

SOBRE OS CONTRATOS ALEATÓRIOS

論射倖契約

On Aleatory Contracts

Jorge Godinho

Professor Associado do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, Algarve, Portugal

Professor Visitante, Universidade de Macau

Resumo: Este texto procede a uma análise geral da categoria dos contratos aleatórios. É traçada a evolução histórica, dogmática e legislativa desta categoria.

No apuramento do que seja um contrato aleatório procura-se distinguir entre uma análise estrutural (a mais comum, mas que é ainda muito abstracta) e uma análise funcional (que é mais próxima dos propósitos das partes). Nesta linha, é proposta uma separação de base dos contratos aleatórios entre contratos aleatórios de risco e contratos aleatórios de chance.

Os principais contratos aleatórios mencionados na exposição são os contratos de seguro, os contratos de jogo (jogos, apostas e lotarias) e os *swaps*.

São ainda abordadas várias controvérsias em redor destes contratos, nomeadamente a questão de saber se existe uma chamada «excepção de jogo» e a de saber se os contratos de seguro não serão contratos aleatórios.

Palavras-chave: Álea; contratos aleatórios; risco; chance; seguro; jogo; *swaps*; excepção de jogo; Código Civil; Código Comercial.

摘要：本文對射倖契約這一類型進行了總體分析。首先梳理了射倖

契約在歷史、理論與立法層面的發展脈絡。在界定何謂射倖契約時，文章區分了基於結構性分析（雖為主流，卻仍偏於抽象）與功能性分析（更貼近當事人意圖）兩種不同的方法論。基於此，本文提出將射倖契約基本劃分為風險型射倖契約與機會型射倖契約兩大類。

在本文中提及的主要射倖契約包括：保險契約、賭博契約（涵蓋賭博、打賭與彩票）以及掉期契約。此外，亦討論了若干圍繞射倖契約所展開的重要爭議問題，特別是關於是否存在所謂「賭博抗辯」之例外，以及保險契約是否應被歸類為真正的射倖契約的理論爭議。

關鍵詞：射倖因素；射倖契約；風險；機會；保險契約；賭博契約；掉期契約；賭博抗辯；《民法典》；《商法典》

Abstract: This text conducts a general analysis of the category of aleatory contracts. It traces the historical, dogmatic, and legislative evolution of this category. In determining what constitutes an aleatory contract, a distinction is made between a structural analysis (the most common, but still highly abstract) and a functional analysis (which is closer to the parties' purposes). Along these lines, a basic separation of aleatory contracts into risk-based aleatory contracts and chance-based aleatory contracts is proposed. The main aleatory contracts mentioned in the discussion are insurance contracts, gaming contracts (games, bets, and lotteries), and swaps. Several controversies surrounding these contracts are also addressed, notably the question of whether there exists a so-called “gaming exception” and whether insurance contracts are not, in fact, aleatory contracts.

Keywords: Aleatory; aleatory contracts; risk; chance; insurance; gaming; swaps; gaming exception; Civil Code; Commercial Code.

I. Introdução

1. Objecto de estudo

Este texto¹ procura tecer algumas considerações sobre os contratos

1 Jorge Godinho é professor associado do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, Portimão, Algarve, Portugal, onde lecciona sobretudo direito penal; é professor visitante da Universidade de Macau, onde lecciona direito penal e direito do jogo e exerceu as funções de coordenador do mestrado em *International Business Law*. É investigador associado do CEAD Francisco

aleatórios, tendo como enquadramento normativo o ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) da República Popular da China. A perspectiva a seguir é fundamentalmente de direito privado.

Por economia de meios, a análise tomará sobretudo os contratos aleatórios mais importantes na teoria e na prática como pontos de ilustração, a saber: os contratos de seguro, os contratos de jogo e os derivados de crédito (neste caso, os *swaps* em particular).

2. Contratos gratuitos vs contratos onerosos

O ponto de partida da análise tem necessariamente de ser a grande distinção dos contratos entre contratos *gratuitos ou a título gratuito* e contratos *onerosos ou a título oneroso*. Uma distinção que faz parte da doutrina corrente, já que consta de todos tratamentos da teoria geral do direito civil e dos contratos em geral.

Assim, afirma-se nomeadamente que, num contrato gratuito, «cada uma das partes dele retir[a] tão-só vantagens ou sacrifícios»²; há neles o propósito de fazer uma liberalidade (*animus donandi*). O equilíbrio das prestações não existe porque precisamente não é suposto existir: não há contrapartida, equivalente ou correspondente. Num contrato gratuito pretende-se «proporcionar uma vantagem à outra parte»³. O caso paradigmático é o contrato de doação.

Por outro lado, afirma-se que, num contrato oneroso, há «esforços económicos para ambas as partes, em simultâneo e com vantagens correlativas»⁴, ou seja, «é estipulado um sistema de contrapartidas»⁵, de modo que «ambas as partes suportam esforços económicos, ainda que não sejam rigorosamente paralelos»⁶. Neles podemos encontrar «atribuições patrimoniais de ambas

Suárez. O presente texto por vezes retoma, por vezes sumaria e noutros casos desenvolve várias considerações que foram tecidas em *Direito do Jogo*, vol. 1, Macau: Fundação Rui Cunha, 2016. É devido um agradecimento à organização da conferência pelo simpático convite. É igualmente devido um agradecimento à Universidade de Macau pelo apoio gentilmente concedido para a conclusão deste estudo. O autor pode ser contactado através de jg.macao@gmail.com.

- 2 A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. VII, *Direito das obrigações. Contratos. Negócios unilaterais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimpr. da 1.^a ed. do tomo II da parte II de 2010), p. 201.
- 3 CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 5.^a ed., Gestlegal, Coimbra, 2020, p. 401.
- 4 A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. VII, (n. 2), p. 201.
- 5 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 451.
- 6 A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 599, referindo-se ao contrato de seguro.

as partes, existindo, segundo a perspectiva destas, um nexó ou relação de correspondência entre as referidas atribuições patrimoniais (normalmente traduzidas em prestações). Cada uma das partes faz uma atribuição patrimonial que considera retribuída ou contrabalanceada pela atribuição da contraparte. (...) Não é necessário um equilíbrio ou uma equivalência das prestações ou atribuições patrimoniais, consideradas pelo seu valor objectivo ou normal»⁷. O paradigma é a compra e venda⁸.

3. Contratos onerosos: comutativos vs aleatórios

A separação fundamental a que acabámos de fazer breve referência é geralmente seguida de uma subdistinção dos contratos onerosos entre contratos comutativos e contratos aleatórios⁹.

Esta subdistinção assenta no facto de que os contratos aleatórios não encaixam de modo plenamente satisfatório na bipartição tradicional entre contratos onerosos e gratuitos. Com efeito, num contrato aleatório pode haver, por norma, um desequilíbrio económico — o que, no entanto, não corresponde a um contrato gratuito.

Assim, a doutrina considera que os contratos aleatórios, no essencial, são contratos onerosos, embora aqui a onerosidade tenha de ser entendida de modo hábil. Nas palavras de CARLOS MOTA PINTO a onerosidade «consiste na circunstância de ambas [as partes] estarem sujeitas ao risco de perder, embora, no final de contas, só uma venha a ganhar»¹⁰; para GALVÃO TELLES, «aqui, a onerosidade resulta, não da reciprocidade de atribuições patrimoniais certas, mas da reciprocidade de expectativas e riscos»¹¹. A perspetivação da onerosidade de

7 CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 5.^a ed. (n. 3), p. 400 s, p. 403.

8 Cfr. o art. 933.º do Código Civil de Macau, que manda aplicar as normas da compra e venda «aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas».

9 A distinção entre contratos comutativos e aleatórios é normalmente vista como respeitando apenas aos contratos onerosos; assim, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1983 (6.^a reimpr.), p. 57; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 1979, p. 333. Cabe referir que PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS operam uma tripartição entre negócios comutativos, aleatórios e parciários; cfr. *Teoria geral do direito civil*, 9.^a ed. (n. 5), p. 452 ss.

10 CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 5.^a ed. (n. 3), p. 403.

11 INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.^a ed., Coimbra Editora,

um contrato aleatório faz-se *ex ante*.

4. A álea na base do negócio

Procurando agora aprofundar em que consiste a álea, afirma-se geralmente que se trata de um risco sobre o qual se negocia. MENEZES CORDEIRO afirma¹²:

Um negócio é aleatório quando, no momento da sua celebração, sejam desconhecidas as vantagens patrimoniais que dele derivem para as partes.

Repare-se, contudo, que esse desconhecimento, que dá a margem de álea, deve ser da própria natureza do contrato, em moldes tais que ele não faça sentido de outra forma. Por exemplo, um contrato de seguro é aleatório: ele pressupõe o desconhecimento da ocorrência e do montante do dano que a seguradora seja, eventualmente, chamada a suportar. Típicos negócios aleatórios são, por excelência, os contratos de jogo ou de aposta.

Os contratos aleatórios têm como aspecto fundamental uma incerteza. O desconhecimento do que se irá ou poderá passar é a realidade em que o contrato assenta e faz parte do conteúdo do contrato. É com este risco ou «estado de incerteza» que o contrato trabalha: é porque não se sabe, por exemplo, se um sinistro irá ocorrer, se as taxas de juro irão subir ou descer¹³, ou quais serão as próximas cartas a sair do baralho, ou qual o resultado produzido por um gerador de números aleatórios (*random number generator*) que o contrato faz sentido, como forma de enquadrar e responder a riscos e eventos imprevistos. Nos

Coimbra, 2010 (reimpressão), p. 483.

- 12 A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, *Parte geral*, tomo I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 478.
- 13 JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os instrumentos financeiros*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014, 128, referindo-se aos derivados, afirma que estes «são instrumentos financeiros tipicamente estocásticos e aleatórios — isto é, geneticamente assentes no risco (...) trata-se de negócios em que o “risco” fornece o próprio objecto contratual, no sentido em que as partes contratantes, mais do que simplesmente celebrá-los num estado de défice informativo, visam justamente negociar sobre tal incerteza, fazendo desta a verdadeira causa e objecto negociais». Na 3.^a ed. afirma, de modo mais resumido, que os derivados têm «natureza aleatória — no sentido em que, mais do que meramente possuírem um significado patrimonial para uma ou para ambas as partes que não é possível determinar de antemão, são contratos em que é o risco e a incerteza que fornece a própria causa e objecto (mediato) do contrato»; José Engrácia Antunes, *Os instrumentos financeiros*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 176.

contratos aleatórios «as partes aceitam como típico ou próprio do contrato que, em consequência de circunstâncias fortuitas, uma delas possa ganhar e a outra possa perder»¹⁴. Por isso, uma ou todas as atribuições patrimoniais não são certas à partida¹⁵. Para CARLOS MOTA PINTO, «[n]os contratos aleatórios as partes submetem-se a uma álea, a uma possibilidade de ganhar ou perder»¹⁶.

Diferentemente dos contratos comutativos, em que as partes negociam grandezas económicas mais ou menos conhecidas ou delimitadas, nos contratos aleatórios dá-se a incorporação no contrato de um elemento abertamente imprevisto – sorte ou azar, sinistro, flutuações económico-financeiras, ou outro –, cuja possível ocorrência, evolução, desfecho ou forma de concretização, à partida desconhecida das partes, é central no conteúdo do contrato. Do desfecho de tal incerteza pode resultar um desequilíbrio económico significativo entre as prestações. Pode mesmo ocorrer, na formulação de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, uma repartição unilateral dos custos e dos benefícios: a uma das partes cabem os custos, à outra parte cabem os benefícios¹⁷.

II. A evolução dos contratos aleatórios

5. o surgimento da categoria dos contratos aleatórios

A conceptualização dos contratos aleatórios é o resultado de uma evolução secular. O reconhecimento desta categoria dogmática específica resulta de um exercício de abstracção, feito na base de diversas figuras contratuais, algumas das quais com séculos de existência.

Com efeito, a contratação de índole aleatória tem uma longa história. É possível assinalar, desde logo, o contrato de risco ou câmbio marítimo (empréstimo para grandes riscos de mar, *phoenus nauticum*, *prêt à la grosse aventure* ou *bottomry loan*), um contrato de origem grega e romana que era a um tempo financiamento e seguro, pelo qual o dono do navio recebia o preço da mercadoria antes da viagem, mas teria de restituir o capital com juros muito altos se a

14 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil* (n. 5), p. 453.

15 NUNO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 131 ss.

16 CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 5.^a ed. (n. 3), p. 403.

17 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 158.

viagem tivesse sucesso¹⁸. Tratava-se de um mútuo com características aleatórias quanto ao reembolso. Este contrato caiu em desuso, tendo sido substituído pela contratação em separado do financiamento da viagem e do seguro dos riscos de mar¹⁹. Ainda consta do Código Comercial português de 1888 (arts. 656.º ss). O Código Comercial de Macau de 1999 já não o prevê.

O seguro é uma realidade mais recente, que surgiu no âmbito do comércio marítimo a partir do século XIII nas cidades italianas²⁰. A sua autonomização passou pela sua distinção clara em relação à aposta. O sector segurador afirmou-se como actividade empresarial legítima, útil para a economia e especialmente para apoiar o então muito arriscado comércio marítimo. Os estudiosos do direito dos seguros, aceitando que os contratos de seguro lidam com risco e incerteza, sublinharam que o seguro não é um contrato de jogo *lato sensu*, mas sim uma espécie contratual distinta²¹.

Quanto aos contratos de jogo *lato sensu* (incluindo jogos, apostas e lotarias), apesar de terem obviamente origens multimilenares, só mais recentemente se juntaram ao leque dos contratos aleatórios. Tal deu-se por ocasião da viragem, no século XVIII, que conduziu a aceitar a existência de contratos de jogo que podem gerar obrigações naturais. O que ocorreu, no espaço germânico, com o Código Civil da Saxónia de 1863, o *Allgemeines Landsrecht* de 1794, e ainda o projecto de Dresden sobre obrigações de 1866, que incluiu uma secção sobre «contratos de sorte» ou *Glücksverträge*²². No espaço francófono, em 1804 o *Code Civil* veio prever os contratos aleatórios, onde surgiu a possibilidade de criação

18 Cfr. a noção legal do art. 1621.º do Código Comercial de 1833 (Ferreira Borges): «Contrato de risco, ou câmbio marítimo, é uma convenção de empréstimo de dinheiro, na qual o emprestador, que se chama dador de risco, estipula do mutuário, que se denomina tomador, um interesse por preço dos perigos de mar, que toma sobre si, ao qual se chama prémio, aceita e adquire hipoteca ou responsabilidade especial ao objecto sobre que recai o empréstimo, e sujeita-se a perder todo o direito à soma emprestada, perecendo o objecto hipotecado no tempo e lugar, e pelos riscos convencionados, reconhecendo que só terá direito à restituição do capital e cobrança do prémio no caso único do complemento feliz da especulação marítima projectada». Sobre o *phoenus nauticum*, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros* (n. 6), pp. 54 ss.

19 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco* (n. 17), p. 268.

20 Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros* (n. 6), pp. 59 ss.

21 Cfr. o texto pioneiro de PEDRO SANTERNA LUSITANO (1460-1521; PETRUS SANTERNA LUSITANUS ou PEDRO DE SANTARÉM), escrito cerca de 1498; a primeira edição foi publicada em Veneza em 1552. Cfr. PEDRO SANTERNA LUSITANO, *Tractatus de assecurationibus et sponsonibus, nunc primum luce donatus*, 2.ª ed, Grémio dos Seguradores, Lisboa, 1971 (inclui o original em latim e traduções para português, inglês e francês).

22 Cfr. ANTONIO CAPPUCCIO, 'Rien de mauvais'. *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Giappichelli, Turim, 2011, p. 171.

de obrigações naturais.

Na Alemanha, SAMUEL PUFENDORF (1632-1694)²³ e CHRISTIAN WOLFF (1679-1754)²⁴ referiram-se a *contractibus qui aleam continent*.

Em França, o contributo de ROBERT POTHIER (1699-1772)²⁵ foi particularmente importante. A lição de POTHIER sobre os contratos aleatórios passou para o *Code Civil* de 1804, que consagrou expressamente a categoria dos contratos aleatórios.

Em suma, a categoria dogmática dos contratos aleatórios – que era desconhecida do direito romano –, afirmou-se com o jusnaturalismo do século XVIII, abrangendo o *phoenus nauticum*, o seguro, o jogo e outros contratos e teve consagração directa logo nas primeiras codificações.

6. O Código Civil de 1867

O Código Civil Português de 1867 seguiu em muitos aspectos o *Code Civil*. Desde logo, incluiu uma categoria genérica denominada «contratos aleatórios» em que os contratos de risco, de seguro, de jogo e de aposta foram nomeados como espécies. Os artigos 1537.º a 1539.º do Código de 1867 procederam à caracterização do género e, indo mais longe do que o *Code*, das espécies. O género foi definido da seguinte forma:

Artigo 1537.º

É contrato aleatório aquele, pelo qual uma pessoa se obriga para com outra, ou ambas se obrigam reciprocamente, a prestar ou fazer cousa certa, dado certo facto ou acontecimento futuro incerto.

23 SAMUEL PUFENDORF, *De jure naturae et gentium, libri octo*, 1672, livro V, cap. IX, *De contractibus qui aleam continent* (sobre contratos que contêm riscos); este capítulo trata das apostas, do jogo, das lotarias e dos seguros; cfr. a tradução inglesa de BASIL KENNETT, *Of the law of nature and nations, eight books*, 4.ª ed., J. Walthoe, R. Wilkin et al, Londres, 1729, pp. 409 ss. Cfr. uma discussão mais resumida em SAMUEL PUFENDORF, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo*, XIII, 1673; trad. a cargo de Andrew Tooke, de 1691, com várias edições: JAMES TULLY (ed.) e MICHAEL SILVERTHORNE (trad.), *On the duty of man and citizen according to natural law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 102 s.; e IAN HUNTER e DAVID SAUNDERS (eds.), *The whole duty of man according to the law of nature*, Liberty Fund, Indianapolis IN, 2003, p. 154 s.

24 CHRISTIAN WOLFF, *Ius naturae, methodo scientifica pertractatum*, parte V, cap. 2 (*De contractibus qui aleam continent*), Libraria Rengeriana, Magdeburgo, 1745, pp. 189 ss.

25 M. SIFFREIN, *Oeuvres de Pothier*, nouvelle édition, vol. 6, *Traité des contrats de dépôt, de mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu*, Paris, 1821; o *Traité du jeu* consta das pp. 422-467.

A categoria, tal como aqui surge, tem que ver com obrigações ou prestações que são colocadas na dependência de factos ou acontecimentos incertos. De seguida, foram delimitados os contratos de risco e de seguro, de acordo com um critério estrutural:

Artigo 1538.º

Se a prestação é em todo o caso obrigatória e certa para uma das partes, e a outra só é obrigada a prestar ou fazer alguma coisa em retribuição, dado um determinado evento incerto, o contrato aleatório diz-se de risco ou de seguro.

A nota característica dos contratos de risco e de seguro foi vista no facto de a prestação ser certa para uma parte (o segurado, em vista da obrigação de pagamento do prémio) e incerta para outra (a seguradora no contrato de seguro, o mutuário no contrato de risco, dependendo da verificação ou não do risco coberto ou do sucesso da viagem). No jogo as coisas passar-se-iam na base de uma estrutura diversa:

Artigo 1539.º

Se a obrigação de fazer ou prestar alguma coisa é comum, e deve necessariamente recair em uma das partes, conforme a alternativa do evento, este contrato aleatório chama-se jogo ou aposta.

No jogo, diz-se, a obrigação é «comum», mas após a execução do jogo só uma das partes irá prestar, de acordo com o desfecho.

Estas disposições do Código Civil de 1867 foram muito criticadas por CUNHA GONÇALVES²⁶. Como resultado, este critério estrutural de contraposição dos vários subtipos de contratos aleatórios foi abandonado.

7. O Código Civil de 1966

Neste quadro, o Código Civil de 1966 deu vários passos atrás e prescindiu mesmo de usar a categoria dos contratos aleatórios. Entendeu-se que o Código Civil não deve mencioná-los enquanto categoria geral; a regulamentação deveria incidir apenas sobre as várias espécies de contratos aleatórios que seja necessário

26 LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1934, p. 298 e pp. 306 ss. Cfr., em detalhe, JORGE GODINHO, *Direito do jogo*, Fundação Rui Cunha, Macau, 2016, pp. 117 ss.

regulamentar²⁷. Os contratos aleatórios, desta forma, são hoje temas da parte especial. Assim, a categoria geral dos contratos aleatórios passou a ter uma relevância essencialmente doutrinal.

8. Os Códigos Civil e Comercial de Macau de 1999

Os regimes de vários contratos aleatórios ou que podem ter natureza aleatória são previstos em pontos diversos do Código Civil e do Código Comercial.

No Código Civil encontramos o jogo e a aposta²⁸, a renda vitalícia e a fiança²⁹; a que acresce a compra e venda com carácter aleatório³⁰.

O Código Civil de Macau de 1999 não trouxe novidades de grande monta na matéria dos contratos aleatórios, salvo a nova regulamentação dos contratos de jogo e de aposta (art. 1171.º). A actual regulamentação do jogo tolerado encontra-se no Código Civil de 1999, que apresenta uma certa evolução em relação ao Código de 1966. O Código de 1999 não se limitou a reproduzir o regime anterior, tendo inovado em alguns aspectos. A regulamentação consiste no artigo 1171.º, o único do Capítulo XIII (Jogo e Aposta) do Título II (Dos Contratos em Especial) do

27 INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, «Contratos civis», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, Fevereiro de 1959, pp. 181 ss.

28 Não é feita qualquer referência à lotaria; sobre o contrato de lotaria, cfr. JORGE GODINHO, *Direito do jogo* (n. 26), pp. 196 ss.

29 Sobre a natureza aleatória da fiança, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 119 ss.

30 O contrato de compra e venda pode validamente revestir natureza aleatória, não sendo da sua essência a natureza comutativa. Nas modalidades da compra e venda em que o contrato adquire um carácter aleatório o comprador assume o risco de «perder uma aposta», isto é, poderá ter de pagar o preço de coisas que não vai receber. A matéria acha-se regulada no Código Civil de 1999 em termos idênticos ao Código de 1966. O artigo 871.º prevê a venda de bens de existência ou titularidade incerta, em que o carácter aleatório é a regra supletiva, sem prejuízo de poder ser retirada pelas partes tal natureza aleatória; se não for retirada, «é devido o preço, ainda que os bens não existam ou não pertençam ao vendedor». O artigo 870.º prevê a venda de bens futuros, frutos pendentes e partes componentes ou integrantes (impondo ao vendedor uma obrigação de exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos), em que a regra supletiva é a natureza comutativa do contrato, mas pode-lhe ser conferida pelas partes natureza aleatória nos termos do seu n.º 2: «Se as partes atribuírem ao contrato carácter aleatório, é devido o preço, ainda que a transmissão dos bens não chegue a verificar-se». O n.º 1 do artigo 467.º do Código Comercial português refere igualmente esta matéria. Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contratos em especial*, 2.ª ed., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1996, pp. 61-62, que observa que ao estabelecer-se um contrato de compra e venda «com carácter aleatório, assumindo-se um determinado risco, certamente o preço acordado será inferior ao que seria normal; o comprador corre o risco na expectativa de obter o bem por um preço inferior».

Livro II (Direito das Obrigações). Trata-se de uma regulação escorreita, embora complexa, que não incorreu nos vícios do Código Civil de 1966 e alijou a carga ideológica de forte oposição ao jogo que o caracterizava³¹.

O contrato de seguro foi objecto de uma regulamentação desenvolvida no Código Comercial (arts. 962.º-1063.º)³², onde também se encontra regulado o contrato de reporte (arts. 831.º-839.º).

No que diz respeito a instrumentos financeiros de índole aleatória, são apenas mencionados na lei bancária sob um prisma regulatório³³.

Note-se que a inserção sistemática dos contratos aleatórios quer no Código Civil quer no Código Comercial tem um traço comum: há uma visível tendência para colocar os contratos aleatórios no final dos elencos legais. No Código Civil de Macau os contratos de renda vitalícia e de jogo e aposta ocupam o antepenúltimo e o penúltimo capítulo (XII e XIII) do Título II do Livro II; no Código Comercial de Macau o contrato de seguro ocupa o último Título (XVIII) do Livro III. Esta sistematização claramente pouco abonadora revela com nitidez um legado cultural de desconfiança para com contratos aleatórios.

III. Tipologias: a função dos contratos aleatórios

9. Contratos de risco vs contratos de chance

Como vimos, os contratos aleatórios são hoje figuras jurídicas ou temas que vivem nas partes especiais dos códigos e na legislação extravagante. Vimos também que um critério estrutural não permite avançar neste domínio e estabelecer

31 E que se poderá eventualmente reconduzir ao próprio António de Oliveira Salazar (1889-1970). Nas palavras de IRENE VAQUINHAS, Salazar encarava o jogo «sob o ponto de vista ético, ou seja, como portador de uma maldade congénita, identificado como um atentado à moral e aos bons costumes», logo incompatível com certas representações de base do regime; cfr. IRENE VAQUINHAS, *O casino da Figueira: sua evolução histórica desde o Teatro-Circo à actualidade*, 2.ª ed., Palimage, Lisboa, 2013, p. 210. Em todo o caso, cabe reconhecer que foi em 1961 (durante o seu mandato como Presidente do Conselho de Ministros), que ocorreu em Macau uma grande viragem na exploração dos jogos de fortuna ou azar, com a implementação do modelo de concessões de Portugal criado em 1927.

32 Para um conspecto, cfr. JORGE GODINHO, *Macau business law and legal system*, Lexis Nexis, Hong Kong, 2007, pp. 141 ss.

33 O Regime Jurídico do Sistema Financeiro (Lei n.º 13/2023, de 14 de Agosto), delimita o âmbito das operações que só as instituições financeiras podem realizar, onde inclui nomeadamente: «Transacções, efectuadas por conta própria ou por conta de clientes, sobre valores mobiliários negociáveis no mercado financeiro, instrumentos financeiros a prazo e opções e operações sobre divisas, taxas de juro e outros instrumentos financeiros»; artigo 21.º, n.º 1, 5).

uma tipologia ampla de contratos aleatórios.

Os elementos até aqui apontados são comuns aos contratos aleatórios paradigmáticos, o seguro e o jogo: ambos são contratos patrimoniais, sinalagmáticos, onerosos e, sobretudo, aleatórios. A dificuldade reside em isolar os elementos separadores. Cremos que a distinção passa por apurar as diversas funções que os contratos aleatórios podem cumprir. Cabe lançar mão de um critério funcional, operando uma bipartição dos contratos aleatórios entre contratos de risco e contratos de chance.

Com efeito, se é certo que o jogo e o seguro são ambos contratos aleatórios, esta categoria bifurca de modo muito claro. Usando a linguagem dos mercados financeiros, poder-se-á afirmar que do regime legal resulta que no seguro só pode haver «*risk aversion*»: sinistros que se querem evitar, ou pelo menos as suas consequências, através de formas de minimizar as perdas que possam ocorrer. O seguro, por lei, visa apenas indemnizar o valor de interesses existentes, evitando um empobrecimento, e não permite a obtenção de lucros. Em termos sociológicos, o seguro alimenta-se de medos racionais, perigos e ameaças objectivas, de que se procura fugir com racionalidade, cautela e prudência, para assim encontrar um refúgio de paz e tranquilidade, evitando naufrágios financeiros ou pelo menos minimizando os potenciais danos³⁴. Dir-se-ia que, em termos sociológicos, no seguro nenhuma das partes perde: com a celebração do contrato o segurado alcança a cobertura do risco e a seguradora mais um cliente.

No jogo, pelo contrário, pode haver «*risk appetite*»: existe uma intenção de obter lucros, prémios ou outros bens. Há uma busca activa da chance de obter um efectivo incremento patrimonial, um enriquecimento³⁵. Os contratos de jogo são agressivos, quase «bélicos», abertamente confrontacionais e especulativos, não lhes sendo alheia a emotividade ou adrenalina causada pelo próprio desafio, e destinam-se a apurar um vencedor e um vencido.

Assim, os contratos aleatórios podem ter *funções* diametralmente opostas.

Por um lado, podem servir para a redução, «neutralização», «gestão científica», cobertura ou *hedging* do risco, encarado como um perigo potencial ou

34 Em Portugal, os nomes das empresas seguradoras transmitem esta ideia de modo claríssimo: fala-se em segurança, confiança, tranquilidade, fidelidade, etc. Do lado do consumidor, podemos ver como arquétipo o segurado que dorme o seu sono descansado, sabendo que nada deve temer mesmo na pior das hipóteses porque tudo está devidamente acautelado.

35 No jogo, e em especial nos casinos físicos, apela-se ao entretenimento, ao divertimento, à sorte, à evasão, ao sol, a viagens imaginárias (são inúmeros os casinos cujo tema é uma cidade ou ponto geográfico, nos quais o visitante é «transportado» para outro local), a vivências de um mundo abastado ou de luxo. Do lado do consumidor, podemos ver como arquétipo o jogador acordado num casino que funciona 24 horas por dia, jogando e arriscando, com a plena consciência de poder perder ou ganhar bastante dinheiro num curto espaço de tempo.

algo de negativo (um «sinistro», na sugestiva linguagem dos seguros). Por outro lado, podem servir para a exposição ao incerto, por via de uma busca activa da chance de ganhar, aqui no sentido de especulação que se procura fazer, apostando.

Assim, cremos que há que estabelecer uma divisão no interior dos contratos aleatórios entre duas grandes tipologias: contratos de risco versus contratos de chance.

A face negativa da álea é o risco. «Enquanto potencialidade causadora de danos ou enquanto eventualidade agravada de insolvência ou de atentado à integridade de um direito, o “risco” apresenta-se como um conceito indeterminado. O sentido do seu preenchimento não oferece dúvidas: trata-se da face negativa de uma álea considerável»³⁶.

A face positiva da álea é a chance: a possibilidade ou oportunidade de obter um efectivo incremento patrimonial. Esta terminologia parece justificada. A palavra «chance» é um galicismo perfeitamente enraizado em Portugal³⁷, incluindo na linguagem jurídica, onde ingressou no debate da questão da indemnização da perda de chance.

Assim, de um lado estão os contratos que visam eliminar ou pelo menos gerir ou minimizar incertezas ou riscos de perdas, em que se procura obter «protecção» através de uma adequada gestão dos perigos potenciais (*risk management*) com vista a de preferência suprimir ou pelo menos limitar um empobrecimento que possa ocorrer, o que se faz pela cobertura do risco, que dá a garantia de não perder, mas não dá qualquer hipótese de ganhar; o caso paradigmático é o contrato de seguro.

De outro lado estão os contratos que visam uma exposição activa ou intencional à chance de ganhar ou enriquecer. São contratos de chance, que dão a hipótese de obter um lucro. O caso paradigmático é constituído, claro está, pelos contratos de jogo.

Podem ocorrer contratos aleatórios mistos ou de transição, que podem ser, na prática, contratos de risco (que visam não empobrecer) ou contratos de chance (que visam enriquecer).

Chegamos assim ao seguinte quadro de contratos aleatórios:

- de mitigação de riscos, previdência ou seguro;
- de exposição a chances de lucro ou especulativos;
- mistos.

Parece-nos, pois, indispensável proceder a uma análise de índole funcional.

36 Assim, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros* (n. 6), p. 537. Ou ainda: «o risco exprime a vertente negativa da álea: a do perigo de um mal»; p. 539.

37 Bem como noutras línguas. Dada a sua consolidada utilização em português, tendo-se já largamente perdido a consciência de que se trata de um galicismo, é dispensável o itálico.

Se uma álea é criada ou recebida e negociada num conteúdo contratual tal basta para considerar que se trata de um contrato aleatório. O que, note-se, não acarreta desde logo qualquer juízo de (des)valor. A questão seguinte a colocar será a de saber que função económico-social cumpre o contrato em relação a essa incerteza que nele é prevista.

Refira-se que os autores que descartam a função económico-social, não lhe assinalando qualquer papel no direito dos contratos, ficam desprovidos deste ângulo para diferenciar casos de fronteira³⁸.

O tema da causa dos contratos é objecto de uma controvérsia perene, que não cabe aqui desenvolver. Entre visões negativistas, que recusam à causa qualquer papel³⁹, e visões que a recuperam, dir-se-ia que tende a prevalecer nos debates mais recentes uma visão da causa como causa objectiva, entendida como função económico-social, que é elemento do conteúdo⁴⁰. Para Carlos Ferreira de Almeida, a função económico-social de um contrato «é o elemento que indica a sua finalidade metajurídica, fundamental e global»⁴¹. Como quer que seja em

38 A. MENEZES CORDEIRO assim procede em tese geral (cfr. n. 39), mas não deixa de assinalar neste contexto preciso, numa secção dedicada às «figuras afins» dos *swaps*, em que elenca o jogo e aposta, que «o jogo e a aposta têm componentes lúdicas»; A. MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 886. É muito marcada neste Autor a insistência na função de «gestão científica» do risco que preside ao seguro e aos derivados. Nesse sentido afirma: «À partida o *swap* não cria um risco: este advinha já do mercado e das flutuações de taxas juros, que deles resultem. O *swap* vai, tão-só, gerir “cientificamente” esse risco, distribuindo-o pelas partes em termos que tenham por equitativos. Não se confunde, pela ambiência, pela função e pelo regime, com o jogo e a aposta: desde que decididamente usado» (p. 886; itálico nosso). Estes argumentos não convencem. Parece estar aqui presente uma visão idealizada dos *swaps*, como tendo funções de seguro apenas; e uma visão simplista do jogo, como sendo apenas o jogo tolerado ou «desorganizado», totalmente aleatório ou mesmo passional. De resto, no jogo organizado é a todos os títulos evidente que os casinos e as casas de apostas e de lotarias fazem uma gestão não menos científica dos seus riscos, na base da matemática e do cálculo de probabilidades.

39 Assim, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. VII, *Direito das obrigações. Contratos. Negócios unilaterais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimpr. da 1.ª ed. do tomo II da parte II de 2010), p. 627, conclui, quanto às orientações objectivistas, que «a “causa” objectiva dos contratos apenas interessa, num nível extrajurídico, ao legislador, quando estabelece os diversos limites à autonomia privada» e que, em geral, «a causa dos contratos (...) não tem lugar no Direito civil».

40 Fundamental, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 95 ss; FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, *A parte geral do Código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 423 ss, que fala da causa enquanto função práctico-social do modelo ou tipo negocial.

41 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II* (n. 40), p. 100.

tese geral, a indagação da função económico-social parece constituir um tópico dotado de poder explicativo e clarificador no âmbito dos contratos aleatórios.

Com efeito, dizer-se que um contrato é aleatório é uma afirmação situada a um nível de análise estrutural, bastante abstracto, que não traz consigo qualquer tomada de posição sobre a função ou utilidade social de um qualquer contrato aleatório em concreto, uma discussão que necessita de mais elementos para ser feita.

Aplicando esta ideia aos contratos de jogo em sentido amplo (jogos, apostas e lotarias), estes podem ser classificados, de acordo com os critérios do direito privado comum, como:

- nominados (por terem designações legais);
- patrimoniais (com interesses económicos);
- onerosos (não gratuitos);
- sinalagmáticos;
- aleatórios (e não comutativos; baseados num risco ou incerteza, de cujo desfecho resulta que o que uma parte ganha é o que a outra parte perde) e, dentro destes, de chance ou busca de risco (de criação autónoma de incertezas patrimoniais);
- com função económico-social lúdica ou de entretenimento.

Estas classificações permitem isolar o conjunto dos contratos de jogo. Assim, os contratos de jogo são contratos patrimoniais, onerosos, aleatórios, de chance, com função lúdica.

10. O caso dos *swaps* e a «excepção de jogo»

As premissas que ficaram lançadas permitem progredir num campo onde têm surgido muitas controvérsias em anos recentes: os derivados em geral e, particular os *swaps* diferenciais de taxas de juro — que são contratos aleatórios⁴².

Sucede, porém, que os derivados podem servir funções diametralmente opostas: por um lado, podem significar uma cobertura de riscos ou limitação da exposição a riscos (*hedging*); por outro, podem representar uma pura especulação (uma «aposta»)⁴³.

A vertente puramente especulativa dos derivados deu origem à questão da admissibilidade da sua tutela jurídica, que tomou a forma da alegação de uma chamada «excepção de jogo». Esta questão foi levantada em múltiplos litígios sobre *swaps* que resultaram da crise financeira de 2008 e da descida drástica e inesperada das taxas de juro. A chamada «excepção de jogo» consiste na alegação

42 Cfr. *supra*, n. 13.

43 JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os instrumentos financeiros*, 3.ª ed. (n. 13), p. 168.

de que os contratos de *swap* redundariam em apostas, pelo que ser-lhes-ia aplicável o regime dos contratos de jogo, pelo que apenas gerariam obrigações naturais (e não obrigações civis). O tema deu origem a ampla jurisprudência e doutrina.

Cremos que importa desfazer um equívoco a este propósito: um contrato de *swap* pura e simplesmente não é um contrato de jogo ou de aposta. Parece estar subjacente à invocação de uma alegada «excepção de jogo» uma visão segundo a qual a regulação consagrada no Código Civil para os contratos de jogo e de aposta é, na prática, como que um regime geral dos contratos aleatórios, que seria potencialmente aplicável de modo residual a todos os contratos que assumam esta natureza e que não tenham um regime próprio previsto na lei. Com efeito, o Código Civil, ao enunciar conceitos desacompanhados de uma definição legal nos moldes habituais em direito privado, gera alguma indefinição e uma situação particularmente porosa. «Jogo» e «aposta» são conceitos algo abertos. Acresce o facto de que não existe uma definição doutrinal largamente aceite que possa contribuir decisivamente para suprir o silêncio do legislador. A situação que daqui resulta é algo ambígua sobre o próprio alcance da regulamentação prevista — que, por falta de fronteiras claras, parece adquirir um carácter expansivo, embora na realidade nada o autorize formalmente.

Como vimos, os contratos de jogo têm estrutura aleatória, função especulativa (como contratos de chance) e, para além disso, uma nota específica que é a sua função de entretenimento ou divertimento (*ludendi*), ou seja, uma função lúdica. É algo que permite operar uma distinção clara entre os contratos derivados (p. ex., os *swaps*) e os contratos de jogo. E, de resto, uma distinção de reguladores e supervisores — dos *swaps* se deve ocupar o regulador financeiro, do jogo o regulador respectivo. Os contratos de *swap* não são realidades do mundo do entretenimento ou do divertimento — mas sim do mundo financeiro. Não têm qualquer função lúdica.

Assim sendo, é totalmente inadmissível querer aplicar o regime dos contratos de jogo — a chamada «excepção de jogo» — a figuras contratuais que, mesmo sendo contratos aleatórios, não são contratos de jogo, de aposta ou de lotaria, visto que não desempenham objectivamente uma qualquer função lúdica.

11. Os contratos de seguro não são aleatórios?

Vimos já que o contrato de seguro é, de modo paradigmático, um contrato aleatório. É uma afirmação corrente na doutrina⁴⁴. O seguro baseia-se em riscos e incertezas.

44 Cfr. JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro. Notas para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 104 ss.

No entanto, alguma doutrina que se ocupa em especial do contrato de seguro parece pouco confortável com a afirmação de que este seria um contrato aleatório, e prefere acentuar a sua natureza comutativa e sinalagmática.

MARGARIDA LIMA REGO conclui que o contrato de seguro é um contrato comutativo na medida em que há uma troca de um risco por um prémio e, contestando a bipartição dos contratos onerosos em comutativos e aleatórios, defende que os contratos aleatórios são na realidade uma subespécie de contratos comutativos⁴⁵.

Em sentido próximo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO procura de algum modo dissolver a álea numa concepção ampla ou alargada do sinalagma, referida às atribuições patrimoniais⁴⁶:

O contrato de seguro tem sido considerado aleatório. Com efeito, uma importante prestação — o pagamento da indemnização, pelo segurador — depende da verificação (ou do conhecimento) de um facto futuro e incerto: o sinistro.

Na realidade, não é assim. O contrato de seguro atribui, a ambas as partes, vantagens patrimoniais, independentemente do sinistro. O segurador recebe o prémio. O segurado alija o risco e pode ordenar a sua vida em função do inerente benefício. A dimensão financeira interessa a todos.

O contrato de seguro é, pois, um contrato sinalagmático que, no seu funcionamento, comporta um factor de aleatoriedade.

Cremos que se incorre aqui no vício de identificar contratos aleatórios com contratos de jogo.

Em geral, não cabe minimizar a estrutura aleatória dos contratos de seguro, nomeadamente tratando-a como um subproblema dos contratos comutativos.

A natureza aleatória é uma característica estrutural, mas ainda algo abstracta e vaga, que nada transmite sobre as funções que os contratos aleatórios são chamados a desempenhar. Quando se afirma que um contrato é aleatório ainda nada é dito sobre a função económica e social que esse contrato desempenha. Nada há de pejorativo na afirmação de que um seguro é um contrato aleatório.

A álea é a chave de leitura da particular estrutura e das funções que estes contratos podem desempenhar, que está na base de problemáticas próprias. Os

45 MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 392-427, esp. p. 405. Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco* (n. 17), p. 159.

46 A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros* (n. 6), p. 600.

contratos aleatórios são uma aquisição cultural particularmente inteligente pela qual o Direito lida com incertezas e com o desconhecido.