

OS CONTRATOS ALEATÓRIOS E OS MECANISMOS DE EQUILÍBRIO CONTRATUAL

ALEATORY CONTRACTS AND MECHANISM OF CONTRACTUAL BALANCE

Thiago Villela Junqueira¹

"Alea jacta est".

Júlio César

Resumo: O presente artigo possui o escopo de analisar a complexa relação entre os contratos aleatórios e os denominados mecanismos de equilíbrio contratual. Como é sabido, a doutrina tradicionalmente restringe a possibilidade de aplicação, por exemplo, da teoria da onerosidade excessiva, da lesão, dos vícios redibitórios, ou da evicção, aos contratos comutativos. Por meio dos conceitos de álea normal, álea anormal e álea especial, será procurado demonstrar que os contratos aleatórios não estão imunes à ocorrência de eventos fora da álea contratada e que, nesses casos, não há nenhum motivo legítimo para afastar os remédios jurídicos que possibilitam o (r)equilíbrio contratual.

Palavras-chaves: contrato; álea; anormal; equilíbrio.

Abstract: The present article has as its main intention the analysis of the complex relationship between aleatory contracts and the so-called mechanism of contractual balance. As it is known, the Brazilian traditional doctrine restricts the possibility of appliance, for example, of the theory of excessive onerosity, of damages, of redhibitory vices, or of eviction, to the commutative contracts. Making use of the concepts of normal alea, abnormal alea and special alea, it will be shown that aleatory contracts are not immune to the occurrence of events outside the contracted alea and that in such cases there is no legitimate reason to exclude the legal remedies that enable contractual balance.

Keywords: contract; alea; abnormal; balance.

¹ Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pós-graduado pelo Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros da FDUC. Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo), e do grupo Perfis do Direito Civil (UERJ). Representante internacional da ABDC. Advogado.

1. Considerações preliminares: o risco e o contrato

A sabedoria popular adverte: *viver é correr riscos*. De forma até mesmo curiosa, além de ser um companheiro indissociável da humanidade, o risco reflete a contradição de seus seres. Nesse amálgama entre aversão e fascínio, repulsa e atração, resta tão somente a certeza da incapacidade de previsão exata do futuro^{2 3}.

Revisitando o passado, constatamos que a história demonstra que o progresso está intimamente ligado ao risco, bem como as tragédias. Ora, como corolário dessa constante dualidade, o risco costuma ser encarado como sinônimo de *desafio e oportunidade*⁴.

Em paralelo, outra figura – invariavelmente presente na vida em sociedade – que simboliza o binômio *desafio e oportunidade* é o contrato. Muitas das vezes, o contrato é o meio pelo qual as pessoas aceitam os riscos, na esperança de que eles não se realizem (ou se realizem apenas parcialmente), de modo que o negócio seja lucrativo (em termos patrimoniais ou pessoais).

Justamente da estreita união entre o risco (*rectius*, a álea)⁵ e o contrato que deriva a classificação de um contrato como aleatório. Em sentido diametralmente oposto, encontra-se o

² A precariedade nos resultados dos esforços aplicados no trato com o risco é um dos temas favoritos de poetas e filósofos de todas as idades. cfr., WILLETT, Allan H. *The economic theory of risk and insurance*. London: Oxford University Press, 1951. p. 3.

³ Marcel Fontaine inicia a sua clássica obra justamente advertindo: "*L'existence humaine est pleine de risques*". FONTAINE, Marcel. *Droit des Assurances*. Bruxelles: Larcier, 2010. p. 9. De fato, não é possível desvencilharmos de todos os riscos – o que, ademais, seria extremamente contraproducente: o acaso faz parte da vida humana e, ainda que não se perceba, inúmeros fatos são tão aleatórios quanto o caminhar de um bêbado após o bar. cfr. MLODINOW, Leonard. *The Drunkard's Walk: How Randomness Rules Our Lives*. New York: PantheonBooks, 2008, *passim*.

⁴ Para uma fascinante digressão histórica sobre o risco e a sociedade, vide a obra de referência de BERNSTEIN, Peter. L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996, *passim*. O autor chega a concluir que, nos dias atuais, o risco não deve ser temido, destacando que "*managed risk has become synonymous with challenge and opportunity*". Ibid, contracapa. Vale dizer, a eventual incapacidade de prever, mesmo com todo aparato teórico e tecnológico à disposição, não necessariamente acarreta a incapacidade de precaver, ou, de certa forma, domar o risco.

⁵ Aqui se remonta a ecoada distinção entre a álea e o risco, que cumpre darmos nota. Juridicamente, a álea designaria evento que possui os resultados supervenientes incertos. Indo além, seria subjaz à álea a noção de probabilidade de vantagem concomitante a de perda. Já o risco não, que se coligaria apenas à probabilidade de perda e estaria atraído a um dano. cfr., BOSELLI, Aldo. *Alea*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Rorinese, 1957. p. 469. Sublinhamos que, apesar de largamente aceita, há quem conteste a validade – e utilidade – de tal diferenciação. Nesse sentido, Rosario Nicolò arremata: "*Le disquizioni meramente terminologiche sull'uso delle parole rischio e alea (confronta da ultimo BOSELLI, Archivio, cit. in letteratura) si risolvono in sottigliezze di scarso rilievo*". cfr. NICOLÒ, Rosario. *Alea*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. I. Milano: Giuffrè, 1954. p. 1025, nota 4. Por ausência de efeitos práticos – no presente estudo –, ambas as expressões serão utilizadas indistintamente. De igual forma, FERNANDES, Luis Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, 5 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. pp. 85 – 86.

contrato comutativo, que remete, logo à primeira vista, a ideia de prestações equivalentes e de antemão conhecidas⁶.

De modo surpreendente, a doutrina brasileira não tem feito grandes esforços para aquilatar a real consequência da classificação de um contrato como aleatório ou comutativo⁷, o que, por via de consequência, estimulou e têm estimulado as mais *aleatórias* interpretações jurisprudenciais. Nesta linha cinzenta, uma das principais dúvidas refere-se a aplicação ou não aos contratos aleatórios dos mecanismos de (r)equilíbrio contratual, tais como a teoria da onerosidade excessiva, a lesão, os vícios redibitórios e a evicção.

Classicamente apontada como antítese dos citados mecanismos⁸, poderíamos legitimamente questionar a plausibilidade ou não da manutenção do entendimento de que eles não se aplicariam ao contrato aleatório. Caso concluíssemos de modo contrário ao pronunciamento majoritário vigente, restaria ainda como medida cogente estamparmos em que termos dariam as suas aplicações.

Pois bem, este é o *arriscado* desafio proposto nestas breves notas.

1.1. Tradicional dicotomia: contratos aleatórios e comutativos

Provém do magistério de Pothier a subdivisão dos contratos onerosos em comutativos e aleatórios (*contrats commutatifs et contrats aléatoires*). Posteriormente, essa dualidade teve eco no Código Civil francês de 1804 (arts. 1104 e 1964), no Código Civil italiano de 1865 (art. 1102), entre outros diversos⁹. O Código Civil brasileiro de 1916 dispunha sobre o contrato aleatório nos arts. 1118 a 1121.

Conforme usualmente ressaltado, o termo *aleatório* deriva do vocábulo latino *alea*, que significa sorte¹⁰. O Código Civil brasileiro de 2002 se omitiu no que toca a conceituação

⁶ Desde já, ressaltamos que ainda nestes contratos haverá – sempre – um risco, que faz parte da sua álea normal. Por ora, devemos ter em mente que nos contratos aleatórios os riscos, além de obrigatórios, possuem mais intensidade, é dizer, ultrapassam os riscos normais presentes nos contratos comutativos.

⁷ Com honrosas exceções, sobretudo: BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

⁸ O argumento repetido acriticamente por grande parte da doutrina é no sentido de que os contratos aleatórios são marcados pelo desequilíbrio das prestações.

⁹ NICOLÒ, Rosario. Op. cit. p. 1024, nota 1; e, LA FLOR, Paz Pous de. Los contratos aleatorios y el tiempo, in *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo Garcia*, Vol. I. Murcia: FG Graf, 2004. p. 3946.

¹⁰ É constante também a analogia com a famosa passagem em que supostamente Júlio Cesar, ao atravessar o Rio Rubicão declarando assim conflito com o Senado Romano e seu líder Pompeu, teria dito *alea jacta est*, que significa: os *dados estão lançados*, ou como traduzido mais comumente, *a sorte está lançada*. Sobre a origem do termo risco, e com vasta indicação bibliográfica, veja: CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013. pp. 484 – 485, e ainda, ROSSETTI, Marco. *Il diritto delle assicurazioni*, Volume I. Milani: Cedam. 2011. p. 751, nota 259.

dos contratos aleatórios¹¹, se restringindo a abordar alguns contratos *aleatórios por vontade das partes* (*emptio spei*, *emptio res speratae* e a venda de coisa futura exposta a risco) na seção VII do título V do livro I da parte especial, denominada *Dos Contratos Aleatórios* (arts. 458 a 461)¹². E ainda, estatui o diploma legal em tela acerca de alguns contratos ditos *aleatórios por natureza*, como o de seguro¹³, de constituição de renda e de jogo e aposta (designadamente nos arts. 757 a 817)¹⁴.

De outro turno, a doutrina não poderia se esquivar de uma tal conceituação. Neste desiderato, os estudiosos – das mais diversas latitudes – costumam utilizar determinadas linhas mestras para fazerem a divisão entre os contratos aleatórios e os comutativos¹⁵. Passemos algumas em revista:

Em Portugal, Carlos Mota Pinto ressalta que: "Nos contratos aleatórios as partes submetem-se a uma álea, a uma possibilidade de ganhar ou perder. A onerosidade consiste na circunstância de ambas estarem sujeitas ao risco de perder, embora, no final de contas, só uma venha a ganhar"¹⁶. Por sua vez, Menezes Cordeiro adverte: "Um negócio é aleatório quando, no momento da sua celebração, sejam desconhecidas as vantagens patrimoniais que dele derivem para as partes"¹⁷.

¹¹ Ao contrário do Código Civil Espanhol, que dispõe no art. 1790: "Pelo contrato aleatório, uma das partes, ou ambas reciprocamente, se obrigam a dar ou fazer alguma coisa em equivalência do que a outra parte há de dar ou fazer para o caso de ocorrer um acontecimento incerto, ou de tempo indeterminado". E ainda, como dito alhures, do Código Civil Francês, que aduz no art. 1964: "O contrato aleatório é uma convenção recíproca na qual os efeitos, quanto às vantagens e às perdas, seja para todas as partes, seja para uma ou várias delas, dependem de um acontecimento incerto. Tais são: o contrato de seguro, o empréstimo marítimo, o jogo e a aposta, o contrato de renda vitalícia. Os dois primeiros são regidos pelas leis marítimas". (traduções livres). O dispositivo francês dá margem para justas críticas no que se refere à desnecessidade de apontamento dos contratos que seriam aleatórios, tarefa essa que deve ser reservada à doutrina.

¹² À semelhança desses, os artigos doravante referidos sem indicação da respectiva fonte legislativa são dispositivos do Código Civil Brasileiro de 2002.

¹³ Não se pode ignorar a querela doutrinária no que se refere a caracterização do contrato de seguro como aleatório ou comutativo. Essa autêntica *vexata quaestio* será enfrentada em seguida.

¹⁴ Sem a pretensão de exaustão, outros exemplos de contratos aleatórios apontados pela doutrina são: o de rifa, o bilhete de loteria, o de garimpo, o de pesquisa, o de exploração de jazidas e o de pesca. cfr., entre diversos, RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 10^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 187.

¹⁵ De forma quase unânime, a bipartição em voga deriva apenas dos contratos onerosos. cfr. BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit. pp. 60 – 65. Divergentemente, GAMBINO, Agostino. *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*. Milano: Giuffrè, 1964. pp. 48 e 268 e ss., que defende que esse enquadramento, feito por Pothier, e que influenciou grande parte das legislações europeias, pode ser relativizado, havendo assim alguns contratos aleatórios gratuitos. Margarida Lima Rego, apesar de concluir pela impossibilidade de um contrato aleatório gratuito em Portugal, adverte que os §§ 1267 e 1268 do AGBG (Código Civil austríaco) assim permitem, bem como a seção 6 do *Gambling Act* de 2005 da Inglaterra (que inclui no conceito de jogo a possibilidade de um contrato gratuito). cfr. REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguro e Terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 406.

¹⁶ PINTO, Carlos Alberto Mota; (atualizadores MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota). *Teoria Geral do Direito Civil*, 4^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 403.

¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3 ed. Coimbra, Almedina, 2005. p. 477.

Na Itália, Alberto Trabucchi assevera: "*Si ha contratto aleatorio (o di sorte) quando il valore concreto di quella che sarà la prestazione o la controprestazione dipende da un fattore d'incertezza, che può volgere il vantaggio del contrato verso l'una parte o piuttosto verso l'altra*". E continua: "*Il contratto aleatorio è sempre un contratto di rischio, cioè comporta l'assunzione un rischio; è come un giuoco, anche se viene stipulato per motivi più seri*"¹⁸.

Na França, os irmãos Mazeaud conceituam: "*Le contrat aléatoire est celui dans lequel l'avantage que les parties retireront du contrat n'est pas appréciable lors de la formation du contrat, parce qu'il dépend d'un événement incertain*"¹⁹.

Na civilística brasileira, Orlando Gomes pontifica: "*Nos contratos aleatórios, há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Os contratos aleatórios expõem os contraentes à alternativa de ganho ou perda*"²⁰. E Arnaldo Rizzardo define: "*Aleatório é o contrato no qual uma ou ambas as prestações apresentam-se incertas, porquanto a sua quantidade ou extensão fica na dependência de um fato futuro e imprevisível, o que torna viável venha a ocorrer uma perda, ou um lucro para uma das partes*"²¹.

Mesmo antes de fazermos uma excursão de conceitos do contrato comutativo, é necessário sublinharmos dois elementos – quase que – unânimamente apontados nas conceituações dos contratos aleatórios, quais sejam: a dependência de um evento incerto²² na determinação da prestação, e a chance de ganho ou de perda do(s) contratante(s) (conforme a ocorrência, ou em que termos, das prestações)²³. Nesse particular, salta aos olhos a dúvida da necessidade ou não da bilateralidade da álea^{24 25}.

¹⁸ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1978. p. 691. Conforme a lição do autor, o contrato aleatório é designado também como contrato de sorte por parte da doutrina.

¹⁹ MAZEAUD, Henri et Léon, MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième. Paris: Éditions Monstchrestien. 1956. p. 84.

²⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 88.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit. p. 76.

²² A incerteza pode ser quanto a ocorrência (*incertus an*), o momento (*incertus quando*), ou a magnitude (*incertus quantum*), do evento. Em bom rigor, o evento deve ser desconhecido pelos contratantes, mas não obrigatoriamente futuro. Tal conclusão é aferida por meio do próprio art. 460 (compra e venda de coisa exposta a risco, que será *infra* analisado).

²³ Indelévelmente os contratos aleatórios são bilaterais. Questão tormentosa é se haveria ou não um desequilíbrio entre as prestações dos contratantes. Muitos autores afirmam que sim, e, de fato, na maioria das vezes, ao analisarmos o contrato após o seu cumprimento este é nítido (exemplo lapidar da não ocorrência do desequilíbrio é o empate no jogo). Todavia, na feitura do contrato é defensável a ocorrência – em regra – de um equilíbrio – ainda que subjetivo – das prestações. Álias, essa é uma das premissas desse estudo.

²⁴ Ultrapassa o nosso horizonte essa polêmica. Sobre a discussão, BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit. pp. 67 – 70, que conclui pela necessidade da bilateralidade da álea. Em sentido contrário, v. g., PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 14^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 59.

²⁵ Outro ponto costumeiramente ressaltado pela doutrina é a diferença entre os contratos aleatórios e os condicionais. Conquanto ambos possuem intrínseca ligação com a incerteza, diferentemente do contrato aleatório – que possui eficácia desde o momento de sua celebração (incerteza quanto as atribuições patrimoniais de cada parte) –, o contrato condicional possui como requisito para a própria eficácia (ou a sua resolução) a existência de um elemento accidental, que é justamente a condição.

No que toca ao contrato comutativo²⁶, Alberto Trabucchi assevera: "*Nei contratti commutativi le prestazioni sono stabilite in precedenza como punto d'arrivo delle trattative e sono considerate per la loro reciproca corrispondenza, ciascuno dei contraenti*"²⁷. E os Mazeaud conceituam: "*Le contrat est commutatif lorsque l'avantage que chacune des parties retire du contrat est susceptible d'être évalué par eles au moment de la conclusion de l'acte; dans la vente, acheteur et vendeur peuvent apprécier l'intérêt qu'ils ont à contracter.*"²⁸

Grande parte da doutrina pátria associa os contratos comutativos (ou para alguns pré-estimados) a duas características: a equivalência das prestações²⁹, e o conhecimento (quase que) exato delas na perfeição do contrato³⁰. Exemplo de escola é o contrato de compra e venda, em que um contratante se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro a pagar o preço ajustado (art. 481).

Interessante notar que, mesmo nesses contratos, o risco se faz presente³¹. Ora, então não há o risco de o comprador não quitar com as parcelas subsequentes que eventualmente deveria numa compra e venda parcelada? É trivial que sim, mas esse risco não altera o seu caráter comutativo, pois faz parte da álea normal do contrato.

Bem vistas as coisas, todos os contratos possuem uma álea. A compreensão dessa álea e, em especial, o seu limite, é de fundamental importância para a resolução do articulado jogo de xadrez, repleto de variáveis, que subjazem a aplicação dos mecanismos de equilíbrio contratual, inclusive nos contratos aleatórios.

Destarte, continuemos o nosso périplo.

²⁶ Apeete lembrarmos que há quem defenda a bipartição entre contratos aleatórios e não aleatórios, cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 315, e TELLES, Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. pp. 482 – 484. Até mesmo no Brasil, Darcy Bessone advoga por essa divisão, alegando que os contratos aleatórios e não aleatórios seriam ambos comutativos, por comutarem vantagens. cfr. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 109. Em rigor, nos preocupamos mais com os efeitos da caracterização, muito antes do que com a própria nomeação. Se a consagrada não é a ideal, não se pode negar que o CC brasileiro a emprega, como, por exemplo, na utilização da expressão *comutativo* (art. 441, que trata dos vícios redibitórios), e ainda, ao tratar dos contratos aleatórios (arts. 458 a 461).

²⁷ TRABUCCHI, Alberto. Op. cit. p. 691.

²⁸ MAZEAUD, Henri et Léon, MAZEAUD, Jean. Op. cit. p. 84.

²⁹ Ainda que subjetiva, cfr. GOMES, Orlando. Op. cit. p. 88.

³⁰ Entre diversos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* Op. cit. p. 58, e CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, SANTIAGO, Mariana Ribeiro. O limite da *álea*: Perspectivas para análise dos contratos aleatórios, in *XXI Congresso Nacional do CONPEDI*. Niterói: Funjab, 2012. p. 200.

³¹ Nesse acorde, Gustavo Tepedino enfatiza: "O mais simples contrato de compra e venda, aliás, está sujeito a riscos, como por exemplo, a superveniência de uma forte desvalorização do bem adquirido". TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92. Em sentido contrário, defendendo que o contratos comutativos "não envolvem nenhum risco", GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

1.2. Álea normal, álea anormal, e álea especial dos contratos aleatórios

A noção de álea (a)normal do contrato aflora como ponto fulcral em uma análise criteriosa dos contratos comutativos e aleatórios. Ora, independentemente da categoria, sempre haverá uma álea econômica considerada ordinária, algo previsível, numa palavra: dentro da regularidade do contrato. De outro turno, pode ocorrer fatos que se enquadram fora desse raio de ação, ou seja, anormais, e que, como corolário, merecem um tratamento ímpar.

Antes de enfrentarmos esses eventuais tratamentos (v.g., na lesão, na onerosidade excessiva...), medida racionalmente necessária é tirarmos da sombra justamente o que se configura a álea (a)normal de um contrato e como fica esse conceito quando analisado sob o enfoque de um contrato aleatório – que possui, concomitantemente, uma álea especial.

Pois bem, de partida cabe acentuarmos que a expressão álea normal (*alea normale*) foi consagrada no art. 1.467 do CC italiano (1942), que dispõe sobre a proibição de resolução do negócio por onerosidade excessiva³². Um outro artigo do diploma em questão que transparece o conceito de álea normal é o 1.664, que estipula nessa zona uma margem de 10 % sobre o valor da obra no contrato de empreitada. No Brasil, em que pese o legislador não ter utilizado a expressão em tela, é possível interpretar pela sua aceitação, tendo em linha de conta o artigo 620 do CC³³.

Em termos simplificados, a álea normal refere-se ao restrito leque de possibilidades habituais, capazes de ocorrerem, em um determinado contrato³⁴. É dizer, as partes podem prever, é algo ordinária, a ocorrência de eventual acontecimento no percorrer do contrato que acarrete prejuízos econômicos.

No que toca aos contratos comutativos, Orlando Gomes esclarece:

A certeza esperada da prestação dos contratos comutativos não significa que estejam isentos de toda álea. Há, por assim dizer, uma *álea normal* em certos

³² Art. 1467 do CC italiano. "(...) A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente faz parte da álea normal do contrato. (...)". (tradução livre).

³³ Influenciado pelo art. 1.664 do CC italiano, o dispositivo brasileiro possui o seguinte teor: "Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada". Conforme Paula Greco Bandeira chama a atenção, "da leitura a *contrario sensu* do dispositivo, depreende-se que a diminuição do preço do material ou da mão-de-obra no contrato de empreitada a preço global em até um décimo insere-se na álea normal deste tipo contratual, impossibilitando o pedido de revisão do ajuste pelo dono da obra". BANDEIRA, Paula Greco. Ob. cit. p. 59.

³⁴ Desde já cumpre a ressalva de que estamos a utilizar o conceito de álea normal de uma forma lata. Assim, nos distanciamos de certa doutrina italiana e de Paula Greco Bandeira, que defende a presença da álea normal apenas nos contratos comutativos. Ibid. pp. 49 – 60.

contratos que dependem do futuro, sem que percam por isso sua tipicidade comutativa, como na empreitada e no transporte³⁵.

Socorrendo ao exemplo de Nelson Borges:

Assim, o locador sabe que seu locatário poderá desviar a finalidade da contratação, deixar de pagar os aluguéis, causar danos ao imóvel, sublocá-lo sem consentimento, não pagar encargos, enfim, descumprir cláusulas, tudo dentro de um espectro de riscos previsíveis, inseridos na chamada álea normal da contratação³⁶.

A álea normal seria, desta feita, uma *zona de imunidade ou de tolerância* pelo qual os efeitos dos riscos estranhos são compatíveis com a causa do contrato, não havendo razão para qualquer reação do ordenamento³⁷. Em outras palavras, são os riscos que todo contrato comporta como consequência da sua peculiaridade³⁸.

Apesar de haver algumas semelhanças entre a álea normal e a álea do contrato aleatório, não se pode ignorar as diferenças³⁹. Logo, enquanto a álea normal está relacionada a um risco econômico, a álea especial do contrato aleatório está relacionada com um risco jurídico.

Nesse raciocínio, a álea do contrato aleatório, que se traduz no traço distintivo de sua causa, é relacionada com a execução da prestação (com a transferência de ativo), de uma parte (que sofre uma perda) em benefício da outra parte (que auferir um lucro). Conforme Paula Greco Bandeira adverte: "O lucro ou prejuízo de carácter econômico, portanto, não serve a qualificar determinado negócio como aleatório, mas sim o lucro ou prejuízo jurídico, isto é, em termos de atribuição patrimonial."⁴⁰

³⁵ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 89.

³⁶ BORGES, Nelson. A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios, in *Revista do Tribunais*, ano 78, n.º 782. São Paulo: RT, (dezembro, 2000). p. 79.

³⁷ BOSELLI, Aldo. Rischio, alea ed alea normale del contrato, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, (1948). p. 794; e, BOSELLI, Aldo. *Alea...* Op. cit. p. 476.

³⁸ LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 159, Rio de Janeiro, (janeiro - março, 1985). p. 16. "A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional económico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo os riscos tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado". ROPPO, Enzo. *O contrato*. (trad. COIMBRA, Ana, e GOMES, M. Januário). Coimbra: Almedina, 1988. p. 264.

³⁹ Uma vez mais, o contrato comutativo possui apenas a álea normal.

⁴⁰ BANDEIRA, Paula Greco. Ob. cit. p. 45.

O contrato aleatório possui assim, além de uma álea normal, que se refere meramente ao risco econômico, uma álea especial, que é jurídica, e o distingue do contrato comutativo. Essa álea especial também pode acarretar um prejuízo econômico, mas ele não é fundamental. Por exemplo, na compra e venda da esperança (imagine uma compra de safra futura de soja), a entrega da colheita, mesmo que bem abaixo da habitual, faz com que o vendedor sofra uma perda jurídica (pois fará uma transferência de ativo), ainda que economicamente possa vir a ter lucro.

Essa possibilidade de atingir o risco econômico do contrato faz com que a álea especial do contrato aleatório se sobreponha às vezes à sua álea normal, que, todavia, continua presente, mesmo que de forma hibernada⁴¹. Ainda utilizando o exemplo da compra e venda da esperança, se coliga à álea normal do contrato o risco de o vendedor atrasar, em poucos dias, a entrega da soja, causando um pequeno prejuízo para o comprador que pudesse vir a perder uma venda. E se refere à álea especial do contrato aleatório a ínfima colheita em virtude de uma praga, ou até mesmo a desvalorização da soja no momento da colheita.

Com efeito, compreendida a presença de uma álea tanto no contrato comutativo (dita normal e referente a um risco meramente econômico) quanto no contrato aleatório (álea normal, somada a álea especial), vale dizermos que, concomitantemente aos eventos que constituem-nas, os contratos estão sujeitos a outros imprevisíveis, atípicos, ou seja, fora da normalidade. O conceito da álea anormal justamente traduz esses eventos.

Quanto ao contrato comutativo, a própria teoria da onerosidade excessiva chancela, ainda que implicitamente, a sua existência. De outro turno, e aqui se encontra a questão nevrálgica, o fato de um contrato ser aleatório não significa que não esteja exposto a, para além de uma álea que a constitui e a álea normal, uma álea anormal. Muito pelo contrário. Também esses contratos estão sujeitos a acontecimentos diversos, independentes da própria álea que caracteriza e subjaz o contrato aleatório em causa.

Mantendo o exemplo dado da compra e venda da esperança. Suponhamos agora que o vendedor da safra sofra uma evicção da fazenda, não podendo cumprir com a sua prestação. Deveria o comprador não receber a colheita ou o dinheiro de volta? Cremos que não, pois este evento estará inserido na álea anormal do contrato. Apesar de cobrir o risco da inexistência, o risco da inexistência em virtude da evicção era estranho ao contrato.

⁴¹ Digno de nota é que seguimos, *mutatis mutandis*, a divisão feita por Nelson Borges, que enxerga a possibilidade de três tipos de áleas nos contratos aleatórios, a saber, a álea *normal* (que está presentes em todos os contratos), a álea *anormal* (imprevisível, que se refere a uma álea extracontratual, também presente em todos os pactos), e a álea especial do contrato aleatório, que o autor designa como álea *sui generis* (presente apenas nos contratos aleatórios, marcada pela incerteza das prestações). BORGES, Nelson. Op. cit. p. 79 e ss.

Metaforicamente, tudo aquilo que transcenda o guarda-chuva de acontecimentos – que, lembremos, devem ter seus resultados desconhecidos – rotineiros de tais contratos se enquadram dentro de sua respectiva álea anormal. Os exemplos não são raros, e, por uma questão metodológica – perquirindo evitarmos desnecessária repetição –, serão dados no item 3.

Por enquanto, urge apenas ressaltarmos que a liberalidade oriunda da autonomia privada possui como efeito a possibilidade de alargamento ou diminuição do âmbito da álea normal do contrato comutativo, ou até mesmo, a criação de uma nova álea, dita especial, transformando-o em aleatório. Como veremos em seguida, um contrato de compra e venda pode ser temperado com uma nova álea, resultando numa compra e venda de esperança, e assim por diante. Logo, a boa técnica recomenda que o intérprete analise a álea do contrato no particular negócio jurídico, e não em abstrato, conforme o regulamento de interesses específico em jogo⁴².

2. Contratos aleatórios e o novo Código Civil: perspectiva sistemática

São considerados contratos aleatórios por natureza (ou típicos), aqueles em que a aleatoriedade se revela qualidade necessária da causa (como, por exemplo, o jogo, a aposta, o seguro, e a renda vitalícia onerosa). Os contratos aleatórios pela vontade das partes (ou acidentalmente aleatórios), por seu turno, não contêm a aleatoriedade como traço distintivo de sua causa originária, mas como resultado da criação da vontade das partes, as quais inserem o risco nos contratos essencialmente comutativos como meio para alcançar determinados objetivos⁴³.

Em uma análise breve e conclusiva, podemos afirmar que o CC brasileiro de 2002 não se preocupou em estabelecer critérios na interpretação dos contratos aleatórios, antes pelo contrário, influenciado pelo CC de 1916⁴⁴, se restringiu a abordar, em quatro artigos, alguns exemplos de contratos aleatórios que, em rigor, remontam ao direito romano⁴⁵. Na prática, esses artigos são pouquíssimos utilizados, tendo em conta o seu âmbito restrito e, até mesmo, ultrapassado.

Não obstante, vale os apontamentos.

⁴² cfr., restringindo porém a análise à álea normal do contrato nessa sede, BANDEIRA, Paula Greco. Ob. cit. p. 59.

⁴³ Ibid. p. 71.

⁴⁴ "A disciplina das obrigações e dos contratos no Código Civil de 2002 consiste em uma substancial repetição da codificação anterior. Nem nesta afirmação há mais novidade." SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão, in *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013. p. 135.

⁴⁵ Além dos contratos aleatórios por natureza, dispostos nos arts. 757 a 817.

2.1. Contratos aleatórios pela vontade das partes

Dando início a sua tipificação, o art. 458 do CC (equivalente ao art. 1.118 do CC de 1916) trata da *compra e venda de esperança (emptio spei)*. Esta modalidade de compra e venda ilustra a transformação de um exímio contrato comutativo em aleatório por meio da incrementação de uma álea. De modo que, mesmo que a coisa não venha a existir, o comprador será responsável pelo pagamento integral do valor. Por outro lado, o alienante se vê obrigado a entregar tudo que venha existir, ainda que acima do previsível. A incerteza das prestações garantem a possibilidade de ganho ou de perda para ambas as partes. Exemplo de escola é a compra e venda de safra futura.

Em outros termos, o art. 459 do CC (equivalente ao art. 1.119 do CC de 1916) alude sobre a *compra e venda da coisa esperada (emptio res speratae)*. Assim como na *emptio spei*, o alienante terá que entregar tudo que for produzido. Todavia, de forma diferente, aqui o comprador assume tão-somente o risco da quantidade da coisa, ficando afastado o risco da não existência. Com efeito, o traço distintivo entre ambas se refere à amplitude do risco inerente ao comprador⁴⁶.

Por fim, os arts. 460 e 461 do CC (equivalentes aos arts. 1.120 e 1.121 do CC de 1916) esculpem a *compra e venda de coisa exposta a risco*. Nesta modalidade, diferentemente das outras, a coisa já existe, entretanto encontra-se à mercê de um risco, ou pode até mesmo este já ter se consumado – desde que as partes não tenham o seu conhecimento. O alienante terá direito a todo o preço da coisa, ainda que esta já esteja deteriorada no momento da venda. Caso o destino do risco for de conhecimento de um dos contratantes no momento da contratação, esta pode ser anulada – em razão do dolo – pela outra parte, conforme o art. 461 permite expressamente⁴⁷.

⁴⁶ O clássico exemplo da pesca pode configurar tanto uma compra e venda da esperança como da coisa esperada, dependendo dos termos da negociação. Na dúvida, entendemos que trataria da segunda modalidade, por ser mais favorável ao comprador. Neste caso, “se o pescador nada conseguir ao lançar a rede, deve restituir o preço pactuado, o que não fará se conseguir um ou dos peixes, mesmo que o habitual fosse pescar dezenas”. Cfr., GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, Volume IV: Contratos e Teoria Geral, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

Ademais, é digno de pontuação que o dolo ou a culpa do alienante para a não existência – ou existência em menor quantidade – da coisa afasta a obrigação do comprador nas duas modalidades, podendo inclusive gerar um obrigação de indenizar para o alienante.

⁴⁷ Exemplo repetido nas mais diversas obras é a da compra de um objeto durante o transporte, sendo desconhecido pelas partes o seu estado atual. Sublinhamos, de resto, a inversão da regra geral disposta no art. 492 no sentido de que até o momento da tradição os riscos da coisa correm a cargo do alienante. Tãmanha distorção justifica que o comprador deva expressamente aceitar a contratação de coisa “exposta ao risco”, não sendo, de forma alguma, presumível essa intenção, antes pelo contrário.

2.2. Contratos aleatórios por natureza

Entre os contratos aleatórios por natureza, o CC brasileiro dispôs nomeadamente sobre os contratos de constituição de renda, jogo e aposta, e seguro. De certo que cada um desses contratos possuem inúmeras e sofisticadas especificidades, e que não se refere ao nosso propósito enfrentá-las nessa sede, passaremos apenas em revista o conceito e o carácter aleatório e eles incipientes.

Pois bem; de longe, o contrato de seguro é o que desperta mais polêmica no que toca a sua classificação como aleatório. Utilizando conhecida técnica entre professores, o reservaremos para a derradeira análise, afinal, o que mais desperta angústia deve ficar para o apagar das luzes⁴⁸.

Dito isso e seguindo a ordem do CC, o *contrato de constituição de renda* se encontra estampado nos arts. 803 a 813 do CC, tendo sido regulado pelos arts. 749 a 754 e 1424 a 1430 do CC de 1916.

De rara utilização prática, pelo contrato de constituição de renda, uma parte se obriga a entregar à outra (ou ao terceiro) prestações periódicas, em dinheiro ou outro meio, por certo prazo ou por vida (art. 806), em virtude de mera liberalidade ou como contraprestação de bens móveis ou imóveis. Nesse sentido, o contrato será gratuito no caso de ser motivado apenas por mera liberalidade (art. 803), e oneroso (art. 804) se for em troca de bens móveis ou imóveis.

Discute-se em sede doutrinal em que caso o contrato de constituição de renda configurar-se-ia aleatório. A posição majoritária entende que constituição de renda a título gratuito ou a prazo certo não seria um contrato aleatório, tendo em vista a ausência de incerteza quanto as prestações, que devem ser de ambas as partes. Por outro lado, o contrato de constituição de renda seria aleatório caso fosse oneroso e vitalício, isto é, caso tivesse prazo relacionado à duração da vida do beneficiário ou do devedor⁴⁹.

No que toca aos *contratos de jogo e aposta*, apesar de eles serem algo diferentes, se encontram regulados nos mesmos artigos, a saber, 814 a 817 (antigos arts. 1477 a 1480 do CC de 1916). Na verdade, as tentativas doutrinárias na diferenciação entre esses contratos foram

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25.

⁴⁹ "Desse modo, no momento de acordo de vontades na constituição de renda onerosa, as partes desconhecem se do negócio decorrerá lucro ou prejuízo em termos de atribuição patrimonial, o que dependerá da verificação do evento incerto, no caso, a morte do beneficiário ou do devedor, ocasião em que se apurarão as prestações até então efetuadas pelo rendeiro e os bens a ele transferidos pelo beneficiário. A morte precoce do beneficiário acarretará perda patrimonial para o *de cuius*, ao passo que a morte na idade esperada importa perda patrimonial para o rendeiro. De igual forma, o falecimento prematuro do rendeiro na hipótese de o contrato estar atrelado à duração de sua vida resultará em perda patrimonial para o beneficiário e a sua morte na idade estimada, a seu turno, representará perda patrimonial para o devedor falecido". BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit. p. 115.

pouco satisfatórias, e carecem de importância prática tendo em conta que a lei os equiparam para todos os efeitos⁵⁰.

De todo modo, cumpre a menção de que eles apenas relevam para o direito quando envoltos de onerosidade⁵¹. Geralmente é apontado que o jogo possui como premissa a participação ativa dos jogadores, diferentemente da aposta, em que o resultado está ligado a um fato alheio e duvidoso, que foi melhor avaliado por um dos apostadores. Em ambos, o ganhador recebe uma soma em dinheiro ou outra coisa diversa, conforme previamente estipulado⁵².

Dúvidas não há que tanto o contrato de jogo quanto o de aposta são eloquentes exemplos de contratos aleatórios, estando presentes as prestações incertas e a chance de ganhar ou de perder para ambas as partes. Diferentemente do contrato de seguro, que será analisado em seguida, e que possui o afã de refugiar um risco (natural), no jogo (e na aposta) é criado um novo risco (designado como artificial).

Dando um salto a frente, o *seguro*, em sua essência, constitui mecanismo para transferência das consequências econômicas do risco entre os contratantes. Pretende-se, dessa forma, precaver o interesse do segurado – mediante o pagamento de uma quantia denominada prêmio –, ao passo que o segurador obriga-se a garantir o “risco” e a pagar uma “indenização”⁵³ na eventual concretização do sinistro.

O alicerce legal da matéria reside nos arts. 757 a 802 do CC⁵⁴, tendo a legislação especializada pujante acervo⁵⁵. Pese embora tratar-se de um negócio jurídico autônomo, entre

⁵⁰ cfr., LÓPEZ MAZA, Sebastián. *El contrato de juego y apuesta en el Ámbito Civil*. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 28. Em relação ao mesmo tratamento legal, vide, exemplificadamente, o CC espanhol (arts. 1798 a 1801) e o CC português (arts. 1245 a 1247).

⁵¹ Nesse pano de fundo, uma das notáveis características do jogo e da aposta reside no fato de não serem fonte de uma obrigação cível, mas em alguns casos (quando lícitos), de uma obrigação natural – que não é exigível. No essencial, não é judicialmente exigível o cumprimento das obrigações emergentes desses contratos lícitos, mas caso o devedor a cumpra voluntariamente, já não será exigível a repetição. A recusa da exigibilidade ocorre em virtude da ausência de interesse público.

⁵² É curioso notar que um fato pode dar origem às duas modalidades contratuais ao mesmo tempo. Assim, no clássico exemplo da luta de boxe, enquanto os lutadores “jogam”, outros espectadores podem apostar em quem será o vencedor, ou até mesmo, o *round* em que a luta será finalizada.

Como ressalva, vale dizer que os jogos costumam ser distinguidos entre ilícitos e lícitos (tolerados ou autorizados), possuindo tratamentos diferentes, mas que ultrapassam a economia do estudo.

⁵³ Em bom rigor, é preferível – sobretudo referentemente à modalidade “seguro de pessoa” – o termo (cumprir a) contraprestação. Isso porque, em regra, a perda oriunda desse seguro não é passível de ser indenizada, como, por exemplo, a vida.

⁵⁴ A disciplina constava anteriormente nos arts. 1432 a 1476 do Código Civil de 1916. Para uma acurada análise dos dispositivos atuais, seja consentido remeter a: TEPEDINO, Gustavo et al. *Op cit.* pp. 559 – 612.

⁵⁵ É digno de perplexidade o avultado tecido normativo referente ao contrato de seguro; para além do CC e de inúmeras leis esparsas (como, exemplificativamente, a Lei Complementar nº 126/2007, de 15 de janeiro, que se refere, primordialmente, ao Resseguro), são dignos de destaque a Constituição Federal do Brasil de 1988 (*maxime*, arts. 21 a 24, 170, 197, 199, 201 e 202), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990, de 11 de setembro, cumprindo realçar, dentre outros, os arts. 2, 3, 6, 24, 25, 30, e 46 a 54), o Código Comercial (Lei nº 556/1850, de 25 de junho, que trata dos seguros marítimos nos arts. 666 a 730) e, ainda, as diversas circulares da Superintendência de Seguros Privados (Susep).

o segurado e o segurador, o contrato de seguro apenas se torna economicamente possível em havendo uma série de contratos designados à cobertura de riscos homogêneos. Com efeito, trata-se de recurso imprescindível a análise da probabilidade dos sinistros, que é realizada com subsídio da ciência atuária, permitindo a justa fixação do prêmio para cada segurado – de acordo com o risco a que ele está exposto.

No que nos interessa de perto, vale dizer que a outrora pacífica classificação do contrato de seguro como aleatório, hoje, deve ser interpretada *cum grano salis*. A mudança do antigo art. 1432 do CC de 1916 (que esculpia: “Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”) para o atual art. 757 do CC de 2002 (que reza que o segurador se obriga “a garantir interesse legítimo do segurado”) teria supostamente colocado a pá de cal na discussão.

Destarte, o fato do segurador garantir – desde à feitura do contrato –, o *interesse legítimo do segurado*, faria com que ele tivesse uma contraprestação certa e capaz de alçar o equilíbrio das prestações. Soma-se ainda o argumento de que a empresarialidade da atividade por parte do segurador, municiada com os cálculos atuariais cada vez mais precisos, faria com que a aléa desaparecesse ao analisar-se a sua carteira de clientes⁵⁶.

Não obstante a expressão de seus defensores, e o crescente eco da citada qualificação comutativa (ainda tímida no campo jurisprudencial), cabe ressaltar que ela carece de razão. No tocante à empresarialidade, Margarida Lima Rego aponta a falha de raciocínio ao afirmar que essa é consequência da “ausência de uma separação clara entre os planos de atividade económica e do contrato”, e continua “se o exercício profissional da atividade seguradora permite eliminar ou minimizar a álea, o mesmo poderia dizer-se, em muitos casos, acerca do jogo”. Pontificando ao fim que “a questão deve resolver-se analisando o contrato, isoladamente considerado”⁵⁷.

⁵⁶ Nesse sentido e por todos, FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. São Paulo, 2009. p. 277; TZIRULNIK, Ernesto et al. *O contrato de seguro: De acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo, 2003. pp. 22 e ss.; e, recentemente, em Portugal, CORDEIRO, Menezes. *Direito dos Seguros*. Op. cit. p. 546.

⁵⁷ REGO, Margarida Lima. Op. cit. pp. 396 – 397. Sánchez Calero, após aduzir que não faltaram autores e pontos de vista contrários à consideração do contrato de seguro como aleatório na Espanha, arremata que nenhum dos argumentos pareceram convincentes. Afirmando também que, ao pensar de maneira oposta, “*se incide en el equívoco de confundir la explotación del seguro – que ciertamente tiende a ser antialeatoria – com lo que suceden el contrato de seguro considerado aisladamente*”. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª edición. Navarra: Aranzadi, 2010. pp. 58 – 59. Ainda em território espanhol, Abel Veiga Copo “coloca o dedo na ferida” e rechaça a tese anti-aleatória, ao lembrar que certos contratos – como o seguro de vida para o caso de morte – são os protótipos dos casos de *certus an, incertus quando* do risco. O autor enfatiza: “*Sabemos que el suceso acaecerá, mas no sabemos cuándo*.”

De fato, ao analisarmos o contrato individualmente, é difícil afastarmos da álea (especial), pois é justamente ela que obriga a empresarialidade do segurador e permite que o prêmio cobrado de cada segurado seja muito inferior ao valor de seu interesse segurado e, como consectário lógico, de uma possível “indenização” que possa ter direito. Nessa esteira, Rita Gonçalves Ferreira da Silva esclarece a aleatoriedade:

Uma vez que no momento da celebração do contrato de seguro nenhuma das partes contratuais conhece os acontecimentos futuros que ocorrerão ou poderão ocorrer, nomeadamente quais poderão ser as consequências económicas do evento previsto ou se o evento vai se realizar⁵⁸.

Ora, ainda que o segurador possa prever estatisticamente – de forma segura – a chance de se ver obrigado a pagar a uma “indenização” em determinado contrato, não estará afastada a aleatoriedade, que ressalvamos, é pressuposta para a viabilidade econômica do seguro. Seria ingênuo pensarmos que o segurador contrataria um seguro facultativo caso tivesse forte indício de que o sinistro se concretizaria (ou se concretizaria em momento certo). Pelo menos, sabedor do afastamento da álea de não concretização (incerta) do risco, cobraria um prêmio altíssimo, quiçá, próximo do próprio valor do interesse segurado. E, a toda evidência, nenhum tomador do seguro contrataria nessa condição⁵⁹.

Particularmente referente a garantia do risco *ab initio*, é inegável que ela revela uma *certa e relativa natureza comutativa*, todavia esta não descaracteriza o contrato como aleatório, pois é justamente a álea (especial) *a endireitar a balança entre obrigações por vocação desproporcionadas*⁶⁰.

El quando es incierto, incertidumbre que tiñe la aleatoriedad”. VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del Contrato de Seguro*. Navarra: Thomson Reuters, 2009. pp. 46 – 47.

⁵⁸ SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. pp. 182 – 183.

⁵⁹ A favor da aleatoriedade, entre diversos que compõem a posição dominante, ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 39; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* Tomo 45. Campinas: Bookseller, 2000. p. 411; e, DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, volume III: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 528. Em outras latitudes, exemplificadamente, ROSSETTI, Marco. Op. cit. p. 660; FERNANDES, Luis Carvalho. Op. cit. p. 85; PINTO, Carlos Alberto Mota. Op. cit. p. 403; ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 314; e, TELLES, Galvão. Op. cit. p. 484.

⁶⁰ SILVA, João Calvão da. O Regime Geral do Contrato de Seguro e a protecção do consumidor em Portugal, *in Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil* (Edição Especial do V Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho), Vol. I, n.º 2. São Paulo: MP editora, 2009. p. 289.

3. Em torno dos contratos aleatórios e a (in)aplicabilidade dos mecanismos regulatórios do equilíbrio contratual

Dito e compreendido as nuances dos contratos aleatórios, e a sua sistemática no CC de 2002, enfrentaremos agora a real problemática que envolve essa classificação, que é justamente a compatibilidade ou não dos contratos aleatórios com os designados remédios jurídicos legais, que tutelam o equilíbrio contratual.

Desde logo, advertimos que a doutrina tradicional, *contaminada pela ideia de desequilíbrio insito aos contratos aleatórios*, sustenta a *incompatibilidade lógica e ontológica* entre os contratos aleatórios e os mecanismos direcionados ao (r)estabelecimento do equilíbrio contratual. O direito faz eco aqui da ideia popular segundo o qual aquele que arrisca não pode se lamentar de ter perdido⁶¹.

Todavia, cabe a nós fazermos uma releitura crítica e questionarmos a plausibilidade ou não desse posicionamento, tendo como bússola o princípio do equilíbrio dos contratos. Ao concluirmos positivamente, restará como medida imperiosa ilustrarmos em que termos se aplicariam⁶².

3.1. Teoria da onerosidade excessiva

Começando a nossa empreitada pela *teoria da onerosidade excessiva*, vale dizermos que o legislador, ouvindo as vozes da jurisprudência e doutrina, a consagrou nos arts. 478 a 480 do CC⁶³. Nos moldes do art. 478, são requisitos para a aplicação da teoria: (i) *contratos de execução continuada ou diferida*, (ii) *prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra*, (iii) *desequilíbrio em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*.

⁶¹ BANDEIRA, Paula Greco. Ob. cit. pp. 79, 133 e ss.

⁶² Como dito anteriormente, restringiremos a análise aos seguintes mecanismos: a teoria da onerosidade excessiva, a lesão, os vícios redibitórios e a evicção.

⁶³ O CC de 1916 não a regulava. A doutrina brasileira usualmente refere que o CC adotou a teoria da imprevisão (socorrendo à teoria da imprevisão francesa, que, todavia, era utilizada originalmente nos contratos administrativos). Na verdade, o CC se baseou em diversas teorias de correção do desequilíbrio contratual, desde a vetusta cláusula *rebus sic standibus*, como a própria teoria de imprevisão (francesa), a teoria da base objetiva do negócio (alemã) e, sobretudo, a teoria da excessiva onerosidade (italiana). Vide, desenvolvidamente, em MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito das Obrigações: Adimplemento e Extinção das Obrigações*. Volume V, Tomo I: Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. pp. 288 e ss. Não raro, a aplicação da teoria é alicerçada, ao invés do art. 478, no art. 317, que se refere a extinção não propriamente dos contratos, mas das obrigações em gerais.

Portanto, em termos gerais a modificação involuntária e imprevisível de circunstâncias que acarretem uma vantagem desarrazoável⁶⁴ para a outra parte possibilita a parte prejudicada requerer a resolução e, por maioria de razão, também a revisão, do contrato. Apesar do dispositivo legal se referir ao devedor, o credor também poderá valer desse benefício, sendo que, para ambos, não influem as condições subjetivas, como, por exemplo, dificuldades financeiras momentâneas⁶⁵.

Aprofundando a análise do art. 478 sob o ângulo do nosso estudo podemos notar que, apesar de restringir a aplicação aos *contratos de execução continuada ou diferida*, não é exigido que esses contratos sejam comutativos⁶⁶. Divergentemente, o art. 1469 do CC italiano, ao complementar o art. 1467 – que serviu de paradigma para o dispositivo brasileiro –, expressamente restringe a aplicação da teoria aos contratos comutativos^{67 68}.

Essa omissão, a nosso ver, trata de eloquente indicativo de que a interpretação de tal forma restritiva não deve prosperar. Interessante notar que outros ordenamentos, além de não proibirem, possibilitam expressamente a utilização da teoria em tela nos contratos aleatórios, conforme os Códigos Civis da Argentina e do Peru⁶⁹.

Em abono da verdade, não pode aquele que assumiu um risco, com base na sua ocorrência, invocar depois as benesses da revisão do contrato⁷⁰. Todavia, fato oposto é quando

⁶⁴ Há quem afirme que a *extrema vantagem* que o artigo se refere deve ser razoavelmente aferida, sob pena de "inviabilizar a aplicação da figura". GOMES, Orlando. Op. cit. p. 215. Ou ainda que, em rigor, bastaria a mera alteração das circunstâncias, cfr., RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 156.

⁶⁵ "A apuração da onerosidade excessiva se faz através da avaliação objetiva da prestação, em si e por si, em confronto com a contraprestação". LIRA, Ricardo Pereira. Op. cit. p. 11.

⁶⁶ Como bem adverte TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit. p. 132.

⁶⁷ Art. 1467 do CC italiano: "Contrato com prestações correspectivas. Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato (...)". Art. 1469 do CC italiano: "Contrato Aleatório. As normas dos artigos precedentes *não se aplicam aos contratos aleatórios por natureza (1879) ou por vontade das partes*". (traduções e destaques nosso). Relativizando o presente artigo, NICOLÒ, Rosario. Op. cit. p. 1027.

⁶⁸ A proibição disposta no CC italiano influenciou muito a posição de juristas brasileiros, como, por exemplo, LIRA, Ricardo Pereira. Op. cit. p. 19, e, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* Op. cit. p. 168 e ss.

⁶⁹ Código Civil Argentino: Art. 1198. "(...) Nos contratos bilaterais comutativos e nos unilaterais onerosos e comutativos de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato. *O mesmo princípio se aplica aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produzir por causas estranhas ao risco próprio do contrato.* (...)". Código Civil Peruano: Artigo 1440. "Nos contratos comutativos de execução continuada, periódica ou diferida, se a prestação se torna excessivamente onerosa por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada pode solicitar ao juiz que a reduza ou que aumente a contraprestação, a fim de que cesse a onerosidade excessiva (...)". Artigo 1441. "As disposições contidas no artigo 1440 se aplicam: (...) 2. *Aos contratos aleatórios, quando a excessiva onerosidade se produza por causas estranhas ao risco próprio do contrato*". (traduções e destaques nosso).

⁷⁰ FIUZA, César. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios, in *Revista de informação legislativa*, ano 36, n.º 144, Brasília, (outubro - dezembro, 1999). p. 9. Por exemplo, se as partes estipularem a *emptio spei*, não poderá o comprador suplicar posteriormente a aplicação da teoria da onerosidade excessiva em razão de condições climáticas desfavoráveis que acarretou uma má colheita. Esse acontecimento estará inserido

a onerosidade excessiva ganhe vida por fato estranho à álea assumida pela parte. Apreciar se o evento é previsível ou não é investigar se ele está abarcado na álea (normal e/ou especial) do contrato, em sua *zona de imunidade*, devendo servir de parâmetro o conceito de homem médio.

Dito de outro modo, também nos contratos aleatórios as partes não estão imunes as situações extraordinárias e imprevisíveis fora do âmbito previsto no contrato⁷¹. A aplicação da teoria visa justamente remediar os prejuízos que excedam a álea desses contratos⁷², que atingem outros aspecto da contratação, que não o duvidoso⁷³.

Um exemplo da possibilidade de resolução por onerosidade excessiva de um contrato aleatório é disposto no art. 769 do CC, que faculta a seguradora a resolver o contrato quando ocorre o agravamento considerável do risco por parte do segurado⁷⁴. Da mesma forma o art. 770, que permite o pedido de diminuição do prêmio em caso de diminuição do risco exposto pelo segurado.

Ainda que o risco não se agrave ou diminua propriamente, o fato de ocorrer uma dramática desvalorização monetária, tornando irrisório o prêmio pago pelo segurado e muito elevada a indenização do segurador, já poderia dar azo a aplicação da teoria no contrato de seguro, que, como descortinamos anteriormente, se trata de um contrato aleatório⁷⁵.

Tudo ponderado, concluímos que a teoria da onerosidade excessiva pode – e deve – ser utilizada nos contratos aleatórios caso o acontecimento imprevisível ou extraordinário se relacione com a sua álea anormal⁷⁶. Não se trata de fazer tábula rasa do princípio da

na álea (especial) do contrato. Vide na jurisprudência: REsp 803.481 – GO, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, 01.08.2007; REsp 722.130 - GO, Relator Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, 20.02.2006; REsp 809.464 - GO, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 3ª Turma, 23.06.2008; e, REsp 866.414 - GO, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, 26.11.2008.

Da mesma forma, no contrato de seguro, a verificação do sinistro não poderá ser pressuposto para aplicação da teoria pela seguradora. Mesmo ela tendo que pagar uma indenização muito maior do que o prêmio recebido, essa possibilidade estará presente na álea do contrato. Sendo que, se o sinistro não viesse a ocorrer, a seguradora apenas receberia o prêmio.

⁷¹ CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Op. cit. p. 213.

⁷² MARTINS, Samir José Caetano. A onerosidade excessiva no Código Civil: instrumento de manutenção da justa repartição dos riscos negociais, in *Revista Forense*, Vol. I. (maio – junho, 2007). p. 234.

⁷³ BORGES, Nelson. Op. cit. p. 87.

⁷⁴ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 218.

⁷⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Ob. cit. p. 137. Convergentemente, Margarida Lima advoga em Portugal: “Tradicionalmente, a doutrina italiana exclui do âmbito de aplicação do regime de alteração de circunstâncias os contratos aleatórios, conforme resulta de uma interpretação literal dos respectivos preceitos de direito italiano. Não vejo que a solução se justifique. Os contratos aleatórios também têm uma álea normal e também são susceptíveis de variações inesperadas: pense-se no exemplo do agravamento do risco nos contratos de seguro.” REGO, Margarida Lima. Op. cit. p. 403, nota 1064.

⁷⁶ Nesse sentido o Enunciado 439 da V Jornada de Direito Civil (2011): “É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”. Aqui vale a menção de que, no que se refere aos contratos aleatórios pela vontade das partes, o intérprete terá que ser mais cuidadoso na averiguação dos limites da álea contratada.

obrigatoriedade dos contratos, mas sim de dar o merecido relevo ao equilíbrio entre as prestações⁷⁷.

3.2. Lesão

No que toca à *lesão*, diferentemente do que ocorre na onerosidade excessiva (superviniente), o desequilíbrio entre as prestações deve estar presente desde o momento da formação do contrato. Essa figura encontra-se estampada no art. 157 do CC de 2002, sendo que o CC de 1916 não a regulava. Conforme se depreende do seu caput, *ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*⁷⁸.

Rios de tintas já foram gastos no estudo desse defeito dos negócios jurídicos, sendo que um dos pontos que mais gerou e gera controvérsias foi (e ainda é) justamente a sua aplicação ou não nos contratos aleatórios⁷⁹.

Assim como na onerosidade excessiva, o CC italiano excluiu a aplicação da lesão aos contratos aleatórios⁸⁰, e o CC brasileiro foi omissivo. Seguindo parte da doutrina italiana, não faltam vozes a alegarem o descompasso entre os institutos no Brasil. Nesse sentido, se destaca o argumento da natural desproporção aferida entre as prestações no momento da celebração dos contratos aleatórios⁸¹.

Caio Mário, um dos expoentes dessa posição, aduz em consagrado estudo que:

⁷⁷ FIUZA, César. Op. cit. p. 9. Ainda que em estudo referente à lesão, o próximo remédio jurídico que estudaremos, Anderson Schreiber, numa formulação que julgamos sem reparo, assevera que "o reequilíbrio contratual não é consequência excepcional, restrita a hipóteses taxativas, mas remédio preferencial do sistema jurídico brasileiro, à disposição do Poder Judiciário sempre que se encontre diante de uma desproporção manifesta entre as prestações". SCHREIBER, Anderson. O princípio... Op. cit. pp. 133 – 134.

⁷⁸ Para uma análise abalizada e amplificadora da aplicabilidade da lesão, seja consentido remeter a SCHREIBER, Anderson. O princípio... Op. cit. pp. 119 – 137. Uma das principais teses do autor no estudo, e que concordamos, é a da avaliação dos requisitos "necessidade" ou "inexperiência" de modo abrangente, militando "em favor do lesado uma presunção de que se encontrava em um destes dois estados ao ingressar em um contrato manifestamente desequilibrado, salvo nas hipóteses de assunção de risco ou de disposição graciosa". Ibid, p. 136.

⁷⁹ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão Contratual e Lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 272.

⁸⁰ Art. 1448 do CC italiano: "(...) A ação não é admissível se a lesão não excede a metade do valor que a prestação executada ou prometida pela parte lesada tinha ao tempo do contrato. (...) Não podem ser rescindidos por lesão os contratos aleatórios (...)". (tradução e destaque nosso). A propósito, impõe o realce de que o dispositivo italiano requer para a aplicação da lesão uma desproporção acima de metade do valor da prestação, diferentemente do CC brasileiro, que adotou o conceito aberto de lesão, podendo a sua aplicação ocorrer independentemente de um requisito mínimo de desproporção.

⁸¹ Por todos, GOMES, Orlando. Op. cit. p. 90.

Os contratos aleatórios não podem ser anulados por lesão. Neles não há falar em equivalência entre as prestações. Um dos contratantes tomou a si o risco de não virem a existir as coisas futuras, ou de virem a existir em qualquer quantidade. Se nada foi conseguido, ou a quantidade é muito inferior ao preço ou valor da prestação paga pelo que assumiu o risco, não se pode falar em lesão. Da mesma forma, se a quantidade que veio a existir excede de muito o preço ou valor dado, também não pode o alienante anular a venda, pois que a incerteza de existência da coisa futura, no momento do contrato, elimina o fator subjetivo do aproveitamento ou abuso por parte do adquirente⁸².

Pelo enfoque dado por parte do saudoso mestre, de fato não há que se refutar a ideia da não ocorrência de lesão, pois as desproporcionais prestações derivariam de acontecimentos inseridos no risco do contrato aleatório, ou conforme temos no referido, na álea especial do contrato. Ora, no exemplo dado, a não existência da coisa futura realmente pode resultar numa prestação muito lucrativa para o vendedor, e prejudicial para o comprador. Mas isso não altera um crucial detalhe: no momento da contratação, a chance de perda ou de lucro era – de certo modo – equivalente. Tudo está em verificar a distorção ou não do equilíbrio no momento da celebração do contrato.

À guisa de ilustração, caso o segurador, percebendo a inexperiência ou necessidade do candidato a segurado, proponha e contrate um seguro cobrando muito acima do preço que usualmente arbitraria em virtude do risco que o segurado desejava se precaver, a lesão pode ser configurada. E, de um modo geral, caso uma das partes assumia um risco ínfimo se comparado com o suportado pela outra, e for consubstanciada uma exploração de posição superior no momento da celebração do negócio, não há razão para o seu afastamento⁸³.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 206. Vide ainda, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* Op. cit. p. 59.

⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, in Gustavo Tepedino (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 282. A propósito, apoiada nessa doutrina foi proferida a decisão da Ministra Nancy Andrigui, vislumbrando a lesão em um contrato *quota litis* que estipulava os honorários advocatícios em 50% sobre a parcela auferida em caso de êxito na ação judicial, sendo que a contratante estava em uma situação de necessidade econômica em virtude da dependência química de seu filho. Consta no número 4 da ementa do julgado: "O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante". REsp 1155200 - DF, Relator Ministro Massami Uyeda, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, 02.02.2011.

Deve assim haver um certo balanceamento entre os riscos dos contratantes pois, em caso contrário, a perda de um deles será muito provável, e isso atenta contra o princípio do equilíbrio contratual, que possui como figurino nessa seara a lesão⁸⁴.

3.3. Vícios redibitórios

Passando agora para um terreno mais incerto, cabe questionarmos a possibilidade ou não da aplicação dos *vícios redibitórios* nos contratos aleatórios (arts. 441 a 446 do CC de 2002; arts. 1101 a 1104, e art. 178, § 2º e §º 5, IV, todos do CC 1916). Ao referimos que o terreno é mais dúbio, somos influenciados pela expressa limitação entronada no art. 441 dos vícios redibitórios aos contratos comutativos⁸⁵.

Por definição legal, os vícios redibitórios são os defeitos ocultos que comprometem a coisa transferida nos contratos comutativos, a tornando imprópria para o uso a que se destinava ou enfraquecendo o seu valor, de forma que, se conhecesse esse vício, o adquirente da coisa não teria feito o contrato ou teria oferecido uma contraprestação menor. Nesse sentido, para a sua ocorrência é imperioso que o vício da coisa seja oculto – irreconhecível mediante o exame comum –, desconhecido por parte do adquirente, grave e preexistente à entrega do bem⁸⁶.

No que se refere aos contratos aleatórios, grande parte da doutrina afasta a aplicação dos vícios redibitórios sob o argumento de que "a possibilidade de a coisa estar prejudicada por alguma impropriedade integra o risco assumido pelo contratante a quem é entregue"⁸⁷.

Entretanto, nem sempre é assim. Pode a álea do contrato estar restrita a quantidade da coisa e não a qualidade! Logo, havendo um vício na qualidade, não obstante a posição extraível da nudez da letra da lei, deve ser considerada a aplicação do regime dos vícios redibitórios aos

⁸⁴ Essa posição, que teve como uma das pioneiras vozes no Brasil ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Op. cit. pp. 110 – 111, cada vez mais tem se consolidado na doutrina, conforme: TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit. p. 94; BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit. pp. 178 – 190; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Op. cit. pp. 215 – 216; e MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 130 e ss. Para alguns exemplos de aplicabilidade, CARDOSO, Vladimir Mucury. Op. cit. pp. 278 – 280.

⁸⁵ Diferentemente do que ocorre na onerosidade excessiva, na lesão, e na evicção – que será analisada em seguida. Consta no art. 441: "A coisa recebida em virtude de *contrato comutativo* pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor". (destaque nosso).

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit. p. 60 e ss. Para além da compra e venda, é usual a ocorrência de vícios redibitórios nos contratos de transmissão de propriedade. O parágrafo único do art. 441 ressalva, ademais, a possibilidade de sua presença também nas doações onerosas.

⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, Volume 3: Contratos, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125. Cfr. ainda, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* Op. cit. p. 59; e, DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 83.

contratos aleatórios – sendo permitido ao adquirente escolher entre abater o preço ou redibir o contrato.

Para tanto, cabe ao intérprete, diante do caso concreto, estabelecer com precisão os limites da álea do negócio, verificando se nela se inseria a qualidade da coisa. Em resposta positiva, se teria que – necessariamente – afastar a aplicação da disciplina pertinente aos vícios redibitórios, uma vez que as partes assumiram o risco de a coisa a ser entregue se encontrar com vício de qualidade que a torne imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminua o valor. Por outro turno, se a álea se circunscrevesse à quantidade da coisa contratada, não tendo envolvido sua qualidade, a parte que recebeu a coisa defeituosa, mesmo que em virtude de contrato aleatório, poderia se valer da garantia por vícios redibitórios⁸⁸. Também nessa sede o princípio do equilíbrio contratual merece ser homenageado, de modo que a ocorrência da álea anormal não fique impune.

3.4. Evicção

Passando agora para o último remédio jurídico em análise, focaremos a nossa atenção na *evicção*⁸⁹ e sua eventual possibilidade de aplicação aos contratos aleatórios.

Consta no art. 447 que nos contratos onerosos o alienante responde pela evicção. Em termos simplórios, a evicção trata-se da privação, parcial ou total, da coisa alienada em razão de sentença judicial que a concede a outra pessoa, ou até mesmo por apreensão judicial, em virtude de relação jurídica pretérita ao contrato.

De partida, salta aos olhos o recorte feito pelo dispositivo da atuação da figura nos contratos onerosos, não afastando automaticamente a sua ocorrência nos contratos aleatórios.

⁸⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit. p. 192. Apesar de nos opormos ao afastamento direto da aplicação do regime dos vícios redibitórios aos contratos aleatórios no plano teórico, não podemos negar a dificuldade de sua aplicação na prática. Como exemplo – quase acadêmico, diríamos –, a citada autora se refere a uma compra internacional feita por uma construtora brasileira de três peças fabricadas sob medida com a finalidade específica de serem instaladas em certa obra, e que viriam de navio até o Brasil. Diante do risco de as peças caírem ao mar, as empresas teriam ajustado que o preço seria integralmente pago pela adquirente mesmo que apenas uma das peças fosse entregue. Pois bem, durante o transporte, uma das peças cai ao mar, e o preço é integralmente pago mediante a entrega de duas peças. Poucos dias depois, a construtora percebe que ambas as peças contêm defeitos que a tornam absolutamente impróprias para o uso a que se destinam, e que esse fato é de pleno conhecimento do vendedor. Nesse caso, seria possível à adquirente exercer, em face da vendedora, as pretensões decorrentes do regime dos vícios redibitórios, tendo em vista que ela teria assumido a álea relacionada tão somente a quantidade da coisa entregue, e não a qualidade. Ibid, p. 193.

⁸⁹ A evicção era disposta nos arts. 1107 a 1117 do CC 16, e atualmente está plasmada nos arts. 447 a 457. Vide também, entre outros, os arts. 845 e 2024 do CC de 2002.

Ainda assim, também nessa sede a maioria da doutrina rechaça a possibilidade da evicção nos contratos aleatórios⁹⁰.

Os motivos são os mesmos: tendo como premissa o desequilíbrio das prestações no contrato aleatório, acredita-se que estaria inserido em sua álea o risco de ocorrência da evicção. Entretanto, também aqui, há de ser analisado o risco presente no contrato específico em questão, ou seja, se a aleatoriedade está relacionada tão somente com a qualidade da coisa, ou também com a sua própria existência – abarcando nessa oportunidade a evicção.

Curiosamente, caso seja estipulado uma cláusula de exclusão da garantia por evicção, nos termos do art. 448, o contrato é incrementado de uma tal álea que o qualifica como aleatório (conforme o art. 460, compra de coisa exposta ao risco). Para tanto, a cláusula não pode ser genérica, sendo essencial que o alienante efetivamente concorde na aceitação desse risco, devendo ser avisado caso haja alguma ação em curso.

Sendo a cláusula de exclusão validamente estabelecida, é natural a ilação que esse contrato aleatório estará em descompasso com o regime da evicção. Não obstante, ressaltemos, a conclusão não será igual caso a álea desse contrato se refira apenas à qualidade do bem⁹¹. É dizermos, a inexistência do bem por evicção nesse exemplo fará parte da álea anormal do contrato, e desencadeará as benesses legais garantidas por lei para o evicto.

4. Notas Finais

Em jeito de conclusão, cabe, neste momento, lembrarmos o caminho que percorremos e o destino que ele nos levou. Com efeito, *ab initio* encontrava cogente trazermos à baila os conceitos dos contratos comutativos e aleatórios, e as suas respectivas relações com os riscos.

Nesta linha de raciocínio, sublinhamos que os contratos comutativos se caracterizam pela – mais nítida – equivalência das prestações entre as partes, que devem ser de conhecimento – próximo à exatidão – na celebração do contrato. E que os contratos aleatórios, por sua vez,

⁹⁰ Por todos, GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 96.

⁹¹ Paula Greco Bandeira nos brinda com o seguinte exemplo: um empreiteiro adquire a certo preço um equipamento exposto à atmosfera marinha para a construção de um navio. Durante a contratação, o mesmo assume para si o risco de que o equipamento não esteja em boas condições, tendo em vista eventual corrosão oriunda da constante exposição à maresia. De forma inesperada, posteriormente o empreiteiro se vê tolhido do bem em virtude de sua atribuição a terceiro por determinação judicial, tendo sido configurada a evicção. Neste caso, deve ser aceito o remédio jurídico da evicção, pois o construtor delimitou a álea do contrato à incerteza quanto à qualidade do equipamento, e não à possibilidade de sua perda. BANDEIRA, Paula Greco. Ob. cit. pp. 198 – 199.

remetem à ideia de dependência de um evento incerto na determinação das prestações, com a chance de ganho ou de perda em termos patrimoniais para os contratantes.

E mais, que nos contratos aleatórios, diferentemente do que a maioria da doutrina defende, não há que se falar em necessária ausência de equivalência entre as prestações⁹². Antes pelo contrário, deve sim estar presente uma relativa equivalência, sob pena de afrontamento ao princípio do equilíbrio contratual, que possui terreno fértil em todas as modalidades contratuais.

Para melhor compreensão da problemática, era essencial recortamos com nitidez a noção da álea presente em ambas as modalidades contratuais. Portanto, vimos que mesmo o contrato comutativo possui uma margem de risco econômico, que se insere na denominada álea normal do contrato. E que, por outro lado, o contrato aleatório, além de possuir essa álea normal, convive harmonizavelmente com uma outra álea (designada especial), que inclusive faz aflorar a sua classificação como tal.

A delimitação desse figurino foi fundamental para que descortinásemos a álea anormal do contrato, que quando é alcançada tem como efeito o gatilho para a utilização de alguns mecanismos de equilíbrio contratual. Nessa esteira, foi defendido que, tudo aquilo que ultrapasse a álea normal do contrato comutativo, e a álea normal somada à álea especial do contrato aleatório, consubstanciaria, respectivamente, na álea anormal de cada contrato.

Destarte, ainda em sede inicial do estudo, mirado o cenário do questionamento da incompatibilidade – também defendida por grande parte da doutrina – dos contratos aleatórios com a teoria da onerosidade excessiva, a lesão, os vícios redibitórios e a evicção, sugerimos que a situação deveria ser analisada sob um novo enfoque, qual seja, com a noção de álea anormal filtrando os eventos que poderiam gerar desequilíbrios contratuais remediáveis.

Como aproximação do pano de fundo que nos acompanharia, fizemos uma perspectiva sistemática do tratamento dos contratos aleatórios no Código Civil. Iniciando pelos contratos aleatórios por vontade das partes, e dando seguida para os contratos aleatórios por natureza, procuramos esboçar as principais figuras contratuais e a presença da aleatoriedade em seus seios. Nesse particular, uma das importantes questões enfrentadas foi a aleatoriedade ínsita ao contrato de seguro.

Assentadas as bases, nos debruçamos propriamente sobre a possibilidade da aplicação da teoria da onerosidade excessiva, da lesão, dos vícios redibitórios e da evicção, nos contratos aleatórios. O argumento que classicamente abnega cada um dos citados mecanismos de equilíbrio contratual é o suposto desequilíbrio genético das prestações nos contratos aleatórios.

⁹² Há contrato aleatório sem equivalência entre as prestações, entretanto ele poderá ser lesivo.

Tal qual prevíamos, a conclusão foi no sentido de que é meramente tendencial a inaplicabilidade de cada um dos remédios no contrato aleatório. Caso o desequilíbrio contratual seja oriundo de fato estranho à álea assumida pela parte no contrato aleatório, ou em outros termos, seja consubstanciadora da álea anormal desse contrato, não resta nenhum argumento legítimo para vedar a aplicação dos respectivos mecanismos – desde que, como não poderia ser diferente, estejam presentes os demais requisitos.

De modo oposto do que possa sugerir à primeira vista, essas conclusões não referendam a inutilidade de uma diferenciação categorial entre contratos comutativos e aleatórios. Apesar de não vislumbrarmos os rígidos limiares – usualmente repetidos acriticamente –, como a inaplicabilidade dos remédios jurídicos tuteladores do equilíbrio contratual nos contratos aleatórios, tampouco defendemos as suas utilizações sob os mesmos cânones do que ocorrem nos contratos comutativos.

Em rigor, a análise da verificação do desequilíbrio contratual nos contratos aleatórios requer um olhar mais atento e uma técnica mais apurada, em especial nos ditos contratos aleatórios por vontade das partes. O intérprete, nesse caso, terá que averiguar o real âmbito da álea acrescentada pelas partes e se o evento que supostamente gerou um desequilíbrio remediável se encontra nele ou não.

Por exemplo, se for estipulado uma aceitação do risco de não existência de determinada coisa (quantidade), a sua existência em qualidade abaixo da esperada é estranha à álea do contrato (configurando a álea anormal do contrato). Logo, não há motivos para negar a interferência na balança contratual visando o seu reequilíbrio. E assim por diante...

De fato, parte da doutrina tem começado a se sensibilizar nesse ponto, e o seu reflexo engatinha na jurisprudência. Porventura em um futuro próximo, ao invés do questionamento, a fase será de busca de parâmetros sólidos de aplicação.

Desde logo, procuramos oferecer a nossa discreta contribuição.

Uma vez mais, os *dados estão lançados*.

Referências bibliográficas:

- ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996.
- BOSELLI, Aldo. *Alea*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Rorinese, 1957.
- _____ Rischio, alea ed alea normale del contrato, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 1948.
- BORGES, Nelson. A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios, in *Revista do Tribunais*, ano 78, n.º 782. São Paulo: RT, (dezembro, 2000).
- CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, SANTIAGO, Mariana Ribeiro. O limite da *álea*: Perspectivas para análise dos contratos aleatórios, in *XXI Congresso Nacional do CONPEDI*. Niterói: Funjab, 2012.
- CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão Contratual e Lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, Volume 3: Contratos, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 3 ed. Coimbra, Almedina, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro, volume III: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERNANDES, Luis Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, 5 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- FIUZA, César. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios, in *Revista de informação legislativa*, ano 36, n.º 144. Brasília, (outubro - dezembro, 1999).
- FONTAINE, Marcel. *Droit des Assurances*. Bruxelles: Larcier, 2010.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, Volume IV: Contratos e Teoria Geral, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMBINO, Agostino. *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*. Milano: Giuffrè, 1964.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2010.

LA FLOR, Paz Pous de. Los contratos aleatorios y el tiempo, in *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo Garcia*, Vol. I. Murcia: FG Graf, 2004.

LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 159, Rio de Janeiro, (janeiro - março, 1985).

LÓPEZ MAZA, Sebastián. *El contrato de juego y apuesta en el Ámbito Civil*. Navarra: Thomson Reuters, 2011.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Samir José Caetano. A onerosidade excessiva no Código Civil: instrumento de manutenção da justa repartição dos riscos negociais, in *Revista Forense*, Vol. I, (maio – junho, 2007).

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito das Obrigações: Adimplemento e Extinção das Obrigações*. Volume V, Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

MAZEAUD, Henri et Léon, MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième. Paris: Éditions Monstchrestien. 1956.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo 45. Campinas: Bookseller, 2000.

MLODINOW, Leonard. *The Drunkard's Walk: How Randomness Rules Our Lives*. New York: Pantheon Books, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, in Gustavo Tepedino (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NICOLÒ, Rosario. *Alea*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I. Milano: Giuffrè, 1954

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 14^o edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PINTO, Carlos Alberto Mota; (at. MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota). *Teoria Geral do Direito Civil*, 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguro e Terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 10^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. (trad. COIMBRA, Ana, e GOMES, M. Januário). Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSETTI, Marco. *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. I. Milani: Cedam. 2011.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4^a ed. Navarra: Aranzadi, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão, in *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

SILVA, João Calvão da. O Regime Geral do Contrato de Seguro e a protecção do consumidor em Portugal, in *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, Vol. I, n.º 2. São Paulo: MP editora, 2009.

SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

TELLES, Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*, 4.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1978.

TZIRULNIK, Ernesto et al. *O contrato de seguro: De acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. 2^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del Contrato de Seguro*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

WILLETT, Allan H. *The economic theory of risk and insurance*. London: Geoffrey Cumberlege Oxford University Press, 1951.