O NOVO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO – A REFORMA DE 2002*

*por Carl Friedrich Nordmeier***

Introdução; A. 1 Os motivos da reforma – o anteprojeto, a influência européia e a realização da assim chamada “Große Lösung”; A.2 As mudanças na Parte Geral: da perturbação da prestação (Leistungsstörung), sobretudo da impossibilidade do cumprimento, e da prescrição (Verjährung); B.1 As novidades na Parte Especial, sobretudo no contrato de compra e venda; B.2 A integração de leis satélites; Conclusões; Bibliografia

Introdução

Poucas codificações no mundo vivenciaram uma história tão agitada como o Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil - BGB) alemão. Esta é uma das grandes obras da Codificação do Século XIX, tendo sua base científica na Pandectística alemã¹. Antes de entrar em vigor em 1 de janeiro de 1900, passou por uma fase de elaboração de 22 anos (de 1874 a 1896), na qual duas comissões criaram um código, cujo nível de abstração é bastante alto². Instalaram a divisão entre Parte Geral e Parte Especial; na primeira encontram-se regras para a aplicação das normas da segunda. Este conceito teve grande impacto em outras codificações do direito civil, que o adotaram. O Código Civil brasileiro, por exemplo, deve sua divisão em Parte Geral e Parte Especial ao BGB alemão³.

* Artigo elaborado e apresentado na disciplina “Teoria Geral dos Contratos - A Nova Crise Contratual”, da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ministrada no Semestre 2004/2 pela Profa. Dra. Cláudia Lima Marques, a quem o autor agradece a orientação e esta publicação. Os agradecimentos se estendem a Augusto Jaeger Junior, pela orientação adicional e pelas sugestões lingüísticas, e a Anna Luiza Trein, pela revisão do texto.

** Acadêmico de Direito na Universidade de Heidelberg, Alemanha, em fase de preparação para a realização do Primeiro Exame do Estado. Atualmente realiza estadia de estudos na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Cem nos de Código Civil alemão: O BGB de 1886 e o Código Civil brasileiro de 1916**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 741, 1997. p. 12.

² Os trabalhos no BGB/1900 analisa ZIMMERMANN, Reinhard. **Schuldrechtsmodernisierung? Juristenzeitung**. Tübingen: Mohr Siebek, v. 4, 2001. p. 171 e seg.

³ Compare MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 13.

Como centro e seio⁴ do direito civil, o BGB sobreviveu ao fim do Império alemão, à I. Guerra Mundial, à República de Weimar, à ditadura nazista e, com ela, à II. Guerra Mundial e acompanhou o nascimento e crescimento da República Federal da Alemanha até hoje. A mudança de valores jurídicos e sociais no decorrer do tempo sempre exigiu reformas para adaptar a lei às exigências reais. Assim, sobretudo o direito da família sofreu modificações frequentes⁵ para respeitar a transformação social dos seus institutos.

O direito comunitário tornou-se outra fonte de alta importância para reformas do BGB. Como a Comunidade Europeia (C. E.) criou Diretivas que penetram o Direito Civil dos Estados-Membros, surgiu a obrigação dos Estados-Membros de adaptar sua legislação nacional às suas exigências⁶. Uma das mudanças mais importantes do BGB nos últimos anos, a inclusão das figuras do consumidor (§ 13 BGB) e do fornecedor (§ 14 BGB) na Parte Geral, deu-se por causa de uma Diretiva promulgada pela Comunidade Europeia⁷.

Com a reforma do direito das obrigações, completada pela Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (lei para a modernização do direito das obrigações) de 26 de novembro de 2001, o BGB sofreu a mais importante e abrangente⁸ modificação desde sua entrada em vigor, mais de cem anos atrás. Quanto à questão da importância desta reforma, a doutrina é unânime no sentido de que é impossível subestimar o seu impacto sobre os conceitos jurídicos e a realidade jurídica na Alemanha⁹. Analisou-se que, na área principal desta codificação, pouco ficou como era antes¹⁰ – que o direito das obrigações

⁴ MARQUES, Cláudia Lima; WEHNER, Ulrich. **Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor – renasce o „direito civil geral e social“?**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, 2001. p. 272.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Cem nos de Código Civil alemão: O BGB de 1986 e o Código Civil brasileiro de 1916**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 741, 1997. p. 34.

⁶ Compare art. 249 do Tratado sobre a Comunidade Europeia (TCE).⁷ Diretiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. Veja a análise profunda de MARQUES, Cláudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente no comércio eletrônico) oriundas da União Europeia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2000. p. 50 e seg.

⁸ WITZ, Claude. **Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France?**. Revue internationale de droit comparé. Paris: Francais, v. 54, 2002. p. 937.

⁹ Veja os comentários de HONSELL, Heinrich. **Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes**. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2001. p. 18. e de BÜDENBENDER, Ulrich. **Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil I)**. Deutsches Steuerrecht: Wochenschrift für Steuerrecht, Wirtschaftsrecht und Betriebswirtschaft. München: C. H. Beck, v. 8, 2002. p. 312.

¹⁰ DAUNER-LIEB, Barbara. **Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss?**. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2001. p. 9.

foi re-escrito¹¹ e a tradição pandectística do direito romano, definitivamente abandonada¹².

HELDRICH enxerga na reforma um êxito científico impressionante que dá um rosto atual ao direito das obrigações¹³, e WITZ comenta que o BGB foi redinamizado para o século XXI¹⁴. Ainda assim, pode-se dizer que a doutrina alemã sobre a reforma do direito das obrigações traz mais rejeição do que aprovação. Num congresso em 2000, cujo objetivo foi a análise do anteprojeto, reuniram-se especialistas de todos os ramos do direito civil alemão¹⁵. Nenhum dos referentes considerou, no seu ramo, o anteprojeto elaborado o suficiente para ser aprovado pelo legislador, mas exigiram-se mudanças mais ou menos abrangentes, dependendo do ponto de vista de cada um¹⁶. Ainda assim, é necessário mencionar que tinha tido também vozes críticas quanto à reforma¹⁷.

Levando em conta tudo isto e considerando que o SBrasil reformou seu direito das obrigações também¹⁸, este artigo busca – depois de relatar a história da reforma e os seus motivos – analisar as mudanças no BGB. Além de tratar dos antigos problemas solucionados pela reforma e das novas questões que surgiram com ela, quer-se mostrar os novos conceitos e as novas linhas gerais que pretendem preparar o direito civil alemão para o Século XXI. Também devem ser ouvidas as vozes críticas para ver os desafios que a jurisprudência e doutrina alemãs enfrentarão ou já estão enfrentando, aplicando e pesquisando o novo direito das obrigações.

¹¹ BRÜGGEMEIER, Gert; REICH, Norbert. **Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes**. Betriebsberater. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, v. 5, 2001. p. 213.

¹² RANIERI, Filippo. **La nouvelle partie générale du droit des obligations**. Revue internationale de droit comparé. Paris: Francais, v. 54, 2002. p. 941.

¹³ HELDRICH, Andreas. **Ein zeitgemäßes Gesicht für unser Schuldrecht**. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 35, 2001. p. 2523.

¹⁴ WITZ, Claude. Op. cit. p. 940.

¹⁵ Contribuíram com palestras, entre outros, HUBER, ZIMMERMANN, ROTH, KÖNDGEN, PFEIFFER, MANSEL, HEß e MEDICUS. Compare os relatos sobre o evento de JAKOBS, Horst Heinrich. **Tagungsbericht Schuldrechtsmodernisierung: Impressionen von einem Symposium**. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2001. p. 27 e seg. e de SCHWAB, Martin. Schuldrechtsreform 2001 – Alles wird neu. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 3, 2001. p. 311 e seg.

¹⁶ DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 12.

¹⁷ Os críticos mais fortes formularam KNÜTEL, Rolf. Zur Schuldrechtsreform. **Neue Juristische Wochenschrift**. München: C. H. Beck, v. 35, 2001. p. 2519 e Honsell, Heinrich. Op. cit. p. 19.¹⁸ As normas do BGB são indicadas por parágrafos, não por artigos.

¹⁸ Sobre o assunto, veja a análise de JAEGER JUNIOR, Augusto. **Das neue brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensrecht**. Em: JAYME, Erik; SCHINDLER, Christian (Org.). **Portugiesisch - Weltsprache des Rechts: Studien, Referate, Gutachten zu den Rechtssystemen von Angola, Brasilien, Osttimor und Portugal**. Aachen: Shaker, 2004. p. 217-235.

O trabalho divide-se em duas partes: num primeiro momento, analisam-se os motivos da reforma e as mudanças na Parte Geral do direito das obrigações, que consistem, principalmente, na perturbação da prestação e na prescrição (Verjährung).

Já vale lembrar que o BGB – como o Código Civil Brasileiro – divide-se em cinco livros: I. Parte Geral II. Direito das Obrigações III. Direito das Coisas IV. Direito da Família e V. Direito das Sucessões. A reforma aqui em questão afeta somente o Livro II “Direito das Obrigações”. Este livro também está dividido em Parte Geral (§§ 241-432)¹⁹ e Parte Especial (§§ 433-853)²⁰. É, portanto, necessário distinguir entre Parte Geral / Especial do BGB e Parte Geral / Especial do direito das obrigações. Neste texto, as duas noções referem-se sempre ao direito das obrigações, se não se encontrar uma referência expressa.

Na segunda parte, trata-se das novidades na Parte Especial, que se encontram, sobretudo, no contrato de compra e venda. Além disso, a integração de leis satélites, como, p. ex., a lei sobre condições gerais do contrato, no BGB é explanada.

A. 1 Os motivos da reforma – o anteprojeto, a influência europeia e a realização da assim chamada “Große Lösung”

As raízes da reforma encontram-se já no ano 1978, quando o então Ministro da Justiça, Hans-Jochen Vogel, considerou necessária uma revisão do direito das obrigações e anunciou a instalação de uma comissão²¹. Sob encomenda do Governo Federal, 24 pareceres sobre o assunto foram elaborados nos anos de 1981 a 1983²², e criou-se uma comissão para a reforma em 1984. Durante seus trabalhos, ela tomou como base a United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – convenção sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que entrou em vigor em grande parte na Alemanha em 1989. O relatório final da comissão foi apresentado em 1992 e discutido no 60. Deutschen Juristentag, um dos mais importantes congressos jurídicos na Alemanha, em 1994²³.

¹⁹ As normas do BGB são indicadas por parágrafos, não por artigos.

²⁰ Sobre a estrutura do BGB e uma análise comparativa com o Código Civil Brasileiro, confira MARQUES, Cláudia Lima. **Cem nos de Código Civil alemão: O BGB de 1986 e o Código Civil brasileiro de 1916**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 741, 1997. p. 29 e seg.

²¹ Sobre os trabalhos da comissão, ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit. p. 176.

²² Bibliografia abrangente sobre as pareceres em DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 10.

²³ A maioria dos participantes do congresso se manifestou a favor das mudanças sugeridas. LORENZ, Stephan; RIEHM, Thomas. **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**. München: C. H. Beck, 2002. p. 3, ponto 3.

Depois seguiu um período longo de inatividade; somente em 2000, a reforma do Direito das Obrigações foi retomada. Em agosto daquele ano, o Ministério da Justiça lançou um “projeto de discussão sobre uma lei para a modernização do direito das obrigações”²⁴. Esta reanimação surpreendente da reforma²⁵ não se deu por causa do âmbito nacional, mas sim por obrigações oriundas do nível comunitário. Três Diretivas tiveram que ser internalizadas: a Diretiva relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas²⁶, a Diretiva que estabelece medidas de luta contra os abusos de pagamento nas transações comerciais²⁷ e a Diretiva relativa a certos aspectos legais de serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (“Diretiva sobre o comércio eletrônico”)²⁸. Como o prazo para a internalização da primeira esgotou em 1 de janeiro de 2002 e o direito alemão não correspondeu às suas exigências, foi necessário aplicar as mudanças exigidas.

Ofereceram-se dois caminhos para realizar a transposição²⁹. O primeiro, chamado de “*kleine Lösung*” (solução pequena), consistiu em limitar-se a transformar as Diretivas em direito nacional, colocando as regras relevantes em leis especiais. A grande vantagem desta solução foi considerada o fato de que, com tanto aperto de tempo, seria melhor ainda não interferir no BGB, mas fazer as conexões necessárias entre o Código e as leis especiais depois, sem a pressão do prazo para a internalização. Por outro lado, a solução pequena teria trazido uma separação do direito das obrigações em várias fontes: o contrato de compra e venda, por exemplo, teria sido regulado pelas normas da CISG, pelas normas das leis especiais para a internalização das Diretivas, pelas normas do Código Civil e pelas normas do Código Comercial. Isto teria trazido uma difusão enorme das fontes e, com ela, teria aumentado o risco de ocorrer incoerências dentro do sistema³⁰.

O segundo caminho, chamado de “*große Lösung*” (solução grande), evitou este problema. Ele combinou as mudanças necessárias oriundas do direito comunitário com o projeto de reforma já elaborado e chegou, desta maneira, a uma reforma abrangente do direito das obrigações. Além disso, pretendeu

²⁴ Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes que compreendeu 640 páginas, sendo 164 páginas texto de lei e os demais motivos e explicações.

²⁵ OTTO, Hansjörg. *Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts. Juristische Ausbildung*. Berlin: De Gruyter, v. 1, 2002. p. 2.

²⁶ Diretiva 1999/44/CE de 25 de maio de 1999. *Journal Oficial das Comunidades Européias* L 171/12.

²⁷ Diretiva 2000/35/CE de 29 de junho de 2000. *Journal Oficial das Comunidades Européias* L 200/35.

²⁸ Diretiva 2000/31/CE de 8 de junho de 2000. *Journal Oficial das Comunidades Européias* L 178/1.

²⁹ LORENZ, Stephan; RIEHM, Thomas. Op. cit. p. 2, ponto 2.

³⁰ PALM, Heinz. *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts. Zeitschrift für Rechtspolitik*. München: C. H. Beck, v. 9, 2001. p. 432. O direito das Diretivas foi um corpo absolutamente estranho para o sistema alemão, como observa WITZ, Claude. Op. cit. p. 937.

integrar várias leis satélites no BGB. Esta solução foi sugerida pelo Ministério da Justiça no seu projeto de discussão e enfrentou críticas por parte da doutrina alemã³¹.

Mas admitiu-se que as mudanças exigidas pelas Diretivas obrigavam a mudar, pelo menos, a Parte Especial do Direito das Obrigações; isto, em contrapartida, gerava efeitos para a Parte Geral, o que indicava uma reforma abrangente para evitar incoerências e a difusão do sistema no total³². A “solução pequena”, portanto, não podia ser considerada uma solução razoável³³. Além disso, usaram-se as argumentações do relatório da comissão de 1991, que expressou que o Direito das Obrigações alemão deixou a desejar em vários aspectos. Sobretudo o direito da perturbação da prestação (Leistungsstörungenrecht) foi criticado por tratar de maneira abrangente a impossibilidade da prestação (Unmöglichkeit), mas não regular o infringingimento positivo do contrato (positive Vertragsverletzung), levando em consideração que, na prática, a impossibilidade da prestação é de importância muito menor que ele³⁴. Desta maneira, surgiu jurisprudência abrangente sobre o assunto, o que fez com que a situação jurídica já não pudesse ser analisada usando o BGB, mas foi necessário pesquisar adicionalmente as sentenças do Bundesgerichtshof (Corte Federal Alemã). Isto contradizia a idéia de um “Codex” que deve responder sozinho os problemas jurídicos para trazer mais segurança e clareza ao aplicador do direito e, desta maneira, para todos os cidadãos³⁵. Assim, pretendeu-se codificar as figuras jurídicas mais importantes desenvolvidas pela jurisprudência para aproximar, novamente, o texto de lei ao direito praticado na realidade³⁶.

Esta idéia trouxe uma nova questão: quais figuras deviam ser codificadas? E, numa visão mais generalizada: a codificação traria realmente mais segurança jurídica? Argumentou-se que, p. ex., a figura da quebra objetiva da base do negócio tinha se desenvolvido “caso a caso” e tinha se tornado uma figura que, pelo menos na jurisprudência, ainda não mostrara uma coerência suficiente para a codificação³⁷.

³¹ Compare HONSELL, Heinrich. *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*. Juristenzeitung, Tübingen: Mohr Siebeck, v. 6, 2001. p. 278 e seg.

³² Compare PALM, Heinz. Op. cit. p. 432.

³³ DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 10.

³⁴ Entende-se que a impossibilidade da prestação se dá pelo fato que a prestação não pode ser realizada (p. ex., por causa de força maior). O infringingimento positivo do contrato descreve a situação que o devedor, ao cumprir o contrato, infere bens jurídicos do credor (exemplo: Ao fornecer o produto comprado para a casa do comprador, o devedor danifica a porta).

³⁵ MEDICUS, Dieter alertou que não foi possível nem adivinhar a sentença de um tribunal usando o mero texto de lei do BGB/1900. MEDICUS, Dieter. *Schuldrecht: Ein Studienbuch. Allgemeiner Teil*. 13. ed. Munique: C. H. Beck, 2002. p. 23, ponto 47.

³⁶ Compare DÄUBLER-GMELIN, Herta. *Die Entscheidung für die sogenannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform*. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 32, 2001. p. 2284. DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 10. WITZ, Claude. Op. cit. p. 938.

³⁷ Compare JAKOBS, Horst Heinrich. Op. cit. p. 28. Crítico quanto à codificação WETZEL, Thomas. *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – Der große Wurf zum 1.1.2002*. Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, v.3, p. 125.

Um outro argumento para realizar a “solução grande” foi a concorrência internacional no ramo do direito civil: o antigo sistema alemão não se mostrou como uma alternativa capaz de concorrer na Europa. Com uma modernização no sentido da comissão queria-se seguir os desenvolvimentos internacionais e abrir a chance de tomar uma posição de liderança no processo da europeização do direito privado³⁸. Um código moderno que traz, principalmente, mais transparência é de alta importância para a praxe jurídica internacional³⁹.

Talvez o maior problema da realização da “solução grande” tenha se dado por falta de tempo para discutir abrangentemente todos os aspectos da reforma⁴⁰. Com o prazo de internalização tão curto (a Diretiva sobre a compra e venda de bens de consumo foi promulgada em 25 de janeiro de 1999 e tinha que ser internalizada até 1 de janeiro de 2002), uma parte da doutrina rejeitou a reforma proposta pelo Ministério da Justiça⁴¹. A maioria enxergou pelo menos um grande obstáculo para garantir a qualidade da reforma⁴².

O debate científico intensificou-se com base no projeto de discussão do Ministério da Justiça de agosto de 2000. Recebendo as críticas doutrinárias, uma nova comissão elaborou uma “Konsolidierte Fassung” (versão consolidada) do projeto⁴³. Esta versão consolidada foi enviada ao Bundesrat como projeto de lei do Governo Federal, e, ao mesmo tempo, apresentada ao Bundestag como proposta de lei das frações SPD e Partido Verde. Isto servia para acelerar o processo de legislação.

Em vários pontos, o Bundesrat não esteve de acordo com o projeto de lei e exigiu mudanças⁴⁴, o que teve como consequência que a comissão de Direito (Rechtsausschuss) do Bundestag elaborou mais uma versão. Esta foi aprovada

³⁸ DÄUBLER-GMELIN, Herta. Op. cit. p. 2289. SCHMIDT-RÄNTSCH numa palestra de 13 de novembro de 2000 apud DAUNER-LIEB. Op. cit. p. 10.

³⁹ HELDRICH, Andreas. Op. cit. p. 2523.

⁴⁰ Isto foi destacado por HAMMEN, Horst. **Zerschlagt die Gesetzestafeln nicht! Wertpapiermitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht**. Frankfurt am Main: Herausberggemeinschaft Wertpapiermitteilungen, v. 29, 2001. p. 1359.

⁴¹ Uma posição muito negativa toma KNÜTEL, Rolf que afirma que as circunstâncias temporais proibiam desde o princípio a solução grande. A proposta do Ministério da Justiça ia acabar num processo sumário com uma parte do BGB, uma lei na qual juristas de altíssima qualificação tinham trabalhado por 20 anos. KNÜTEL, Rolf. Op. cit. p. 2519.

⁴² Neste sentido, OTTO, Hansjörg. Op. cit. p. 2. HEß, Burkhard alerta que a praxe quase não tinha tempo para estudar e adaptar-se às novas regras o que causou problemas e, com isso, custos imensos. Compare HEß, Burkhard. **Die Übergangsregelungen zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**. Deutsches Steuerrecht: Wochenschrift für Steuerrecht, Wirtschaftsrecht und Betriebswirtschaft. München: C. H. Beck, v. 11, 2002. p. 455. WETZEL, Thomas. Op. cit. p. 117.

⁴³ Uma sinopse das duas versões do projeto de discussão encontra-se na Juristenzeitung Tübingen: Mohr Siebeck, v. 10, 2000. p. 524 e seg.

⁴⁴ No total, eram 150 mudanças sugeridas pelo Bundesrat. Compare Bundesrat-Drucksache 338/01 com decisão (Beschluss) de 13 de julho de 2001.

contra os votos da oposição, os partidos CDU, CSU e FDP, pelo Bundestag em 11 de outubro de 2001 e pelo Bundesrat em 9 de novembro de 2001. A lei foi publicada no Bundesgesetzblatt (Diário Oficial da União) em 26 de novembro de 2001 e entrou em vigor, como já mencionado, em 1 de janeiro de 2002. Além das mudanças no conteúdo, que serão analisadas a seguir, a reforma trouxe uma alteração técnica importante: todos os parágrafos do BGB receberam títulos oficiais para facilitar o uso da lei⁴⁵. Estes títulos já existiam antes, mas eram inoficiais, quer dizer, não tinham força de lei, e, portanto, não podiam ser invocados como parte da lei. Por exemplo, o título oficial da famosa cláusula-geral da boa-fé, § 242 BGB, hoje é “prestação conforme a boa-fé”.

Observa-se que a lei de 1 de janeiro de 2002 difere-se de maneira significativa das propostas de 1992 e do projeto de discussão de 2000, mas também da versão consolidada que se tornou projeto de lei⁴⁶. Na análise seguinte, as diferenças serão explicadas quando for conveniente para o melhor entendimento da lei hoje em vigor.

A. 2 As mudanças na Parte Geral: da perturbação da prestação (Leistungsstörung), sobretudo da impossibilidade do cumprimento, e da prescrição (Verjährung)

A mudança das normas que regulam a perturbação da prestação foi um dos aspectos mais discutidos da reforma⁴⁷. Não é de se admirar sobre isto, porque o anteprojeto (Diskussionsentwurf) pretendeu harmonizar as perturbações da prestação, abandonando os conceitos do direito adiliciano, que existem há dois mil anos e estavam, até então, presentes no antigo BGB⁴⁸. A sugestão consistiu em juntar os vários tipos de perturbações em uma só noção, a violação do dever (Pflichtverletzung)⁴⁹, o que teria causado o desaparecimento das regras sobre a impossibilidade, que teve uma posição central no direito das obrigações no BGB de 1900⁵⁰. Por isso, parte da doutrina

⁴⁵ Veja WITZ, Claude. Op. cit. p. 939. Umas denominações foram criticadas por não corresponder à doutrina alemã. Compare KOPPENFELS, Katharina von. Das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen im BGB – eine Untersuchung des § 355 Abs. 1 BGB-RegE. Wertpapiermitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht. Frankfurt am Main: Herausbergemeinschaft Wertpapiermitteilungen, v. 29, 2001. p. 1369.

⁴⁶ OTTO, Hansjörg. Op. cit. p. 3.

⁴⁷ MATTHEUS, Daniela. *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts*. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 3, 2002. p. 209.

⁴⁸ HONSELL, Heinrich. *Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechts modernisierungsgesetzes*. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2001. p. 18

⁴⁹ Sobre a questão em geral, se a violação de um dever serve para juntar todos estes conceitos, veja SCHAPP, Jan. *Empfiehl sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?* Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 11, 2001. p. 583 e seg.

⁵⁰ O próprio CANARIS analisa que a categoria da impossibilidade era sobrepesada no antigo BGB/1900. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*. Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, v. 8, 2001. p. 329.

criticou o anteprojeto, lembrando que a integração da impossibilidade no conceito da violação do dever deixaria a desejar, porque este conceito tornar-se-ia difuso⁵¹. Exigia-se a conservação da impossibilidade como uma categoria própria do direito das obrigações. O legislador aceitou estas críticas e manteve a impossibilidade que se encontra regulada no § 275 BGB/2002⁵². Esta norma, hoje em dia, estabelece no seu inciso primeiro:

§ 275 I: Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

§ 275 I: É vedada a pretensão à prestação, se ela for impossível tanto ao devedor quanto a qualquer outra pessoa.

Este inciso junta a impossibilidade subjetiva (“tanto ao devedor”) e objetiva (“quanto a qualquer outra pessoa”) e ordena as mesmas consequências jurídicas (a prestação é vedada) para estes dois tipos de impossibilidade⁵³. O BGB/1900 ainda distinguiu entre a impossibilidade subjetiva e objetiva, o que causou problemas ao diferenciar entre estes conceitos; desistindo desta distinção, o novo direito das obrigações pretende simplificar os casos da impossibilidade⁵⁴. É importante lembrar que a pretensão é vedada independentemente de se o devedor causou, de maneira culposa, a impossibilidade ou não⁵⁵.

A diversidade nas consequências jurídicas para os diferentes tipos da impossibilidade foi considerada um dos maiores problemas do antigo direito das obrigações. Com o novo § 275, o legislador conseguiu uma unificação abrangente das consequências jurídicas, o que simplifica significativamente a solução dos casos da impossibilidade⁵⁶.

⁵¹ Compare TEICHMANN, Arndt. *Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*. Betriebsberater. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, v. 30, 2001. p. 1486. HONSELL, Heinrich. Op. cit. p. 19.

⁵² Por causa disso, MATTHEUS conclui que a impossibilidade continua tendo sua posição especial e elevada no direito das obrigações. Veja MATTHEUS, Daniela. Op. cit. p. 211.

⁵³ Exemplos para os dois conceitos: Uma prestação é objetivamente impossível, se ninguém pode prestar, p. ex., se o objeto da prestação foi destruído: uma árvore caiu no carro já vendido que ainda esteve no terreno do vendedor para o comprador buscá-lo. A prestação é subjetivamente impossível, se um terceiro, mas não o devedor, pode prestar. Isto acontece, p. ex., se uma outra pessoa que o vendedor é dono da coisa vendida: um ladrão vende um livro roubado. Como ele não é dono do livro (a propriedade fica com a pessoa da qual ele roubou o livro), ele não pode cumprir o contrato de compra e venda, transferindo a propriedade para o comprador. Caso o verdadeiro dono do livro não queira vendê-lo, o ladrão, como devedor, não pode cumprir, comparando o livro do dono verdadeiro. O dono verdadeiro poderia cumprir mas não tem que nem é obrigado a cumprir. A prestação do ladrão é subjetivamente impossível.

⁵⁴ Veja TEICHMANN, Arndt. Op. cit. p. 1486. WIESER, Eberhard. *Eine Revolution des Schuldrechts. Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, v. 2, 2001. p. 122.

⁵⁵ SCHWAB, Martin. *Das neue Schuldrecht im Überblick*. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 1, 2002. p. 2.

⁵⁶ Compare MATTHEUS, Daniela. Op. cit. p. 212. ZIMMER, Daniel conclui que a simplicidade do novo sistema faz com que diferenças necessárias já não sejam feitas o que pode dificultar a aplicação das novas normas. ZIMMER, Daniel. *Das neue Recht der Leistungsstörungen*. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 1, 2002. p. 12.

Mas novos problemas de interpretação surgiram com os incisos II e III do parágrafo 275 BGB. Neles, trata-se da questão da inexigibilidade (Unzumutbarkeit) da prestação; no inciso II, estabelece-se que o devedor pode negar a execução da prestação, caso as despesas necessárias para efetuar a prestação sejam inexigíveis⁵⁷. A inexigibilidade pessoal está estabelecida no inciso III, que regula o caso que o devedor tem que prestar pessoalmente, mas a prestação não pode ser exigida por razões pessoais⁵⁸.

O inciso II é baseado na doutrina de CANARIS que traz a idéia da “impossibilidade prática” (praktische Unmöglichkeit)⁵⁹. Pensa-se nos casos nos quais a prestação, teoricamente, ainda pode ser efetuada, mas, por causa da mudança de circunstâncias, a prestação traria custos enormes para o devedor, e não se pode esperar que ele preste⁶⁰. O exemplo mais citado e até usado nos considerandos da lei para a modernização do direito das obrigações⁶¹ é o do anel no fundo do mar. Neste caso, o devedor vendeu um anel, mas, antes de entregar para o comprador, ainda fez um cruzeiro. Durante o cruzeiro, o anel caiu, em alto mar, na água e afundou. Sob estas circunstâncias, a prestação fica, teoricamente, possível, pois o devedor pode contratar especialistas para recolher o anel do fundo do mar, mas os custos para isto excederiam todos os limites da razão econômica. O § 275 II BGB dá-lhe a possibilidade de livrar-se da obrigação⁶².

Mas há interpretações diferentes desta norma. OTTO, por exemplo, comenta que o caso do anel no fundo do mar enquadrava-se, antes da reforma, sem problemas, no conceito da impossibilidade subjetiva ou, numa presuposição de certa profundidade da água até na categoria da impossibilidade objetiva. Portanto, OTTO aplica, com referência à doutrina antiga, a este caso o inciso I do § 275 BGB⁶³. Além disso, surgem problemas de distinguir o § 275

⁵⁷ § 275 II: Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der (...) in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. O inciso 2 foi inserido com reação à discussão científica sobre a necessidade de tal regra. CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit. p. 330.

⁵⁸ § 275 III: Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm (...) nicht zugemutet werden kann.

⁵⁹ O autor também fala de “impossibilidade fática” (faktische Unmöglichkeit). As duas noções são sinônimas. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen**. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 9, 2001. p. 501.

⁶⁰ Veja as explicações de SCHLECHTRIEM, Peter. Op. cit. p. 155, ponto 283.

⁶¹ Compare Bundestagsdrucksache 14/6040 de 13 de maio de 2001. p. 129 e seg.

⁶² Mas isto não significa que o devedor não seja responsável pelo fato que ele já não pode prestar. O § 275 II extingue somente a obrigação a prestar, assim chamada Primärleistungspflicht, mas não atinge as regras sobre a responsabilidade e os demais direitos do credor, chamados Sekundärleistungspflichten. Compare o exemplo citado em HUBER, Peter; Faust, Florian. **Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht**. München: C. H. Beck, 2002. p. 13, ponto 16.

⁶³ OTTO, Hansjörg. Op. cit. p. 3. No mesmo sentido FISCHER, Michael. Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (§ 275 BGB RegE). Der Betrieb. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 36, 2001. p. 1926.

II BGB e a quebra da base do negócio, codificado nos §§ 313 e seg. BGB⁶⁴. Por tudo isto, o entendimento desta nova norma é considerado difícil⁶⁵ e capaz de gerar problemas na aplicação prática⁶⁶.

Os casos atingidos pelo inciso III do § 275 são denominados “impossibilidade pessoal” (persönliche Unmöglichkeit). Por meio desta figura jurídica, solucionam-se os problemas que surgem quando a prestação tem que ser efetuada pessoalmente pelo devedor, mas, sob as circunstâncias concretas, tal prestação não pode ser exigida⁶⁷. Um exemplo é uma cantora, cujo filho adoeceu com perigo de morte. Se ela foi contratada para apresentar-se, nada lhe impede, objetivamente, de cantar uma música alegre no palco, porém, do ponto de vista pessoal, isto é totalmente inexigível⁶⁸. Esta norma quebra parcialmente a doutrina de CANARIS, que serviu como base para a elaboração do § 275 BGB, pois, na sua visão, a impossibilidade pessoal pode ser solucionada, aplicando a cláusula-geral da boa-fé objetiva, § 242 BGB⁶⁹. A positivação no § 275 III BGB faz com que esta figura influencie a interpretação do § 275 II BGB, o que abre um novo campo para conceitos diferentes⁷⁰.

Para questões processuais, é importante distinguir entre o inciso I e os incisos II e III do § 275 BGB. A formulação do inciso I, que estabelece que a prestação é vedada (die Leistung ist ausgeschlossen)⁷¹, cria um assim chamado “Einwand”, um reparo. O reparo tem que ser considerado de ofício, quer dizer, o juiz vai aplicar o § 275 I BGB sem que uma parte precise invocá-lo. Os incisos II e III do § 275 BGB dão uma “Einrede” para o devedor, determinando

⁶⁴ Sobre este problema, compare FISCHER, Michael. Op. cit. p. 1923.

⁶⁵ Veja SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 2. No mesmo sentido STOLL, Hans. **Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen**. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 11, 2001. p. 591.

⁶⁶ SCHLECHTRIEM, Peter. **Schuldrecht: Allgemeiner Teil**. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebek, 2003. p. 151, ponto 276.

⁶⁷ KROPHOLLER, Jan. **Bürgerliches Gesetzbuch: Studienkommentar**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2004. p. 151, ponto 5.

⁶⁸ Exemplo usado pelos motivos. Bundestagsdrucksache 14/6040 de 13 de maio de 2001. p. 130. Comentado e explicado por SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 2.

⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit. p. 501. Para a aplicação das regras sobre a quebra positiva da base do negócio ZIMMER, Daniel. Op. cit. p. 4.

⁷⁰ Uma outra visão do conceito da impossibilidade, com base no § 275 III BGB, traz OTTO, Hansjörg. Op. cit. p. 3 e seg.

⁷¹ A impossibilidade na figura do reparo foi instalada somente no fim do processo legislativo. Compare SCHLECHTRIEM, Peter. Op. cit. p. 153, ponto 282.

que a prestação pode ser negada (kann die Leistung verweigern). Para que estas normas tenham efeito no processo, o devedor tem que invocá-las⁷².

Um novo paradigma para a teoria dos contratos no âmbito da impossibilidade foi introduzido pelo novo § 311 a I BGB⁷³. Esta norma trata do contrato, cuja execução já é objetivamente impossível antes da celebração (objektive anfängliche Unmöglichkeit), p. ex., quando as partes, ao celebrar o contrato, não sabiam que o objeto da prestação foi destruído. O antigo BGB ordenava, neste caso, a nulidade do contrato, § 306 BGB/1900⁷⁴; para estabelecer a responsabilidade contratual das partes, usou-se a figura da garantia, isto é, a idéia de que a parte que se obriga a prestar um certo objeto garante, dentro de determinados limites, a existência de tal objeto. O novo § 311 a I inverte este paradigma, colocando que um contrato, cuja execução já é objetivamente impossível antes da celebração, é plenamente válido⁷⁵. Mas isto não significa que o credor mantenha sua pretensão à prestação primária (Primärleistung). Muito pelo contrário, o conteúdo do contrato limita-se às pretensões secundárias⁷⁶. Com esta visão, o direito alemão segue os padrões internacionais, como, p. ex. os Princípios do UNIDROIT ou o CISG, que também prevêm a validade do contrato, caso a prestação seja objetivamente impossível antes da celebração do mesmo⁷⁷.

A impossibilidade da prestação gera direitos à prestação secundária (Sekundärleistungsrechte), entre eles o mais importante: a indenização por danos (Schadensersatz). Como se lê no § 283 BGB, o credor pode exigir indenização nos pressupostos do § 280 BGB. Já foi mencionado que o legislador pretendia instalar uma única base legal para todos os tipos da perturbação de deveres. Esta norma é o atual § 280 I BGB, que pode ser visto como o coração

⁷² Como comenta KNÜTEL, isto gera um estado de incerteza porque o credor não pode saber se o devedor invocará os § 275 II ou III BGB ou não. O autor é de opinião que isto traz nos tempos modernos, nos quais o fator da velocidade é de alta importância no comércio, inseguranças perigosas. KNÜTEL, Rolf. Op. cit. p. 2520. A norma é defendida por TEICHMANN, Amdt. Op. cit. p. 1487. CANARIS, Claus-Wilhelm também critica a construção do § 275 II com base numa „Einrede“. Veja a manifestação de CANARIS na discussão da „Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung“ (congresso extraordinário: modernização do direito das obrigações) no relatório de LANGENBUCHER, Katja. Diskussionsbericht zum Vortrag von Claus-Wilhelm Canaris. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 10, 2001. p. 528.

⁷³ Comapre HUBER, Peter; FAUST, Florian. Op. cit. p. 17, ponto 28.

⁷⁴ Veja KROPHOLLER, Jan. Op. cit. p. 194, ponto 2.

⁷⁵ ZIMMER, Daniel. Op. cit. p. 3.

⁷⁶ Uma análise profunda deste novo paradigma faz MATTHEUS, Daniela. Op. cit. p. 214. O novo conceito foi criticado por KNÜTEL, porque surgem problemas de integrar uma obrigação que não cria uma pretensão primária no âmbito das pretensões secundárias. Veja KNÜTEL, Rolf. Op. cit. p. 2520. STOLL alerta que § 311 a) seja escusado, pois os §§ 281, 281 BGB/2002 podem ser utilizados para obter os mesmos resultados. STOLL, Hans. Op. cit. p. 592.

⁷⁷ GRUNEWALD, Barbara. *Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens*. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 9, 2001. p. 433 e seg.

do novo direito das perturbações de deveres⁷⁸. A pretensão à indenização sempre deve basear-se neste parágrafo, eventualmente em conjunto com outras normas⁷⁹. Uma análise do direito à indenização tem que partir, portanto, do § 280 BGB⁸⁰.

Quatro elementos geram a responsabilidade por violação de dever⁸¹: (1) a relação obrigacional, isto é, sem tal relação (*Schuldverhältnis*) válida, não há direito à indenização. Neste ponto, enquadram-se famosos problemas, tais como a culpa *in contrahendo* e a culpa *post contractum finitum*.

A título de exemplo, explica-se a culpa *in contrahendo*, sua problemática e a solução oferecida pelo novo BGB⁸². Quando uma parte infere direitos da outra antes da celebração do contrato, ainda não há⁸³, no momento do infringimento, uma relação contratual entre as partes, o que não permitiria, no fundo, indenizações com base no direito contratual, mas a parte infringida somente é protegida pelo direito dos delitos. Para evitar este resultado e estabelecer uma responsabilidade obrigacional, a jurisprudência desenvolveu a culpa *in contrahendo*. Por meio desta figura, criou-se uma relação “quase-contratual” para poder abranger danos pré-contratuais⁸⁴; o legislador de 2002 codificou esta instituição, que já tinha se tornado costume no direito alemão. O novo § 311 II estabelece que uma relação obrigacional também surge por início de negociações, preparação de um contrato ou contatos comerciais parecidos⁸⁵.

Além de uma relação obrigacional, exige-se (2) uma violação de deveres, distinguindo deveres relacionados à prestação (*leistungsbezogene Pflichten*) dos não relacionados à prestação (*nicht-leistungsbezogene Pflichten*). Esta distinção fica muito clara no novo § 241, intitulado “deveres oriundos da relação obrigacional” (*Pflichten aus dem Schuldverhältnis*). O inciso I determina os deveres relacionados à prestação, colocando que o credor pode exigir do

⁷⁸ Compae LORENZ, Stephan. RIEM, Thomas. Op. cit. p. 90, ponto 169. SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen. **Das neue Schuldrecht: Anwendung und Auswirkungen in der Praxis**. Köln: Heymanns, 2002. p. 111, ponto 316.

⁷⁹ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 3. MATTHEUS, Daniela. Op. cit. p. 210.

⁸⁰ Trata-se de uma matéria de alta complexidade. Uma primeira orientação com gráficas muito úteis foi elaborada por LORENZ, Stephan. **Leistungsstörungen: Arbeitshilfe zum neuen Schuldrecht. Anwalt – Das Magazin**. Hannover: Heise, v. 12, 2001. p. 12 e seg.

⁸¹ Compare as explicações de MEDICUS, Dieter. Op. cit. p. 200, ponto 417 e seg.

⁸² Aprovando o conteúdo da codificação da culpa *in contrahendo*, mas exigindo uma outra colocação na lei, SCHAPP, Jan. Op. cit. p. 588 e seg. Contra a codificação WETZEL, Thomas. Op. cit. p. 125.

⁸³ E talvez nunca haja uma relação contratual, porque as partes ainda estão negociando.

⁸⁴ Existe uma doutrina vasta sobre a culpa *in contrahendo* no antigo BGB. Sobre tudo a justificativa para esta figura e a sua integração nas demais pretensões à indenização foram discutidas.

⁸⁵ § 311 II BGB: Ein Schuldverhältnis (...) entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags (...), oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte. Veja HUBER, Peter; FAUST, Florian. Op. cit. p. 69, ponto 9. SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen. Op. cit. p. 143, ponto 421.

devedor uma prestação⁸⁶, o que estabelece deveres de possibilitar, em todos os sentidos, o cumprimento da obrigação. O inciso II cria deveres de respeitar os direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte⁸⁷, referindo-se a deveres que estão fora da relação obrigacional. No direito antigo, estes deveres foram criados por meio da figura do infringimento positivo do contrato (positive Vertragsverletzung) ou, no âmbito pré-contratual, por meio da culpa in contrahendo. Um exemplo clássico de infringimento de deveres não relacionados à prestação é o de um pintor que, ao pintar as paredes de um quarto, danifica os móveis no quarto⁸⁸. Neste caso, o cumprimento do dever principal, isto é, pintar as paredes, foi cumprido perfeitamente; mas o devedor não tomou cuidado de proteger os bens jurídicos do credor, danificando seus móveis. Portanto, surge a responsabilidade por violar um dever não relacionado à prestação.

O terceiro pressuposto para aplicação do § 280 I é (3) um dano causado pela violação e, como último ponto (4), a culpa (Verschulden)⁸⁹, estabelecida no § 280 inciso I frase 2. O legislador alemão ficou fiel ao princípio de que não há responsabilidade sem culpa e decidiu não seguir o exemplo da Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias que conhece responsabilidade sem culpa⁹⁰. A noção de culpa foi determinada no § 276, colocando que o devedor responde por dolo e negligência, caso uma responsabilidade mais forte ou mais fraca não tenha sido prevista no contrato, p. ex., por uma garantia. A expressão condicional (caso uma responsabilidade...) não se encontrava no antigo BGB e foi inserida para sublinhar a importância central do acordo entre as partes⁹¹.

Com esta explicação do § 280, é possível entender todo o sistema de indenização do novo BGB. O legislador colocou o § 280 como base e complementou a norma com outras regras em casos especiais. Logo a seguir, nos §§ 281-283, encontram-se modificações da regra básica, § 280. Por exemplo, o § 281 regula, entre outros, a indenização pela não-efetuação da prestação (Schadensersatz wegen nicht erbrachter Leistung), estabelecendo que o credor somente pode exigir indenização, se ele colocou um prazo para o devedor efetuar a prestação. Isto é somente uma de várias situações que podem gerar uma pretensão à indenização de uma das partes contratuais. Na sua análise das estruturas básicas do novo direito da perturbação da prestação, OTTO desenvolveu uma tabela que serve muito bem para entender as interdependências das normas ao redor do § 280⁹².

⁸⁶ § 241 I: (...) ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.

⁸⁷ § 241 II: (...) zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet.

⁸⁸ Compare MATTHEUS, Daniela. Op. cit. p. 211.

⁸⁹ Crítico quanto ao uso desta palavra SCHLECHTRIEM, Peter. Op. cit. p. 168 ponto 321. O autor comenta que existe responsabilidade sem culpa nos casos nos quais o devedor deu uma garantia.

⁹⁰ RANIERI, Filippo. Op. cit. p. 949. KROPHOLLER, Op. cit. p. 152, ponto 1.

⁹¹ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 3. SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen. Op. cit. p. 149, ponto 438 e seg.

⁹² OTTO, Hansjörg. Op. cit. p. 4.

Mudanças foram feitas no direito de arrependimento (Rücktrittsrecht), que está regulado no § 323, mas o conceito básico não foi atingido: na visão alemã, o arrependimento permite-se somente em contratos bilaterais e depois de dar uma segunda chance ao devedor para cumprir. Esta segunda chance é chamada de “Nachfrist” e definida como sendo uma declaração de vontade unilateral; com este conceito, o direito alemão segue o art. 49 da Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias⁹³. Somente em casos determinados, a colocação de uma Nachfrist é prescindível. É notável que os pressupostos para exercer o direito ao arrependimento assemelham-se muito aos do § 281, que trata da indenização; esta adaptação deu-se pelo fato de que a pretensão à indenização já não exclui o direito de arrependimento⁹⁴.

O novo direito de arrependimento aplica-se a todos os tipos de relações obrigacionais, incluindo os oriundos de lei⁹⁵. O antigo sistema foi criado somente para o direito de arrependimento combinado entre as partes num contrato, mas não para os garantidos pela lei. Portanto, aplicavam-se as normas sobre o direito contratual de arrependimento de maneira análoga ao direito de arrependimento constatado na lei. O BGB/2002 abrange todos os tipos de direito de arrependimento e acaba, desta maneira, com vários problemas de delimitação⁹⁶.

Sob o regime do antigo BGB/1900, o credor tinha que decidir se pediria indenização ou desejaria realizar seu direito de arrependimento (§§ 325 inciso I frase 1, 326 inciso I frase 2 BGB/1900), o que fez com que a jurisprudência buscasse caminhos para ajudar o credor que tinha se decidido precipitadamente pelo direito de arrependimento⁹⁷, pois, uma vez exercido este, o credor já não teria a possibilidade de exigir indenização com base no direito obrigacional. Com o novo sistema, este problema não existe mais, rompendo com o princípio de diferenciar os diferentes tipos de perturbação da prestação, para levar em consideração os costumes jurisprudenciais⁹⁸.

A prescrição, regulada nos §§ 194 e seguintes, foi um outro ponto central na discussão sobre a reforma⁹⁹. Vários problemas e desigualdades por causa de prazos de prescrição diferentes (os prazos diferiam entre seis semanas e trinta anos), no antigo BGB/1900, indicaram uma harmonização¹⁰⁰. Portanto,

⁹³ Compare RANIERI, Filippo. Op. cit. p. 953 e seg.

⁹⁴ MATTHEUS, Daniela. Op. cit. p. 210. Também neste sentido OTTO, Hansjörg. Op. cit. p. 10.

⁹⁵ Veja HUBER, Peter, FAUST, Florian. Op. cit. p. 185, ponto 18.

⁹⁶ MEDICUS, Dieter. Op. cit. p. 247, ponto 535.

⁹⁷ OTTO, Hansjörg. Op. cit. p. 10.

⁹⁸ DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 13.

⁹⁹ BRÜGGEMEIER, Gert; REICH, Norbert. Op. cit. p. 221. EIDENMÜLLER, Horst. Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 6, 2001. p. 283.

¹⁰⁰ LORENZ, Stephan; RIEHM, Thomas. Op. cit. p. 19 ponto 32. Mais detalhado HEINRICHS, Helmut. *Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Neuregelung des Verjährungsrechts*. Betriebsberater. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, v. 28, 2001. p. 1417.

o prazo da prescrição regular foi diminuído de 30 anos do BGB/1900 a três anos, § 195 BGB/2002¹⁰¹. Esta mudança radical significa, como coloca HONSELL, “cair de um extremo para o outro”¹⁰². Para chegar a uma solução diferenciada, o legislador previu prazos diferentes para certos tipos de pretensões e estabeleceu nos §§ 196 e 197 BGB/2002 o seguinte: pretensões que têm como conteúdo a transferência da propriedade de um terreno ou de outros direitos sobre um terreno prescrevem em dez anos. O antigo prazo de trinta anos foi mantido para pretensões tituladas (titulierte Ansprüche), para pretensões do direito de família¹⁰³ e do direito das sucessões e para direitos reais (dingliche Rechte).

A reforma do prazo da prescrição se deu pelo fato de que a grande maioria na doutrina e na praxis considerou trinta anos muito tempo; já na elaboração do BGB de 1900, a questão de uma prescrição mais curta foi discutida, mas as comissões acabaram votando pelo prazo longo de trinta anos, oriundo do direito romano. O que já era duvidoso no fim do Século XIX, tornou-se inaceitável no Século XXI, marcados pela velocidade e por perspectivas mais curtas. Até os críticos das novas regras da prescrição concordam que um prazo de trinta anos, hoje em dia, não é conveniente¹⁰⁴.

Não somente o prazo da prescrição foi reduzido, mas o legislador mudou, de maneira mais abrangente, o conceito da prescrição contratual, o que pode ser visto numa análise das normas sobre o início da prescrição. Sob o regime do BGB de 1900, o prazo da prescrição começou a correr com o surgimento da pretensão; isto significa que o prazo iniciou, normalmente, com o vencimento da pretensão que está sujeita à prescrição. Como a prescrição não foi vinculada ao conhecimento das partes da pretensão, este antigo conceito da prescrição contratual é chamado de “sistema objetivo” (objektives System)¹⁰⁵.

O novo conceito muda para o “sistema subjetivo” (subjektives System)¹⁰⁶ e estabelece, no § 199 BGB/2002, que o prazo da prescrição regular inicia no fim do ano no qual o credor ficou sabendo da pretensão ou não ficou sabendo

¹⁰¹ MEDICUS, Dieter. Gesetzliche Schuldverhältnisse. 4. ed. München: C. H. Beck, 2003. p. 5. ERNST, Wolfgang alerta que esta mudança afeta, sobretudo, pessoas que não celebram com certa frequência determinados contratos. Instituições profissionais, como p. ex. bancos, não teriam muitos problemas de adaptar-se ao novo prazo curto. ERNST, Wolfgang. Schuldrechtsreform 2001/2002: Zum Diskussionsentwurf des schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, v. 1, 2001. p. 5.

¹⁰² HONSELL, Heinrich. Op. cit. p. 20. O autor recomenda um prazo de 10 anos para prescrição regular.

¹⁰³ Uma análise profunda sobre os efeitos da reforma da prescrição dá BÜTTNER, Helmut. **Schuldrechtsmodernisierung und Familienrecht, insbesondere Verjährung, Verwirkung und Verzug**. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 6, 2002. p. 361 e seg.

¹⁰⁴ Veja HONSELL, Heinrich. Op. cit. p. 19.

¹⁰⁵ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 1.

¹⁰⁶ Outros falam de „pressuposto subjetivo” (subjektive Voraussetzung). Veja HEINRICH, Helmut. Op. cit. p. 1417.

por negligência grave (grobe Fahrlässigkeit)¹⁰⁷; o fato de o início ser somente no fim do ano recebe o nome de “Ultimo-Verjährung”¹⁰⁸. Desta maneira, limitam-se os efeitos fortes que um prazo de prescrição curto (três anos) traz para o credor; por outro lado, o sistema subjetivo precisa de uma limitação objetiva para que o credor não possa alegar seu desconhecimento da pretensão anos mais tarde¹⁰⁹. Portanto, o § 199 BGB/2002 estabelece no seu inciso IV que a pretensão prescreve dez anos depois do seu vencimento, independentemente do conhecimento do credor¹¹⁰.

O sistema subjetivo da prescrição não é totalmente novo para o direito alemão. O BGB de 1900 já usou-a no direito dos delitos (§ 825 BGB/1900). Mas, com a reforma do direito das obrigações, o sistema tornou-se princípio geral (allgemeines Prinzip) do BGB alemão¹¹¹.

Fora deste novo sistema fica a prescrição de pretensões à indenização por lesão da vida, do corpo, da saúde ou da liberdade, § 199 inciso 2. Para proteger bem os direitos humanos, a lei estabelece que estas pretensões prescrevem em trinta anos com base no sistema objetivo, quer dizer, independentemente do conhecimento do credor. Vale notar que o texto não fala em “lesão de direitos humanos” mas enumera os bens jurídicos protegidos e obtém, desta maneira, mais clareza. Pois a mesma enumeração de bens jurídicos encontra-se na norma central do direito dos delitos, § 823 inciso I BGB. A jurisprudência e doutrina sobre esta norma, portanto, podem ser usadas para interpretar o § 199 inciso 2.

B. 1 As novidades na Parte Especial, sobretudo no contrato de compra e venda

As mudanças mais sencíveis na Parte Especial do BGB foram aplicadas ao contrato de compra e venda, devido à obrigação da transposição das Diretivas. Além disso, queria-se simplificar e estruturar melhor os §§ 433 e seg. BGB, que contêm as normas sobre o contrato de compra e venda. Exceções e tratamentos diferentes para situações semelhantes ou iguais deveriam ser evitados. Encontraram-se, p. ex., no BGB/1900, normas especiais, tratando de assuntos como o contrato parecido com o contrato de compra e venda (kaufähnliche Verträge, § 445 BGB/1900), o contrato de compra e venda de coisa incerta (Gattungskauf, §§ 480 e 493 BGB/1900) e o contrato de compra

¹⁰⁷ Em favor a esta subjetivação ERNST, Wolfgang. Op. cit. p. 8. EIDENMÜLLER, Horst. Op. cit. p. 285.

¹⁰⁸ BÜTTNER, Helmut. Op. cit. p. 362.

¹⁰⁹ Compare HONSELL, Heinrich. Op. cit. p. 20.

¹¹⁰ LORENZ, Stephan; RIEHM, Thomas. Op. cit. p. 32, ponto 57.

¹¹¹ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 2.

e venda de gado (Viehkauf, §§ 481 e seg.). Todas estas exceções foram tiradas da lei, estabelecendo conceitos gerais e harmonizados¹¹².

Como norma central do contrato de compra e venda ficou o § 433, que estabelece os deveres das partes. Na primeira frase do seu inciso I, está que o vendedor é obrigado a entregar a coisa de débito ao comprador e torná-lo dono da coisa¹¹³. Esta idéia básica do contrato de compra e venda não foi alterada pelo legislador. A grande novidade, entretanto, encontra-se na segunda frase do inciso I do § 433 BGB/2002, que obriga o vendedor a fornecer a coisa sem vício de coisa (Sachmangel) nem vício de direito (Rechtsmangel)¹¹⁴. O BGB antigo não era claro quanto à questão de se o fornecimento de uma coisa viciada cumpre o contrato ou não. Somente o vício de direito era regulado expressis verbis no § 434 BGB/1900, no qual se estabeleceu que não era possível cumprir a obrigação com uma coisa acometida de tal vício. A doutrina discutia, com base nesta norma, se o vício da coisa deveria ser tratado como o vício de direito ou se seria melhor distinguir os dois. Dependendo do ponto de vista, permitia-se o cumprimento do contrato de compra e venda com o fornecimento de uma coisa viciada ou não, o que significava limitar o credor aos seus direitos secundários (caso considerasse-se o fornecimento viciado um cumprimento) ou mantendo o direito primário oriundo do § 433 I. Com o novo BGB/2002, esta discussão foi abstraída¹¹⁵, pois o legislador deixou claro que o fornecimento de uma coisa viciada, independentemente de tratar-se ou não de vício da coisa ou vício de direito, não efetua o cumprimento do contrato, o que tem como consequência que o credor mantém seu direito primário do § 433 I¹¹⁶.

Uma definição da noção de vício encontra-se no novo § 434 BGB/2002; esta norma de apoio (Hilfsnorm) foi elaborada com base no artigo 2. da Diretiva sobre compra de bens de consumo¹¹⁷ e segue o conceito subjetivo do erro. O inciso I determina que a coisa tem que ter a qualidade combinada entre as partes (vereinbarte Beschaffenheit); se não há acordo entre as partes sobre a qualidade, a coisa tem que encontrar-se em um estado no qual ela pode ser usada para os fins pressupostos no contrato (vertraglich vorausgesetzte Verwendung) ou, se não for possível determinar os fins pressupostos no contrato,

¹¹² Compare BÜDENBENDER, Ulrich. Op. cit. p. 314. O autor elabora, numa análise sistemática, o campo de aplicação das regras sobre o contrato de compra e venda no novo BGB de 2002.

¹¹³ § 433 I; (...) dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Fundamental para o contrato de compra e venda no direito alemão GURSKY, Karl-Heinz. Schuldrecht: Besonderer Teil. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2002. p. 7 e seg.

¹¹⁴ Compare WIESER, Eberhard. Op. cit. p. 123.

¹¹⁵ GSELL, Beate. **Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung**. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 2, 2001. p. 65. HELDRICH, Andreas. Op. cit. p. 2523.

¹¹⁶ Sobre o assunto, compare a análise de HAAS, Lothar; MEDICUS, Dieter; ROLLAND, Walter; SCHÄFER, Carsten; e WENDTLAND, Holger. **Das neue Schuldrecht**. München: C. H. Beck, 2002, p. 13

¹¹⁷ DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 13.

para os fins usuais (gewöhnliche Verwendung - compare inciso II do § 434 BGB/2002)¹¹⁸. Este método de determinar o vício refere-se à pergunta “como o quê e para quê” (als was und wofür) a coisa foi adquirida; a resposta pode ser encontrada na denominação da coisa adquirida ou no preço¹¹⁹.

O direito comunitário trouxe novas dimensões para a noção de vício da coisa. Os fins usuais são interpretados conforme às manifestações públicas (öffentliche Äußerungen) do vendedor ou do produtor sobre a coisa vendida¹²⁰. O vendedor ou produtor não precisa manifestar-se pessoalmente. É suficiente que um ajudante (Gehilfe) tenha feito as declarações. O vendedor somente fica livre da obrigação de fornecer um bem que corresponde às manifestações públicas, caso ele não soubesse destas manifestações nem pudesse saber¹²¹. Ainda vale lembrar que somente manifestações concretas sobre o produto têm como consequência a aplicação do § 434 inciso I frase 3, ao passo que ditos gerais não sejam suficientes¹²².

A transposição do artigo 2, inciso V da Diretiva sobre compra de bens de consumo, o § 434, inciso II, traz uma nova regra, chamada “cláusula de montagem” ou “cláusula IKEA”¹²³. Trata-se de dois casos: primeiramente, o vendedor monta a coisa de maneira errada; ou, em segundo lugar, ele fornece uma instrução de montagem que induz o comprador a montar a coisa de maneira errada¹²⁴. Estes problemas foram solucionados, sob o regime do antigo BGB de 1900, por meio dos deveres secundários¹²⁵. O vício é automaticamente sanado quando a montagem é atingida¹²⁶. É importante lembrar que § 434 inciso II refere-se somente a contratos de compra e venda. Se, no contrato concreto, a montagem é o seu ponto principal, trata-se de um contrato de empreitada, não de um contrato de compra e venda, e outras regras são aplicadas¹²⁷.

¹¹⁸ SCHELLHAMMER, Kurt. **Die Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel – Neue Struktur und neuer Mangelbegriff**. Monatsschrift für Deutsches Recht. Köln: Dr. Otto Schmidt, v. 5, 2002. p. 243.

¹¹⁹ SCHELLHAMMER, Kurt. Op. cit. p. 244. Faz uma diferença se um carro foi vendido como “carro novo”, “carro usado” ou “carro acidentado”.

¹²⁰ PREIß, Bernd. **Des einen Freud, des anderen Leid: Neue Rechtslage für Käufer und Verkäufer**. Magazin für Computer und Technik. Hannover: Heise, v. 4, 2002. p. 182.

¹²¹ BRÜGGEMEYER, VINCULADO PRÓPRIO SEM CONTRATO: A PUBLICIDADE E OS NEGÓCIOS PRELIMINARES NO CÓDIGO CIVIL/2002 E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

¹²² SCHELLHAMMER, Kurt. Op. cit. p. 244 e seg. No mesmo sentido LORENZ, Stephan; RIEHM, Thomas. Op. cit. p. 259, ponto 487.

¹²³ DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 13. “IKEA” é uma das maiores lojas de móveis na Alemanha, comparável às Casas Bahia no Brasil. Existe a fama de que as instruções de montagem dos seus produtos são difíceis de entender. Veja também GSELL, Beate. Op. cit. p. 66.

¹²⁴ GURSKY, Karl-Heinz comenta que o comprador nem precisa montar a coisa, se ele nota a inutilidade da instrução antes e, por isto, não tenta montar a coisa. GURSKY, Karl-Heinz. Op. cit. p. 11.

¹²⁵ DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 13.

¹²⁶ HAAS, Lothar; MEDICUS, Dieter; ROLLAND, Walter; SCHÄFER, Carsten; e WENDTLAND, Holger. Op. cit. p. 14-15.

¹²⁷ SCHELLHAMMER, Kurt. Op. cit. p. 245.

Por último, o § 434 inciso III estabelece que o fornecimento de uma coisa errada (*Falschlieferung*), também chamada de fornecimento de um aliud, e o fornecimento insuficiente (*Zuwenigliefierung*) são equiparados a um vício¹²⁸. Com isto, tornam-se obsoletos problemas de delimitação entre o fornecimento de uma coisa viciada e de um aliud¹²⁹; a jurisprudência enfrentava, sob o regime do BGB/1900, o problema de delimitar, se uma coisa ainda era objeto da obrigação, só que viciada, ou se tratava-se de uma outra coisa; estes problemas se deram, sobretudo, nos contratos de compra e venda de coisa incerta.

As conseqüências jurídicas de um vício encontram-se nos §§ 437 e seg. e são uniformizadas para todos os tipos de vícios. Primeiramente, o comprador tem direito a um adimplemento tardio (*Nacherfüllung*), §§ 437 n. 1 e 439. A lei reconhece duas maneiras deste adimplemento tardio, das quais uma é o fornecimento de uma nova coisa sem vício (*Nachlieferung*) e a outra, o conserto da coisa viciada (*Nachbesserung*). O comprador pode escolher se ele prefere o fornecimento de uma coisa sem vício ou o conserto da coisa fornecida, § 439, inciso I, mas o vendedor pode recusar a escolha do comprador se ela gera custos desproporcionais¹³⁰.

Somente se o adimplemento tardio fracassa, o comprador tem três outros direitos obrigacionais estabelecidos pelo § 437 BGB/2002: a rescisão do contrato (*Rücktritt*), o abatimento do preço (*Minderung*) e o direito à indenização (*Schadensersatz*)¹³¹. Esta exigência do fracasso do adimplemento tardio não consta na lei, muito pelo contrário, o § 437 induz o entendimento que os quatro direitos enumerados estão livremente à disposição do comprador. Somente quando se leva em consideração que esta norma se refere à parte geral do direito das obrigações e que nesta a rescisão do contrato, o abatimento do preço e a indenização exigem a colocação de um prazo para um adimplemento tardio, fica claro que a tentativa de um adimplemento tardio é indispensável para abrir o caminho para os outros três direitos¹³². Portanto, não somente o comprador tem o direito de exigir tal adimplemento tardio, mas o vendedor também tem direito a uma “segunda chance” de fornecer antes que o comprador possa exercer todos os outros direitos contratuais¹³³.

¹²⁸ HUBER, Peter. FAUST, Florian. Op. cit. p. 308, ponto 59 e seg.

¹²⁹ A diferença mantém sua importância somente nas questões da prescrição. Veja LORENZ, Stephan; RIEHM, Thomas. Op. cit. p. 262, ponto 490 e seg.

¹³⁰ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 5.

¹³¹ LORENZ, Stephan. RIEHM, Thomas. Op. cit. p. 270, ponto 504.

¹³² Compare KROPHOLLER, Jan. Op. cit. p. 297, ponto 1. Este sistema foi exigido pela Diretiva sobre a Compra e Venda de Bens de Consumo, como relata GSELL, Beate. Op. cit. p. 67.

¹³³ Para uma análise detalhada, veja BÜDENBENDER, Ulrich. Op. cit. p. 315. Também BITTER, Georg; MEIDT, Eva. *Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht*. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. Köln: RWS, v. 48, 2001. p. 2116.

Por causa da sua primazia, o adimplemento tardio tornou-se o direito secundário mais importante no novo direito das obrigações¹³⁴.

No novo BGB/2002, o caráter dos direitos à rescisão e à mudança do preço foi mudado. Conforme o Codex de 1900, estas duas figuras davam o direito ao comprador de obrigar o vendedor a solucionar ou mudar o contrato. Isto trazia problemas processuais, porque o comprador, caso quisesse exercer o direito à rescisão ou mudar o preço, tinha que entrar com uma ação para obrigar o vendedor a consentir com mudança ou com solução do contrato. Num segundo passo, foi necessário entrar com mais uma ação para exigir a execução do contrato mudado ou solucionado. Embora a jurisprudência tenha permitido, por construções jurídicas difíceis, juntar as duas ações numa só e realizar os direitos oriundos do contrato, o novo direito das obrigações evita tais construções, dando ao comprador um direito unilateral (*Gestaltungsrecht*) para o exercício dos direitos aqui em questão, §§ 349, 441, inciso I, frase 1¹³⁵.

O direito do consumidor ganhou um espaço próprio nas regras sobre o contrato de compra e venda. O subtítulo III da parte especial do direito das obrigações (§§ 474-479) traz regras sobre a compra e venda de bens de consumo (*Verbrauchsgüterkauf*). A definição deste termo está no § 474, inciso I, que estabelece a compra e venda de bens de consumo nos seguintes termos: um consumidor compra um bem móvel de um fornecedor¹³⁶. Vale notar que esta definição abrange todos os tipos de contratos de compra e venda celebrados entre um consumidor e um fornecedor, incluindo os contratos que tem como objeto um bem usado ou que foram individualmente elaborados entre as partes. Portanto, a maioria dos contratos de compra e venda do dia-a-dia enquadram-se na definição do contrato de compra e venda de bens de consumo¹³⁷.

As normas são cogentes, quer dizer, não podem ser excluídas do contrato por consenso das partes¹³⁸. A limitação da responsabilidade por determinados vícios dá-se pela descrição e denominação da coisa vendida, p. ex. como “carro pronto para o ferro-velho” (*schrottreif*) em vez de “carro usado”¹³⁹.

¹³⁴ BITTER, Georg; MEIDT, Eva. Op. cit. p. 2123.

¹³⁵ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 6. A reforma do direito das obrigações supera dificuldades desnecessárias de construção, como coloca BÜDENBENDER, Ulrich. Op. cit. p. 317.

¹³⁶ As noções de “consumidor” e “fornecedor” foram inseridas antes no BGB. Para uma análise detalhada, veja MARQUES, Cláudia Lima. *Normas de proteção do consumidor (especialmente no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2000, p. 50 e seg.

¹³⁷ GURSKY, Karl-Heinz. Op. cit. p. 48.

¹³⁸ PREIß, Bernd. Op. cit. p. 185. SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 6.

¹³⁹ PFEIFFER, Thomas. *Systemdenken im neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht*. Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht. Recklinghausen: ZAP, v. 1, 2002, p. 32.

Em parte, as regras correspondem às normas sobre o controle de condições gerais do contrato, colocadas no § 309 n° 8 b), deixando somente espaço para a limitação do direito à indenização, se for combinado individualmente entre as partes e para a redução de prazos de prescrição, § 475, inciso III. De alta importância são as regras sobre a inversão do ônus de prova e sobre a responsabilidade aumentada do fornecedor em contratos de compra e venda à distância (Verbrauchsgüter-Versendungskauf). O § 476 presume que um vício que aparece durante um prazo de seis meses depois da entrega da coisa já esteve presente no momento da entrega¹⁴⁰. Isto facilita a prova para o consumidor, pois, sob estas circunstâncias, o fornecedor tem que provar que o vício não esteve presente no momento da entrega, o que é chamado de “quase-garantia” (Quasi-Garantie)¹⁴¹. Mas esta presunção está limitada pela lei, no próprio § 476, que se declara não aplicável caso uma presunção deste tipo seja incompatível com a própria coisa ou com o tipo do vício aparecido; pensou-se nos casos de venda de bens usados nos quais o fornecedor tampouco tem condições de saber exatamente a natureza e a qualidade do bem vendido¹⁴².

A responsabilidade aumentada do fornecedor em contratos de compra e venda à distância dá-se pela exclusão da aplicação do § 446. Esta regra aplica-se no caso em que o vendedor envia a coisa comprada para um lugar determinado pelo comprador¹⁴³ e contribui ao comprador o risco de pioramento casual (zufällige Verschlechterung) do bem no caminho¹⁴⁴. Como o § 474, inciso II determina a inaplicabilidade do § 446 numa relação contratual entre um fornecedor e um consumidor, o fornecedor é responsável pelo fornecimento da coisa no lugar indicado sem a possibilidade de invocar o pioramento casual (zufällige Verschlechterung) do bem¹⁴⁵.

Com esta ampliação dos direitos do consumidor, o último fornecedor na cadeia de consumo corre o risco, agora aumentado, de responder por vícios do produto¹⁴⁶. Muitas vezes, o último fornecedor não causou o vício, mas o

¹⁴⁰ BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. Verbraucherprivatrecht. Heidelberg: C. F. Müller, 2003. p. 122. GSELL, Beate. Op. cit. p. 73.

¹⁴¹ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 6

¹⁴² SCHELLHAMMER alerta que esta limitação não é exata o suficiente e traz novas dúvidas. Compare SCHELLHAMMER, Kurt. Op. cit. p. 246.

¹⁴³ Pensa-se no caso que o vendedor manda o bem pelo correio para o domicílio do comprador.

¹⁴⁴ BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. Op. cit. p. 123.

¹⁴⁵ Esta distribuição do risco foi prevista, inicialmente, para todos os contratos de compra e venda, mas depois limitada às contratos de compra e venda de bens de consumo à longa distância. Veja MOTSCH, Richard. Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 9, 2001. p. 430.

¹⁴⁶ Na visão alemã, os direitos oriundos de um contrato são realizados entre as partes; contratando o consumidor com o último fornecedor na cadeia de consumo, é este último fornecedor contra quem o consumidor realiza seus direitos.

produtor ou um outro fornecedor é o responsável por ele¹⁴⁷. O art. 4 da Diretiva sobre a compra e venda de bens de consumo¹⁴⁸ exige, portanto, a instalação de um mecanismo que permita transferir os custos para o elo da cadeia de fornecimento no qual o vício foi causado. O legislador alemão, para internalizar o art. 4, criou o assim chamado “Händlerregress” (recurso de regresso do fornecedor) nos §§ 478 e 479 BGB/2002. O paradigma central desta nova pretensão de um fornecedor contra um outro é o fato de que a pretensão segue a cadeia de fornecimento¹⁴⁹. Isto significa que o último fornecedor não tem uma pretensão dirigida diretamente contra o fornecedor que causou o vício, mas ele tem que dirigir-se à outra parte do seu contrato, que é o penúltimo fornecedor. Este penúltimo fornecedor, se não causou o vício, dirige-se ao fornecedor de quem ele tinha adquirido a coisa viciada; assim cria-se uma cadeia de responsabilidade, que é um reflexo da cadeia de fornecimento¹⁵⁰. O conteúdo da prestação do recurso do fornecedor depende do direito realizado pelo consumidor. Se o consumidor exigiu adimplemento tardio, o fornecedor tem direito a pagamento dos gastos causados pelo adimplemento tardio. Se o consumidor chegou a mudar o preço ou rescindir do contrato, o fornecedor ganha o direito de mudar o preço ou rescindir contra o seu contratante, que forneceu a coisa viciada para ele¹⁵¹.

A reforma do direito das obrigações não causou somente mudanças importantes nos contratos de compra e venda, mas também trouxe alterações para outros tipos de contratos, como o de empreitada (Werkvertrag) ou de viagem (Reisevertrag). No início da discussão sobre a reforma, uma grande parte das normas sobre estes dois tipos de contrato devia ser reformada¹⁵², mas o legislador acabou aplicando somente mudanças menores¹⁵³. Mais uma vez, a intenção de simplificar e trazer mais transparência por meio da harmonização das diferentes normas do BGB apadrinhou a elaboração das regras para o contrato de empreitada. Como o contrato de compra e venda serve de modelo para todos os demais contratos na parte especial do direito das obrigações, pretendeu-se harmonizar as normas do contrato de empreitada com as do

¹⁴⁷ SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen. Op. cit. p. 305, ponto 949. BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. Op. cit. p. 125.

¹⁴⁸ Parte da doutrina duvida a competência da Comunidade Européia para exigir tal regra. Compare BRÜGGEMEIER, Gert; REICH Norbert. Op. cit. p. 221.

¹⁴⁹ Veja a análise da Diretiva de BRÜGGEMEIER, Gert. *Zur Reform des deutschen Kaufrechts*. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v.11, p. 533.

¹⁵⁰ Sobre as vantagens desta construção, consulte ERNST, Wolfgang; GSELL, Beate. *Kritisches zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung*. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. Köln: RWS, v. 32, 2001. p. 1394.

¹⁵¹ Crítico quanto ao fato que o direito do fornecedor depende do direito realizado pelo consumidor ERNST, Wolfgang; GSELL, Beate. Op. cit. p. 1396. Com vários exemplos, BRÜGGEMEIER, Gert. Op. cit. p. 534 e seg.

¹⁵² O projeto é descrito por DAUNER-LIEB, Barbara. Op. cit. p. 14.

¹⁵³ Isto é a conclusão de SCHUDNAGIES no seu trabalho sobre o contrato de empreitada depois da reforma. Veja SCHUDNAGIES, Jörg. *Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform*. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 6, 2002. p. 400.

contrato de compra e venda¹⁵⁴. Portanto, encontram-se, nos contratos de empreitada, definições muito parecidas com as do contrato de compra e venda quanto à noção do vício e direitos secundários iguais (adimplemento tardio, rescisão, abatimento do preço, indenização)¹⁵⁵. Uma diferença importante no direito ao adimplemento tardio é o fato de que o empreiteiro, e não o dono da obra, pode decidir se ele quer consertar a obra já produzida (*Nachbesserung*) ou se prefere produzir uma nova obra (*Neuherstellung*). Estabelecendo este direito de escolher a maneira do adimplemento tardio, o legislador seguiu a jurisprudência que, já antes, tinha estabelecido tal direito¹⁵⁶.

Além dos quatro direitos adaptados do contrato de compra e venda, o dono da obra tem a possibilidade de ele mesmo consertá-la e cobrar do empreiteiro por isto, a assim chamada “*Selbstvornahme*”, § 637¹⁵⁷. Este direito somente pode ser exercido depois de colocar um prazo para o empreiteiro adimpler tardio; ao contrário do antigo BGB/1900, já não se exige a mora do empreiteiro¹⁵⁸. Além disso, o empreiteiro tem que pagar um adiantamento pelos custos presumidos do dono da obra, caso for solicitado, § 637, inciso III.

Nos contratos de viagem, o maior impacto nota-se na reforma dos prazos da prescrição. Em comparação aos contratos de compra e venda, os prazos de prescrição foram aumentados; antes, pretensões oriundas de um vício prescreviam em seis meses. Como o prazo de prescrição foi resumido a dois anos em todos os outros tipos de contratos, o legislador não viu a necessidade de manter um prazo mais curto para os contratos de viagem¹⁵⁹. Uma parte da doutrina critica esta argumentação, alertando que a situação num contrato de viagem é diferente da de um contrato de compra e venda ou de empreitada. Na prova do vício de uma viagem, o fator tempo é de alta importância, pois já não se pode analisar o objeto do contrato. Uma viagem assemelha-se mais à prestação de um serviço que ao fornecimento de um objeto, o que faz com que um prazo relativamente curto para reclamações diga respeito aos interesses das partes. O prazo de seis meses apresentava bons resultados e, portanto, devia ser mantido¹⁶⁰.

¹⁵⁴ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 7. SCHUDNAGIES, Jörg. Op. cit. p. 396.

¹⁵⁵ Compare SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen. Op. cit. p. 315, ponto 975.

¹⁵⁶ SCHUDNAGIES, Jörg. Op. cit. p. 397. GURSKY, Karl-Heinz concorda com a decisão do legislador analisando que ela faz sentido do ponto de vista econômico, pois o empreiteiro escolherá a maneira de custos mais favoráveis. GURSKY, Karl-Heinz. Op. cit. p. 134.

¹⁵⁷ WIESER, Eberhard. *Eine Revolution des Schuldrechts*. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v.2, 2001. p. 123.

¹⁵⁸ SCHWAB, Dieter. Op. cit. p. 7.

¹⁵⁹ FÜHRICH, Ernst. *Reisevertragsrecht nach modernisiertem Schuldrecht*. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 15, 2002. p. 1082 e seg.

¹⁶⁰ Compare FÜHRICH, Ernst. Op. cit. p. 1083.

B. 2 A integração de leis satélites

Para completar a reforma, o legislador queria incorporar várias leis satélites no BGB. O debate sobre se deveria se fazer tal incorporação e, caso sim, como fazer, foi um dos pontos mais debatidos no processo da reforma. Pois não havia pressão nenhuma por parte do Direito comunitário¹⁶¹ ou por razões sistemáticas de colocar as leis satélites no BGB¹⁶². Portanto surgiam posições que defendiam a exclusão desta parte da reforma, sobretudo devido à enorme pressão de tempo¹⁶³. Os apoiadores da integração alegaram que a reforma do direito das obrigações traria uma chance única de reconstruir a unidade do direito civil no Código central deste ramo de direito, no BGB¹⁶⁴. Antes da reforma, não era possível dar respostas às perguntas jurídicas do dia-a-dia somente usando o BGB, mas precisava-se do conhecimento de várias outras leis. Este “crescimento incontrollado” (Wildwuchs) das leis satélites danificava a sistemática do ordenamento jurídico civil. Colocando estas leis satélites no BGB, o legislador diminuiria o risco de o aplicador de direito não reparar normas existentes e facilitaria, também para o jurista estrangeiro, a aplicação do direito civil alemão¹⁶⁵.

As vozes críticas alertaram que a mera colocação das leis satélites no BGB não simplificaria a aplicação de direito. Primeiro, porque tinha que ser realizada pela criação de vários sub-parágrafos, o que não facilitaria o uso do Codex. Muito mais pesava o argumento de que a integração exigia a harmonização das leis satélites entre si e a sua adaptação às normas do BGB¹⁶⁶. Muitas das leis satélites provêm de Diretivas que usam uma linguagem e terminologia diferente do legislador alemão de 1900. Além disso, era muito provável que o legislador comunitário promulgaria novas diretivas, mudando as normas das leis satélites. A internalização destas novas diretivas seria muito mais fácil se as normas afetadas estivessem em leis satélites¹⁶⁷.

Ainda assim, o legislador optou pela integração de várias leis e colocou as seguintes leis no BGB¹⁶⁸:

¹⁶¹ O direito comunitário obriga os Estados-Membros a internalizar as Diretivas promulgadas mas deixa com eles a decisão como e por qual meio a internalização é feita. Não há problema nenhuma de internalizar uma Diretiva numa lei satélite.

¹⁶² ARTZ, Markus. *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Integration der Nebengesetze in das BGB*. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 6, 2002. p. 528.¹⁶³ Veja PALM, Heinz. Op. cit. p. 432.

¹⁶⁴ SCHMIDT-RÄNTSCH apud PALM, Heinz. Op. cit. p. 432.

¹⁶⁵ HELDRICH, Andres. Op. cit. p. 2522.

¹⁶⁶ Compare ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit. p. 179.

¹⁶⁷ PALM, Heinz. Op. cit. p. 432.

¹⁶⁸ Uma sinopse detalhada sobre a transferência das normas encontra-se em LORENZ, Stephan, RIEHM, Thomas. Op. cit. p. 80, ponto 155 e seg.

- Lei sobre condições gerais do contrato (Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen - AGBG) nos §§ 305-310 BGB/2002;
- Lei sobre o direito ao arrependimento na venda de produtos na porta (Haustürwiderrufsgesetz - HWiG) nos §§ 312, 312 a) BGB/2002;
- Lei sobre compra e venda à distância (Fernabsatzgesetz – FernAbsG) nos §§ 312 b) – d) BGB/2002;
- Lei sobre a multipropriedade (Teilzeitwohngesetz – TzWG) nos §§ 481-487 BGB/2002
- Lei sobre os créditos de consumo (Verbraucher kreditgesetz – VerbrKrG) nos §§ 491 – 506 BGB/2002.

Além disso, novos deveres de informar no comércio eletrônico foram estabelecidos no § 312 e) para internalizar os artigos 10 e 11 da Diretiva sobre comércio eletrônico¹⁶⁹. Figuras jurídicas que eram semelhantes em todas as leis foram unificadas, como por exemplo, o direito ao arrependimento nos contratos de consumo (Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen)¹⁷⁰

Entre as leis integradas, destaca-se a lei sobre condições gerais do contrato, cujo teor agora consta da parte geral do direito das obrigações.¹⁷¹ A maioria da doutrina alemã sugeriu a colocação na parte geral do BGB¹⁷². O legislador queria somente aplicar mudanças menores, mas acabou inserindo aspectos importantes. O § 305 inciso II n° 2 traz uma nova regra quanto ao uso de condições gerais do contrato no caso de a outra parte ser deficiente física. Sob estas circunstâncias, a situação especial da outra parte tem que ser respeitada, e as condições gerais do contrato têm que ser colocadas à disposição de maneira que possam ser percebidas apesar do déficit corporal.

A lei sobre condições gerais do contrato compreendia uma cláusula geral, que agora está no § 307 inciso I frase 2 BGB/2002. Esta serve para abranger todas as cláusulas abusivas que não podem ser anuladas por regras especiais. Estabelece-se, em primeiro lugar, que uma cláusula é nula se ela prejudica a outra parte,

¹⁶⁹ Como observa ARTZ, esta norma traz um conteúdo (Regelungsgehalt) até então desconhecido pelo direito alemão. ARTZ, Markus. Op. cit. p. 528.

¹⁷⁰ Compare KOPPENFELS, Katharina von. Op. cit. p. 1360 e seg. HUBER, Peter. FAUST, Florian. Op. cit. p. 456, ponto 5.

¹⁷¹ Uma análise abrangente desta lei e sua integração no BGB/2002 faz STOFFELS, Markus. AGB-Recht. München: C. H. Beck, 2003. p. 22 e seg.

¹⁷² Esta idéia foi apresentada por PFEIFFER, Thomas num congresso sobre a reforma do direito das obrigações. Compare o relatório do congresso por JAKOBS, Horst Heinrich. Op. cit. p. 29. Seguindo a opinião de Pfeiffer, STOFFELS, Markus. Op. cit. p. 25, ponto 60.

afetando a boa-fé objetiva. Em segundo lugar, determina que um prejuízo da outra parte também pode se dar pelo fato de que a cláusula não está formulada de maneira clara e entendível e, com isto, não é transparente. A doutrina discutia a questão se uma cláusula não formulada de maneira clara e entendível prejudica, por si, a outra parte ou se a ocorrência de um dano é necessário para anular a cláusula em questão. Inicialmente, o legislador buscou estabelecer que uma cláusula fosse nula somente por causa da sua não-transparência, mas acabou exigindo um dano para evitar que o campo de aplicação seja extrapolado¹⁷³.

Um problema central da adaptação do direito das condições gerais do contrato ao novo direito da perturbação do contrato deu-se pela pergunta se é possível excluir a responsabilidade por negligência simples (einfache Fahrlässigkeit), aplicando condições gerais do contrato¹⁷⁴. Os §§ 305-310 BGB/2002 não recepcionaram o § 11 n° 8 b) AGBG, que proibiu a exclusão da responsabilidade nos casos de mora e impossibilidade. Argumentava-se que tal proibição não respeitava as necessidades em situações diárias, p. ex., na compra e venda de um carro usado por consumidores que usam um formulário com condições gerais do contrato¹⁷⁵. Além disso, existia jurisprudência que considerava nula uma cláusula de exclusão de responsabilidade por negligência simples, caso esta atingisse deveres centrais (Kardinalpflichten) do contrato¹⁷⁶; esta jurisprudência pode ser usada também sob o regime do BGB/2002 para evitar que a possibilidade de liberar-se da responsabilidade por negligência simples prejudique o consumidor¹⁷⁷. Ainda é de ser mencionado que a cláusula geral do § 307 inciso II BGB/2002 pode ser aplicada, sobretudo nos contratos nos quais uma parte é um consumidor, para declarar nula uma cláusula que limita a responsabilidade do usuário¹⁷⁸.

¹⁷³ ARTZ, Markus. Op. cit. p. 529. WESTPHALEN chega a mesma conclusão com base na interpretação do texto do § 307 inciso 1 frase 2, que usa a palavra "pode", o que deixa claro que não qualquer intransparência tem como consequência a nulidade da cláusula. WESTPHALEN, Friedrich Graf v.. AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 1, 2002. p. 17.

¹⁷⁴ Estas cláusulas são chamadas de "Freizeichnungsklauseln". Uma análise profunda com várias sugestões dogmáticas dá WESTPHALEN, Friedrich Graf v.. Op. cit. p. 22 e seg.

¹⁷⁵ É importante lembrar que o direito alemão distingue entre „Unternehmer“ (fornecedor) e „Verwender“ (usuário). A primeira noção define uma pessoa que atua de maneira profissional no mercado, enquanto a segunda determina a pessoa que usa condições gerais do contrato. O usuário pode ser um consumidor se ele usa condições gerais pré-formulados por um terceiro.

¹⁷⁶ Veja ARTZ, Markus. Op. cit. p. 531.

¹⁷⁷ STOFFELS, Markus. Op. cit. p. 473, ponto 976.

¹⁷⁸ WESTPHALEN, Friedrich Graf v.. Op. cit. p. 23.

Ao contrário da lei sobre as condições gerais do contrato, a integração da lei sobre os créditos de consumo (*Verbraucherkreditgesetz*) causou problemas para o legislador e acabou acarretando mudanças de lei provavelmente não intencionadas¹⁷⁹. A *Verbraucherkreditgesetz* não foi colocada “en bloc” no novo BGB¹⁸⁰, mas reorganizada do ponto de vista sistemático; isto teve como consequência que as normas, antes unidas na lei, encontram-se espalhadas pelo novo BGB¹⁸¹. Quanto ao conteúdo, destacam-se duas novidades. A primeira foi inserida somente nos momentos finais do processo legislativo e enseja que uma prorrogação para a celebração de um contrato de crédito de consumo somente pode ser concedida por forma escrita. Antes, a jurisprudência não exigia a forma escrita para tal prorrogação. A segunda novidade acaba com a discussão doutrinária sobre a questão de se o consumidor pode prescindir da proteção da lei sobre créditos de consumo por meio de uma declaração unilateral. O novo BGB esclarece que o consumidor não tem a possibilidade de prescindir desta proteção legal¹⁸².

A integração da lei sobre o direito ao arrependimento na venda de produtos na porta, da lei sobre a compra e venda à distância e da lei sobre a multipropriedade não trouxe mudanças maiores para as matérias reguladas por estas leis. Os deveres no comércio eletrônico são novos no ordenamento jurídico alemão e foram regulados no § 312 e) BGB. É importante ressaltar que a norma exige que uma parte do contrato seja um fornecedor sem estabelecer que a outra seja um consumidor¹⁸³; portanto, aplica-se na área do B2B (*business-to-business*), bem como na área do B2C (*business-to-consumer*)¹⁸⁴.

São regulados os casos nos quais o cliente acessa uma oferta virtual (normalmente o site do fornecedor) e, com base nesta oferta, faz sua encomenda; não é regulada a situação em que as partes elaboram um contrato por meios eletrônicos de comunicação, p. ex. elaboração de um contrato via e-mail. Além disso, somente o contrato tem que ser celebrado on line; o cumprimento da prestação pode ser efetuado pelo caminho tradicional, quer dizer, off line. Vários deveres do fornecedor foram colocados na lei, entre eles, a obrigação de oferecer uma possibilidade de corrigir a encomenda antes de mandá-la, uma confirmação da encomenda recebida por e-mail e a possibilidade de acessar as condições gerais do contrato. O § 312 e) inciso I frase 2 BGB/2002

¹⁷⁹ SCHWAB, Diter. Op. cit. p. 8.

¹⁸⁰ Sobre as vantagens de uma colocação „en bloc”, veja. DÄUBER-GMELIN, Herta. Op. cit. p. 2286.

¹⁸¹ Há regras oriundas da lei sobre os créditos de consumo nos §§ 488-507, que estão divididos em três sub-títulos. Além disso, o legislador colocou umas regras especiais nos §§ 655a) – e).

¹⁸² Compare ARTZ, Markus. Op. cit. p. 534.

¹⁸³ A lei fala, de maneira geral, em “cliente” (*Kunde*).

¹⁸⁴ Ainda assim, no B2B, as regras do § 312 e) podem ser excluídas do contrato por acordo das partes, § 312 e) inciso II, frase 2. Compare KROPHOLLER, Jan. Op. cit. p. 204, ponto 2.

é de alta importância para o comércio eletrônico em geral e para a dogmática da manifestação de vontade, pois determina que uma manifestação de vontade declarada por meio eletrônico é considerada recebida quando o recipiente pode acessá-la sob circunstâncias normais¹⁸⁵.

Conclusões

Descrever, de maneira detalhada, as várias mudanças e novas tendências no novo direito das obrigações na Alemanha é uma tarefa cujo cumprimento resultaria num livro de centenas de páginas. Portanto, a intenção deste artigo não foi informar o leitor sobre a reforma inteira, mas sim mostrar os pontos altos e mais discutidos, bem como apontar abrangentemente para as mudanças.

Durante o processo legislativo, a doutrina discutiu fortemente sobre os prós e contras das diferentes versões das normas a serem reformadas. Um exemplo para isto é a discussão travada entre ALTMEPPEN e CANARIS sobre a questão da indenização em vez da prestação (*Schadenersatz statt der Leistung*), regulada no novo § 281 BGB/2002¹⁸⁶. Por causa destas críticas, professores de direito civil na Alemanha juntaram-se e assinaram uma manifestação comum (*Gemeinsame Erklärung*), na qual pediram à então Ministra da Justiça para adiantar a “solução grande” e restringir a reforma de 2002 à internalização obrigatória das Diretivas¹⁸⁷. Mesmo assim, a Ministra não abriu mão da solução grande, que está, desde 01 de janeiro de 2002, em vigor na Alemanha¹⁸⁸.

O novo direito das obrigações traz novos paradigmas e visões para o conceito de “contrato” e, com isto, novas dúvidas e questões que doutrina e prática têm que enfrentar juntos. Com certeza, o BGB manteve seu alto grau de abstração e o método de colocar, numa parte geral, as regras, que depois devem ser usadas na aplicação das normas da parte especial. Influências do direito comunitário e internacional encontram-se agora no cerne do Código Civil alemão, reforçando, novamente, a proteção a contratantes que estão numa posição mais fraca, como os consumidores. Com tudo isto, o novo BGB/2002 enfrenta a realidade pós-moderna e traz novas soluções para as questões

¹⁸⁵ O texto diz: “(...) wenn sie die Parteien unter gewöhnlichen Umständen abrufen können.”. Sobre o § 312 e) BGB/2002, veja ARTZ, Markus. Op. cit. p. 534 e seg.

¹⁸⁶ Compare a discussão nas seguintes contribuições: ALTMEPPEN, Holger. *Schadenersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für die Überhastung der Schuldrechtsreform*. Der Betrieb. Düsseldorf: Handelsblatt v. 21, 2001. p. 1131 e Nochmals: *Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*. Der Betrieb. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 34, 2001. p. 1822. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*. Der Betrieb. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 34, 2001. p. 1816.

¹⁸⁷ Compare ALTMEPPEN, Holger. Op. cit. p. 1822.

¹⁸⁸ Compare os seus argumentos contra a manifestação de ALTMEPPEN em DÄUBER-GMELIN, Herta. Op. cit. p. 2287.

jurídicas da atualidade. O fato de ter sofrido críticas em vários pontos e de vários lados – o que é, num sentido individualista e pós-moderno, mais que compreensível – não significa que ele já não seja uma das grandes codificações européias. Muito pelo contrário, a sua grandeza mostra-se na habilidade de enfrentar estas críticas e continuar progredindo com ou contra elas.

Bibliografia

- ALTMEPPEN, Holger. Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Der Betrieb. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 34, 2001. p. 1821-24.
- _____. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für die Überhastung der Schuldrechtsreform. Der Betrieb. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 21, 2001. p. 1131-1133.
- ARTZ, Markus. Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Integration der Nebengesetze in das BGB. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 6, 2002. p. 528-535.
- BITTER, Georg; MEIDT, Eva. Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. Köln: RWS, v. 48, 2001. p. 2114-2124.
- BRÜGGEMEIER, Gert. Zur Reform des deutschen Kaufrechts. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v.11, p. 529-538
- _____; REICH, Norbert. Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Betriebsberater. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, v. 5, 2001. p. 213-222.
- BÜDENBENDER, Ulrich. Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil I). Deutsches Steuerrecht: Wochenschrift für Steuerrecht, Wirtschaftsrecht und Betriebswirtschaft. München: C. H. Beck, v. 8, 2002. p. 312-318.
- BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. Verbraucherprivatrecht. Heidelberg: C. F. Müller, 2003. 173 p.
- BÜTTNER, Helmut. Schuldrechtsmodernisierung und Familienrecht, insbesondere Verjährung, Verwirkung und Verzug. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 6, 2002. p. 361-366.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, v. 8, 2001. p. 329-336.
- _____. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Der Betrieb. Düsseldorf: Handelsblatt, v.34, 2001. p. 1815-1821.
- _____. Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 9, 2001. p. 499-528.

- DÄUBLER-GMELIN, Herta. Die Entscheidung für die sogenannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, v. 32, 2001. p. 2281-2289.
- DAUNER-LIEB, Barbara. Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss?. *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2001. p. 8-18.
- EIDENMÜLLER, Horst. Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 6, 2001. p. 283-287.
- ERNST, Wolfgang. Schuldrechtsreform 2001/2002: Zum Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. München: C. H. Beck, v. 1, 2001. p. 1-11.
- _____. GSELL, Beate. Kritisches zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Köln: RWS, v. 32, 2001. p. 1389-1403.
- FISCHER, Michael. Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (§ 275 BGB RegE). *Der Betrieb*. Düsseldorf: Handelsblatt, v. 36, 2001. p. 1923-1926.
- FÜHRICH, Ernst. Reisevertragsrecht nach modernisiertem Schuldrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, v. 15, 2002. p. 1082-1084.
- GRUNEWALD, Barbara. Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens. *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 9, 2001. p. 433-436.
- GSELL, Beate. Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung. *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 2, 2001. p. 65-75.
- GURSKY, Karl-Heinz. *Schuldrecht: Besonderer Teil*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2002. 284 p.
- HAAS, Lothar; MEDICUS, Dieter; ROLLAND, Walter; SCHÄFER, Carsten; WENDTLAND, Holger. *Das neue Schuldrecht*. München: C. H. Beck, 2002, p. 13
- HAMMEN, Horst. Zerschlagt die Gesetzestafeln nicht! Wertpapiermitteilungen: *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*. Frankfurt am Main: Herausberggemeinschaft Wertpapiermitteilungen, v. 29, 2001. p. 1357-1359.
- HELDRIICH, Andreas. Ein zeitgemäßes Gesicht für unser Schuldrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, v. 35, 2001. p. 2521-2523.
- HEINRICHS, Helmut. Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Neuregelung des Verjährungsrechts. *Betriebsberater*. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, v. 28, 2001. p. 1417-1423.
- HEß, Burkhard. Die Übergangsregelungen zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. *Deutsches Steuerrecht: Wochenschrift für Steuerrecht, Wirtschaftsrecht und Betriebswirtschaft*. München: C. H. Beck, v. 11, 2002. p. 455-461.
- HONSELL, Heinrich. Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2001. p. 18-21.
- _____. Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB. *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 6, 2001. p. 278-283.

- HUBER, Peter; Faust, Florian. Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht. München: C. H. Beck, 2002. 529 p.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. Das neue brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensrecht. Em: JAYME, Erik; SCHINDLER, Christian (Org.). Portugiesisch - Weltsprache des Rechts: Studien, Referate, Gutachten zu den Rechtssystemen von Angola, Brasilien, Osttimor und Portugal. Aachen: Shaker, 2004. p. 217-235.
- JAYME, Erik; SCHINDLER, Christian (Org.). Portugiesisch - Weltsprache des Rechts: Studien, Referate, Gutachten zu den Rechtssystemen von Angola, Brasilien, Osttimor und Portugal. Aachen: Shaker, 2004. 438 p.
- JAKOBS, Horst Heinrich. Tagungsbericht Schuldrechtsmodernisierung: Impressionen von einem Symposium. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2001. p. 27-30.
- KNÜTEL, Rolf. Zur Schuldrechtsreform. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 35, 2001. p. 2519-2521.
- KOPPENFELS, Katharina von. Das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen im BGB – eine Untersuchung des § 355 Abs. 1 BGB-RegE. Wertpapiermitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht. Frankfurt am Main: Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen, v. 29, 2001. p. 1360-1369.
- KROPHOLLER, Jan. Bürgerliches Gesetzbuch: Studienkommentar. 7. ed. München: C. H. Beck, 2004. 1113 p.
- LANGENBUCHER, Katja. Diskussionsbericht zum Vortrag von Claus-Wilhelm Canaris. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 10, 2001. p. 528-530.
- LORENZ, Stephan. Leistungsstörungen: Arbeitshilfe zum neuen Schuldrecht. Anwalt – Das Magazin. München, C. H. Beck, v. 12, 2001. p. 12-15.
- _____. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 14, 2001. p. 742-745.
- _____; RIEHM, Thomas. Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. München: C. H. Beck, 2002. 411 p.
- MARQUES, Cláudia Lima. Cem nos de Código Civil alemão: O BGB de 1986 e o Código Civil brasileiro de 1916. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 741, 1997. p. 11-37.
- _____; WEHNER, Ulrich. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor – renasce o „direito civil geral e social“?. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, 2001. p. 271-277.
- _____. Normas de proteção do consumidor (especialmente no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2000. p. 50-93.
- MATTHEUS, Daniela. Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 3, 2002. p. 209-219.

- MEDICUS, Dieter. Gesetzliche Schuldverhältnisse. 4. ed. München: C. H. Beck, 2003. 190 p.
- _____. Schuldrecht: Ein Studienbuch. Allgemeiner Teil. 13. ed. München: C. H. Beck, 2002. 412 p.
- MOTSCH, Richard. Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 9, 2001. p. 428-433.
- PFEIFFER, Thomas. Systemdenken im neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht. Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht. Recklinghausen: ZAP, v. 1, 2002. p. 23-32.
- OTTO, Hansjörg. Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts. Juristische Ausbildung. Berlin: De Gruyter, v. 1, 2002. p. 1-11.
- PALM, Heinz. Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts. Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, v. 9, 2001. p. 431-433.
- PREIß, Bernd. Des einen Freud, des anderen Leid: Neue Rechtslage für Käufer und Verkäufer. Magazin für Computer und Technik. Hannover: Heise, v. 4, 2002. p. 182-185.
- RANIERI, Filippo. La nouvelle partie générale du droit des obligations. Revue internationale de droit comparé. Paris: Francian, v. 54, 2002. p. 941-958.
- SCHAPP, Jan. Empfiehlt sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts? Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 11, 2001. p. 583-589.
- SCHELLHAMMER, Kurt. Die Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel – Neue Struktur und neuer Mangelbegriff. Monatsschrift für Deutsches Recht. Köln: Dr. Otto Schmidt, v. 5, 2002. p. 241-246.
- SCHLECHTRIEM, Peter. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebek, 2003. 362 p.
- SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen. Das neue Schuldrecht: Anwendung und Auswirkungen in der Praxis. Köln: Heymanns, 2002. 599 p.
- SCHUDNAGIES, Jörg. Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 6, 2002. p. 396-400.
- SCHWAB, Martin. Schuldrechtsreform 2001 – Alles wird neu. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 3, 2001. p. 311-312.
- _____. Das neue Schuldrecht im Überblick. Juristische Schulung. München: C. H. Beck, v. 1, 2002. p. 1-8.
- STOLL, Hans. Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen. **Juristenzeitung**. Tübingen: Mohr Siebek, v. 11, 2001. p. 589-597.
- STOFFELS, Markus. *AGB-Recht*. München: C. H. Beck, 2003. 589 p.
- TEICHMANN, Arndt. Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Betriebsberater. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, v. 30, 2001. p. 1485-1492.

- WESTPHALEN, Friedrich Graf v.. AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 1, 2002. p. 12-25.
- WIESER, Eberhard. Eine Revolution des Schuldrechts. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v.2, 2001. p. 121-124.
- WITZ, Claude. Pourquoi la réforme et pourquoi s’y intéresser en France? Revue internationale de droit comparé. Paris: Francian, v. 54, 2002. p. 936-940.
- WETZEL, Thomas. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – Der große Wurf zum 1.1.2002. Zeitschrift für Rechtspolitik. München: C. H. Beck, v.3, p. 117-126.
- WIESER, Eberhard. Eine Revolution des Schuldrechts. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 2, 2001. p. 121-124.
- ZIMMER, Daniel. Das neue Recht der Leistungsstörungen. Neue Juristische Wochenschrift. München: C. H. Beck, v. 1, 2002. p. 1-12.
- ZIMMERMANN, Reinhard. Schuldrechtsmodernisierung? Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebek, v. 4, 2001. p. 171-181.