

O Novo Direito das Obrigações na Alemanha*

CLAUS-WILHELM CANARIS

Jurista na Alemanha. Ocupa em Munique a Cátedra de Karl Larenz

Em 1º de janeiro de 2002 foi aprovada a reforma mais abrangente e substancial do *Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil Alemão, desde que este foi sancionado em 1900, se não considerarmos o direito de família, que já sofreu diversas modificações devido à sua própria especificidade, uma vez que as mudanças sociais exercem forte influência nessa área.

A origem da reforma foi a diretiva da União Europeia relativa à proteção do consumidor de bens de consumo, que tinha de ser incorporada à lei nacional. Entretanto, o Ministério da Justiça alemão usou a diretiva como uma espécie de força motriz para induzir o Parlamento a adotar uma ampla reforma do Código Civil, que viria a exceder em muito o escopo da diretiva. Assim, três áreas foram estruturadas de um modo totalmente novo: prescrição, inexecução e execução defeituosa, contratos de venda de bens e contratos de prestação de serviços, mesmo os que não dizem respeito ao direito do consumidor.

Além disso, todos os estatutos referentes à proteção do consumidor e à dos contratos de adesão ou contratos *standard*, que até então não faziam parte do Código Civil, foram nele integrados no contexto da reforma. Entretanto, tratou-se simplesmente de uma alteração no posicionamento sistemático destes estatutos, já que não houve mudanças substanciais no conteúdo. Assim, minha apresentação não incluirá esse tópico, pois isto representaria desviar radicalmente a atenção da matéria em questão – ou seja, a proteção ao consumidor conferida atualmente pela lei na Alemanha que, conforme mencionado acima, não foi criada por essa reforma, mas já existia anteriormente como re-

* Exposição gravada e revista pelo autor. XXII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na EMERJ em 03-09-2003.

sultado de determinados estatutos especiais, a maior parte dos quais, aliás, também se basearam em diretivas da União Européia.

A seguir, farei um breve relato da história da reforma para, depois, descrever as alterações mais importantes nas três áreas mencionadas: prescrição, execução e execução defeituosa, e a lei sobre contratos de vendas de bens e de prestação de serviço.

A reforma do direito das obrigações alemão teve início em 1979, quando foram apresentados os pareceres acadêmicos sobre o tema. Em 1984, o Ministério da Justiça criou uma comissão formada tanto por representantes do mundo acadêmico como por profissionais liberais para rever a lei das obrigações. Essa comissão elaborou uma proposta de reforma do Código que foi publicada em 1992. As modificações, no entanto, não foram implementadas imediatamente pois, naquela ocasião, a União Européia já tinha anunciado a mencionada diretiva de proteção aos direitos dos consumidores em contratos de venda, pela qual o Ministério resolveu aguardar.

Somente quando a diretiva foi, por fim, sancionada em 1999 é que a reforma teve continuidade. Em um primeiro momento, o Ministério da Justiça pretendia realizar a proposta de reforma de 1991, modificando-a apenas no que se fizesse necessário para ajustá-la à diretiva. Com base nessa premissa, o Ministério apresentou uma nova versão de proposta, mas essa tentativa foi severamente criticada pela comunidade acadêmica. Como consequência, o Ministério criou uma nova comissão, em janeiro de 2001, novamente formada por acadêmicos e profissionais liberais, da qual eu participei. Essa comissão propôs modificações de amplo alcance ao documento já em mãos do Ministério, o que significou quase uma nova proposta. O Ministério adotou essas mudanças praticamente sem nenhuma emenda, sendo que o próprio Parlamento só fez alterações de pouca relevância.

A diretiva da União Européia não exigia qualquer mudança nas leis referentes à prescrição, inexecução e execução deficiente. Logo, a Alemanha poderia ter se limitado a uma simples modificação das leis dos contratos de vendas e, ao fazer isso, estaria adotando a assim chamada "solução menor", que foi o que muitos outros países europeus decidiram fazer. Porém o Ministério da Justiça aproveitou o ensejo para realizar uma reforma abrangente do direito das obrigações, planejada desde 1984, decidindo-se, então, pela solução "maior", que incluía a

reforma da lei das prescrições, inexecução e execução deficiente. Essa opção, entretanto, apresentava uma desvantagem: restava muito pouco tempo até a data fixada para a implementação da diretiva, que era 1º. de janeiro de 2002. A pressão do trabalho em um prazo tão curto gerou críticas ferozes por parte da comunidade acadêmica. Eu também lamentei muito esse fato, mas não teria sido prático nem tampouco realista dividir a reforma em duas etapas, atendendo, primeiro, aos requisitos da diretiva mediante uma solução “menor” para depois executar uma reforma mais abrangente da lei das prescrições e inexecução, que seria a solução “maior”. O segundo passo, provavelmente, nunca teria ocorrido, já que é óbvio que reformar o Código Civil não gera um grande retorno em termos de propaganda para os partidos políticos. Além disso, como resposta aos críticos, deve ser dito que a origem da reforma remonta ao ano de 1979 – como mencionei acima. Portanto, a comunidade acadêmica teve mais de duas décadas para discutir o projeto, mesmo considerando que essa oportunidade, infelizmente, só foi utilizada em uma pequena proporção.

Vou continuar, então, explicando o conteúdo da reforma, começando com a área da prescrição. Obviamente, não se trata de uma parte do direito das obrigações e sim de um aspecto geral do Código Civil Alemão, assim como ocorre no Brasil. Não obstante, foi correto incluir esse tema na reforma do direito das obrigações, por tratar-se do ponto no qual a prescrição tem a maior importância prática. Antes da reforma, havia toda uma série de disputas acadêmicas cujo propósito era, unicamente, modificar a duração dos prazos prescricionais. Assim, os tribunais tinham elaborado interpretações da doutrina - algumas inclusive muito estranhas – com o simples objetivo de introduzir emendas em relação à questão dos prazos. Isso acarretou distinções extraordinariamente sutis, às vezes até incompreensíveis e, por conseguinte, a perda da precisão legal. Justamente, esse estado insatisfatório da lei constituía uma das principais razões da reforma. Logo, era evidente e lógico abordar diretamente a raiz do problema, fazendo da prescrição o ponto de convergência da reforma.

Na realidade, a prescrição constituía uma das piores partes do nosso Código Civil. O prazo regulamentar da prescrição era de 30 anos (de acordo com o § 195 da antiga versão do CCA) sendo, portanto, um período muito longo. O aspecto mais crítico, entretanto era que

esse prazo de prescrição estava sujeito a diversas exceções cujas justificativas, na maioria das vezes, eram obscuras e fundamentadas em tradições históricas, sem fundamentos racionais. Portanto, não seria possível apenas reduzir o prazo para um período inferior a 30 anos. Ao invés disso, a solução a ser encontrada deveria basear-se em um modelo muito mais simples que conseguisse reduzir, significativamente, o número dos diferentes prazos em vigor.

O legislador encontrou essa solução introduzindo o chamado *sistema subjetivo* de prazos prescricionais. O antigo direito das obrigações alemão orientava-se pelo *sistema objetivo*. Segundo este, a prescrição começa a contar a partir do momento em que nasce o direito de pleitear, independentemente do credor ter ou não conhecimento do fato ou poder ou não ter esse conhecimento. Em oposição, no sistema subjetivo, o início do decurso de prazo depende desse conhecimento ou, respectivamente, da possibilidade de obtê-lo. De acordo com a nova lei, a prescrição só começa a contar quando o credor toma conhecimento ou deveria tomar conhecimento, com exceção dos casos de negligência grosseira, das circunstâncias que constituem a reclamação e a identidade do devedor (§ 199, I do CCA). Isso permite uma redução drástica da duração do prazo – especificamente, para um período de três anos (§ 195 do CCA). No entanto, esse modelo apresenta uma deficiência, qual seja, que o início da prescrição não é certo, podendo ser postergado indefinidamente. Como consequência, o sistema subjetivo deve ser complementado pelo sistema objetivo. Isso significa que o prazo de prescrição, que começa com o conhecimento do credor, tem de estar relacionado a outro prazo que começa assim que nasce o direito de pleitear. Esse prazo objetivo adicional na nova legislação alemã é de dez anos (§ 199, III do CCA). Logo, de modo geral, o pleito prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que credor toma conhecimento da sua existência, ou não o faz devido a uma negligência grosseira, havendo porém um prazo máximo de dez anos a contar da data em que passa a existir o direito de pleitear.

Essa solução é uma combinação dos sistemas objetivo e subjetivo, não representando nenhuma novidade na legislação alemã pois, na realidade, já vigorava de forma praticamente idêntica na área de responsabilidade civil (em consonância com o § 852 da antiga versão do CCA). Portanto, o que constituía uma exceção tornou-se a regra.

Aliás, uma solução semelhante foi sugerida pela chamada Comissão Lando, que está trabalhando com propostas para uma lei europeia comum de contratos (Artigos 17: 102, 105, 111 PECL).

Existem exceções a esse modelo de prescrição após três anos a partir da data do conhecimento e dez anos a partir da data em que o direito de pleitear fica definido, porém são poucas. Por um lado, existe um prazo de trinta anos para algumas demandas fundamentais, tais como a restituição da propriedade por direito. Por outro, existem pleitos com prazos especialmente curtos, em que o limite é inferior a dez anos, parcialmente até inferior a três anos, e em que o prazo começa a contar independentemente de o credor ter conhecimento ou dever ter conhecimento da reclamação. Os exemplos mais importantes são as reivindicações de violação de garantia em casos de execução defeituosa em contratos de venda ou prestação de serviço. Voltarei a comentar este ponto mais tarde.

O segundo ponto central da reforma diz respeito à lei de inexecução e execução defeituosa. A lei alemã faz uma distinção entre dois diferentes níveis: no primeiro, trata-se de definir se o credor tem direito a uma execução específica ou se o devedor, mediante exceção, está isento da obrigação de cumprimento específico. Em oposição ao direito consuetudinário anglo-americano, que só reconhece o direito do credor a uma execução específica em alguns casos particulares, o direito alemão e outros sistemas de direito civil, inclusive o brasileiro, reconhecem esse direito como fato. Assim, o direito do credor de obter indenização pecuniária em substituição à execução só é relevante nesse segundo nível.

1. Por exemplo: será que o vendedor de um quadro deve transferir o seu título de propriedade ao comprador mesmo que, na realidade, o quadro não pertença ao vendedor e sim a um terceiro, de quem o quadro foi roubado? Ou será que o proprietário de um terreno que – por engano – construiu sua garagem em um trecho da propriedade do seu vizinho, tem que destruir a garagem? Em ambos os casos, a resposta da lei alemã é: em princípio, sim.

a) À luz do direito alemão, o ponto de partida para solucionar essas questões é o conceito da impossibilidade da execução – um preceito que permanece válido após a reforma. O devedor está desobrigado da sua responsabilidade de execução específica somente, em princípio, quan-

do a execução específica for considerada impossível. Assemelha-se ao princípio da lei romana de *"impossibilium nulla est obligatio"*. Logo, é desnecessário dizer que o vendedor de um quadro fica desobrigado de transferir o título se o quadro tiver sido destruído pelo fogo. Além disso, no exemplo dado, o vendedor também está livre da obrigação de transferir a propriedade do quadro roubado caso o verdadeiro dono da obra recuse-se terminantemente a transferi-la. Por outro lado, se o proprietário do quadro roubado concordar em transferir a propriedade para o comprador sob a condição de que o vendedor lhe pague um valor extremamente elevado, o vendedor – como regra geral – não está dispensado de suas obrigações de execução específica.

Por ocasião do processo de reforma na Alemanha, na maior parte do tempo prevaleceu a opinião de eliminar por completo o conceito da impossibilidade de execução do Código Civil. Na realidade, este conceito é uma particularidade da lei alemã, não encontrando paralelo nem no sistema legal anglo-saxão nem, por exemplo, no Código Civil da França. Não obstante, no que diz respeito a dois aspectos fundamentais, o conceito da impossibilidade guarda uma relação óbvia e distinta com a questão de se fazer justiça. Por um lado, é praticamente inútil e improfícuo para o credor sustentar, junto ao devedor, uma obrigação que este não pode cumprir de forma alguma, e que não pode tampouco ser exigida judicialmente. Por outro lado, o reverso também é verdadeiro. Desde que uma execução específica não seja impossível – como regra geral – o devedor está obrigado a honrá-la. Certamente, há exceções a esta regra mas apenas em situações definidas por critérios bastante rígidos estabelecidos por lei – e retomarei este ponto mais tarde. Assim, torna-se óbvio que o conceito de impossibilidade de execução indiretamente reforça o direito do credor à execução específica e, de modo especial, o princípio de *pacta sunt servanda* (princípio da inviolabilidade dos contratos), visto que este conceito é um contra-argumento a qualquer tentativa de abrandar a obrigação do devedor. Por este motivo, foi alvissareiro constatar que, ao final do processo da reforma, a opinião que predominou foi a de manter o conceito de impossibilidade no Código Civil Alemão (ver § 275, I do Código). Além disso, esta decisão reflete a tendência à harmonização crescente entre as leis no âmbito europeu, na medida em que os já mencionados Princípios da Lei dos Contratos Europeus também adotam o conceito de impossibili-

dade como uma alternativa para eximir o devedor de suas obrigações de execução (Artigo 9:102 Abs. 2 lit. b PECL).

Não obstante, devemos ter em mente que até um termo aparentemente preciso como “impossibilidade de execução” dá margem a áreas nebulosas. Por exemplo: será que o conceito de impossibilidade de execução aplica-se – à luz do tipo de fatos mencionados acima – caso o proprietário do quadro roubado concorde em transferir a propriedade ao comprador somente mediante o pagamento, pelo vendedor, de um valor equivalente a dez vezes o preço razoável de mercado para o mesmo quadro, ou se a garagem que, de alguma forma, foi construída em parte do terreno do vizinho, avançou no terreno contíguo apenas 6 centímetros? Em relação a casos limítrofes como estes, a nova lei alemã apresenta uma nova regra: de acordo com o § 275, II do CCA, o devedor fica isento da obrigação se a execução guardar desproporção grosseira em comparação ao interesse do credor em assegurar o seu direito de execução. Por conseguinte, o conceito de impossibilidade não se aplica apenas se estamos diante de uma impossibilidade de execução em um sentido estrito, mas também no caso de uma desproporcionalidade grosseira. Entretanto, em relação ao último aspecto, é importante enfatizar que o interesse desproporcionalmente reduzido do credor na execução – e não o impedimento do devedor – constitui o fator decisivo para determinar a desproporcionalidade grosseira. Aplicando esse conceito aos exemplos citados anteriormente, em princípio – mas não necessariamente em todos os casos – o vendedor não terá que pagar ao proprietário do quadro roubado uma soma dez vezes superior ao valor razoável de mercado, assim como o construtor não terá que destruir a garagem que ultrapassa as dimensões da propriedade em apenas 6 centímetros.

Finalmente, a execução prática do conceito de impossibilidade pode tornar-se duvidosa caso o devedor deva serviços estritamente pessoais. Usando como referência a um caso paradigmático, uma cantora recusa-se a fazer a apresentação programada porque tem de cuidar do filho que se encontra seriamente doente. Desde o advento da reforma, a lei alemã também prevê uma cláusula específica para este tipo de situação. Nos termos do § 275, III do CCA, o devedor de serviços estritamente pessoais pode se recusar a realizá-los se estiver sob o peso de algum impedimento razoável. No intuito de determinar se o impe-

dimento pode ou não ser qualificado como razoável, a seriedade da execução para o devedor – por exemplo, as conseqüências da doença do filho – tem de ser ponderado à luz do interesse do credor em preservar seus direitos à execução. Assim, enquanto no § 275, II do CCA, o critério decisivo é somente o interesse desproporcionalmente restrito do credor, o § 275, III também leva em consideração o impedimento do devedor.

b) Com base neste fato, podemos analisar os seguintes casos: será que um fornecedor de petróleo pode se recusar a vendê-lo devido a um aumento extraordinário provocado pela eclosão de uma guerra no Oriente Médio depois de firmado o contrato? Ou será que uma empreiteira, que fez um acordo para a construção de um prédio por um preço fixo, pode se eximir do compromisso de construí-lo por ter descoberto que o solo onde se dará a construção apresenta instabilidades e, em conseqüência, o custo de construção será o dobro do inicialmente calculado?

Em primeiro lugar, o conceito de impossibilidade de execução, em seu restrito sentido original, claramente não se aplica a esses casos. Além disso, tampouco seria aplicável a desproporcionalidade grosseira. Conforme já mencionei, o fator decisivo para determinar a desproporcionalidade grosseira é o interesse restrito do credor na execução. Mas em ambos os casos em pauta, o interesse na execução por parte do credor realmente aumentou proporcionalmente à elevação dos custos do devedor. Isso ressalta a principal diferença entre este e o caso do quadro roubado: naquela situação, o interesse do comprador não aumentava por conta do impedimento do devedor. Ou seja, o valor do quadro roubado permaneceu inalterado, não aumentando em dez vezes unicamente porque o proprietário do quadro pediu essa importância ao vendedor como condição para concordar com a transferência do título de propriedade.

Logo, em situações como a do fornecimento de petróleo ou da empreitada, o devedor só se exime da sua obrigação de execução se os requisitos básicos do conceito da *“Störung der Geschäftsgrundlage”*, ou seja, *frustração dos fundamentos do negócio*, estiverem presentes. A reforma da lei das obrigações incorporou este conceito ao Código Civil Alemão, que agora tem uma cláusula específica, que se assemelha aos Artigos 478 – 480 do Código Civil brasileiro. Para que esse conceito seja aplicado, é decisivo que os fundamentos do negócio sejam subs-

tancialmente alterados, e que uma das partes seja excessivamente onerada pelos termos originalmente contratados (§ 313 do CCA). Todas as circunstâncias devem ser consideradas para se determinar se o ônus é ou não razoável, sobretudo para definir se o contrato em si ou as regras jurídicas em geral atribuem o risco de uma distorção substancial da equivalência da prestação a uma das partes. Por conseguinte, de acordo com essa norma, caberia ao vendedor do petróleo arcar com o ônus do aumento de preço, já que há uma expectativa de que a possibilidade da eclosão de uma guerra no Oriente Médio tenha sido contemplada. Assim, é alocado ao vendedor o risco de ocorrer um conflito. O mesmo se aplica ao caso da empreiteira. O risco do aumento do custo de construção em decorrência das condições do terreno é a ela atribuído se ela detém a propriedade do terreno. Entretanto, se o cliente for o proprietário, em geral, caberá a ele o risco da condição geológica. Não obstante, a empreiteira normalmente também assume este risco caso a avaliação geológica do terreno seja responsabilidade sua contratualmente. Portanto, mais uma vez, é a empreiteira que arca com o risco do aumento de custos, a menos que as condições geológicas inapropriadas não pudessem ser descobertas através da avaliação geológica. Logo, à luz da lei alemã, como consequência legal primária de um fator relevante nos fundamentos da transação, a parte em desvantagem pode pedir uma emenda no contrato como, por exemplo, um ajuste no preço contratual para a construção do prédio. Apenas no caso de tal emenda não ser possível, ou não ser razoável para uma das partes, o lado em desvantagem poderá eximir-se da execução nos termos do contrato (§ 313, III do CCA).

c) Portanto, segundo a lei da Alemanha, a definição das condições sob as quais o devedor – em razão de uma excepcionalidade – está isento de uma execução específica baseia-se em dois conceitos fundamentalmente diferentes e pode ser, por consequência, considerada como *bipolar*: de um lado, há casos “centrais” de impossibilidade, que são complementados, em suas áreas nebulosas, pelo conceito de desproporcionalidade grosseira. Por outro lado, o conceito de “fundamento da transação” se aplica às situações em que há uma alteração substancial das circunstâncias relevantes. Este conceito é muito mais flexível tanto em relação às precondições como às consequências jurídicas, sendo que essa abordagem *bipolar* também tende a predominar

no processo de harmonização das leis de contratos no âmbito europeu (ver Artigos 9:102 II, 6:111 PECL).

2. A questão relativa às condições em que o devedor fica isento de suas responsabilidades de execução específica não se refere somente a contratos, mas também às obrigações não contratuais, como no exemplo da pessoa que, inadvertidamente, construiu uma pequena parte de sua garagem avançando no terreno do vizinho. No que tange a contratos, sobretudo contratos que contemplam duas perspectivas, há um problema adicional: definir se e quando um credor está dispensado de suas obrigações de prover a própria contrapartida, caso não receba do devedor a execução esperada. Exemplificando: o comprador fica desobrigado do pagamento do preço de compra quando o vendedor deixa de embarcar a mercadoria dentro do prazo contratado?

Neste particular, a reforma reforçou substancialmente a posição do credor: ele pode estabelecer um período adicional razoável como limite de tempo para a execução do contrato no caso do devedor deixar de cumprir o acordado ou o fizer de forma deficiente, ou seja, fora do prazo previsto, podendo rescindir o contrato se o devedor deixar de cumprir o estabelecido dentro do novo prazo acordado (§ 323 do CCA). Segundo a lei, é possível rescindir unilateralmente o contrato mediante declaração do credor à outra parte. Em oposição ao previsto na legislação anterior, não é relevante se o devedor é responsável ou não pelo inadimplemento. Vale ressaltar que a proteção da força maior não é válida neste caso.

Tal fato representa uma mudança importante na lei alemã. Sob o ponto de vista da técnica de codificação, esta alteração tornou possível combinar todos os casos de rescisão em uma só solução. Em especial, a solução mediante rescisão do contrato passou a incluir também as situações em que o comprador deseja encerrar o contrato porque as mercadorias recebidas apresentam defeitos. Antes da reforma, a legislação alemã previa uma resposta especial para este caso pois, *neste particular*, o direito de rescisão do comprador independia da responsabilidade do devedor, também nos termos da lei anterior. Este princípio foi, com a reforma, formulado em toda sua extensão, de modo consequente, significando que o devedor geralmente arca com o risco da execução correta e dentro do prazo, sem dispor da prerrogativa de transferir o risco para o credor. Isto equivale à máxima *pacta sunt servanda* e

ao princípio da *justiça comutativa*, que é fundamental para a lei de contratos: se uma das partes não está disposta ou apta a cumprir suas obrigações, a despeito da concessão de um prazo adicional razoável – que tem o significado de “uma segunda chance” – esta não pode esperar que a outra parte respeite o contrato por tempo ilimitado, dado que esse contrato poderá ter se tornado indesejado ou mesmo sem valor para a mesma. Não se trata de uma sanção por conduta faltosa, mas tão somente de uma consequência do princípio de equivalência entre execução e contra-execução.

3. Vou, agora, passar para o segundo estágio e abordar a questão da indenização pecuniária em casos de não-execução e execução defeituosa. Enquanto o direito de rescisão somente diz respeito aos contratos, a indenização pecuniária é possível com relação a todos os tipos de obrigações, contratuais ou extracontratuais. Assim, os dispositivos relativos a indenizações estão inclusos nas sessões gerais da lei das obrigações que regem não apenas os contratos, mas as obrigações em geral (§§ 280-284). Tal fato tem suas razões na própria sistemática interna do Código Civil Alemão que, neste particular, é semelhante à do Código Civil brasileiro.

a) Como provavelmente muitos dos senhores já sabem, o antigo Código Civil Alemão, nesse ponto, apresentava uma deficiência importante, por só conter regras expressas para indenizações nos casos de impossibilidade e atraso, mas não para qualquer outro inadimplemento, como no caso particular da execução defeituosa. Por conseguinte, os tribunais e juristas tiveram que desenvolver a figura do “*positive Forderungsverletzung*”, ou seja, *violação positiva do dever de cumprimento*, que não constava do Código.

Após a reforma, lei passou a adotar a abordagem oposta, considerando o caso de execução insatisfatória ou, em outras palavras, um inadimplemento não específico, como seu ponto de partida e aspecto central (§ 280 do CCA). Este dispositivo foi concebido como uma cláusula geral, que rege todas as reclamações de indenizações nos casos de execução defeituosa de uma obrigação. Portanto, a Lei alemã atualmente depende de um só fundamento para a reclamação. Nos termos deste dispositivo, são devidas indenizações nos casos em que, por exemplo, houve dano causado pelo atraso do devedor ou por defeito nas mercadorias entregues.

Com relação às circunstâncias objetivas, esta regra exige uma violação da obrigação ou uma execução defeituosa de uma obrigação. Com base nesse princípio, a lei introduz a questão subjetiva de distinguir se o devedor é ou não responsável pelo inadimplemento. Neste particular, reverte o ônus da prova para o devedor. Comparada à lei anterior, a mensuração da responsabilidade do devedor continua a mesma: o devedor permanece responsável se agir com intenção ou negligência; assim, fica responsável pelo ilícito. Entretanto, há uma exceção para este princípio se o devedor assumiu – como expresso no código – riscos de adquirir as mercadorias relativas à obrigação. Particularmente, este é o caso para o assim chamado “*Gattungsschuld*” ou obrigação genérica, significando obrigações relacionadas a mercadorias descritas apenas em termos genéricos. Nesta circunstância, o devedor tem a responsabilidade objetiva pelo cumprimento da obrigação, um resultado que já era aceito sob a lei anterior.

b) Os novos dispositivos também apresentam regras complementares para duas situações particulares de indenização. A primeira regra diz respeito ao caso de atraso na execução (§ 280 Abs. 2 do CCA). Segundo esta regra, o credor somente pode reivindicar indenização se tiver entregado um pré-aviso quanto à execução, ou se o prazo para a execução tiver sido fixado (§ 286 Abs. 1, 2 do CCA). Além disso, em função de uma diretiva da União Européia, o devedor incorre em inadimplência se deixar de pagar no prazo de 30 dias após a data do vencimento e recebimento de uma fatura (§ 286 Abs. 3 do CCA).

Além disso – também em função de uma diretiva da União Européia – há uma regra bastante rigorosa com relação a juros por inadimplência. A taxa de juros é de 5%, sendo que no caso de indenizações entre pessoas jurídicas chega até 8% ao ano, acima da assim chamada taxa básica de juros, que vem a ser uma taxa adaptada a uma certa taxa de juros fixada pelo Banco Central da Europa (§§ 288, 247 do CCA).

c) A segunda regra especial suplementar se relaciona ao caso de indenizações em substituição à execução (§ 280 Abs. 3 do CCA). O que caracteriza esta reclamação é a demanda do credor por uma importância em dinheiro no lugar da prestação acordada. Essa reparação baseia-se no fato de que o contrato não foi executado, o que se assemelha bastante com as conseqüências da rescisão. Portanto, é consistente que para este tipo de indenização o credor também tenha que estabele-

cer um prazo adicional razoável para a execução ou execução substituída pelo devedor (§ 281 do CCA). Porém, estabelecendo o paralelo com o direito à rescisão, há também o requisito de que o devedor seja responsável pela execução defeituosa, ou seja, que ele agiu faltosamente ou que assumiu o risco da não-execução como nos casos das obrigações genéricas.

d) Uma outra inovação interessante é a regra que estabelece que, ao invés de exigir indenização em substituição à execução, o credor pode pedir reembolso por despesas incorridas na presunção razoável de que haveria uma execução, despesas essas que se tornaram inúteis devido à não-execução ou execução defeituosa (§ 284 do CCA). Esse aspecto contempla particularmente o interesse do credor, caso ele não tenha tido nenhum prejuízo importante em relação ao qual possa exigir um ressarcimento.

Um caso paradigmático dessa situação é o seguinte: um partido político alugou um salão de um prédio municipal para um evento político, porém a prefeitura – caracterizando uma violação intencional do contrato – posteriormente se recusa a ceder o local ao partido. Na medida em que este só queria utilizar o salão com fins políticos e não econômicos, tais como angariar recursos, ele não sofreu nenhum prejuízo importante com a quebra do contrato e, portanto, não poderia exigir indenização em substituição à execução. No entanto, o partido pode reivindicar que incorreu em despesas na expectativa de que alugaria o local, tais como publicidade, viagens de funcionários, reserva de quartos de hotel, etc. Essas despesas perderam o sentido com a violação do contrato. De acordo com a legislação anterior, o *Bundesgerichtshof*, ou seja, a Corte Suprema Federal alemã rejeitaria a reivindicação do partido por indenização, já que não haveria fundamentos para tal no estatuto.

É nessa questão que o legislador interveio e mudou a lei, garantindo ao credor a possibilidade de escolher entre indenização substituindo a execução e reembolso das despesas que se tornaram sem sentido. Essas regras apresentam pontos comuns com a teoria do *reliance interest* do direito anglo-americano, na medida em que, pelo menos no meu conhecimento, não existem equivalentes diretos no sistema legal europeu.

Gostaria, agora, de passar para a última parte da minha palestra que diz respeito à lei dos contratos de venda e contratos de prestação

de serviços. Nesta seara, a reforma orientou-se por dois princípios centrais: em primeiro lugar, a maioria das divergências nesse campo são agora dirimidas pela lei geral das obrigações, sobre a qual já discorri no início da apresentação, enquanto que, de acordo com a antiga legislação, a lei de contratos de venda e de trabalho se caracterizava por um grande número de regras especiais. Em segundo lugar, o legislador teve por objetivo implementar a referida diretiva da Comissão Europeia de forma mais ampla possível na parte geral da lei de vendas, incluindo, particularmente, os contratos de vendas entre comerciantes, de forma que regras complementares visando a proteção do consumidor se tornaram praticamente desnecessárias.

4. A conexão entre a lei de vendas e a lei geral das obrigações foi obtida mediante a formulação de uma obrigação legal explícita do vendedor de entregar mercadorias sem defeito em termos de qualidade e título (§ 433 Abs. 1 S. 2 do CCA). Se as mercadorias apresentarem defeito, o comprador pode exigir a remoção dos defeitos ou um novo produto sem defeitos (§ 439 Art. 1 do CCA). Nos termos da lei anterior, o comprador só tinha direito a tal exigência no contexto de uma obrigação genérica, mas não no caso da venda de uma mercadoria específica. Conseqüentemente, essa distinção, fundamental no antigo sistema legal, não mais desempenha um papel essencial. Trata-se de uma importante simplificação da lei de contratos alemã e, ao mesmo tempo, um passo importante em direção à harmonização com outros sistemas legais.

Se o comprador quiser romper contrato porque a mercadoria apresenta defeitos, ele pode rescindi-lo nos termos das regras gerais de rescisão que acabei de descrever (§§ 437 Nr. 2, 323 do CCA). Isto significa que o comprador tem que estabelecer um prazo adicional razoável para que o vendedor cumpra o acordado, e que o próprio comprador tem de escolher entre a eliminação do defeito e a substituição da mercadoria por outra sem defeitos (§ 439 Abs. 1 do CCA). Por outro lado, a exigência de um período adicional para que se dê a execução oferece ao vendedor uma segunda oportunidade. Isso significa claramente uma vantagem já que, de acordo com a antiga legislação, ele não teria essa segunda oportunidade, sendo que o comprador tinha o direito de rescindir o contrato imediatamente.

Além disso, o pedido de indenizações por parte do comprador devido a um defeito que a mercadoria comprada apresenta, atualmente também está coberto pela lei geral das obrigações. Até agora, o

vendedor desfrutava de uma situação privilegiada quando um item específico era vendido, já que, de acordo com a tradição do direito romano, a sua responsabilidade em relação a indenizações limitava-se a casos de infração intencional. Atualmente, o comprador tem direito ao ressarcimento ao invés da execução, nos termos das condições gerais que regem também todos os outros casos (§§ 437 Nr. 3, 281, 311 a do CCA). Isso significa que ele pode exigir compensação mesmo que o vendedor tenha sido apenas negligente ou mesmo que ele voluntariamente tenha assumido o risco de prover uma mercadoria sem defeitos, como ocorre no caso da obrigação genérica. Vamos considerar um exemplo: o vendedor vende um quadro como original que, na verdade, é uma cópia. O preço de compra é 70.000 euros mas o valor do quadro original deveria ser 100.000 euros. Neste caso, o vendedor deve pagar a diferença de 30.000 Euros como indenização, mesmo que ele não soubesse que o quadro era uma cópia, já que poderia ter obtido essa informação se tivesse examinado a obra com o devido cuidado.

A única reparação que não é regida pela lei geral das obrigações e sim por dispositivos específicos da lei de vendas e serviços é a exigência de uma redução de preço no caso de um bem vendido ou de um serviço prestado apresentar defeitos (§§ 441 e 638 do CCA). A lei foi modificada neste aspecto, na medida em que, para que tal exigência seja cumprida, o credor, agora, deve fixar um prazo adicional razoável para que a outra parte cumpra o acordado.

5. A questão de determinar a existência ou não de defeito na qualidade do produto foi decidida pelo legislador alemão pautando-se, de forma bastante próxima, nos cânones da diretiva europeia. A nova lei alemã introduziu uma distinção que se dá em três níveis: em primeiro lugar, a qualidade que os produtos devem apresentar é regida pelo *contrato real* entre as partes. Em segundo, se a qualidade não tiver sido especificada no acordo real entre as partes, os produtos serão considerados defeituosos se não puderem ser usados da forma *implicitamente presumida* no contrato entre as partes. Em terceiro lugar, se não for possível nem mesmo estabelecer qual a forma implicitamente presumida de uso específico dos produtos, eles não apresentarão defeitos se forem adequados para o uso *normal* a que se prestam os produtos congêneres.

Na realidade, esse fato não traz uma mudança substantiva se compararmos com a situação legal anterior. As novas regras codificam a chamada teoria da subjetividade do defeito, ou seja, o “*subjektive Fehlerbegriff*”, que já constituía a base para as decisões dos tribunais e os pareceres jurídicos até então. Em termos de doutrina, o que está sendo discutido é a questão da interpretação do acordo entre as partes no que diz respeito à qualidade dos produtos. Os dois elementos adicionais a que a nova lei alemã faz referência – o uso implicitamente presumido das mercadorias que consta do contrato assim como o uso normal que produtos congêneres teriam – constituem critérios auxiliares para a interpretação do contrato.

Se o vendedor entregar produtos diferentes daqueles que ele se obrigou a entregar, não há – em princípio – nenhum defeito substancial. No entanto, às vezes é difícil estabelecer nitidamente a diferença entre a entrega de um produto errado e a de um produto com um defeito substancial. Vamos examinar, por exemplo, o caso do vendedor que provê um revestimento para piso cuja cor difere ligeiramente da cor da amostra apresentada por ocasião da contratação. Será que o fornecimento de um revestimento de piso verde-acinzentado ao invés de cinza-esverdeado poderia ser qualificado como entrega de um material errado ou como defeito da qualidade? De acordo com a antiga legislação alemã, o código comercial estabelece uma regra em relação a operações comerciais: o antigo § 378 do Código Civil Alemão estipulava uma equivalência entre produto errado e produto com defeito de qualidade. No entanto, havia discussões quanto a definir se o mesmo tratamento deveria valer também para operações não comerciais, ou seja, a venda de produtos que são regidos apenas pelo Código Civil. O legislador afirmou esta posição em uma nova regra do Código Civil (§ 434 III do CCA).

6. Se nos concentrarmos na aplicação prática da lei, as regras mais importantes da lei de contratos de venda e de trabalho são as prescrições nos casos de provisão de mercadorias com defeito ou violação da garantia. No caso de um prédio, as reclamações estão sujeitas a um prazo de cinco anos e, em outros casos, o prazo é de dois anos. E – ainda mais importante – o prazo começa a contar a partir da entrega das mercadorias ou, respectivamente, quando o trabalho é aceito, independentemente de o comprador ou cliente ter identificado o defeito

ou não (§§ 428, 634 a do CCA). Assim, essas regras especiais se afastam fundamentalmente do princípio subjetivo que rege as regras gerais de prescrições que apresentei no início da minha palestra: elas substituem o princípio subjetivo por uma solução puramente objetiva que favorece substancialmente a posição do vendedor ou do prestador do serviço em relação à do comprador ou cliente.

Por outro lado, no entanto, a posição do vendedor ou prestador do serviço também foi parcialmente prejudicada, já que de acordo com a antiga legislação, o prazo para reclamação no caso da entrega de produtos com defeito era de seis meses. De qualquer maneira, mesmo levando este aspecto em consideração, essas regras especiais de prescrição ainda contêm privilégio relevante em relação ao vendedor ou prestador do serviço se compararmos com as regras gerais de prescrições, devido ao sistema objetivo que as novas regras apresentam. A principal razão para esse privilégio reside no fato de que o devedor, ou seja, o vendedor ou prestador do serviço, pelo menos fez um esforço para cumprir a sua obrigação contratual, enquanto que o credor, ou seja o comprador ou cliente, inicialmente não se recusou a aceitar os produtos alegando um defeito de qualidade. Assim, o devedor deve poder contar com a conclusão satisfatória da operação. Essas regras obedecem exatamente aos requisitos da diretiva da Comissão Européia.

4. Portanto, em relação à questão da proteção ao consumidor, existem apenas algumas regras especiais na lei das vendas, como já mencionei anteriormente. Para lhes dar um exemplo, gostaria de mencionar a regra que contém a pressuposição de que os produtos já apresentavam defeito no momento da entrega caso o defeito venha a aparecer dentro de um período de seis meses (§ 476 do CCA).

5. Assim sendo, gostaria de repetir, a título de conclusão, que praticamente toda a nova lei de vendas alemã está em consonância com os requisitos da diretiva da Comissão Européia. Portanto, é fácil imaginar que essa diretiva vai se constituir no cerne da lei de contratos europeus no futuro. Se isso vier a ocorrer, é muito provável que a lei de vendas da Alemanha venha a influenciar substancialmente a unificação do direito contratual europeu. ◆