

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê
Fone: (0—41) 352-1200 - Fax: 252-1311 - CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

Filial / São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 - Fone: (0—11) 3932-0015
Fone/Fax: (0—11) 3932-0974 - CEP: 02925-140

Representação / Rio de Janeiro/RJ: Excelência Assessoria Editorial
Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 - Fone: (0—21) 220-2096 - CEP: 20040-009

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
Curitiba : Juruá, n. 6, 2001.
250p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00119

OS CONTRATOS ALEATÓRIOS

Nelson Borges¹

A legislação italiana que serviu de modelo aos arts. 478, 479 e 480 do Anteprojeto 634-B/75 do novo CCB, ao tratar da excessiva onerosidade, em seu art. 1.469 expressamente proibiu: “(...) *as normas dos artigos antecedentes não se aplicam aos contratos aleatórios...*”

Neste aspecto, os artigos supracitados do nosso Código – embora cópia fiel dos arts. 1.467 a 1.469 do CC italiano – felizmente silenciaram a respeito, sendo válido supor-se não haver transplantado a mesma proibição. A omissão equivale, implicitamente, à autorização de emprego da doutrina no universo dos contratos aleatórios. E uma das justificativas talvez pudesse ser esta: estabelecer uma proibição de caráter genérico e indiscriminado como a da legislação italiana, certamente, traria consigo também a vedação de seu uso quando o fato imprevisível não estivesse ligado ao campo de incerteza desses pactos – como aqui se demonstra – o que seria profundamente injusto.

Conhecidos como “contratos de sorte”, na conceituação de Sanchez ROMÁN – citado por Othon SIDOU² – os aleatórios, por natureza, são convenções em que uma das partes tem sua prestação

-
- (1) BORGES, Nelson. Advogado e professor universitário na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cornélio Procópio, Estado do Paraná; Curso de Mestrado na Universidade Estadual de Londrina (1996); Curso de Doutorado na Universidade Federal do Paraná (1999); Curso de Pós-Doutoramento (em andamento) na *Universidad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.* (Universidad de Buenos Aires – Argentina), anos 2000/2001.
 - (2) OTHON SIDOU, M. A Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 80.

determinada no momento da celebração e a contraprestação da outra parte condicionada a evento que, embora identificado na vinculação, é incerto quanto à **efetiva ocorrência** e ao **quando** ela se dará, com riscos de ganho ou perda para os contratantes.

A aleatoriedade poderá ocorrer, ainda, na compra e venda de coisas futuras sujeitas a incertezas quanto à entrega, ou em fase de litígio, cujos riscos foram assumidos pelo comprador. São os casos, por exemplo, da aquisição de uma colheita futura de cereais, com a aceitação do risco de nada ser colhido; da busca de um tesouro no oceano, na selva ou em qualquer lugar, ou ainda de relíquias sagradas ou arqueológicas; da dependência de decisão favorável (judicial ou extrajudicial) – que poderá ser contrária – sobre um determinado bem que, à época da contratação, se encontre sob discussão.

Sinteticamente, os pactos aleatórios poderão ter como objeto:

a) coisa certa, mas duvidosa quanto à efetiva ocorrência e a quando isso se dará, (seguro, jogo, aposta, danos materiais);

b) coisa futura, sujeita a desaparecimento ou frustração da procura (aquisição de safra a ser colhida, busca de tesouros ou relíquias);

c) coisa existente, mas exposta a risco (aquisição de coisa em litígio).

Sobre todas estas situações pairam: a) imprecisão e dúvida quanto à efetiva ocorrência e tempo em que o fato se dará; b) probabilidade de frustração do esperado; c) decisão judicial contrária que liquide de vez com as expectativas do adquirente da coisa.

Como linha de princípio, todo contrato contém uma **álea normal** na qual se espera que ocorram eventos próprios da contratação. Por este ângulo, quando as partes celebram um pacto, acompanha-as a consciência plena de que, com a vinculação, assumem determinados **riscos** e todos eles encerram uma idéia probabilística. De início, a contratação infunde a convicção de que, no seu curso regular, poderá haver transformação de uma incerteza em certeza, em algo perfeitamente concreto e mensurável. 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, considerados inseridos na chamada álea normal da contratação. Se os acontecimentos supervenientes são os previstos, nenhuma alteração trará à pretensão das partes, pois a lei possui mecanismos de proteção para enfrentar o risco inicial de caráter subjetivo, agora transmudado em objetivo.

Nos contratos aleatórios esse campo possui características diversas, pois nascem impregnados pela dúvida, pela incerteza, pela indeterminação quanto à **ocorrência dos fatos previstos** contratualmente e à **sua data de efetivação**.

Um bom exemplo de pactos aleatórios encontra-se disciplinado pelo Código nos arts. 1.432 a 1.476, ao tratar do seguro. Caracterizam-se por gravitarem em torno de um risco futuro que, na celebração, uma das partes (segurado), para dele se assegurar, assume uma obrigação pecuniária, expressamente prevista na convenção. Em contrapartida, obtém da outra parte (seguradora) a garantia de pagamento de importância a ser paga a beneficiário indicado, ou à própria parte, como resultante da efetiva ocorrência do fato previsto, usualmente chamada de prêmio de seguro.

Desta forma, um contrato a princípio comutativo, pode se transformar em aleatório, em função da incerteza de uma das prestações, condicionada à ocorrência ou não do evento previsto contratualmente, fundamentalmente marcado por uma condição suspensiva.

Segundo CASTRO MENDES,³ um contrato é considerado aleatório quando tem como característica a incerteza ou álea, que se define por um fato incerto quanto à sua verificação e ou quanto ao momento da sua verificação.

(3) CASTRO MENDES, João de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Editora da Associação Académica, v. III, 1978/1979, p. 747.

Da possibilidade de efetivação do fato incerto é que nasceu o nome aleatório, significando pactos caracterizados pela dúvida, incerteza, imprecisão, indeterminação, por se encontrarem ligados a acontecimentos futuros, regidos por duas exigências condicionantes: a) **efetivo surgimento do fato** previsto contratualmente; e b) se efetivo, **quando** ocorreria. A origem latina do termo aleatório significa “**dado de jogar**” (regido pela **sorte**), que os dicionários registram como a “**probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro**”.⁴

Relembre-se César às margens do Rubicon, ao tomar a decisão de invadir Roma : – “*Alea jacta est*”.

Quanto à pertinência ou não da doutrina da imprevisibilidade aos pactos aleatórios – a ser extraída do silêncio dos arts. 478, 479 e 480 do novo CC – uma antiga dúvida precisa ser desfeita. Como regra geral, os contratos de execução diferida possuem uma álea normal de previsão de riscos, conhecida como terreno natural de ocorrências possíveis e prováveis, sobre os quais não pairam dúvidas, nem há incertezas e para os quais a lei prevê alternativas e soluções. Neles as inexecuções contratuais podem ocorrer ou não, independentemente da existência do fator “**sorte**”; paralelamente à alea normal das contratações, um outro campo existe no qual os acontecimentos anormais surgem e se desenvolvem que – de forma subjetiva, como no plano natural das convenções – sancionam o emprego da Teoria da Imprevisão, sendo válida a conclusão de que, aprioristicamente, como já discutido, nos pactos de obrigação postergada existem duas áleas de ocorrência dos fatos: a **álea normal**, comum a todas as obrigações assumidas para serem executadas no futuro, em que os incidentes de percurso contratual são previsíveis no ato vinculativo e a **álea anormal**, terreno dos fatos imprevisíveis, incomuns, no qual são identificados como extraordinários. Para a aceitação desta segunda álea, é indispensável considerar a possibilidade de sua existência também fora do campo dos contratos, isto é, a identificação de uma álea extracontratual. Para os primeiros, a solução já se encontra normatizada; para os últimos,

(4) BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976, p. 64.

ainda de *jure constituendo*, majoritariamente, doutrina e jurisprudência – e futuramente a legislação – têm admitido solução fundada na equidade e boa-fé, por via do emprego da imprevisibilidade, com vistas à obtenção da justiça comutativa.

Quanto aos aleatórios, corporificam uma exceção com características diferenciais acentuadas e, portanto, não seguem a regra mencionada. Além das áleas normal e anormal discutidas, possuem uma outra, caracterizada pela possibilidade de ocorrência de evento assentado na futuridade, isto é, na mais absoluta incerteza (especificamente apenas no que tange à **configuração do fato** e ao **quando** ele se dará). Como exemplos, podem ser citados o seguro de vida, de acidentes pessoais, ou para assegurar a indenização de bens móveis ou imóveis sujeitos a furto, roubo, danos materiais, incêndio, colisão (veículos) e ainda nas situações em que se apresente a possibilidade de perda ou ganho, como no jogo e na aposta. Entretanto, embora marcada pela imprecisão, esta álea hegemônica de fatos duvidosos, ao contrário do que se pensa, não tem a faculdade – ou o poder – de suprimir aquela outra que existe no âmago de qualquer contratação, portanto, comum a todos os pactos. Apenas a ela se sobrepõe de forma temporária, afastando momentaneamente seus efeitos para possibilitar a atuação daquela convenção *sui generis*, sublinhada pela incerteza (aleatória), determinante direta da suspensão provisória de sua eficácia. Isto porque, no subsolo do pacto, permanece em estado hibernar a álea comum de acontecimentos e ali se mantém.

Em função do caráter especial da convenção fundada em situações duvidosas, cede sua titularidade a outra, de caráter excepcional. O que ocorre, a rigor, é o surgimento de uma outra álea e não, como se pensa, um alargamento, desaparecimento ou substituição da primitiva. A álea primitiva permanece e se mantém em estado hibernar, latente, enquanto existente a possibilidade de efetivação dos fatos duvidosos, previstos contratualmente. Como a doutrina da imprevisibilidade só é passível de emprego fora do campo normal dos eventos (metacontratual), à primeira vista poderia parecer que sua utilização só encontraria espaço nos contratos de álea comum e jamais nos pactos denominados aleatórios, isto é, no universo específico de fatos regidos pela dúvida. É

necessário, desde logo, estabelecer que, por todas as razões imagináveis, os termos imprecisão, incerteza, indeterminação, dúvida não podem ser tomados como sinônimos de imprevisibilidade. Na verdade, de forma subjacente ao caráter específico dessas convenções, a álea disciplinada pela normalidade (que nasceu com o pacto) permanece inalterada, pela simples razão de que o aspecto duvidoso das convenções aleatórias refere-se especificamente à **efetivação** ou não do fato acautelado contratualmente (portanto identificado, conhecido) e, em caso positivo, **quando** aquele fato se dará.

Como conclusão, temos: a rigor, os contratos aleatórios – e parecem ser os únicos em nosso ordenamento – possuem **três áleas**, independentes e diferenciadas. Uma **natural**, comum a todos os pactos, em que os riscos são previsíveis, com soluções normatizadas; outra, de natureza **extracontratual**, específica para a identificação de acontecimentos imprevisíveis e uma terceira, determinada pela **natureza *sui generis* da contratação**, marcada pela dúvida, pela incerteza da contraprestação. Nestas três áleas – comum, incomum e aleatória – situações distintas podem ser configuradas: a) se, nos pactos aleatórios, o acontecimento recair sobre a álea comum, de riscos previsíveis (não pagamento de prestações, desobediência a cláusulas contratuais expressas), a própria lei prevê solução; b) se o fato incidente sobre a base negocial for imprevisível, **não atingindo** nem a **álea *sui generis*** do pacto aleatório, nem a normal, mas em plano de natureza extracontratual (distante do comum ou da dúvida que caracteriza a aleatoriedade, isto é, ocorrência efetiva e quando), não cabem dúvidas de que a doutrina da imprevisibilidade encontrará espaço; c) finalmente, se a prestação de uma das partes estiver caracterizada pela dúvida, incerteza, imprecisão (seguro, jogo, aposta, danos materiais), identificadores do caráter aleatório da contratação, também a normatização já existente no estatuto privado sobre a espécie ditará as regras a serem seguidas.

Nunca será demais insistir: se o evento identificado como imprevisível se abater sobre uma contratação aleatória, atingindo especificamente seu campo “**não aleatório**”, ou mesmo comum,

sua álea anormal, incomum, não há como negar a possibilidade de abertura de espaço para o emprego da doutrina da imprevisibilidade. Se estiver caracteristicamente marcado pela incerteza ou dúvida quanto à ocorrência e época de transformação de garantia subjetiva em lesão objetiva, a Teoria da Imprevisão, indiscutivelmente, não encontrará espaço. De forma sintética: **a Teoria da Imprevisão sempre será aplicável aos contratos aleatórios, desde que o evento alterador da base contratual não se relacione com sua álea específica de dúvidas, de incertezas. Se àquela álea estiver ligado, seu emprego estará afastado.**

Esta conclusão é extraída da ausência de qualquer referência ou proibição expressa de emprego nessas convenções, perceptível nos arts. 478, 479 e 480 do novo CCB. A legislação italiana, no art. 1.469 do CC em vigor, de forma expressa veda a aplicação da doutrina da imprevisibilidade aos pactos aleatórios, confundindo **possibilidade de configuração** de um fato, indeterminado apenas quanto à **real efetivação** e seu **tempo**, duvidoso, ou incerto, com **acontecimento imprevisível**. Felizmente, neste ponto, não foi copiada. Colocada a discussão nestes termos, não seria temerário dizer-se que, como linha de princípio, todo contrato possui duas áleas: uma **normal** (comum a todos) e outra **anormal** (reduzido dos eventos imprevisíveis). Entretanto, excepcionalmente, em especial nos contratos aleatórios, seria possível identificar – além das áleas normal e anormal – mais uma: a que abre espaço para os fatos duvidosos (quanto à **efetivação** e **quando** ela se dará), responsável pela concreta ocorrência das situações classificadas como aleatórias, previamente estabelecidas na contratação.

A aceitação da tese proposta e desenvolvida condiciona-se apenas à aceitação de que **alea** nada mais é do que o **espaço** (aqui no plano subjetivo) em que os fatos se dão, podendo ser de natureza normal ou anormal, abstraindo-se, aprioristicamente a idéia condicionante e comprometedora de que ela só possa ter existência na esfera contratual. Neste aspecto, necessárias se fazem algumas considerações e conclusões sobre o tema **espaço**. Inicialmente, é preciso estabelecer que o Direito tem seu lugar específico no campo das Ciências Humanas e ele próprio pode ser compreendido como um

espaço epistemologicamente estruturado. Seus ramos e subdivisões mantêm relações lógico-conceituais passíveis de serem representadas espacialmente, entendendo-se que se trata de algo que ocorre fundamentalmente no **tempo**. Naturalmente, esse espaço tem natureza metafórica (nem imaginária, nem virtual) e para sua identificação é freqüente o uso de expressões como **dimensão, lugar, campo, terreno, plano, linha de fuga, instância, topologia**. Quando se aplicam termos espaciais a objetos históricos (como o homem), adentra-se o terreno das **metáforas**, designando-se de forma oblíqua aquilo que não se pode nomear diretamente. HEIDEGGER (*Ser e Tempo*, 1928) deixou bastante claro que a analítica existencial explicita como condição ontológica do homem a **temporalidade**. Assim, **espaço e tempo** (em um momento, dentro ou fora de um contrato), por estarem ligados à percepção de objetos físicos, são intuições puras, que situam em algum **lugar** ou **instante** os objetos da nossa experiência. **Espaço e tempo** são condições de possibilidade de toda representação mental ou cognitiva da realidade. De outro modo: se percebemos as coisas no **espaço** não é porque elas estejam lá fora, no mundo, mas porque nosso espírito está constituído de tal modo que não podemos pensá-las de outra maneira. Perceber, significa aferir no espaço e no tempo, atribuir ao objeto lugar e instante.

Deste modo, no campo do contratualismo e fora dele existirá sempre um **espaço conceitual**, tanto para os fatos previsíveis como imprevisíveis, que consiste, evidentemente, também em uma **metáfora**, não em uma realidade tridimensional como, a princípio, dispôs a geometria euclidiana. Em acréscimo, é relevante advertir, contudo, que essa metáfora não se queda inerte; pelo contrário, é ativa, plena de significado e de conceitos, uma vez que seu conteúdo é exatamente o conjunto de relações entre os elementos nela representados.

De todo o exposto pode ser concluído: o **espaço metafórico conceitual** no qual se efetivam os riscos normais, anormais e aleatórios de uma contratação, será sempre o **mesmo**, pouco importando quando e onde ocorra (dentro ou fora do contrato), desde que atendidos os pressupostos de sua identificação. Sob todos os aspectos, afigura-se indefensável a tese fulcrada na pretensão de

privilegiar os contratos, conferindo-lhes a exclusividade de conterem – **somente eles** – o **espaço** necessário para que os eventos ocorram, sejam de ordem contratual ou metacontratual.

Por tais motivos, reduzindo toda a discussão apenas a uma questão terminológica e traduzindo o termo **espaço** como equivalente à **álea**, como ponto de referência – campo no qual se dão os fenômenos contratuais (normais e *sui generis*, como os aleatórios) e ainda os extracontratuais (espaço, campo, ou álea da imprevisibilidade) – é que se defende a existência de **três áleas** nos pactos denominados aleatórios. Em síntese: como linha de princípio ou regra geral, todos os pactos possuem **duas áleas** – ou **dois espaços** – nas quais se coreografam fatos comuns e incomuns. Elevam-se para **três** quando o **espaço** em que o evento deve ocorrer não é **comum** (álea anormal), nem **incomum** (álea anormal), mas suas características *sui generis* o colocam distante daquelas duas áleas, em razão dos componentes de dúvida, de incerteza nele implícitos, identificando-se, então, como convenções aleatórias.

Pertinentes são as observações de Miguel REALE⁵, ao falar deste tipo de contratos *sui generis*, na Exposição de Motivos do novo CC, em implícita referência à imprevisibilidade. Esclareceu ele que em outros pontos o Anteprojeto veio preencher lacunas incontestáveis. Lembrou, entre outras, a hipótese dos “contratos aleatórios”, que o atual Código contempla prevendo apenas o caso de álea relativa à “entrega de coisas futuras”, quando, em nosso tempo, o que prevalece é a assunção do risco, parcial ou integral, em razão dos fatos ou atos futuros, o que nasce de um complexo de exigências da vida contemporânea. Alterado o conceito de “contrato aleatório” – complementou – em mais de uma oportunidade se procurou preservar os direitos dos contraentes **na hipótese de álea anormal**, incompatível com a “natureza ou estrutura do negócio”. (Destacou-se). Como se vê, o reconhecimento de existência de uma álea incomum, anormal (seara da imprevisibilidade), não chega a constituir novidade.

(5) REALE, Miguel. *Exposição de Motivos*. Brasília: In: *Anteprojeto 634/75 do novo Código Civil brasileiro* (seção I), Suplemento, setembro de 1975, p.12.

Com o espírito liberal que sempre o caracterizou, CARVALHO FERNANDES⁶ enfrentou mais este desafio e provou que a visão do tema é distorcida e nenhuma razão jurídica existe para a negativa sistemática de aplicação da doutrina de exceção aos pactos aleatórios. Demonstrou que as alterações anormais podem ocorrer em dois planos distintos, inteiramente diversos, mas constantes do universo jurídico daquelas convenções. Por um lado – esclareceu CARVALHO FERNANDES⁷ – a transformação pode dizer respeito a aspectos que estão nitidamente fora da álea do contrato; por outro, não se pode dizer que nos contratos aleatórios, por definição, não exista uma álea normal. Interessa, pois – concluiu – averiguar se se poderão verificar alterações que sejam alheias ao seu aspecto aleatório e se haverá casos de relevância de alterações, ainda que digam respeito à própria extensão da álea da contratação. O jurista ilustra sua tese com os seguintes exemplos: –

“Num contrato de aposta dois indivíduos declaram que, conforme certo cavalo ganhe ou não determinada corrida, assim um deles pagará ao outro determinada quantia X. Admitindo que, entretanto, sobreveio uma desvalorização da moeda não se vê motivos para não invocar a teoria da imprevisão. O aspecto que se modificou no contrato não respeita sequer o seu carácter aleatório”.

O mesmo autor, valendo-se da hipótese apresentada, procurou abordar um outro ângulo da questão em que também entende não ser atingido o campo minado da incerteza, porque seus fatores determinantes se desenvolveram em área distinta, sem qualquer relação direta com a álea *sui generis* destes pactos.

“Podemos retomar o exemplo da aposta sobre o cavalo vencedor de determinada corrida. Se “A” apostou que o cavalo “Z” ganhará e “B” afirmou que não ganhará, devendo o que perder a aposta pagar quantia ao outro, poderá levantar-se um problema de imprevisão quanto a saber se no contrato cabe a hipótese de

(6) CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto de. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Coimbra: In Boletim do Ministério da Justiça, n. 128, 1963, p. 143.

(7) CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto de. *Op. cit.*, p. 143.

*ter adoecido o “jockey” que normalmente conduziria o cavalo e o substituir outro menos destro, ou a de concorrentes desleais terem ministrado drogas ao cavalo, ou qualquer outro caso do mesmo gênero”.*⁸

O primeiro exemplo parece perfeito. No segundo, *data venia*, o ilustre jurista forçou os limites. Um “jockey” doente pode perfeitamente ser substituído, cabendo ao dono do cavalo manter um substituto à altura técnica do substituído. Quanto à doença do animal – que o impossibilita de correr ou lhe tira as condições ideais para tanto – não insere a questão nas hipóteses de caso fortuito ou de força maior simplesmente porque, sendo o Direito uma ciência eminentemente social, o homem será sempre seu titular e destinatário, na condição única de sujeito de direito, sendo o animal apenas seu objeto. As hipóteses apresentadas não se qualificam como de caso fortuito ou força maior e muito menos de imprevisibilidade, uma vez que tanto a substituição do cavaleiro como a falta de condições do cavalo são fatos perfeitamente inseridos na álea comum das contratações. Ademais, lembre-se: a Teoria da Imprevisão não pode servir de panacéia a ser aplicada indiscriminadamente. Há de existir um rigoroso critério no seu emprego, sob pena de subversão e desvirtuamento de seu nobre espírito e real finalidade, trazendo a conseqüente insegurança nas relações jurídicas. O emprego desregrado da cláusula *rebus sic stantibus* – embrião da moderna imprevisão – nos séculos XVI a XVIII, foi causa de sua decadência e a repetição daquela situação é o que menos se deseja, devendo ser evitada a qualquer custo. As hipóteses aventadas no segundo exemplo eram perfeitamente previsíveis, devendo, em princípio, constar do elenco de acontecimentos normais do cotidiano, razão por que não podem ser tidas como imprevisíveis, mantendo apenas sua aleatoriedade.

Adite-se que o exemplo de imprevisibilidade fornecido por CARVALHO FERNANDES (desvalorização da moeda), como exposto, só poderá ser assim considerado em contextos de economia estável, não servindo de parâmetro para a nossa, na qual, há muito

(8) CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto de. *Op. cit.*, p. 145.

tempo, tanto a inflação como a perda do valor monetário mantêm o vai-e-vem característico das aves de arribação.

Uma outra razão reforça a tese de cabimento da Teoria da Imprevisão nos contratos estudados: parece ser indiscutível que, em qualquer ordenamento jurídico, em qualquer lugar do mundo, os contratos de seguro (vida, acidentes, furto, roubo, incêndio, danos materiais etc.) enquadram-se na categoria aleatória.

O art. 1.432 do CC, ainda em vigor, dispõe:

“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”. (Destacou-se).

Operacionalmente: serão indenizados os beneficiários, em caso de morte do segurado, o próprio segurado, havendo acidente pessoal, furto, roubo, ou quaisquer sinistros previstos contratualmente. Seria, então, oportuna a indagação: em que aspecto os acontecimentos referidos poderiam ser considerados duvidosos, incertos ou imprecisos para que pudessem ser confundidos com o autêntico fato extraordinário (essência da doutrina da imprevisibilidade) de forma a afastar o emprego da Teoria da Imprevisão? Apenas quanto à sua **ocorrência** (morte, acidente, furto, roubo etc.) e, em caso positivo, **quando** isso se daria. Ora, quando se fala na possibilidade de que tais eventos se abatam sobre a contratação, discutem-se fatos perfeitamente previsíveis, condicionados apenas à **confirmação** e ao **quando** e não imprevisíveis, isto é, analisam-se situações definidas anteriormente, embora incertas quanto à materialidade e data do evento, totalmente distintas e inconfundíveis. A **positividade do fato** assinala com precisão a passagem do **campo subjetivo** (simples garantia) para o **objetivo** (ocorrência do fato assegurado), inteiramente conhecidos e identificados contratualmente. Considerar equivalente uma álea marcada pela incerteza – eminentemente contratual – assentada em fatos previstos no convencional, portanto conhecidos, à que traça as coordenadas da imprevisibilidade – de natureza extracontratual – totalmente desconhecidas, é cometer equívoco imperdoável.

Nos contratos de seguro existirá sempre a satisfação de uma *conditio* para que a outra parte (seguradora) seja convocada a satisfazer objetivamente sua obrigação, até então situada apenas no plano subjetivo, consubstanciada na garantia de pagamento do prêmio daquilo que foi assegurado. Para que isso ocorra é necessário somente resposta positiva a estas indagações: o fato de ocorrência duvidosa, previsto contratualmente, efetivamente ocorreu e, em caso positivo, na vigência regular da contratação? Por outro lado, na aplicação da Teoria da Imprevisão o fato alterador do suporte da contratação se coloca fora de qualquer possibilidade de identificação apriorística sendo, portanto, imprevisível. O fato de ter ou não precedentes (guerra, proibições do governo, retirada de produtos do mercado etc) é irrelevante, devendo apenas se manifestar antes do vencimento da obrigação. São situações distintas, disciplinadas por diretrizes próprias e inconfundíveis. Por tais razões é que se sustenta a tese de que a álea natural das contratações nunca é absorvida pela álea específica dos pactos aleatórios. Estes, ao predominarem, apenas momentaneamente afastam a atuação e o comando energético da álea comum.

Neste ponto é possível uma conclusão: nosso ordenamento considera como aleatórios os contratos de seguro (vida ou acidente pessoal, furto, roubo, incêndio, danos materiais), de jogo e de aposta. Em todos eles a álea de incertezas refere-se apenas à passagem do plano **subjetivo** (garantia de pagamento do prêmio) para o **objetivo** (pagamento do prêmio) e, nesta hipótese, quando ocorreu, com vistas à regularidade formal da contratação (vigência). Ocorrendo o fato duvidoso – não quanto à identificação, porque determinado – a garantia de pagamento do prêmio (indenização), do estado virtual passa imediatamente para o real, sem qualquer surpresa para os contratantes que desde a vinculação tinham total consciência de qual era o objeto do pacto. Assim, aquele que se vincula a um pacto aleatório, seja seguro de vida, acidentes pessoais, contra furto, roubo, incêndio, danos materiais etc., sabe previamente que se falecer, sofrer um acidente, for vítima de furto, roubo, tiver sua casa incendiada ou destruída, seus beneficiários (ou ele) receberão um prêmio de seguro, previamente estabelecido, com base no acautelamento contra a efetiva ocorrência daqueles fatos. Na mesma situação estará aquele

que aposta ou joga. Sabe, previamente, que se o resultado for “x”, perderá; se for “y”, ganhará. Não há como se equiparar um resultado previamente conhecido – conteúdo dos aleatórios, tão-somente vinculado a probabilidades, não mais a possibilidades – com o fato imprevisível que disciplina a doutrina de exceção.

Com base no equívoco da equiparação, uma forte corrente doutrinária entendeu que a Teoria da Imprevisão não poderia ser aplicada aos contratos aleatórios. Apoiou sua negativa na natureza de tais pactos que – segundo aquela corrente – ultrapassava a chamada álea normal da convenção, caracterizados pela incerteza que cercaria o momento da execução futura. Esta facção acabou por conseguir que, no CC italiano de 1942, os pactos em discussão fossem expressamente excluídos do abrigo do *remedium juris* da imprevisibilidade, conforme se colhe do art. 1.469 mencionado.

Caio MÁRIO⁹ considerou como aleatórios todos os contratos em que a prestação de uma das partes não fosse precisamente conhecida e susceptível de estima prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, ficariam dependentes de um acontecimento incerto, em conceituação diversa da que é expressa no art. 1.432 do CC.

Explicou MARTOREL¹⁰ que “(...) *no todas las mutaciones de las cosas autorizan a pedir la resolución de un contrato a largo término, si no solamente aquellas que cambien la razonable relación entre la prestación y la contraprestación, que no fueron ni pudieron ser previstas por los contratantes cuando estipularon el contrato, aunque sea aleatorio.*” (Destacou-se).

BITTAR FILHO¹¹ – na linha da legislação italiana – adotou tese contrária a que ora se defende, consubstanciada na impossi-

(9) SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1974, v. VIII, p. 47.

(10) MARTOREL, Juan Terraza. **Modificación y Resolución de los Contratos por Onerosidad o Imposibilidad en su Ejecución**. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, n. 117, 1951, p. 24.

(11) BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **A Teoria da Imprevisão: Evolução e Contornos Atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. In: **Contornos Atuais da Teoria dos Contratos** (Coord. BITTAR, Carlos Alberto), 1993, p. 23.

bilidade de aplicação da doutrina da imprevisibilidade aos contratos aleatórios e unilaterais, ao dizer que assim é plenamente possível a utilização da teoria em apreço em se tratando de contratos comutativos de execução diferida, continuada ou periódica, não se podendo dela cogitar para a resolução de contratos aleatórios, ou unilaterais.

Data venia, pelos motivos já desenvolvidos – ora sintetizados – ousamos divergir: primeiro, porque sendo o contrato de execução diferida, como acontece com este tipo de pacto, a proibição genérica de uso da doutrina da imprevisão aos mesmos seria uma restrição injustificada à sua área de atuação o que, até por coerência histórico-jurídica, não pode ser aceito (“...*contractus qui habent tratum sucessivum...*”, disse NERATIUS); segundo, porque uma vedação desta ordem se funda na convicção de que a álea natural dos contratos teria sido absorvida pelo caráter aleatório da convenção e que, *ipso facto*, só existiria uma álea específica – a da incerteza futura – o que não corresponde à verdade; terceiro, porque esta postura exclui a possibilidade de que o evento extraordinário possa atingir outro aspecto da contratação – que não o duvidoso – e ali fazer nascer a lesão virtual para uma das partes, sem qualquer relação com sua álea específica; por último – como complementação do primeiro motivo – porque, uma vez excluída a possibilidade de existência de uma outra álea (a não ser a que dá origem e nome a tais contratações), fecham-se as portas à possibilidade de ocorrência do fato incomum em campo paralelo, perfeitamente inserido no contexto da doutrina da imprevisibilidade. Em síntese: é perfeitamente possível que o acontecimento extraordinário ocorra, sem qualquer relação com a natureza aleatória destas convenções.

É fundamental ter em mente o fato de que um campo de riscos específicos, caracterizado por incertezas previamente determinadas, não significa necessariamente hegemonia dos riscos duvidosos, com exclusão de outras possibilidades. Daí se deduz haver um ponto em que a incerteza, gravitando em uma órbita, sem qualquer pertinência com o fato em discussão, abre espaço para que outros fatores passem a disciplinar as regras aplicáveis ao caso concreto. Nesta hipótese, ocorrendo alteração do alicerce negocial em campo diverso da álea específica das incertezas, mas não incidente naquele considerado

como normal e previsível, mas especificamente em álea anormal, sendo iminente a lesão virtual para uma das partes, inafastável será a aplicação da Teoria da Imprevisão, na tentativa de revisar o pacto com toda a equidade possível e, frustrada esta, extingui-lo definitivamente, com as possibilidades indenizatórias, embora seja aleatório.

Um outro enfoque é indispensável: além dos contratos aleatórios – assim chamados por sua própria natureza – outros existem no mesmo campo, pouco discutidos, denominados **relativamente aleatórios**, em que a dúvida, a incerteza já passou do plano subjetivo para o objetivo. Nascem em épocas e circunstâncias anormais, quando já em curso revoluções, guerras ou conflitos armados de qualquer natureza, com um caráter mais ou menos duradouro. Curiosamente, nesta hipótese, os fatos **guerra**, ou **conflito armado**, caracteristicamente consubstanciadores de acontecimentos imprevisíveis – no que se refere ao cumprimento da obrigação – neste contexto aleatório definido por fatos incertos, imprecisos ou duvidosos, passam a ser exatos, precisos e sem quaisquer dúvidas, porque aprioristicamente conhecidos e identificados, em razão de sua existência, quando da contratação. A dificuldade de cumprimento da obrigação nestas contratações – talvez até impropriamente chamadas de relativamente aleatórias – por ser conhecida, deverá autorizar tratamento diferenciado ao devedor da prestação. Nestas convenções, a característica especial de que se revestem, em razão dos obstáculos à execução integral e pontual da prestação, embora concreta, poderia até emprestar-lhes foros aleatórios. A álea ou campo de incertezas destes pactos relativamente aleatórios (em que a dúvida passou a ser coisa certa) ou, para bem situá-los, **conjunturais** ou **circunstancialmente aleatórios**, embora concreta e determinada quanto ao futuro é muito mais abrangente do que, em condições normais, apresentam os pactos discutidos (aleatórios), nos quais, por sua natureza, a dúvida e a imprecisão são as marcas principais. E esta “futuridade presente”, já não incerta (guerra interna ou externa) – fator imprevisível quando surge após a vinculação – desde o início era do prévio conhecimento da parte, delimitada que fora pelas circunstâncias que cercaram o nascimento da convenção, mas nem por isso deixando de ser aleatórios, ainda que circunstancialmente.

Com base nos argumentos desenvolvidos – e por todas as razões de ordem comutativa – a aplicação da doutrina da imprevisibilidade deve ser admitida nos pactos aleatórios, quando o fato imprevisível incidir sobre a **álea incomum**, fora do específico campo de dúvidas daquelas convenções. Nem um só argumento de peso até hoje foi apresentado contra seu emprego, de qualquer natureza, de forma a ser identificado como obstáculo de alguma consistência jurídica. E isto é certo: fica difícil – senão impossível – não reconhecer que os contratos aleatórios, diferentemente dos demais, justamente por sua natureza ímpar, não possuem apenas uma álea, mas, três: aquela estreitamente ligada à sua essência, fulcrada na futuridade, na incerteza, na ocorrência duvidosa; uma outra, na qual pode incidir o evento anormal (álea da imprevisibilidade) alterando a base contratual, que nenhuma relação tem com a que é responsável por sua natureza intrínseca e ainda a comum, na qual os riscos normais da contratação (como o inadimplemento) podem ocorrer.

De forma sintética: os incidentes de percurso nos contratos podem ocorrer, tanto nas áleas **normais** (comum das contratações); como nas **anormais** (campo da imprevisibilidade); e ainda na identificada como *sui generis* (reduo dos contratos aleatórios). Esta última pode ser considerada como postada entre as áleas **normal e anormal**. Suas características especiais não lhe permitem integrar nem uma nem outra, fazendo que se lhe reconheça a condição de álea com gênero próprio e específico.

Em conclusão: negar a existência de uma terceira álea (**espaço** em que ocorrem os fenômenos da imprevisibilidade), de natureza extracontratual, seria negar a aplicação da própria Teoria da Imprevisão que, como é óbvio, necessita de um **campo, espaço ou álea** para sua operacionalidade. E isso – para dizer o menos – na atual conjuntura legislativa em que a doutrina já se encontra ao abrigo do direito material (CC, arts. 478, 479 e 480), seria uma temeridade.

Pelas razões desenvolvidas, fica patente ser injustificada a restrição feita pela legislação italiana – e, analogicamente, por parte da nossa doutrina – ao emprego da doutrina de exceção conhecida como Teoria da Imprevisão às contratações identificadas como aleatórias.

NOTAS

- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **A Teoria da Imprevisão: Evolução e Contornos Atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. In: **Contornos Atuais da Teoria dos Contratos** (Coord. BITTAR, Carlos Alberto), 1993.
- BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, Aurélio. **Novo Dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.
- CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto de. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português**. Coimbra: In Boletim do Ministério da Justiça, n. 128, 1963.
- CASTRO MENDES, João de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Editora da Associação Académica, v. III, 1978/1979.
- MARTOREL, Juan Terraza. **Modificación y Resolución de los Contractos por Onerosidad o Imposibilidad en su Ejecución**. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, n. 117, 1951.
- REALE, Miguel. **Exposição de Motivos**. Brasília: In: **Anteprojeto 634/75 do novo Código Civil brasileiro** (seção I), Suplemento, setembro de 1975.
- OTHON SIDOU, M. **A Cláusula "Rebus Sic Stantibus" no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1974.