



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

PÓS-GRADUAÇÃO

DISCIPLINA: FRONTEIRAS DO DIREITO CONTRATUAL I

Professor Associado Cristiano de Souza Zanetti
Paulo Dóron Rehder de Araujo

SEMINÁRIO 9 – CONTRATOS ALEATÓRIOS.

Alunas: Ana Carolina Moraes Aboin – N° USP: 6403532; Letícia Caroline Mininel – N° USP: 5953228; e Marina Santoro Franco Weinschenker – N° USP: 6758890.

Questão 25. Interpretação do art. 458. A inexistência do bem por culpa ou dolo do contratante acarreta incidência do art. 475?

O art. 458 do Código Civil¹ trata do contrato aleatório em que um dos contratantes assume o risco do bem futuro não vir a existir, sendo que, mesmo na hipótese de nada do bem esperado vir a existir, a contraprestação é devida integralmente ao outro contratante, desde que este não tenha agido com dolo ou culpa.

Nesse contexto, dada a questão acima, temos de assumir que, após a celebração do contrato aleatório, (i) o contratante que devia o bem agiu com dolo ou culpa, e (ii) por conta dessa conduta, o bem não veio a existir.

Vislumbramos duas hipóteses de conduta do contratante que dolosa ou culposamente podem implicar na inexistência do bem esperado. São elas: (a) deixar de cumprir ou cumprir imperfeitamente² a prestação que lhe cabia; e (b) omitir uma circunstância impeditiva da existência do bem almejado. Exemplo da primeira hipótese pode ser dado pela conduta do dono de um apiário que, numa compra e venda aleatória de sua produção, deixa de instalar as caixas para que as abelhas façam suas colmeias e produzam o mel. Já a segunda hipótese estaria configurada se, por exemplo, na compra e venda aleatória do produto do lance de uma rede de pesca, o pescador omitisse ao comprador que na região onde a rede será jogada, naquela época do ano, não há peixes.

Como cada uma dessas hipóteses pode, em tese, configurar situações jurídicas diversas, cujas consequências também se distinguem, cumpra-nos destrinchá-las.

Se um dos contratantes, culposa ou dolosamente, deixa de cumprir ou cumprir imperfeitamente a prestação que lhe incumbe, parece-nos possível falar que esse contratante está

¹ Todas as menções a dispositivos legais neste texto se referem ao Código Civil de 2002, a menos que expresso o contrário.

² Com o termo “cumprimento imperfeito” pretendemos nos referir à falta de cumprimento de deveres secundários e acessórios que se traduzem nas providências necessárias e razoavelmente exigíveis para a satisfação completa do interesse do credor. A esse respeito, confira-se: ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, p. 123.

(a.1) eliminando a álea a que a existência do bem estava sujeita; (a.2) tornando o objeto contratual impossível; e (a.3) inadimplindo o contrato.

Analisando essas descrições isoladamente, alguém poderia acreditar que (a.1) a eliminação da álea³, assim como (a.2) a impossibilidade do objeto⁴, caracterizam a eliminação de um requisito para a validade do contrato⁵. No entanto, para o caso analisado, essas conclusões seriam totalmente equivocadas, pois teriam deixado de levar em conta que a eliminação da álea e a impossibilidade do objeto são supervenientes à celebração do contrato e também porque teriam ignorado a dinâmica existente entre tais situações⁶.

Ora, no âmbito de um contrato aleatório em que um dos contratantes dolosamente deixa de cumprir ou cumpre imperfeitamente a prestação que lhe incumbe, a princípio, há todos os elementos necessários para a sua existência, bem como os requisitos para a sua validade. Não se trata, portanto, de inexistência ou invalidade do contrato. Ademais, analisando as três descrições dinamicamente, conclui-se que é o inadimplemento do contrato que acarreta a eliminação da álea e impossibilita o objeto.

³ Note-se que a álea não é elemento categorial inderrogável dos contratos aleatórios, como primeiramente se poderia supor. A referência à álea é que o é. A álea propriamente é causa pressuposta destes contratos, de modo que a inexistência daquela acarreta a nulidade destes. Nossa legislação, entretanto, não traz esse entendimento, mas permite a afirmação de nulidade por haver impossibilidade do objeto. Dizia Antonio Junqueira de Azevedo: “Assim, a solução será, quando faltar o fato justificador do negócio (a que seu elemento categorial inderrogável faz referência), considerá-lo nulo. [...]. Aliás, em inúmeras outras hipóteses, como as [...] de contrato aleatório sem o risco que ele supõe etc., o direito brasileiro considera, mesmo sem o confessar, que a inexistência de causa pressuposta acarreta a nulidade do negócio jurídico” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140 e 161). No mesmo sentido, Custodio da Piedade Ubaldino Miranda entende que “Num caso em que no contrato aleatório faltasse a álea (por exemplo, um seguro sem risco) o contrato seria nulo por falta de causa (nos ordenamentos que a exigem e no ordenamento nacional por falta de objeto)” (In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). *Comentários ao Código Civil. Dos contratos em geral (Arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 316). E, ainda, no direito italiano: “Il rischio giuridico-economico qualifica la causa del contratto aleatorio. Ecco perché l'inesistenza del rischio può rendere nullo il contratto per mancanza di causa” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 446).

⁴ Afinal, consta do art. 166, II que os negócios jurídicos em que o objeto for impossível são nulos.

⁵ No direito italiano, há quem afirme ser caso de inexistência do negócio jurídico. Nesse sentido, D'ADMELIO, Mariano. *Nuovo Digesto Italiano*. [S.l.]: Unione tipografico – Editrice Torinese, 1937. v. 1, p. 310: “Il primo principio è d'evidenza palmare e non ha mai dato luogo a questioni. Mancando l'avvenimento incerto, od anche esistendo in modo da non poter produrre l'alea, il contratto non può esistere, o, quanto meno, potrà parlarsi di contratto commutativo, non di contratto aleatorio. Ma di contratto comutativo si potrà parlare solo nei casi, in cui si tratti di negozi, che possano indifferentemente stipularsi con carattere *aleatorio* o con carattere commutativo, come, per es., la vendita che può essere così nell'uno, come nell'altro modo stipuata. La vendita dell'eredità o d'una quota ereditaria è di sua natura aleatoria (art. 1545 p. p.), ma non è escluso che le parti la possano stipulare con carattere essenzialmente commutativo (arg. dal capoverso del detto articolo). Ne deriva che, presentandosi un caso del genere, la mancanza dell'alea potrebbe anche non distruggere il negozio, lasciandolo esistere come contratto commutativo”.

⁶ Por isso, ousamos divergir dos raros autores que tratam do tema: Clóvis Beviláqua e Carvalho Santos, ao comentarem o art. 1.118 do Código Civil de 1916, cuja redação não difere substancialmente do art. 458 do Código Civil de 2002, afirmaram, respectivamente, que “Se, por culpa do alienante, a coisa deixar de existir, não haverá risco, e o contracto será nullo” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943. v. IV, p. 283) e “A culpa do alienante, em casos tais, excluirá, ao envez, o risco, por isso que não foi o acaso, mais, sim, a culpa do alienante, que obstou viesse a coisa a existir. O contrato ficará nulo, respondendo o alienante pela sua culpa” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. XV, p. 418). Apesar de entendermos que há nulidade no caso de falta de álea/falta de objeto no momento da celebração do contrato, parece-nos que essa não é a consequência quando a álea deixa de existir durante a execução contratual.

Fixado que o “deixar o contratante, culposa ou dolosamente, de cumprir a prestação que lhe incumbe ou cumpri-la imperfeitamente” nada mais é do que um inadimplemento contratual, parece-nos necessário investigar se há um critério que justifica distinguir a aplicação do quanto previsto no art. 475 entre os contratos comutativos e os aleatórios.

Se o que diferencia os contratos comutativos dos contratos aleatórios é a álea, entendemos ser esse o critério que poderia justificar a distinção avultada. Vejamos.

Álea significa *probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro*⁷, o que nos remete à ideia de incerteza de ganho. Essa incerteza, no âmbito contratual, assenta em, ao menos, três classes de fenômenos: (i) aqueles decorrentes da execução do próprio contrato e verificáveis tanto em contratos aleatórios como em contratos comutativos e em qualquer tipo contratual; (ii) aqueles externos e independentes do contrato; e (iii) aqueles especialmente determinantes para os contratos aleatórios. Daí ser possível falar em álea normal ou ordinária, álea anormal ou extraordinária, e álea *sui generis* ou específica⁸, respectivamente.

Álea ordinária é aquela incidente sobre as condutas das partes em qualquer relação contratual⁹. As inexecuções contratuais são materialização dessa álea. Numa compra e venda a prazo, por exemplo, o comprador pode deixar de pagar uma das parcelas do preço, sendo que o risco disso ocorrer é normal em qualquer contratação. Já a álea extraordinária é a que incide sobre fatos que independem do contrato. Estão sujeitas a essa modalidade de álea a ocorrência de um terremoto, um incêndio, ou uma desvalorização monetária.

Nos contratos aleatórios, além das duas modalidades de álea acima mencionadas, destaca-se a presença de uma álea específica que é a álea incidente sobre a existência do bem almejado. Como sintetiza Nelson Borges, “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”¹⁰. No repetido exemplo da compra e venda aleatória do produto do lance da rede de pesca, a existência e a quantidade (assim como a espécie e a qualidade) de peixes que será capturada está sujeita a essa álea específica.

Parece-nos que o descumprimento ou o cumprimento imperfeito da prestação que cabia ao contratante é possível de ocorrer em qualquer tipo contratual e seja o contrato comutativo ou

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 79.

⁸ A respeito das três modalidades de álea de que iremos tratar, conferir: BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, nº 782, p.78-89, dez. 2000; e D’ADMELIO, Mariano. *Nuovo Digesto Italiano*. [S.l.]: Unione tipográfica – Editrice Torinese, 1937. v. 1, p. 309.

⁹ Ainda que brevemente, referem-se à existência de álea normal em todo tipo contratual: GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 89; e MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). *Comentários ao Código Civil. Dos contratos em geral (Arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 318.

¹⁰ Op. cit., p. 81.

aleatório, sendo possível concluir que as condutas do contratante que importam em inadimplemento estão sujeitas à álea ordinária¹¹.

Consequentemente, para o caso de inexistência do bem por culpa ou dolo do contratante no contrato aleatório, parece justificada a aplicação do regime geral do inadimplemento previsto em nosso Código Civil. Ora, o art. 475 está alicerçado no *fenômeno exatamente oposto à normalidade e à extinção natural da dívida, ou seja, no já mencionado inadimplemento*¹². Assim, teria lugar (i) a resolução do contrato (art. 475, primeira parte), e (ii) a execução específica¹³ (art. 475, segunda parte), ambas podendo ser cumuladas com perdas e danos (art. 475, parte final)¹⁴.

Visto isso, passemos à omissão de circunstância impeditiva da existência do bem almejado. Essa hipótese também poderia despertar mais de uma configuração: (i) inexistência de álea, (ii) impossibilidade de objeto, e (iii) omissão dolosa.

Como visto na nota de rodapé nº 3 acima, a inexistência de álea importa na inexistência da causa pressuposta nos contratos aleatórios, o que acarretaria a sua nulidade se, em nosso ordenamento, a causa fosse requisito de validade. O que podemos dizer é que se há circunstância impeditiva da existência do bem, verifica-se a impossibilidade do objeto contratual, cuja consequência, nos termos do inciso II do art. 166, é a nulidade do contrato.

Além disso, parece-nos acertado dizer que há, nesse caso, também uma omissão dolosa. Trata-se de hipótese prevista pelo art. 147 que é materializada pelo “silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado”, e representa um vício do consentimento ensejador de anulabilidade do negócio jurídico¹⁵, nos termos do art. 171, II.

Seja como for, nesse caso, afeta-se o plano da validade do negócio jurídico, pois, no momento da celebração do contrato, o objeto era impossível e a manifestação de vontade de uma das partes foi viciada. Não se poderia, dessa forma, aplicar o art. 475, que trata de inadimplemento, pois isso

¹¹ Evidentemente a materialização da conduta sujeita à álea ordinária, em última análise, agrava a álea específica dos contratos aleatórios. No entanto, não se tratando de conduta sujeita à esta álea, a diferenciação é possível e oportuna.

¹² ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

¹³ Execução específica a menos que a prestação tenha se tornado econômica ou juridicamente inexigível ou ainda perdido sua função social. Nessas hipóteses, parece-nos que o cumprimento da prestação torna-se inexigível, sob pena de causar, respectivamente, onerosidade excessiva, inadimplemento de outras prestações, e contrariedade à função social do contrato.

¹⁴ Vale notar que não nos parece possível, nesse caso, que, como consequência do inadimplemento, o contratante lesado possa exigir a execução pelo equivalente. Ainda que essa seja uma consequência do inadimplemento, como bem destaca Francisco Paulo de Crescenzo Marino (Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 413-414), admiti-la, no caso do contrato aleatório previsto no art. 458, implicaria pressupor que o bem sujeito ao risco teria vindo a existir, o que justamente não é possível de ser assegurado.

¹⁵ A esse respeito Pontes de Miranda sustentava que “A sanção – se o figurante afirmou ou fez constar estar prenhe o animal e não estava – é a anulabilidade por erro, ou pelo dolo. As circunstâncias podem compor a sanção da inexistência, ou não-seriedade. *Aliter*, se o risco mesmo da não-existência foi assumido e a isso alude o art. 1.118 do Código Civil” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. tomo XXXVIII, p. 373). Araken de Assis, por sua vez, afirma que “É inválida a venda de filhotes, em decorrência de dolo, conhecendo o vendedor a esterilidade do animal coberto, ou que ele não se encontrava prenhe”, mas não especifica se é hipótese de nulidade ou anulabilidade (ASSIS, Araken. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Direito das Obrigações (Arts. 421 a 578)*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 418).

demandaria um contrato válido. Nessa hipótese, aplica-se o regime da nulidade do negócio jurídico¹⁶, que enseja resolução do contrato e indenização por perdas e danos¹⁷.

Conclusão: Entendemos que a inexistência do bem por culpa ou dolo do alienante acarreta a incidência do art. 475 somente quando “deixar o contratante, culposa ou dolosamente, de cumprir a prestação que lhe incumbe ou cumpri-la imperfeitamente”, ou seja, estiver caracterizado um inadimplemento.

Questão 26. Interpretação do art. 459. A existência do bem em quantidade inferior à almejada por culpa ou dolo do contratante acarreta incidência do art. 475? Caso a parte opte pela execução pelo equivalente, como calcular a indenização?

Para responder a essa questão devemos considerar que, após a celebração do contrato aleatório em que o adquirente assumiu o risco do bem futuro vir a existir em qualquer quantidade, (i) o alienante atuou com culpa ou dolo, e (ii) por conta disso, o bem veio a existir em quantidade inferior do que a almejada.

Parece-nos que são duas as hipóteses de conduta culposa ou dolosa do alienante que podem levar à inexistência do bem em quantidade inferior do que a almejada¹⁸: (i) cumprir imperfeitamente a prestação que lhe cabia, por exemplo, deixando de passar os inseticidas necessários na plantação das árvores que gerarão as laranjas objeto do contrato ou deixando de entregar parte da produção ao adquirente¹⁹; e (ii) omitir circunstância determinante para a existência do bem na quantidade almejada, por exemplo, omitindo que a região onde a rede será jogada, naquela época do ano, não é boa para a pesca.

Tendo isso em vista, parece-nos necessário proceder ao enquadramento jurídico das possíveis condutas do alienante acima referidas que, no contrato aleatório, podem acarretar a existência do

¹⁶ Entendemos que há prevalência da nulidade do negócio jurídico sobre a anulabilidade, pois aquela afeta o negócio de pleno direito, não se convalidando, como teremos chance de explicar ao enfrentar a questão de nº 27.

¹⁷ No sentido de admitir também a indenização por perdas e danos, confira-se AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)*. [S.l.: s.n.], 1986, p. 189.

¹⁸ Não trataremos aqui das hipóteses que importam em inexistência do bem esperado, pois, no que diz respeito à venda da coisa esperada (*emptio rei sperate*), o art. 459 determina que a inexistência do bem acarreta a resolução do contrato. Com efeito, se o bem não vem a existir, faltará objeto ao contrato, devendo-se, consequentemente, considerá-lo inexistente por faltar-lhe um elemento. Nesse sentido: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943. v. IV, p. 284; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. XV, p. 421; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. tomo XXXVIII, p. 374.

¹⁹ Esse exemplo foi retirado de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de cuja ementa consta: “Ação de obrigação de entrega de coisa certa. Compra e venda de laranjas. Contrato aleatório, assumindo o produtor rural o risco da alta de preços do dólar e dos insumos, bem como de eventual praga agrícola e intempéries climáticas. Inexistência de evento imprevisto. Impossibilidade de resolução contratual por onerosidade excessiva. Hipótese, ademais, que ficou suficientemente demonstrado nos autos que o produtor rural descumpriu as obrigações por ele assumidas, entregando a produção de laranjas a terceiro. De rigor o acolhimento da pretensão da autora, dado o inadimplemento contratual”. (Apelação nº 0264709-13.2007.8.26.0100, Rel. Des. Gomes Varjão, 34ª Câmara de Direito Privado, julgado em 15/4/2013, grifos nossos).

bem em quantidade inferior do que a almejada e identificar o tipo de álea a que cada uma dessas condutas está submetida.

O cumprimento imperfeito da prestação que cabia ao alienante é modalidade de inadimplemento contratual designada de adimplemento imperfeito. Trata-se de atuação do devedor (no caso, o alienante) direcionada ao adimplemento, mas que, ao fim, não se ajusta à prestação devida²⁰. Há um cumprimento imperfeito do contrato se o alienante, num contrato de compra e venda aleatória da produção de um cafezal, por exemplo, deixa de ter os cuidados devidos para que a produção seja, no mínimo, boa²¹. É o que ocorre quando esse alienante se abstém de, exemplificativamente, adubar a terra, utilizar inseticidas, e colher os frutos no momento adequado.

Parece-nos que o cumprimento imperfeito da prestação que cabia ao alienante é possível de ocorrer em qualquer tipo contratual e mesmo em contratos comutativos, sendo possível concluir que as condutas do alienante que importam no adimplemento imperfeito estão sujeitas à álea ordinária.

Por conseguinte, também para esses casos poderia ser sustentada a aplicação do regime geral do inadimplemento previsto em nosso Código Civil. Assim, teria lugar (i) a resolução do contrato (art. 475, primeira parte), (ii) a execução específica²² (art. 475, segunda parte), e (iii) a execução pelo equivalente (art. 236), todas cumuladas com perdas e danos (art. 475, parte final, e art. 236, parte final)²³, além do (iv) abatimento proporcional do preço em relação ao que seria cobrado caso não tivesse havido culpa ou dolo do alienante.

Cabe observar que os poucos autores que tangenciam essa matéria afirmam somente que, no caso de diminuição na quantidade esperada do bem por culpa ou dolo do alienante, deve haver uma redução do preço cobrado tendo em vista a quantidade que era esperada²⁴. No entanto, os autores não apontam o fundamento legal para esse entendimento, nem indicam o parâmetro²⁵ que deve ser utilizado para a identificação da quantidade esperada.

Quer nos parecer que a fundamentação não está nos dispositivos do Código Civil que tratam de abatimento do preço. O art. 442 é, por expressa disposição legal²⁶, inaplicável a estes contratos, e os arts. 500 e 616, salvo melhor juízo, não são compatíveis com a natureza incerta de uma das prestações esperada num contrato aleatório.

²⁰ Confira-se ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 114-118; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244-251.

²¹ Utilizamos “produção boa” no sentido de condizente com a média das produções ordinariamente obtidas por aquele alienante ou por produtores que atuam nas mesmas condições.

²² Sobre a execução específica, remetemos o leitor à nota de rodapé nº 13 acima.

²³ Essas três primeiras possibilidades, ainda que não especificadas para os contratos aleatórios, são claramente sistematizadas por MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Responsabilidade contratual. Efeitos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 409-431.

²⁴ Nesse sentido: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. XV, p. 421; e MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). *Comentários ao Código Civil. Dos contratos em geral (Arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 334.

²⁵ Apenas a título de exemplo: seria a quantidade esperada com base na expectativa do adquirente, com base na produção média daquele mercado num dado lugar e tempo, ou ainda com base nas produções anteriores do alienante?

²⁶ O art. 441 do Código Civil, a que o art. 442 se refere, destina-se expressamente aos contratos comutativos.

A fundamentação para o entendimento acima se encontra no próprio art. 459. Esse dispositivo determina que o alienante terá direito a todo o preço desde que não tenha agido com culpa. A *contrario sensu*, se o alienante agiu com culpa (e, ainda mais, com dolo), ele não terá direito a todo o preço, mas (1) a nada dele ou (2) a parte dele²⁷. Vejamos.

Entendemos que o alienante (1) não terá direito a nada do preço quando o adquirente optar pela resolução do contrato. Por outro lado, o alienante (2) terá direito a parte do preço quando o adquirente optar (2.1) pelo abatimento do preço ajustado. Não se limitam a essas, entretanto, as possibilidades do adquirente, pois ele poderá optar também: (2.2) pela execução específica, ou (2.3) pela execução pelo equivalente. Pensemos em cada uma dessas situações.

Tendo o alienante agido com culpa ou dolo e causado a diminuição da quantidade almejada do bem cuja alienação fora contratada, o adquirente pode²⁸ optar pela resolução do contrato com consequente retorno ao *statu quo ante*²⁹. Assim, o alienante não recebe nada do preço e se já o tinha recebido, em parte ou no todo, devolve-o, e o adquirente não adquire nada do bem produzido, podendo cobrar perdas e danos³⁰ do alienante.

Não obstante, o adquirente pode optar por preservar o contrato e requerer o abatimento do preço pago. É evidente que, apesar da aleatoriedade, a quantia paga pressupõe o adimplemento do alienante sem culpa ou dolo. Assim, entendemos ser cabível a redução do preço em virtude da atuação do alienante³¹.

Ainda mantendo o contrato, o adquirente pode executar coercitivamente a prestação específica devida pelo alienante quando a prestação não tiver se tornado econômica, moral ou funcionalmente inexigível³². No caso da alienação aleatória do produto do lance da rede de pesca, se o alienante culposa ou dolosamente lançou ao mar uma rede com furos, não nos parece haver dúvida de que o adquirente poderá pleitear que o alienante faça novamente o lançamento utilizando uma rede em perfeitas condições. No entanto, no caso da alienação aleatória de uma safra de

²⁷ Araken de Assis parece vislumbrar apenas a hipótese do alienante não ter direito a nada do preço: “[...], frustrando-se a colheita em virtude de fato imputável ao outorgante, a exemplo do emprego inadequado de fertilizantes, ou do impróprio plantio das sementes, também se desobrigará de pagar o preço o outorgado, adquirindo pretensão para recuperá-lo, integralmente, adimplida anteriormente sua prestação”. (ASSIS, Araken. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Direito das Obrigações (Arts. 421 a 578)*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 419).

²⁸ Entendemos ser possível a opção pela resolução quando o inadimplemento for considerável.

²⁹ Nesse sentido, a título exemplificativo, ASSIS, Araken. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Direito das Obrigações (Arts. 421 a 578)*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 600, 635 e 636.

³⁰ As perdas e danos compõem a indenização pelo inadimplemento, sendo que, no caso da resolução contratual, visam o interesse negativo, isto é, o interesse do alienante em sua reposição ao estado anterior à celebração do contrato. Já nos casos em que a opção é pela manutenção do contrato, as perdas e danos visam o interesse positivo, isto é, o interesse do alienante em sua colocação na situação em que estaria se o contrato tivesse sido perfeitamente adimplido. Sobre o tema, confira-se: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Obrigações*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 653-685.

³¹ O parâmetro para a redução do preço será visto mais adiante.

³² Não nos parece ser exigível a prestação que importar num agravamento da situação do alienante, como brevemente explicado na nota de rodapé nº 13 acima.

laranjas, se o alienante culposa ou dolosamente deixa de utilizar inseticidas, o que faz com que parte da produção seja perdida, não nos parece que a execução específica seja razoável. Ora, trabalhar em nova safra do laranjal, desta feita adotando todas as medidas exigidas pela boa-fé, possivelmente será medida excessivamente onerosa para o alienante. Nesta hipótese, figura-se mais razoável, uma vez desejando o adquirente manter o contrato, a execução pelo equivalente.

Uma terceira possibilidade é o adquirente pleitear um equivalente pela quantidade do bem que não veio a existir. Admitindo que a conduta do alienante foi a causa do bem ter existido em quantidade inferior do que a almejada, o adquirente poderá exigir o equivalente à quantidade do bem necessária para completar o que razoavelmente era de se esperar.

Chegado a esse ponto, passamos a analisar como deve ser calculada a indenização caso o adquirente opte por essa execução pelo equivalente, cujo parâmetro entendemos ser o mesmo que deve ser aplicado para a redução do preço caso o adquirente opte por esta alternativa.

Por conta de pairar incerteza sobre a quantidade do produto final que será entregue pelo alienante ao adquirente num contrato aleatório, parece-nos que a identificação do parâmetro para execução pelo equivalente e para abatimento do preço repousa justamente sobre um juízo de razoabilidade. É preciso verificar o que, apesar da aleatoriedade, era de se esperar do contrato específico de que se trata.

Entendemos que o mesmo raciocínio é aplicado quando o intérprete busca quantificar os lucros cessantes sofridos pela parte lesada num inadimplemento contratual. Tanto no contrato aleatório como nos lucros cessantes é incerto o que o lesado deixou de obter por conta do inadimplemento.

Amparando-nos nessa aproximação, entendemos³³ ser necessário verificar qual é o resultado de atividades como a que subjaz ao contrato aleatório na normalidade dos casos – tanto do próprio alienante, como do mercado no qual ele se insere. Feita essa identificação, é necessário examinar se o caso em questão se diferencia – ou não – da normalidade dos casos. Se não se diferencia, o parâmetro a ser adotado será o resultado médio da normalidade dos casos. Já na hipótese de haver uma diferenciação, será necessário identificar o resultado médio em casos que, fugindo à normalidade, aproximem-se daquele analisado.

Por último, vejamos a hipótese de omissão de circunstância determinante para a existência do bem na quantidade almejada³⁴.

Nesse caso, entendemos que há um silêncio intencional do alienante apto a caracterizar a omissão dolosa. Essa omissão permitirá a anulação do negócio, nos termos do art. 147, quando for

³³ Esse entendimento comunga das conclusões a que chega Gisela Sampaio da Cruz Guedes no que diz respeito aos lucros cessantes em seu livro: *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁴ Essa é a segunda hipótese de conduta que avultamos no segundo parágrafo dessa resposta.

essencial para a celebração do negócio. Quando essa omissão for acidental, o adquirente somente terá direito a perdas e danos (art. 146).

Conclusão: Entendemos que a existência do bem em quantidade inferior à almejada por culpa ou dolo do alienante acarreta a incidência do art. 475 somente quando o alienante adimplir imperfeitamente o contrato. Nesse caso, se a opção for a execução pelo equivalente, a indenização será calculada com base no resultado médio alcançado na normalidade dos casos, ou no resultado médio em casos que, fugindo à normalidade, aproximem-se daquele analisado.

Questão 27. Interpretação do art. 461. Cabe somente anulação por dolo? Não seria uma hipótese de nulidade por falta de objeto?

Para tratar da questão formulada, precisamos ter em mente que o art. 460, a que o art. 461 faz referência, trata de contrato aleatório referente a coisa existente, mas exposta a risco. De acordo com esse dispositivo, assumido o risco pelo adquirente, terá o alienante direito a todo o preço independentemente da coisa já não existir, em todo ou em parte, no momento da celebração do contrato³⁵.

O art. 461, por sua vez, trata da hipótese de, naquele contrato aleatório delineado acima, um dos contratantes³⁶ já saber da consumação do risco a que a coisa estava exposta, podendo a alienação ser, conforme expresso nesse mesmo dispositivo, anulada como dolosa pelo prejudicado caso prove que o outro contratante não ignorava a consumação do risco.

Para poder analisar a questão formulada, parte-se, então, do seguinte pressuposto: (i) no momento da celebração de um contrato aleatório referente a coisa existente, mas exposta a risco que será assumido pelo adquirente, (ii) o alienante já sabe da consumação do risco, ou seja, já sabe que a coisa não é mais existente.

Parece-nos que essa hipótese corresponde à omissão de uma circunstância relevante não somente para a eficácia do contrato, mas, principalmente, para a sua celebração.

Tendo isso em vista, parece-nos ser possível falar em (i) inexistência de álea; (ii) impossibilidade de objeto; e (iii) omissão de circunstância determinante para a celebração do negócio jurídico. Analisemos cada uma dessas configurações que, em tese, poderiam ser dadas à conduta do contratante.

Como já foi explicado na resposta da questão de nº 25, não sendo possível, diante de nosso ordenamento, falarmos em nulidade do contrato por falta de causa pressuposta (álea), podemos

³⁵ O dispositivo legal fala “no dia do contrato” não deixando claro qual seria o momento relevante. Julgamos que se deve considerar o momento da celebração do contrato. Por isso, utilizaremos este termo.

³⁶ Utilizaremos o termo “contratante” em razão de ser este o utilizado nos dispositivos de que tratamos. No entanto, não nos parece que o adquirente assumiria o risco da coisa não existir, obrigando-se a cumprir uma prestação, se já soubesse que a coisa não existia.

dizer que se há circunstância impeditiva da existência do bem, verifica-se a impossibilidade do objeto contratual, cuja consequência, nos termos do inciso II do art. 166 é a nulidade do contrato.

Nesse ponto, parece-nos ser necessário dividir a análise em duas hipóteses: (i) o objeto não existia em todo; ou (ii) o objeto não existia em parte³⁷.

Na primeira hipótese (i), como no caso do naufrágio de um navio carregado de açúcar, cuja compra havia sido ajustada nos termos do art. 460, que vem a afundar no mar, entendemos ser o caso de nulidade absoluta. Consequentemente, resolve-se o negócio jurídico, sendo devida, todavia, indenização por perdas e danos à parte lesada em virtude do dolo do alienante.

Na segunda (ii), por outro lado, parece-nos tratar-se de nulidade parcial do negócio, podendo ser aproveitado o que ainda existir do objeto caso interesse às partes. Para que se possa falar em nulidade parcial, alguns requisitos devem estar presentes. São eles: vontade hipotética das partes no sentido da nulidade parcial, necessidade de observância dos dispositivos legais e boa-fé³⁸. Seria exemplo em que essa hipótese se aplicaria o naufrágio de um navio carregado de peças de bronze, cuja compra havia sido ajustada nos termos do art. 460, que vem a afundar no mar.

Entendemos que entre nulidade total e nulidade parcial, deve ser analisado o interesse da parte prejudicada na manutenção do negócio na parte subsistente, para que ela não seja duplamente prejudicada.

Por último, quanto à omissão de circunstância determinante para a celebração do negócio jurídico, entendemos tratar-se da hipótese prevista pelo art. 147, que regulamenta a omissão dolosa. Nessa situação, estaríamos diante de uma hipótese de vício do consentimento, dolo, que possibilitaria a anulação do negócio jurídico pela parte prejudicada, por força do disposto no artigo 171, II. Considerando ser hipótese de anulabilidade do negócio jurídico, corre prazo decadencial de quatro anos para que se pleiteie a anulação, contados a partir do dia em que se realizou (celebração do contrato), conforme dispõe o art. 178, II.

Conclusão: Entendemos que, no caso do art. 461, é possível falar tanto em anulabilidade como em nulidade. Todavia, como o regime da nulidade é mais gravoso que o regime da anulabilidade, concorrendo os dois regimes, a nulidade prevalece se esse for o interesse da parte lesada, ainda que surja a possibilidade de nulidade parcial no caso de vir a existir parte da coisa objeto do contrato.

³⁷ Para Clóvis Beviláqua e Carvalho Santos, caso a coisa viesse a perecer, o contrato seria nulo por falta de objeto, e caso a coisa estivesse deteriorada, o negócio seria anulável por conta do alienante. A esse respeito, confira-se: BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943. v. IV, p. 284; e SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. XV, p. 423.

³⁸ Confira-se: MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 189.