à sua contraprestação.

Poderá resolver o contrato de onde emerge a obrigação alternativa, ficando desta forma desvinculado da sua contraprestação, ou tendo direito à sua restituição. Em qualquer caso, embora a lei não o diga expressamente, mas decorre do regime geral do artigo 801º, mantém o direito a ser indemnizado pelos danos decorrentes da não realização da prestação que se tornou impossível.

3º Tornando-se a prestação impossível por causa imputável ao credor, e cabendo-lhe a escolha, considera-se cumprida a obrigação (artigo 547º, primeira parte).

4º Tornando-se a prestação impossível por causa imputável ao credor, se a escolha pertencer ao devedor, ele poderá optar entre, simplesmente considerar a obrigação cumprida, ou realizar a outra prestação, tendo direito a uma indemnização pelos danos que haja sofrido com a impossibilidade de realização da outra prestação (artigo 547º, segunda parte). Se, p. ex., A se obriga a entregar a B um automóvel ou uma moto, sendo esta destruída pelo devedor, A pode considerar cumprida a obrigação, ou entregar o automóvel e exigir uma indemnização pela destruição da moto. Antunes Varela⁹ entende que se trata de uma indemnização fundada em responsabilidade extracontratual, por destruição de coisa alheia. Sem dúvida que será. Contudo, não deixa de se verificar também uma responsabilidade contratual por se incluir no vínculo entre as partes um dever de cuidado com os bens da outra, que aqui não foi observado.

Resta a hipótese de a escolha pertencer a terceiro. Ela não está diretamente prevista na lei. Na perspectiva de Antunes Varela¹⁰, se a impossibilidade for imputável ao credor, a obrigação está cumprida. O terceiro pode, no entanto, escolher a prestação possível, com os restantes efeitos do artigo 547º. Na eventualidade de a impossibilidade da prestação ser imputável ao devedor, o terceiro pode optar por qualquer das prestações possíveis ou pela indemnização correspondente à impossibilidade da outra (artigo 546º). Porém, não poderá resolver o contrato, uma vez que, dado o seu carácter pessoal, só cabe ao credor.

Menezes Cordeiro¹¹ sustenta a este propósito uma posição diversa, a que adere Menezes Leitão¹², nos termos da qual se a impossibilidade for imputável ao credor a obrigação deve considerar-se cumprida, a não ser que o devedor opte pela indemnização, aplicando o artigo 547º, por analogia.

⁹ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, op. cit., p. 842.

¹⁰ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, op. cit., p. 842.

¹¹ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, II, Direito das obrigações*, op. cit., p. 623.

¹² Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 135.

Na eventualidade de a impossibilidade ser imputável ao devedor, o credor poderá, ou exigir uma das prestações possíveis optar pela indemnização ou resolver o contrato. Aplica o artigo 526º segunda parte por analogia. Como fundamento material aponta que ninguém deverá ser beneficiado por um ilícito por ele cometido, e que a as partes ao remeterem a escolha da prestação a terceiro, pretendem apenas que ele realize essa escolha, mas não as outras pretensões decorrentes do incumprimento¹³.

Creemos que tem razão. A atribuição a terceiro da escolha significa simplesmente que ele pode escolher a prestação. Todavia, a escolha entre a realização da prestação e as eventuais pretensões indemnizatórias deve caber ao credor ou ao devedor, consoante aquele que tenha provocado a impossibilidade da prestação.

3. A obrigação com faculdade alternativa

Como se referiu, esta obrigação tem só uma única prestação, o que significa que é só ela que o devedor tem que cumprir e o credor pode exigir. Tendo a prestação por objeto uma coisa certa e determinada, nos termos gerais, transmite-se logo a propriedade e o risco (artigos 408º e 796º, nº 1). Na eventualidade de a prestação se tornar impossível, aplica-se o regime geral da impossibilidade da obrigação, imputável ou não imputável. O mesmo sucede se o devedor incorrer em mora ou entrar em incumprimento definitivo.

A especificidade consiste na atribuição ao devedor (*a parte debitoris*) ou ao credor (*a parte creditoris*), por lei ou por contrato, do poder de realizar uma outra prestação que substitua a prestação objeto da obrigação (*Ersetzungsbefügnis*)¹⁴ ¹⁵. Um caso particularmente relevante de uma obrigação desta natureza é aquele em que o devedor está obrigado a cumprir numa moeda com curso legal só no estrangeiro (p. ex. em US dólares), mas se reserva o direito de substituir essa prestação pela entrega da mesma quantia

¹³ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, II, Direito das obrigações, op. cit.*, p. 623.

¹⁴ Cf. LARENZ, *Schuldrecht I, op. cit.*, p. 159.

¹⁵ Sendo a distinção clara no plano conceitual, pode entanto, ser difícil de concretizar prática, cf. FIKENTSCHER e HEINMANN, *Schuldrecht, op. cit.*, p. 137.

em Euros ao câmbio da data do vencimento e do lugar estabelecido (sendo esta regra supletiva para as obrigações valutárias – artigo 558º, nº 1). O credor só pode exigir o pagamento em US dólares, mas devedor pode cumprir a prestação inicial ou substituí-la pela entrega em Euros, sem que o credor possa recusar essa prestação.

A obrigação também pode ser com faculdade alternativa a *parte creditoris*, embora seja menos comum. Nessa eventualidade, é o credor que pode exigir uma outra prestação ao devedor. Todavia, não se valendo o credor desse direito, o devedor só pode cumprir, à falta da substituição, a prestação objeto da obrigação.

Como a obrigação só tem por objeto uma prestação, sendo ela originariamente impossível a obrigação é nula; se a impossibilidade for superveniente, a obrigação extingue-se, havendo depois que distinguir conforme a impossibilidade seja imputável ou não ao devedor. Já se a prestação alternativa for originariamente impossível ou o venha a ser supervenientemente, a obrigação em si não será, em regra, afetada.

Um caso relevante de obrigação com faculdade alternativa a *parte creditoris* é o da cláusula penal em sentido estrito ou compulsório. Nessa eventualidade, sustenta Pinto Monteiro¹⁶, em caso de incumprimento, o credor pode escolher exigir a pena em vez da indemnização. E, nessa medida, se trata de uma faculdade alternativa a *parte creditoris*.

¹⁶ Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 100 e ss.