

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

I — ASPECTOS GERAIS E REFORMA DA PRESCRIÇÃO

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

I — Introdução

1. A reforma do BGB de 2001/2002 ⁽¹⁾

I. No dia 11-Out.-2001, depois de um processo legislativo complexo, foi aprovado, na Alemanha, um diploma denominado “Lei para a modernização do Direito das obrigações” ou *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* ⁽²⁾.

Veio essa lei alterar algumas dezenas de parágrafos do BGB ou Código Civil alemão e isso na sua área mais nobre: o coração do Direito das obrigações. É a maior reforma, nesse sector, desde a própria publicação do BGB, em 1896 ⁽³⁾.

⁽¹⁾ No presente momento, todas as grandes revistas jurídicas alemãs publicam séries de estudos sobre os vários aspectos da reforma, numa sequência que deve ser actualizada dia-a-dia e que já ultrapassou a centena de títulos; o presente artigo foi concluído no dia 1-Fev.-2002: comporta apenas bibliografia surgida até aos finais de Janeiro desse mesmo ano.

⁽²⁾ Publicado no *Bundesgesetzblatt* I, Nr. 61, de 29-Nov.-2001, 3138-3218.

⁽³⁾ Cf. MARTIN HENSSLER, *Einführung in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, em HENSSLER/GRAF VON WESTPHALEN, *Praxis der Schuldrechtsreform* (2002), 1.

II. A reforma do BGB de 2001 não deve ser vista de modo isolado. Fruto do novo pensamento sistemático que irrompeu nos anos 80 do século XX, ela foi precedida por reformas importantes como a do Código de Comércio, de 1998 ⁽⁴⁾ e a do próprio BGB, de 2000 ⁽⁵⁾. Mau grado estes antecedentes promissores, ela foi bem mais longe do que se poderia prever. Na verdade, tocou nos pontos seguintes ⁽⁶⁾:

- o regime da prescrição;
- o Direito da perturbação das prestações ⁽⁷⁾;
- o Direito da compra e venda;
- o contrato de empreitada;
- o contrato de mútuo.

Além disso, transitaram para o BGB diversas leis de tutela dos consumidores, com relevo para a das cláusulas contratuais gerais, para a das vendas a domicílio e para a das vendas à distância, complementadas com regras sobre comércio electrónico.

III. O elenco geográfico da reforma é impressionante. Mas o seu significado dogmático e científico surge ainda mais profundo. Foram mexidos — e em profundidade — institutos intocáveis como a prescrição e a impossibilidade, enquanto se procedeu à codificação da *culpa in contrahendo* e da alteração das circunstâncias.

⁽⁴⁾ Com indicações, cf. o nosso *Manual de Direito Comercial*, 1.º vol. (2001), 180 ss.; trata-se da Lei de 22-Jun.-1998, que veio alterar, designadamente: o conceito de comerciante, o regime da firma, o Direito das sociedades de pessoas, o registo comercial, a tutela das marcas e a concorrência pós-eficaz.

⁽⁵⁾ Também com indicações, cf. o nosso *Tratado de Direito civil I*, 1.º vol., 2.ª ed. (2000), 75; a Lei de 27-Jun.-2000, que transpôs a Directriz 97/7/CE, sobre negociação à distância e introduziu, no próprio BGB, o conceito de “consumidor”.

⁽⁶⁾ Uma análise completa mas sintética da reforma pode ser confrontada em ALPMANN SCHMIDT, *Express: Reform des Schuldrechts/Das neue BGB*, 2.ª ed. (2002). Refira-se, ainda, WOLFGANG DÄUBLER, *Neues Schuldrecht — ein erster Überblick*, NJW 2001, 3729-3734 e MARTIN SCHWAB, *Das neue Schuldrecht im Überblick*, JuS 2002, 1-8.

⁽⁷⁾ Fórmula literal para *Recht der Leistungsstörungen*, cujo conteúdo será analisado na II parte deste estudo.

Apenas o tempo permitirá apurar o relevo jurídico-científico e prático da reforma: tudo indica, porém, que seja muito considerável ⁽⁸⁾.

2. Os antecedentes ⁽⁹⁾

I. A reforma do Direito das obrigações era falada há muito. No início da década de oitenta do século XX, foram publicadas valiosas colectâneas de pareceres sobre a reelaboração do Direito das obrigações ⁽¹⁰⁾. Na sequência dessa publicação, o Ministro Federal da Justiça constituiu uma “Comissão para a Reelaboração do Direito das Obrigações” ou *Schuldrechtskommission*, em 1984. Desta Comissão resultou um relatório publicado em 1992 ⁽¹¹⁾. Todavia, não se passou logo a uma fase de projecto: anunciavam-se directrizes comunitárias significativas que poderiam interferir no teor da reforma, tendo-se optado por aguardar a sua publicação.

II. A reforma parecia esquecida. Todavia, ela foi recuperada com pretexto na Directriz 1999/44/CE, de 25-Mai.-1999 ⁽¹²⁾, “relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e de garantias a ela relativas” ⁽¹³⁾, Directriz essa que deveria ser transposta até

⁽⁸⁾ Cf., entre muitos, PETER KREBS, *Die grosse Schuldrechtsreform*, DB 2000, Beilage 14, EBERHARD WIESER, *Eine Revolution des Schuldrechts*, NJW 2001, 121-124, THOMAS WETZEL, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz — der grosse Wurf zum 0.01.2002?*, ZRP 2001, 117-126 e BARBARA DAUNER-LIEB, *Die Schuldrechtsreform — Das grosse juristische Abenteuer*, DSr 2001, 1572-1576.

⁽⁹⁾ Na reconstituição precisa dos antecedentes da reforma, socorremo-nos da introdução básica de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes*, em C.-W. CANARIS, *Schuldrechtsreform 2002* (na capa exterior: *Schuldrechtsmodernisierung 2002*), publ. e intr. (2002), IX-LIII.

⁽¹⁰⁾ Trata-se dos *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, publicados pelo Ministro Federal da Justiça, vol I (1981), vol. II (1981) e vol. III (1983), disponíveis nas bibliotecas das Faculdades de Direito de Coimbra e de Lisboa, num total de cerca de 2700 pp..

⁽¹¹⁾ O *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeiten des Schuldrechts*, de 1992.

⁽¹²⁾ Directriz 1999/44/CE, do Parlamento e do Conselho, de 25-Mai.-1999, JOCE N. L 171, de 7-Jul.-1999, 12-16.

⁽¹³⁾ É essa a designação oficial da versão portuguesa; na versão alemã lê-se “para determinados aspectos da venda de bens de consumo e das garantias de bens de consumo”, o que não é rigorosamente o mesmo.

1-Jan.-2002. O Ministro Federal da Justiça retomou, a tal propósito, a reforma do Direito das obrigações, a qual deveria também abranger a transposição da Directriz 1999/44/CE.

Assim, no início de Agosto de 2000, foi apresentado à discussão pública um projecto de reforma ⁽¹⁴⁾: o projecto para discussão ou *Diskussionsentwurf*.

III. O projecto para discussão retomou, em parte, as propostas da Comissão de reforma dos anos 80. Alargou-as, todavia, à transposição de três directrizes ⁽¹⁵⁾:

- a referida Directriz 1999/44/CE, de 25-Mai., relativa à venda de bens de consumo;
- a Directriz 2000/31/CE, de 8-Jun., relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial ao comércio electrónico do mercado interno ⁽¹⁶⁾;
- a Directriz 2000/35/CE, de 29-Jun., que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais ⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾.

Além disso, o *Diskussionsentwurf* acolheu, no BGB, uma série de leis extravagantes, com relevo para o diploma sobre cláusulas contratuais gerais. Procedeu, ainda, à colocação de epígrafes em todos os §§ do BGB, numa tarefa gigantesca. No tocante a novidades de fundo perante o projecto de 1992, ele alargou, sobretudo, o campo relativo à prescrição e o da compra e venda. No seu surgimento e nas vicissitudes subsequentes foi determinante o

⁽¹⁴⁾ Trata-se do *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* de 4-Ago.-2000; este projecto estava disponível na *Internet*, num total de 630 páginas, podendo hoje ser comodamente consultado em CANARIS, *Schuldrechtsreform 2002* cit., 3-347.

⁽¹⁵⁾ Sobre os aspectos comunitários da reforma é fundamental o livro publicado por REINER SCHULZE e HANS SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001), com relevo para o artigo de abertura desses dois autores: *Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht*, 3-24.

⁽¹⁶⁾ Directriz 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8-Jun.-2000, JOCE N. L 178, de 17-Jul.-2000, 1-16.

⁽¹⁷⁾ Directriz 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29-Jun.-2000, JOCE N. L 200, de 8-Ago.-2000, 35-38.

⁽¹⁸⁾ Na versão alemã: "Para a luta contra a mora no tráfego comercial".

impulso político dado por HERTA DÄUBLER-GMELIN, Ministra da Justiça e figura destacada do SPD alemão (19).

3. A discussão do projecto

I. O *Diskussionsentwurf* correspondeu a uma “solução forte” ou “grande solução” (*grosse Lösung*) para a reforma (20): a “solução fraca” teria consistido em transpor simplesmente, para diplomas extravagantes, as directrizes comunitárias, particularmente a da venda a consumidores (21).

A “solução forte” foi amparada em argumentos de diversa ordem. Em primeiro lugar, a fraqueza do sistema vigente: ele estava, há muito, assente em delicados desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários, sem correspondência em textos legais. De seguida, a necessidade de transpor directrizes: uma obrigação do Estado alemão — como, de resto, dos demais Estados da União. Depois, o nível de maturação obtido pelos estudos tendentes à reforma, apoiados numa dogmática vigorosa. Por fim, o predomínio da velha ideia de codificação, que drenaria sempre, para o Código Civil, os diplomas extravagantes. Tudo visto: uma reforma ampla seria justificada (22).

II. Contra a reforma movimentou-se, todavia, um poderoso esforço universitário. Particularmente notados foi o *simposium* que teve lugar em Regensburg, no mês de Novembro de 2000 e cujas

(19) HERTA DÄUBLER-GMELIN: nascida em Bratislava, no ano de 1943; professora da Universidade Livre de Berlin e especialista, entre outros aspectos, em Direito comunitário; pertence ao *praesidium* do SPD e é Ministra da Justiça, desde 27-Out.-1998.

(20) Justamente de HERTA DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung für die sogenannte Grosse Lösung bei der Schuldrechtsreform*, NJW 2001, 2281-2289 (2281). Uma síntese: no *Repetitorium* de HEMMER/WÜST, *Die Schuldrechtsreform/Eine komplette Darstellung aller relevanten Probleme des neuen Schuldrechts* (2002), 1 ss..

(21) Vide a sua defesa em JAN WILHELM, *Schuldrechtsreform 2001*, JZ 2001, 861-869, HORST HAMMEN, *Zerschlagt die Gesetzestafeln nicht!*, WM 2001, 1357-1359, WOLFGANG ERNST, *Die Schuldrechtsreform 2001/2002*, ZRP 2001, 1-11 e WOLFGANG ERNST/BEATE GSELL, *Nochmals für die “kleine Lösung”*, ZIP 2000, 1812-1816.

(22) HERTA DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung für die sogenannte Grosse Lösung* cit., 2282 ss. e 2289/l.

participações foram publicadas (23) e as jornadas da *Deutsche Zivilrechtslehrervereinigung* (24), ocorridas em Berlim, em 30 e 31 de Março de 2001 (25).

Manteve-se um forte impulso político favorável à reforma. De 17-Jan.-2001 a 29-Ago.-2001, funcionou a Comissão do “Direito de perturbação das prestações” (26). O tema delicado da prescrição foi entregue a um “Grupo de trabalho dos Estados da Federação” (27). Foram constituídos subgrupos, para ponderar determinados problemas (28).

III. Paralelamente, intensificou-se uma forte oposição à reforma. Numa iniciativa da Universidade de Passau, à qual se juntou um núcleo de conhecidos privatistas de diversas universidades (29), foi organizado um abaixo-assinado que recolheu nada menos de 250 assinaturas de professores privatistas, entre os quais: ADOMEIT, DEUTSCH, EMMERICH, HUECK, KEGEL, KÖNDGEN, KUPISCH, OTT, RICHARDI, RÜTHERS, VIEHWEG e ZÖLLNER (30).

No essencial, este movimento explicava que, a pretexto da transposição de directrizes comunitárias, o Ministério da Justiça propunha-se introduzir modificações estruturais no BGB. Mercê dos prazos fixados para a transposição, a reforma teria de efectivar-se sem a possibilidade de estudos alargados, com especial cui-

(23) WOLFGANG ERNST/REINHARD ZIMMERMANN (publ.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (2001).

(24) Portanto: da *Associação alemã dos civilistas*.

(25) Cf. a nota de HEINRICH HONSELL, *Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung*, JZ 2001, 473-474.

(26) E da qual participou activamente o Prof. CANARIS; daqui resultaram modificações básicas nos institutos da impossibilidade, da *culpa in contrahendo* e da alteração das circunstâncias.

(27) Cf. REINHARD ZIMMERMANN/DETLEF LEENEN/HEINS-PETER MANSEL/WOLFGANG ERNST, *Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, JZ 2001, 684-699 (685).

(28) Em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., X, notas 8, 9 e 10, pode ver-se o elenco das personalidades envolvidas.

(29) Os professores: ALTMEPPEN, BRAU, DAUNER-LIEB, ERNST, FLUME, HROMADKA, HUBER, JAKOBS, KOLLER, LEENEN, LIEB, LÖWISCH, LUTTER, MUSIELAK, PICKER, RANIERI, STÜRNER e WILHELM.

(30) Tivemos acesso, na época, ao abaixo-assinado, por gentileza do Prof. Doutor António Pinto Monteiro, a quem agradecemos.

dado no campo do Direito da perturbação das prestações e da integração das leis do consumo no BGB. Poderiam, daí, advir consequências ainda imponderadas para os diversos sectores do Direito civil. Consequências: insegurança jurídica, com graves custos para a economia, a advocacia e a justiça. Nenhuma pressão jurídica, social ou económica exigiria uma reforma do Direito das obrigações. Este deveria ser aliviado da pressão existente na transposição das directrizes, a efectivar separadamente ⁽³¹⁾.

IV. Coube a CLAUS-WILHELM CANARIS responder ⁽³²⁾. No essencial, procurou explicar que na proposta relativa ao “Direito de perturbação das prestações” não surgia uma única norma ou valoração que correspondesse a uma novidade no ordenamento. Pelo contrário: quer pelo conteúdo, quer pela técnica legislativa, haveria uma aproximação ao BGB. De resto, tudo adviria já da Comissão que concluiu o seu trabalho em 1992.

A não inclusão, no BGB, de novos regimes impostos pela integração europeia e pela tutela dos consumidores iria — ela sim — agravar os custos da justiça. A não se aproveitar a oportunidade, o BGB perderia hipóteses de reforma, ficando condenado a uma secundarização progressiva. Em suma: a “pequena solução” acabaria por jogar contra as perspectivas que ela própria julgaria defender.

4. O projecto consolidado; procedimento ulterior e aprovação

I. Aproveitando os resultados da discussão, o Ministério da Justiça preparou, em 6-Mar.-2001, uma “versão consolidada do projecto de discussão” ⁽³³⁾. Esta “versão consolidada” ou “projecto

⁽³¹⁾ Além das indicações referidas *supra*, nota 21, citamos: BARBARA DAUNER-LIEB, *Die geplante Schuldrechtsmodernisierung — Durchbruch oder Schnellschluss?*, JZ 2001, 9-18 (18/II).

⁽³²⁾ C.-W. CANARIS, *Betr.: “Gemeinsame Erklärung zum Vorhaben des Erlasses eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im Jahre 2001*, em <http://www.lrz-mun-chen.de/%7Etutorium/erwiderung.htm>.

⁽³³⁾ Cujo texto pode ser comodamente consultado em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 349-419.

consolidado” acolheu, em especial, as indicações da “Comissão do Direito das perturbações da prestação”⁽³⁴⁾. Por seu turno, quanto ao Direito da prescrição, foi adoptada, na sequência do “Grupo de Trabalho dos Estados da União”, um projecto específico⁽³⁵⁾.

II. O Governo adoptou o projecto a 9-Mai.-2001, o qual foi agendado, no Parlamento⁽³⁶⁾ pelas facções do SPD/Verdes⁽³⁷⁾, acompanhado de circunstanciada justificação de motivos⁽³⁸⁾.

A primeira leitura, pelo Parlamento, ocorreu em 18-Mai.-2001. O *Bundesrat* ou Câmara Alta deu o seu parecer em 13-Jul.-2001. Trata-se de uma posição ponto por ponto, de um modo geral crítica, no sentido de propor reconsiderações ou a manutenção do esquema existente⁽³⁹⁾. Respondeu o Governo em 29-Ago.-2001⁽⁴⁰⁾: ora aceitando as sugestões feitas, ora mantendo o esquema já visto no *Bundesrat*.

A Comissão de Justiça do *Bundestag* apresentou o seu parecer, também circunstanciado, em 25-Set.-2001⁽⁴¹⁾.

III. O projecto foi finalmente aprovado, em segunda e terceira leituras, pelo Parlamento ou *Bundestag*, em 11-Out.-2001, pela maioria SPD/Verdes. Houve, na altura, uma campanha de associações empresariais contrária ao projecto, particularmente alarmadas com a generalização da tutela do consumidor.

⁽³⁴⁾ As minuciosas anotações que acompanham cada § do projecto consolidado dão conta dessa génese.

⁽³⁵⁾ Divulgado (apenas) pela *Internet* — cf. JZ 2001, 685, ele pode hoje ser confrontado em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 421-426.

⁽³⁶⁾ Câmara Baixa ou *Bundestag*.

⁽³⁷⁾ Um extracto do projecto consta de CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 429-565.

⁽³⁸⁾ *Begründung der Bundesregierung*, em CANARIS, cit., 569-934. A justificação apresentada pelos grupos parlamentares em causa corresponde à do Governo.

⁽³⁹⁾ A tomada de posição do *Bundesrat* pode ser confrontada em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 935-993.

⁽⁴⁰⁾ *Idem*, 995-1049.

⁽⁴¹⁾ *Idem*, 1051-1127. Nos dias 2 e 4-Jul.-2001, segundo informação de CANARIS, a *Rechtsausschuss* ouviu publicamente os peritos na matéria.

Todavia, o projecto foi sufragado por personalidades de inquestionável independência política, com relevo para o Prof. CLAUS-WILHELM CANARIS.

Em 1-Jan.-2002, a versão revista do BGB entrou em vigor.

II – O novo regime da prescrição

5. A lei velha

I. A prescrição consta, no BGB alemão, de uma secção V da Parte geral. Todavia e em termos dogmáticos, a sua inclusão no Direito das obrigações é dado adquirido.

A prescrição alargava-se do § 194 ao § 225 ⁽⁴²⁾: uma extensão considerável, dada a feição sintética do BGB.

II. O princípio geral da prescrição dos direitos consta do § 194. O prazo geral era fixado em 30 anos — § 195 — com excepções de biénio — § 196 — e de quadriénio — § 197.

A prescrição inicia-se com o direito de agir ou com a oposição ao dever de abstenção — § 198. O § 199 explicita a necessidade de se poder exercer o direito, para o início do decurso do prazo. Os §§ 200 e 201 trazem novas precisões, nesse domínio.

III. A suspensão da prescrição ocorre quando a prestação seja diferida ou quando o obrigado possa recusar a sua efectivação, por qualquer outra causa — § 202. Também se suspende, nos últimos 6 meses do prazo, quando o obrigado esteja impedido de exercer os seus direitos — § 203. Temos, depois, outros casos de suspensão: entre cônjuges e enquanto durar o casamento — § 204; contra o incapaz e nos últimos 6 meses — § 206; e contra a herança, em certos parâmetros.

(42) Uma exposição “actualizada” (a última) sobre o “velho” regime de prescrição pode ser vista em HELMUT GROTHE, no *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1.º vol., 4.ª ed. (2001), 1881-2040, com inúmeras indicações. Para um confronto de fácil apreensão entre a lei velha e a nova, SIEGHART OTT/DIETER W. LÜER/BENNO HEUSSEN, *Schuldrechtsreform* (2002), 652 pp..

A suspensão da prescrição implica a exclusão do tempo pelo qual a mesma se mantenha — § 205.

IV. Segue-se o regime da interrupção da prescrição. Esta ocorre, desde logo, quando o obrigado reconheça o direito visado — § 208 ⁽⁴³⁾. Além disso, ela é interrompida pelo exercício judicial do direito, em moldes minuciosamente precisados — §§ 209 e 210 ⁽⁴⁴⁾.

A interrupção judicial subsiste até ao termo definitivo do processo — § 211. Ela tem-se por não ocorrida quando a acção seja retirada ou quando ela conclua sem decisão de fundo — § 212. Os §§ 214 a 216 acrescentam novas regras, de tipo processual ⁽⁴⁵⁾.

A interrupção da prescrição inutiliza o tempo já decorrido — § 217.

V. A prescrição de trinta anos funciona mesmo para direitos submetidos a uma prescrição mais curta — § 218. Havendo sucessão na posse, o tempo do antecessor pode aproveitar ao do sucessor — § 221.

Decorrida a prescrição, o obrigado pode recusar a prestação; mas não pode exigir a restituição do que tenha pago, mesmo na ignorância da prestação — § 222.

A prescrição de um direito garantido por hipoteca ou por penhor não impede o interessado de tentar fazer-se pagar através do objecto onerado pela garantia — § 223.

A prescrição de um direito principal atinge o direito a prestações acessórias, mesmo quando este último não se encontre prescrito — § 224.

Finalmente: a prescrição não pode ser negocialmente excluída ou agravada; todavia, podem as partes facilitá-la, encurtando, designadamente, os seus prazos — § 225.

⁽⁴³⁾ Este preceito complementa: reconheça pagando juros, constituindo garantias ou de qualquer outra forma.

⁽⁴⁴⁾ O § 213 acrescenta um esquema semelhante à notificação judicial.

⁽⁴⁵⁾ Outro tanto sucedendo com o § 219, enquanto o § 220 torna aplicáveis os diversos preceitos à jurisdição arbitral.

6. A lei nova; aspectos gerais

I. A lei nova atingiu largamente a referida secção V da Parte geral do BGB. Apenas o § 194 — o parágrafo introdutório — ficou incólume. Posto isso, os §§ 195 a 218 conheceram novas redacções, tendo ficado livres os §§ 219 a 225: a regulação foi, significativamente, encurtada.

A uma primeira leitura, o sistema de prescrição foi alterado em profundidade, quer quanto às soluções, quer quanto à conceitualização⁽⁴⁶⁾. Mas sempre dentro da linguagem do BGB⁽⁴⁷⁾ e, naturalmente: de acordo com parâmetros jurídico-científicos estabelecidos.

II. À partida, as preocupações de transposição de directrizes comunitárias pouco tinham a ver com a prescrição: apenas a Directriz n.º 99/44/CE, nos seus artigos 7.º/I e 3.º/5, I, previa um prazo de prescrição de dois anos, no tocante às pretensões por vício de coisa fornecida a consumidores, prazo esse que poderia ser encurtado para um ano, por acordo entre as partes⁽⁴⁸⁾.

As opções feitas foram, em geral, criticadas, com relevo para ZIMMERMANN⁽⁴⁹⁾, para LEENEN⁽⁵⁰⁾ e, mesmo, para EIDENMÜLLER⁽⁵¹⁾, conhecido pelos seus estudos de teoria económica do

⁽⁴⁶⁾ Cf. CARL-HEINZ WITT, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Verjährungsrecht*, JuS 2002, 105-113 (105) e HANS-PETER MANSELL, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts*, NJW 2002, 89-99; a preparação da reforma no que tange, especificamente, à prescrição, pode ser vista neste último local, 89-90. Sobre o alcance da reforma da prescrição, refira-se, ainda, HERMANN AMANN, *Verjährung*, em HERMANN AMANN/GÜNTER BRAMBRING/CHRISTIAN HERTEL, *Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis* (2002), 199 ss..

⁽⁴⁷⁾ Tanto quanto seja acessível ao público cuja língua-mãe não seja a alemã, os novos preceitos, inquestionavelmente mais claros, surgem de maior elegância do que os originais.

⁽⁴⁸⁾ Cf. WITT, *Das neue Verjährungsrecht* cit., 105/II, bem como PETER BYDLINSKI, *Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts*, em SCHULE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform* (2001) cit., 382-403 (382).

⁽⁴⁹⁾ ZIMMERMANN e outros, *Finis Litium* cit., 684 ss..

⁽⁵⁰⁾ DETLEF LEENEN, *Die Neuregelung der Verjährung*, JZ 2001, 552-560.

⁽⁵¹⁾ HORST EIDENMÜLLER, *Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, JZ 2001, 283-287 e *Ökonomik und Verjährungsregeln*, em SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform* (2001) cit., 405-415 (414-415).

Direito. Todavia, assentes na justificação do Governo ⁽⁵²⁾, elas acabariam por singrar, estando hoje em vigor.

III. Além das alterações introduzidas na secção V da Parte geral, a reforma conduziu, como não podia deixar de ser, à reformulação de diversos outros parágrafos do BGB, atinentes à prescrição.

Assim, o § 438, relativo à prescrição das pretensões por vício da coisa, na compra e venda; o § 479, referente à prescrição de pretensões contra o fornecedor; o § 604, quanto à prescrição da pretensão da restituição da coisa comodada; o § 634a, reportado às pretensões por vícios na empreitada; o § 651g, sobre a prescrição das pretensões dos passageiros; o § 1615 I, que rege a prescrição das obrigações de alimentos.

Houve, ainda, modificações em diplomas extravagantes ⁽⁵³⁾, algumas das quais se prendem com a prescrição ⁽⁵⁴⁾.

III. A alteração das regras da prescrição levantou naturais problemas de Direito transitório. O artigo 229, § 6, da EGBGB ⁽⁵⁵⁾ regula a matéria com alguma minúcia.

Resta acrescentar que, no seu conjunto, a reforma do instituto da prescrição surge como avançado, harmonioso e equilibrado ⁽⁵⁶⁾. Será, seguramente, tido em conta em futuras reformas que ocorram nos ordenamentos de tipo continental.

7. O novo prazo geral e os prazos especiais

I. Segundo o novo § 195, o prazo ordinário da prescrição é de 3 anos. A alteração é radical: o antigo § 196 fixava um prazo ordi-

⁽⁵²⁾ *Begründung der Bundesregierung* cit., 607-652, com uma massa significativa de informações.

⁽⁵³⁾ CHRISTIAN BERESKA, em HENSSLER/GRAF VON WESTPHALEN, *Praxis der Schuldrechtsreform* cit., 110-111.

⁽⁵⁴⁾ O artigo 5.º da Lei — cf. *Bundesgesetzblatt* I, Nr. 61, 3179 ss. — contém 35 alterações de diplomas extravagantes.

⁽⁵⁵⁾ A Lei de Introdução ao BGB, também alterada.

⁽⁵⁶⁾ *Vide* a apreciação final de MANSSEL, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts* cit., 99.

nário de 30 anos. Este prazo era irrealmente longo e tinha sido já reduzido, numa série de preceitos especiais ⁽⁵⁷⁾.

Todavia, é muito importante ter presente que a enorme redução do prazo ordinário da prescrição teve um especial contrapeso: foram introduzidos pressupostos subjectivos na própria prescrição. Adiantando: pela lei anterior, o início da prescrição dependia da simples existência da obrigação — § 198 velho —, numa regra temperada embora pela exigência da possibilidade do seu exercício — § 199 velho; pela reforma, a prescrição inicia-se com o surgimento da obrigação em jogo e pelo conhecimento, por parte do credor, das circunstâncias originadoras da obrigação visada, salvo desconhecimento gravemente negligente — § 199/1, novo. Abandonou-se o sistema anterior, objectivo, a favor de um sistema subjectivo ⁽⁵⁸⁾.

Em suma: houve uma alteração efectiva na Filosofia da prescrição ⁽⁵⁹⁾, mostrando que é possível um Direito civil personalizado, mesmo quando haja que enfrentar problemas postos pela massificação actual.

II. A redução muito substancial do prazo da prescrição ordinária era uma velha aspiração dos civilistas. A necessidade, para o seu início, do conhecimento dos factores constituintes do Direito constava já do § 852/I do BGB ⁽⁶⁰⁾, relativo à prescrição do dever de indemnizar e *grosso modo* semelhante ao artigo 498.º/1 do nosso Código Civil. A reforma não foi, absolutamente, uma novidade.

De todo o modo, a generalização da prescrição trienal, associada a factores subjectivos e com um recorte ético, conduz a um instituto diverso: mais centrado na justiça, ainda que em detrimento da segurança.

⁽⁵⁷⁾ *Begründung des Bundesregierung* cit., 607 ss. e 613 ss..

⁽⁵⁸⁾ DETLEF LEENEN, *Die Neuregelung der Verjährung* cit., 552/II e MANSSEL, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts* cit., 90/II.

⁽⁵⁹⁾ CANARIS, *Das Verjährungsrecht* em *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., XLIX.

⁽⁶⁰⁾ Cf. ZIMMERMANN e outros, *Finis Litium* cit., 686 ss. e DETLEF LEENEN, *Die Neuregelung der Verjährung* cit., 552 ss..

III. A segurança mantém-se, todavia, como o valor fundamental da prescrição. Assim, o § 199/2a, novo, fixa prazos de prescrição, isto é, prazos nos quais a prescrição opera, independentemente do conhecimento (ou da grave negligência no desconhecimento) dos factores constitutivos do direito de cuja prescrição se trate. Assim, e todas sem ligação ao conhecimento que haja dos seus factores constitutivos e sem prejuízo da prescrição ordinária em três anos ⁽⁶¹⁾:

- as demais pretensões, prescrevem em 10 anos;
- pretensões de indemnização por atentado à vida, ao corpo, à saúde ou à liberdade prescrevem em 30 anos;
- as restantes pretensões de indemnização, em 10 anos após o seu surgimento ou em 30 anos após o facto que as originou.

IV. Temos, depois, diversos prazos especiais. Assim:

- os diversos direitos relativos a prédios ⁽⁶²⁾ prescrevem em 10 anos — § 196, novo;
- as pretensões de restituição da propriedade ou de outros direitos reais, as pretensões de família e sucessórias, as pretensões derivadas de decisões ou títulos executivos e as pretensões executivas de falências prescrevem em 30 anos.

Cessou a imprescritibilidade do domínio. O próprio ladrão de uma obra de arte poderá, passados os 30 anos, valer-se da prescrição ⁽⁶³⁾. Quanto aos demais prazos: eles respeitam as regras gerais porventura estabelecidas nos livros IV e V ⁽⁶⁴⁾.

8. O início e o termo da prescrição

I. O início da prescrição ocorre no fim do ano no qual a pretensão tenha surgido e o credor tenha tido conhecimento dos seus

⁽⁶¹⁾ Alterámos a ordenação do “novo” BGB, por forma a torná-lo mais compreensível; cf. WITT, *Das neue Verjährungsrecht* cit., 93-97.

⁽⁶²⁾ Entenda-se: com exclusão da própria propriedade.

⁽⁶³⁾ KURT SIEHR, *Verjährung der Vindikationsklage?*, ZRP 2001, 346-347 (347).

⁽⁶⁴⁾ BERESKA, *Verjährung* cit., 39-40.

factores constitutivos e da pessoa do devedor ou devesse tê-lo tido, sem grave negligência — § 199/1, novo. Como vimos, trata-se de um novo conceito estruturante da prescrição ordinária ⁽⁶⁵⁾, sendo de notar a remissão para o fim do ano: ela inicia-se no termo do ano no qual ambas as condições se mostrem reunidas ⁽⁶⁶⁾. A consequência prática tem o maior interesse: todas as prescrições ordinárias ficarão consumadas no dia 31 de Dezembro.

II. Pelo jogo do prazo ordinário dos 3 anos e dos prazos alongados — normalmente: o de 10 anos — mas independentes do conhecimento que haja da verificação dos seus pressupostos, temos sempre dois prazos a correr em paralelo ⁽⁶⁷⁾. Cabe, agora, verificar qual deles decorre primeiro, assim se consumando a prescrição.

III. A lei nova — referimo-lo já — veio generalizar o chamado sistema subjectivo, antes integrado no Direito da responsabilidade civil ⁽⁶⁸⁾. O conhecimento das circunstâncias constitutivas marca o início da prescrição ordinária: não o seu significado jurídico, de acordo com jurisprudência firmada no domínio da responsabilidade civil ⁽⁶⁹⁾. Tão-pouco se exigirá que o credor conheça todas as circunstâncias: apenas as necessárias para estabelecer a pretensão ⁽⁷⁰⁾. Todavia, as conclusões e os desenvolvimentos jurisprudenciais obtidos no domínio da responsabilidade civil não podem ser, sem menos, transpostas para o novo regime geral, no tocante a situações menos claras: não há identidade completa ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁵⁾ A solução fora já preconizada por FRANK PETERS/REINHARD ZIMMERMANN, *Verjährungsfristen/Der Einfluss von Fristen auf Schuldverhältnisse: Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen*, nos *Gutachten und Vorschläge I* cit., 77-373 (315-316), ainda que recorrendo à técnica da suspensão (§§ 195/I e 199 do anteprojecto respectivo).

⁽⁶⁶⁾ Cf. SCHWAB, *Das neue Schuldrecht* cit., 2/I.

⁽⁶⁷⁾ BERESKA, *Verjährung* cit., 52; vide a justificação de motivos do Governo, em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 621.

⁽⁶⁸⁾ HELMUT HEINRICH, *Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, BB 2001, 1417-1423 (1418) e ZIMMERMANN e outros, *Finis Litium?* cit., 684.

⁽⁶⁹⁾ BGH 17-Out.-1996, NJW 1996, 117-119 (118).

⁽⁷⁰⁾ BGH 16-Nov.-1987, BGHZ 102 (1988), 246-252 e BGH 17-Fev.-2000, NJW 2000, 1498-1500 (1499).

⁽⁷¹⁾ BERESKA, *Verjährung* cit., 46.

A exigência do conhecimento da pessoa do credor ⁽⁷²⁾ deu azo a uma jurisprudência no âmbito do § 852 que poderá, agora, ser generalizada. Designadamente, a que exige, para um efectivo conhecimento, a posse da identidade e da direcção do responsável ⁽⁷³⁾.

O desconhecimento gravemente negligente é equiparado ao conhecimento. A justificação do Governo aponta: tal desconhecimento ocorre quando se atente, de modo extraordinariamente elevado, contra o cuidado exigível no tráfego ⁽⁷⁴⁾.

IV. No tocante aos prazos não ordinários da prescrição — isto é: fora da situação dos três anos, agora generalizada — a prescrição inicia-se com o surgimento da pretensão — § 200, novo.

Quanto às pretensões derivadas de sentenças transitadas, de título executivo e de outras decorrências previstas no § 197/I, novo, n.ºs 3 a 5: a prescrição inicia-se na data do trânsito, do título ou de outra fonte determinante, nos termos do § 201, novo.

V. Iniciada a prescrição, ela irá decorrer durante o prazo que esteja em causa, concluindo-se, inevitavelmente, se não ocorrer, seja a sua suspensão, seja alguma circunstância que determine o reinício da sua contagem.

9. A suspensão e o recomeço da prescrição

I. As tradicionais suspensão (*Hemmung*) e interrupção (*Unterbrechung*) da prescrição foram bastante alteradas pela reforma. Desde logo desaparece o conceito de interrupção, substituído pelo reinício ou recomeço (*Neubeginn*) da prescrição ⁽⁷⁵⁾. De

⁽⁷²⁾ O artigo 498º/1 do nosso Código Civil é, neste ponto, diferente quer do § 852(1) do BGB, quer do generalizante § 199/1, novo.

⁽⁷³⁾ BGH 16-Dez.-1997, NJW 1998, 988-989 (1998).

⁽⁷⁴⁾ *Begründung des Bundesregierung* cit., 622; cf. MANSEL, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts* cit., 91.

⁽⁷⁵⁾ MANSEL, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts* cit., 97/II.

seguida, diversos factores de interrupção surgem, agora, como de suspensão ⁽⁷⁶⁾. Recordemos os conceitos básicos, à luz da reforma.

A suspensão, de acordo com o § 209, novo, impede a contagem do tempo que decorra enquanto ela se verifique. Trata-se, de resto, de um dispositivo que corresponde ao § 205, velho, permitindo o acolhimento da jurisprudência e da doutrina processadas ao abrigo desta última norma ⁽⁷⁷⁾.

O recomeço, segundo a inovação terminológica do § 212, novo, substitui a velha interrupção ⁽⁷⁸⁾: inutiliza todo o prazo já decorrido, obrigando a nova contagem, a partir do zero.

II. Começamos pela suspensão. O novo BGB vem distinguir, neste domínio, a suspensão por negociações e a suspensão por lei. A suspensão por negociações ocorre, nos termos do § 203, novo, quando se verifiquem conversações entre o devedor e o credor, relativas à pretensão ou a circunstâncias dela constitutivas. A suspensão durará até que alguma das partes recuse a prossecução das negociações, ocorrendo a prescrição, o mais cedo, três meses após o termo da suspensão.

A figura da suspensão por negociações corresponde a uma generalização do § 852/II, velho, relativo à indemnização. A jurisprudência do BGH já havia alargado esta regra à responsabilidade contratual conexa ⁽⁷⁹⁾: seria contrário à lealdade e à boa fé iniciar negociações prolongadas para, no seu decurso, invocar a prescrição. A reforma foi mais longe, generalizando a afirmação do próprio BGH de que se estaria aí perante um princípio geral.

III. A suspensão por lei consta, em primeiro lugar, do § 204, novo. Este preceito alinha 14 fundamentos de suspensão, todos relacionados com pedidos judiciais. Como especial novidade: o fundamento clássico da interrupção — § 209, velho — e mais precisamente: a interposição de acção judicial, deixou de ser interruptiva, passando a (meramente) suspensiva. Na origem, o estudo

⁽⁷⁶⁾ Cf. SCHWAB, *Das neue Schuldrecht* cit., 2/I.

⁽⁷⁷⁾ BERESKA, *Verjährung* cit., 85.

⁽⁷⁸⁾ BERESKA, *Verjährung* cit., 87.

⁽⁷⁹⁾ BGH 28-Nov.1984, BGHZ 93 (1985), 64-70 (67-68), com apelo ao princípio da boa fé.

de PETERS/ZIMMERMANN, que já nos anos oitenta vieram explicar que a interrupção da prescrição por simples pedido judicial era contrária ao sistema⁽⁸⁰⁾: basta ver que a acção pode não ter cabimento. Quando muito, justificar-se-ia a suspensão.

A ideia foi, nessa base, acolhida e generalizada pelo legislador⁽⁸¹⁾. De seguida, este procurou solucionar as diversas dúvidas que a prática veio a revelar⁽⁸²⁾.

IV. Nos novos §§ 205 a 208 surgem outros fundamentos legais de suspensão:

- um acordo que permita recusar a prestação;
- a força maior que, nos últimos seis meses do prazo, impeça o exercício;
- a existência de relações de família ou similares⁽⁸³⁾;
- a violação da autodeterminação sexual, até aos 21 anos ou enquanto existir comunidade doméstica.

Apenas este último fundamento é verdadeiramente novo. Visa uma protecção mais alargada dos ofendidos, em moldes que merecem consenso⁽⁸⁴⁾.

Os §§ 210 e 211 contemplam, ainda, suspensões nos últimos seis meses do prazo a favor de incapazes e no âmbito das heranças.

V. Quanto à velha interrupção — agora: recomeço — da prescrição, a reforma conservou apenas dois fundamentos — § 212, novo:

- o reconhecimento, pelo devedor, através do pagamento de prestações, de juros, da prestação de garantias ou de outro meio;
- o surgimento ou a solicitação de uma execução judicial ou administrativa.

⁽⁸⁰⁾ PETERS/ZIMMERMANN, *Verjährungsfristen* cit., 308.

⁽⁸¹⁾ Cf. a *Begründung der Bundesregierung* cit., 630.

⁽⁸²⁾ BERESKA, *Verjährung* cit., 64-80; o elenco dos 14 fundamentos assenta em várias especificidades das leis processuais alemãs; a sua explanação transcende este estudo.

⁽⁸³⁾ São abrangidas as uniões de facto: § 207/1, 1, novo.

⁽⁸⁴⁾ *Begründung der Bundesregierung* cit., 642.

10. Prescrição e autonomia privada

I. O § 225, velho, proibia negócios jurídicos que excluíssem ou dificultassem a prescrição ⁽⁸⁵⁾. Trata-se de uma orientação substancialmente modificada pelo § 202, novo.

Em primeiro lugar, a prescrição pode ser facilitada, excepto tratando-se de responsabilidade por dolo, mediante negócio prévio.

II. No tocante à dificuldade da prescrição, a novidade é mais profunda. O § 202,2, novo, veio permiti-la, desde que não ultrapasse os 30 anos contados desde o início legal do seu decurso. Trata-se de uma perspectiva possibilitada pelo teor geral da reforma. Todavia, alguns juristas mais liberais, particularmente os afectos à teoria económica do Direito, haviam reclamado uma margem ainda maior de autonomia privada ⁽⁸⁶⁾.

11. Consequências e âmbito da prescrição

I. As consequências da prescrição resultam do § 214 novo, similar ao § 222, velho ⁽⁸⁷⁾. No fundamental, o devedor pode recusar a prestação, quando a correspondente obrigação se encontre prescrita.

Além disso, a prestação efectuada em cumprimento de uma obrigação prescrita não pode ser repetida, mesmo quando efectuada na ignorância da prescrição. A mesma regra funciona perante o reconhecimento contratual ou em face da prestação de garantias pelo devedor.

II. A prescrição não impede a compensação ou o direito de retenção, quando a pretensão não estivesse prescrita no momento da verificação dos respectivos pressupostos.

⁽⁸⁵⁾ O artigo 300.º do nosso Código Civil contém uma norma aparentemente ainda mais severa: de tal modo que pertence à civilística tradicional portuguesa a ideia de que a prescrição é rígida, por oposição à caducidade, que admitiria determinadas estipulações, segundo o artigo 330.º do Código Civil.

⁽⁸⁶⁾ Assim, EIDENMÖLLER, *Ökonomik und Verjährungsregeln* cit., 415.

⁽⁸⁷⁾ Cf. SCHWAB, *Das neue Schuldrecht* cit., 2/1.

Quanto à compensação: trata-se da regra antes sedeadada no § 380,2, velho. Quanto à retenção: a jurisprudência do BGH fizera a aproximação à compensação ⁽⁸⁸⁾. A reforma acolheu esta última evolução, inserindo-a, com a regra da compensação, no capítulo próprio da prescrição.

III. A prescrição não prejudica as pretensões derivadas da hipoteca ou do penhor — § 216, novo. Já as prestações acessórias são atingidas pela prescrição da principal — § 217, novo, equivalente ao § 224, velho.

⁽⁸⁸⁾ BGH 15-Dez.-1969, BGHZ 53 (1970), 122-128 (125).