

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO  
DAS OBRIGAÇÕES

II — O DIREITO DA PERTURBAÇÃO DAS PRESTAÇÕES

*Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro*

***Nota prévia***

*A presente série de estudos visa divulgar, junto dos advogados e dos juristas de língua portuguesa em geral, a recente reforma civil alemã. Para além de um evidente interesse académico e cultural, o conhecimento desta matéria impõe-se por três razões basilares:*

- trata-se de uma reforma jurídico-científica, que deu corpo a doutrinas aplicáveis directamente no Direito português;*
- trata-se, ainda, de uma reforma que transpôs instrumentos comunitários, num movimento igualmente em curso no nosso País;*
- trata-se, finalmente, de uma reforma cuja divulgação suscita reflexões úteis para uma revisão alargada do próprio Direito privado português.*

*Uma justificação mais alargada resulta do editorial inserido nesta Revista, no início do ano de 2002.*

### III — A perturbação das prestações (1)

#### 12. Generalidades e importância da reforma

I. A reforma do BGB de 2001/2002 continua a ser saudada como a grande novidade jurídico-científica, legislativa e civilística dos últimos 100 anos (2). Fortemente criticada na sua génese, como vimos (3), ela tem vindo a ser explicada pela doutrina, com grande premência (4). Alguns problemas de aplicação têm sido apontados (5); todavia, ela beneficia de uma *benigna interpretatio* (6), nenhuma razão havendo para a reeçar (7).

II. Os reflexos da reforma são, ainda, difíceis de apreender. De momento, observa-se uma multiplicação de escritos de divulgação e de comentários; só neste ano de 2002, apontamos os de ALPMANN-PIEPER/BECKER (8), de AMANN/BRAMBRING/HERTEL (9), de

---

(1) O presente escrito, conquanto que formal e cientificamente autónomo, surge na continuação do nosso artigo *A modernização do Direito das obrigações I – Aspectos gerais e reforma da prescrição*, publicado nesta *Revista*, 2002, 91-110; foi tida em conta bibliografia surgida até Setembro de 2002 e, nalguns casos, até Dezembro desse mesmo ano.

(2) STEPHAN LORENZ, § 241a BGB und das Bereicherungsrecht – zum Begriff der “Bestellung” im Schuldrecht, FS Werner Lorenz 80. (2001), 193-214 (193) e DIETER MEDICUS, introdução a *Neues Schuldrecht*, da Beck (2002), IX.

(3) ROA 2002, 95 ss..

(4) Cf. a introdução de MARTIN SCHWAB/CARL-HEINZ WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht*, 5.ª ed. (2002), V. Efectivamente, ao contrário do que tem sucedido com outras reformas legislativas de fôlego, o legislador concedeu, aqui, um prazo relativamente curto de *vacatio*: menos de três meses.

(5) HOLGER ALTMEPPEL, “Fortschritte” im modernen Verjährungsrecht / Zwei Pannen aus dem Recht der GmbH, DB 2002, 514-517: este Autor, que já fora muito crítico na fase preparatória, mantém que foi irresponsável ter-se feito a reforma sem ponderar as suas consequências (516/II).

(6) MEDICUS, *Neues Schuldrecht* cit., XI.

(7) MEDICUS, *Neues Schuldrecht* cit., XIV.

(8) ANNEGERD ALPMANN-PIEPER e PETER BECKER, *Reform des Schuldrechts*, 2.ª ed., Münster (2002), VIII + 197 pp..

(9) HERMANN AMANN, GÜNTER BRAMBRING e CHRISTIAN HERTEL, *Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis / Handbuch für Notare und Vertragsjuristen mit Gestaltungshinweisen und Formulierungsbeispielen*, com contributos de JÜRGEN KALLRATH, PAUL ROBBACH e BERND WEGMANN, Munique (2002), XIV + 574 pp..

DAUNER-LIEB/HEIDEL/LEPA/RING <sup>(10)</sup>, de EHMANN/SUTSCHET <sup>(11)</sup>, de HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENDTLAND <sup>(12)</sup>, de HENSSLER/ /GRAF VON WESTPHALEN <sup>(13)</sup>, de HUBER/FAUST <sup>(14)</sup>, de LORENZ/RIEHM <sup>(15)</sup>, de OLZEN/WANK <sup>(16)</sup>, de OTT/LÜER/HEUSSEN <sup>(17)</sup>, de WEBER/DOSPIL/HANHÖRSTER <sup>(18)</sup>, e de WESTERMANN <sup>(19)</sup>, num total bastante superior a 5000 páginas. Surgem, também, livros específicos sobre pontos da reforma, com relevo para as cláusulas contratuais gerais <sup>(20)</sup>, o contrato de construção <sup>(21)</sup> e o contrato de trabalho <sup>(22)</sup>. Obras clássicas vão sendo reescritas, por exigência da reforma <sup>(23)</sup>, enquanto os comentários tradicionais ao BGB são

---

<sup>(10)</sup> BARBARA DAUNER-LIEB, THOMAS HEIDEL, MANFRED LEPA, GERHARD RING, *Das Neue Schuldrecht*, com a colaboração de 16 outros autores, Heidelberg (2002), XVIII + 538 pp..

<sup>(11)</sup> HORST EHMANN e HOLGER SUTSCHET, *Modernisiertes Schuldrecht / Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten*, com contributos de THOMAS FINKENHAUER e WOLFGANG HAU, Munique (2002), XXIV + 342 pp..

<sup>(12)</sup> LOTHAR HAAS, DIETER MEDICUS, WALTER ROLLAND, CARSTEN SCHÄFER e HOLGER WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, Munique (2002), XVIII + 394 pp..

<sup>(13)</sup> MARTIN HENSSLER e FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, *Praxis der Schuldrechtsreform*, com contributos de CHRISTIAN BERESKA, KLAUS BRISCH, HELGE DEDEK, CHRISTOF MÜTHERS e ANNIKA SCHMIDT, Colónia (2002), XXXI + 920 pp..

<sup>(14)</sup> PETER HUBER e FLORIAN FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung / Einführung in das neue Recht*, Munique (2002), XXII + 530 pp..

<sup>(15)</sup> STEPHAN LORENZ e THOMAS RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Munique (2002), XXX + 411 pp..

<sup>(16)</sup> DIRK OLZEN e ROLF WANK, *Die Schuldrechtsreform / Eine Einführung*, Colónia (2002), XI + 155 pp..

<sup>(17)</sup> SIEGHART OTT, DIETER W. LÜER e BENNO HEUSSEN, *Schuldrechtsreform*, Colónia (2002), XIV + 625 pp..

<sup>(18)</sup> HANS-JOACHIM WEBER, JOACHIM DOSPIL e HEDWIG HANHÖRSTER, *Neues Schuldrecht*, Colónia (2002), XVII + 446 pp..

<sup>(19)</sup> HARM PETER WESTERMANN, *Das Schuldrecht 2002 / Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform*, com a colaboração de mais 6 civilistas, Estugarda (2002), 336 pp..

<sup>(20)</sup> FRANK A. HAMMER (publ.), STEPHAN SÜDHOFF, STEPHANIE GERDES e DANIELA FELSER, *AGB / Notwendige Änderungen nach der Schuldrechtsreform im Werk-, Dienst- und Darlehensvertragsrecht*, Berlin (2002).

<sup>(21)</sup> ANTJE BOLDT, *Der neue Bauvertrag / Schuldrechtsreform und Werkvertrag in der Praxis*, Colónia (2002).

<sup>(22)</sup> MICHAEL ECKERT e CAROLIN WALLSTEIN, *Das neue Arbeitsvertragsrecht / Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform und dem AGB – Recht*, Munique (2002).

<sup>(23)</sup> ASSIM DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 13.ª ed. (2002) e *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª ed. (2002), como o próprio dá conta, na sua introdução.

reformulados <sup>(24)</sup>, tudo isso a somar a títulos citados na primeira parte deste escrito ou abaixo referidos, sem a mínima pretensão de completude.

III. O aprofundamento de pontos controversos ou mais delicados continua a ser levado a cabo pelas revistas especializadas. Para termos uma ideia do universo doutrinário e jurídico-científico com que lidamos, para além de alguns escritos gerais <sup>(25)</sup> e dos títulos já citados na primeira parte deste estudo, assinalamos pesquisas sobre a prescrição <sup>(26)</sup>, sobre a perturbação da prestação <sup>(27)</sup> (incluindo as diversas rubricas que integram esse domínio, como a mora <sup>(28)</sup>, a *culpa in contrahendo* <sup>(29)</sup>, a violação positiva do contrato <sup>(30)</sup> e o contrato com eficácia protectora perante tercei-

---

<sup>(24)</sup> Logo em 2002 saiu um volume considerável de aditamento ao PALANDT; neste momento, está já disponível, deste clássico, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62.<sup>a</sup> ed. (2003), que engloba a reforma, nos locais próprios. Dispomos, também, de aditamentos ao STAUDINGER e ao *Münchener Kommentar*.

<sup>(25)</sup> RICHARD MOTSCH, *Die Modernisierung des Schuldrechts*, NJ 2002, 1-10; a *Neue Justiz* era a revista jurídica oficial da ex-RDA, encontrando-se reconvertida a problemas dos “novos” Länder.

<sup>(26)</sup> ALTMEPPEN, “Fortschritte” im modernen Verjährungsrecht cit., ANJA AMEND, *Auswirkung des neuen Verjährungsrechts auf das Erbrecht*, JuS 2002, 743-746, FRANK HEERSTRASSEN e THORSTEN REINHARD, *Die Verjährung von Rechtsmängelansprüchen beim Beteiligungskauf nach der Schuldrechtsreform*, BB 2002, 1429-1437 (1436/II, assinalando grandes alterações), DETLEF LEENEN, *Die Neugestaltung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, DStR 2002, 34-43 (34), KLAUS J. MÜLLER, *Verjährung des Finlageanspruchs der GmbH nach der Schuldrechtsreform*, BB 2002, 1377-1382, SIEGHART OTT, *Das neue Schuldrecht – Überleitungsvorschriften und Verjährung*, MDR 2002, 1-5 e CARL-HEINZ WITT, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Verjährungsrecht*, JuS 2002, 105-113.

<sup>(27)</sup> BARBARA DAUNER-LIEB e JAN THIESSEN, *Das neue Leistungsstörungsrecht – Leitungshemmend und störfällig?*, DStR 2002, 809-816, DANIELA MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts*, NJW 2002, 209-219, PETRA SENNE, *Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, JA 2002, 424-433 e DANIEL ZIMMER, *Das neue Recht der Leistungsstörungen*, NJW 2002, 1-12.

<sup>(28)</sup> ROLAND SCHIMMER/DIRK BUHLMANN, *Schuldnerverzug nach der Schuldrechtsmodernisierung – Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen*, MDR 2002, 609-615.

<sup>(29)</sup> MARTIN SCHWAB, *Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuen Schuldrecht*, JuS 2002, 773-778 e 872-878 e ANDRÉ POHLMANN, *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten / Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform* (2002).

<sup>(30)</sup> ALEXANDER MAYERHÖFER, *Die Integration der positiven Forderungsverletzung in das BGB*, MDR 2002, 549-556.

ros<sup>(31)</sup>, sobre a venda comercial fora de estabelecimento<sup>(32)</sup> e à distância<sup>(33)</sup>, sobre os contratos com consumidores<sup>(34)</sup> e sobre a inclusão dos regimes das cláusulas contratuais gerais<sup>(35)</sup> e do crédito ao consumo<sup>(36)</sup> no BGB.

Seguem-se intervenções crescentes sobre a nova feição assumida pelo contratos de compra e venda<sup>(37)</sup> (arrastando o fornecimento<sup>(38)</sup>) e a empreitada<sup>(39)</sup>, alterados pela reforma. As modificações introduzidas no BGB foram, porém, bastante mais longe,

---

<sup>(31)</sup> MARC ECKEBRECHT, *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform*, MDR 2002, 425-428 e MARTIN SCHWAB, *Grundfälle cit.*

<sup>(32)</sup> HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Besondere Vertriebsformen ins BGB*, NJW 2002, 1150-1158.

<sup>(33)</sup> NIKO HÄRTING, *Fernabsatz – Änderung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, MDR 2002, 61-66 e MICHAEL H. MEUB, *Fernabsatz und E-Commerce nach neuem Recht*, DB 2002, 359-363, com observações positivas sobre a reforma (363/1); sem ter diretamente a ver com a reforma, tem interesse consignar THOMAS HOEREN, *E-Business und die Rezession: Was wird vom elektronischen Handel bleiben?*, NJW 2002, 37.

<sup>(34)</sup> NIKOLAS FISCHER, *Das Verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform – von § 361a BGB zu § 355 BGB – eine kritische Bestandsaufnahme*, DB 2002, 253-258, RICHARD MOTSCH, *Neues Schuldrecht: Rücktritt vom Kauf*, JR 2002, 221-226 e MARTIN SCHWAB, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n. F.*, JuS 2002, 630-637.

<sup>(35)</sup> FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, *AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme*, NJW 2002, 12-15.

<sup>(36)</sup> PETER BÜLOW, *Verbraucherkreditrecht im BGB*, NJW 2002, 1145-1150.

<sup>(37)</sup> ULRICH BÜDENBENDER, *Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz*, DStR 2002, 312-318 (312), recordando que os grandes pontos da reforma foram, precisamente, o Direito da perturbação das prestações e o da compra e venda, KURT SCHELLHAMMER, *Die Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel – Neue Struktur und neuer Mangelbegriff*, MDR 2002, 241-246, *Das neue Kaufrecht: Die Sachmängelrechte des Käufers*, MDR 2002, 301-308 e *Das neue Kaufrecht – Rechtsmängelhaftung, Rechtskauf und Verbrauchsgüterkauf*, MDR 2002, 485-490, e STEPHAN LORENZ, *Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten*, NJW 2002, 2497-2505.

<sup>(38)</sup> CHRISTIANE BRORS, *Die Falschlieferung in der Schuldrechtsreform*, JR 2002, 133-136 e TOBIAS LETZT, *Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform*, JuS 2002, 866-872. Focando as relações duradouras, ANDREAS KIRSCH, *Schuldrechtsreform und Unternehmen – Umstellungen bei Langzeitverträgen*, NJW 2520-2523.

<sup>(39)</sup> MICHAEL H. MEUB, *Schuldrechtsreform: Das neue Werkvertragsrecht*, DB 2002, 131-134, KAI-JOCHEN NEUHAUS, *Dreissig Jahre Gewährleistungshaftung im Baurecht – Vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung*, MDR 2002, 131-135 e CRISTOPH TEICHMANN, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Werkvertragsrecht*, JuS 2002, 417-424.

tendo repercussões na responsabilidade civil <sup>(40)</sup> (com referência especial à responsabilidade médica <sup>(41)</sup>), na reserva de propriedade <sup>(42)</sup>, nos contratos sobre energia <sup>(43)</sup>, nos contratos de viagem <sup>(44)</sup>, na locação financeira <sup>(45)</sup>, na franquia <sup>(46)</sup> e na publicidade <sup>(47)</sup>.

IV. Finalmente, a reforma do BGB teve — ou vai tendo — um impacto crescente em áreas exteriores ao próprio Código Civil. Assim sucede no Direito Comercial <sup>(48)</sup> e em diversas áreas do Direito das sociedades comerciais <sup>(49)</sup>, com um relevo marcante na chamada aquisição de empresas <sup>(50)</sup>. Muito significativas são,

---

<sup>(40)</sup> FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, *Nach der Schuldrechtsreform: Neue Grenzen für Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln*, BB 2002, 209-216 (215/1: as cláusulas de exoneração terão assumido um âmbito mais restritivo do que o anterior).

Esta matéria não se confunde com a reforma da responsabilidade civil, que introduziu alterações no § 249 II 2 do BGB, inserindo, ainda, um novo § nesse Código: o 839a, com o sentido de melhorar a fruição do prejudicado; a reforma em causa entrou em vigor a 1-Ago.-2002; cf. WOLFGANG DAUBLER, *Die Reform des Schadensersatzrechts*, JuS 2002, 625-630.

<sup>(41)</sup> ANDREAS SPICKHOFF, *Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht*, NJW 2002, 2530-2537.

<sup>(42)</sup> MATHIAS HABERSACK e JAN SCHÜRNBRAND, *Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform*, JuS 2002, 833-839.

<sup>(43)</sup> JÜRGEN FRANZ SÄCKER e KATHARINA VERA BOESCHE, *Die geplante Neuregelung des Energievertragsrechts im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung*, BB 2002, 27-34.

<sup>(44)</sup> ERNST FÖHRICH, *Reisevertrag nach modernisiertem Schuldrecht*, NJW 2002, 1082-1084.

<sup>(45)</sup> ARND ARNOLD, *Gewährleistung beim Finanzierungsleasing nach der Schuldrechtsreform*, DSStR 2002, 1049-1055; o contrato de *leasing* é especialmente atingido através do novo regime do vício da coisa vendida.

<sup>(46)</sup> JAN PATRICK GIESLER, *Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Franchiseverhältnisse*, ZIP 2002, 420-427.

<sup>(47)</sup> MICHAEL LEHMANN, *Die Haftung für Werbeangabe nach neuem Schuldrecht*, DB 2002, 1090-1094 (1090/I).

<sup>(48)</sup> DIETER STECK, *Das HGB nach der Schuldrechtsreform*, NJW 2002, 3201-3204.

<sup>(49)</sup> MARTIN SCHOCKENHOFF e CARSTEN FLEGE, *Neue Verjährungsfragen im Kapitalgesellschaftsrecht*, ZIP 2002, 917-925 (925/II, assinalando as consequências da reforma, e ECKHARD WALZHOLZ, *Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Gesellschaften und Geschäftsanteilsabtretung*, DSStR 2002, 500-508.

<sup>(50)</sup> BJÖRN GAUL, *Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf*, ZHR 166 (2002), 35-71, HERMANN J. KNOTT, *Unternehmenskauf nach Schuldrechtsreform*, NZG 2002, 249-256, VOLKER TRIEBEL e GERRIT HÖLZLE, *Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge*, BB 2002, 521-537, MANFRED WOLF e JOCHEN KAISER, *Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht*, DB 2002, 411-420 e WOLFGANG WEITNAUER, *Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht*, NJW 2002, 2511-2517.

igualmente, as repercussões da reforma no Direito do trabalho <sup>(51)</sup>, em especial através da aplicabilidade das cláusulas contratuais gerais <sup>(52)</sup>.

O próprio Direito da insolvência, conquanto que indirectamente, veio também a ser atingido <sup>(53)</sup>.

### 13. Geografia da reforma no âmbito do Direito das obrigações em geral

I. Antes de abordar o tema específico da perturbação das prestações, cumpre explicitar a geografia da reforma, no âmbito do Direito das obrigações e mais particularmente: da parte relativa às obrigações em geral <sup>(54)</sup>.

Vamos apontar a sistematização do Livro II – Direito das relações obrigacionais do BGB, depois da reforma. Temos:

*Secção 1 – Conteúdo das relações obrigacionais*

*Título 1 – Vinculação à prestação – §§ 241 a 292*

*Título 2 – Mora do credor – §§ 293 a 304*

---

<sup>(51)</sup> WOLFGANG DAUBLER, *Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht*, NZA 2001, 1329-1337, KLAUS HÜMMERICH e JOACHIM HOLTHAUSEN, *Der Arbeitnehmer als Verbraucher*, NZA 2002, 173-181, KATHARINA VON KOPPENFELS, *Vertragsstrafen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung*, NZA 2002, 598-602 e WOLF-DIETRICH, *Die eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung*, JuS 2002, 736-743.

<sup>(52)</sup> GEORG ANNUSS, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: wo geht die Reise hin?*, BB 2002, 458-463 (459/I: ao contrário do que sucedia com a hoje revogada lei das cláusulas contratuais gerais, o novo § 310, 4, do BGB, determina a aplicação das regras sobre as cláusulas, com adaptações, aos contratos de trabalho), MICHAEL GOTTHARDT, *Der Arbeitsvertrag auf dem AGB-rechtlichen Prüfstand*, ZIP 2002, 277-289 (289/II), STEFAN LINGERMANN, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag*, NZA 2002, 181-192 (192/II), MARCEL GROBYS, *AGB-Kontrolle von Arbeits- und Dienstverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, DSr 2002, 1002-1009 e WOLFGANG HROMADKA, *Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht*, NJW 2002, 2523-2530.

<sup>(53)</sup> ANDREAS RINGSTMEIER e STEFAN HOMANN, *Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Insolvenzverwaltung*, ZIP 2002, 505-510; relevam, por exemplo, as regras novas sobre prescrição e sobre compra e venda (505/I e 506/II).

<sup>(54)</sup> Aspectos atinentes à prescrição e inseridos na parte geral foram já considerados no nosso *A modernização do Direito das obrigações*, I cit.; quanto às alterações relativas à compra e venda e à empreitada: dedicar-lhes-emos estudos ulteriores.

- Secção 2 – Formação de relações obrigacionais através de cláusulas contratuais gerais – §§ 305 a 310*
- Secção 3 – Relações obrigacionais provenientes de contratos*
- Título 1 – Constituição, conteúdo e extinção*
- Subtítulo 1 – Constituição – §§ 311a a 311c*
- Subtítulo 2 – Formas especiais de distribuição – §§ 312 a 312f*
- Subtítulo 3 – Adaptação e extinção de contratos – §§ 313 a 314*
- Subtítulo 4 – Direitos unilaterais de determinação da prestação – §§ 315 a 319*
- Título 2 – Contrato bilateral – §§ 320 a 327 <sup>(55)</sup>*
- Título 3 – Promessa de prestação a um terceiro – §§ 328 a 335*
- Título 4 – Sinal. Cláusula penal – §§ 336 a 345*
- Título 5 – Resolução, revogação e direito de restituição nos contratos de consumo*
- Subtítulo 1 – Resolução – §§ 346 a 354*
- Subtítulo 2 – Direito de revogação e de restituição em contratos de consumidores – §§ 355 a 361 <sup>(56)</sup>*
- Secção 4 – Extinção das relações obrigacionais*
- Título 1 – Cumprimento – §§ 362 a 371*
- Título 2 – Consignação em depósito – §§ 372 a 386*
- Título 3 – Compensação – §§ 387 a 396*
- Título 4 – Remissão – § 397*
- Secção 5 – Cessão de um crédito – §§ 398 a 413*
- Secção 6 – Assunção de dívida – §§ 414 a 419 <sup>(57)</sup>*
- Secção 7 – Pluralidade de devedores e de credores – §§ 420 a 432*

## II. Pois bem: a reforma de 2001/2002 incidiu nos seguintes aspectos:

- na secção 1, título 1, relativo à vinculação e à prestação, foram alterados os §§ 241 (deveres provenientes de uma relação obrigacional <sup>(58)</sup>), 244 (débito em moeda estrangeira), 247 (taxa básica de juros), 275 (exclusão do dever de prestar), 276 (responsabilidade do devedor), 278 (responsabilidade por auxiliares), 279 (revogado), 280 (indenização por violação de um dever), 281 (indenização em vez de prestação por não realização ou não realização exacta da prestação), 282 (indenização, em vez de prestação, por exclusão do dever de prestar), 284 (indenização por despesas perdidas), 285 (restituição de indenização), 286 (mora do devedor), 287 (responsabilidade durante a mora), 288 (juros de mora) e 291 (juros do processo);
- na secção 1, título 2, relativo à mora do credor, foi alterado o § 296 (dispensabilidade da oferta);
- a secção 2, referente à formação de relações obrigacionais através de cláusulas contratuais gerais — §§ 305, 305a, 305b, 305c, 306, 306a, 307, 308, 309 e 310

<sup>(55)</sup> Este último § desapareceu, por revogação.

<sup>(56)</sup> Os §§ 360 e 361 foram revogados.

<sup>(57)</sup> O § 419 fora já, anteriormente, revogado.

<sup>(58)</sup> Recordamos que as epígrafes dos §§ foram introduzidas pela própria lei de modernização: a partir de 1-Jan.-2002, passaram a ser oficiais.



- foi inserida *ex novo*, absorvendo a Lei de 1976, com alterações posteriores, modificando alguns dos seus aspectos; a aplicabilidade ao Direito do trabalho terá sido das mais significativas;
- na secção 3, título 1, subtítulo 1, sobre constituição de relações obrigacionais provenientes de contrato, foram alterados ou aditados os seus quatro §§: 311 (negócio jurídico e relações obrigacionais semelhantes a negócios jurídicos), 311a (impedimento da prestação, aquando da conclusão do contrato), 311b (contratos sobre prédios, sobre o património ou sobre a herança) e 311c (alargamento à pertença);
- nos mesmos secção e título, foi aditado todo o subtítulo 2, sobre formas especiais de distribuição; os seus §§ 312 a 312f resultaram da inclusão, no BGB, do diploma sobre vendas comerciais fora de estabelecimento e sobre regras relativas a vendas à distância <sup>(59)</sup>;
- ainda nos referidos secção e título, foi aditado o subtítulo 3, com os §§ 313 e 314: o primeiro sobre alteração das circunstâncias e o segundo sobre a denúncia de relações duradouras;
- na secção 3, título 2 (contrato bilateral), foram alterados cinco §§ e suprimido um; alterados: os §§ 321 (excepção de insegurança), 323 (resolução por incumprimento ou por cumprimento imperfeito), 324 (resolução por incumprimento de um dever no sentido do § 241/2), 325 (direito à indemnização e resolução) e 326 (liberação da contraprestação e resolução por exclusão do dever de prestar); suprimido: o § 327;
- na referida secção 3, título 5 (resolução, revogação e direito de restituição nos contratos de consumo) e subtítulo 1 (resolução), foram alterados os §§ 346 (eficácia da resolução), 347 (frutos e utilidades depois da resolução), 350 (extinção do direito de resolução depois da fixação de prazo), 351 (indivisibilidade do direito de resolução), 352 (compensação depois do não-cumprimento), 353 (resolução contra pena contratual) e 354 (cláusula de caducidade);
- nos mesmos secção e título, o subtítulo 2 (direito de revogação e de restituição em contratos de consumidores), corresponde a matéria aditada pela Lei de 29-Jun.-2000, alterando-a — os §§ 355, 356 e 357, sobre os direitos de revogação e de restituição nos contratos de consumo — e a matéria antes inserida no *FernAbsG*, no *TzWrG* <sup>(60)</sup> e no *VerbrKrG* <sup>(61)</sup> — §§ 358 e 359, os §§ 360 e 361 foram revogados;
- finalmente, na secção 4, título 3 — compensação — foi alterado o § 390 e na secção 7 — pluralidade de devedores e credores — o § 425: ambos sobre questões relativas à prescrição.

---

<sup>(59)</sup> *Gesetz über Fernabsatzverträge*, de 27-Jun.-2000, conhecido pela sigla *FernAbsG*.

<sup>(60)</sup> Sigla designativa do *Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden*, por último alterado em 29-Jun.-2000.

<sup>(61)</sup> Sigla designativa do *Verbraucherkreditgesetz*, por último alterado em 29-Jun.-2000.

III. Uma análise integral desta matéria seria incomportável. De todo o modo, para juristas portugueses, interessa reter alguns traços fundamentais, particularmente relevantes num prisma jurídico-científico. Eles poderão auxiliar na ponderação de uma grande reforma do Direito privado português, cuja necessidade vai tomando forma cada vez mais insistente.

#### 14. A ideia de “perturbação das prestações” e a reforma

I. A expressão “Direito da perturbação das prestações” é uma tradução literal de *Recht der Leistungsstörungen*. Ficariam abrangidas as hipóteses de incumprimento definitivo, de mora e de cumprimento defeituoso<sup>(62)</sup>; todavia, não podemos verter o termo para o vernáculo “incumprimento em sentido amplo”, uma vez que ela pode abarcar ainda, além de impossibilidade, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias e outros institutos. Na actual fase de divulgação, a “perturbação das prestações” parece adequada para exprimir, com fidelidade, as realidades jurídico-científicas subjacentes.

A “perturbação das prestações” constitui fórmula doutrinária conhecida pelos obrigacionistas e que remonta à clássica monografia de STOLL<sup>(63)</sup> (64). Posteriormente, foi adoptada pela litera-

<sup>(62)</sup> Cf. DANIELA MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002* cit., 209/I.

<sup>(63)</sup> HEINRICH STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen* (1936).

<sup>(64)</sup> HEINRICH STOLL (1891-1937) foi professor em Tübingen; em conjunto com MAX RÜMELIN (1861-1931) e com PHILIPP HECK (1858-1943), integrou a escola de Tübingen da jurisprudência dos interesses tendo, tal como este, maculado desnecessariamente os seus escritos com afirmações de circunstância de tipo nacional-socialista: sem deslusto para o nível científico da sua obra.

HEINRICH STOLL ficou conhecido, entre outros aspectos, pela crítica que dirigiu à doutrina da violação positiva do contrato, lançada anos antes por HERMANN STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 26. DJT (1902), 31-56, com 2.ª ed. completada por EBERHARD MÜLLER (1913): temos em mente, de H. STOLL, o artigo *Abschiede von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, AcP 136 (1932), 257-320. Quanto ao seu livro *Die Lehre von den Leistungsstörungen*: trata-se de um escrito destinado a amparar uma reforma do Direito civil que, na época, se pensou levar a cabo, na Alemanha; compreende, assim, um articulado – *Leistungsstörungen* cit., 58 ss.. Este articulado dava relevo a uma relação de confiança, de base legal, numa ideia que teria largo futuro.

Entre nós, as primeiras referências a STOLL devem-se a VAZ SERRA; cf., p. ex., *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, BMJ 47 (1955), 5-97 (68, nota 127).

tura da especialidade como espaço cómodo para abranger diversas eventualidades que impliquem a falta (no todo ou em parte) de cumprimento. No período anterior à reforma, poderíamos apontar para *Leistungsstörungen*:

- um sentido estrito, que abrange a impossibilidade, a mora e a violação positiva do contrato <sup>(65)</sup>;
- um sentido amplo, que inclui, além dos três institutos mencionados, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias e os contratos com efeito protector de terceiros <sup>(66)</sup>.

II. A reforma de 2001/2002 adoptou uma concepção ampla de perturbação das prestações. Fê-lo, porém, sem sequer designar a figura: antes consignando ou alterando as respectivas manifestações. Apenas doutrinariamente se mantém esta categoria <sup>(67)</sup>, a entender, de resto, de modo pragmático: envolvendo institutos dogmaticamente distintos. A expressão nem é conceitualmente rigorosa, uma vez que abrange, por exemplo, a violação de meros deveres de protecção e de outros deveres acessórios; melhor ficaria “perturbação da relação obrigacional”. Trata-se, porém, de locução tradicional consagrada.

III. Em termos práticos, a reforma do Direito da perturbação das prestações envolveu modificações <sup>(68)</sup>:

- na impossibilidade;
- na resolução;
- na codificação de institutos “não escritos”: a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias (“base do negócio”), a violação positiva do contrato e o contrato com protecção de terceiros;
- no âmbito de aplicação do seu regime.

<sup>(65)</sup> Assim, FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9.ª ed. cit., 213-215.

<sup>(66)</sup> Cf. VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. (2003), 3. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I – Allgemeiner Teil*, 14.ª ed. (1987), 275 ss., previa uma categoria alargada de “violações de deveres” e “impedimentos da prestação” (*Leistungshindernisse*); cf. DIRK OLZEN/ROLF WANK, *Die Schuldrechtsreform* cit., 7 ss..

<sup>(67)</sup> DIETER MEDICUS, *Leistungsrecht*, em HAAS e outros, *Das neue Schuldrecht* cit., 79-132 (83).

<sup>(68)</sup> Cf. HUBER, em HUBER/FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung* cit., 7-8.

Ficam envolvidos, do novo BGB:

- os §§ 275 e seguintes, relativos a diversas situações de incumprimento (incluindo a impossibilidade e a violação positiva do contrato);
- os §§ 320 a 326, enquanto portadores de diversas especialidades para os contratos bilaterais;
- os §§ 346 a 354, referentes à resolução;
- o § 241/2, quanto a deveres acessórios;
- o § 311/2, reportado à *culpa in contrahendo*;
- o § 311/3, sobre a protecção de terceiros;
- o § 313, consagrando, na lei, a alteração das circunstâncias;
- o § 314, regulando a denúncia.

Trata-se de modificações muito significativas, só por si <sup>(69)</sup>. Mas além disso, elas assumem repercussões em toda a lógica da aplicação do sistema.

IV. Temos, aqui, o cerne da modernização do Direito das obrigações. Ao contrário do que sucede no domínio de uma comum (ainda que importante) reforma no Direito do trabalho, no Direito fiscal, no Direito comercial, ou mesmo nas áreas da prescrição, da transposição de directrizes ou de certos contratos, não se trata, aqui, de adoptar novos e supostos melhores regimes. O reformador não pretendeu (directamente) modificar soluções: antes operou uma codificação de doutrinas e soluções já conhecidas. Pretendeu-se um “direito mais facilmente e seguramente manuseável” <sup>(70)</sup>. As conexões tornam-se mais claras e seguras <sup>(71)</sup>.

A reforma assume-se, deste modo e essencialmente, científica. A lei consigna institutos de base prudencial, assentes nas universidades e nos tribunais, sem outra legitimidade que não a da Ciência do Direito. A fecundidade do pensamento continental, sis-

<sup>(69)</sup> MARTIN SCHWAB, *Das neue Schuldrecht im Überblick*, JuS 2002, 1-8 (2/II).

<sup>(70)</sup> BARBARA DAUNER-LIEB, em *Das Leistungsstörungenrecht im Überblick* em BARBARA DAUNER-LIEB e outros, *Das neue Schuldrecht* cit., 67.

<sup>(71)</sup> Cf. a *Begründung der Bundesregierung* [Justificação do Governo Federal] publicada em CLAUS-WILHELM CANARIS, *Schuldrechtsreform 2002* (2002), 569-934 (579).

temático e codificador, em plena maré anglo-saxónica, é reafirmada.

A reforma do Direito da perturbação das prestações justifica que, de *modernização*, se possa falar.

## 15. Base analítica: a violação do dever

I. A modernização do Direito das obrigações assumiu uma feição analítica: usa conceitos precisos, de base racional, em detrimento de fórmulas dotadas de cargas histórico-culturais <sup>(72)</sup>. No campo do Direito da perturbação das prestações — noção compreensiva — esse aspecto denota-se pelo recurso nuclear à ideia de “violação de um dever” <sup>(73)</sup>: categoria central no novo Direito <sup>(74)</sup>.

O § 241 do BGB, versão velha, que abre o livro II dedicado ao Direito das obrigações, dispunha <sup>(75)</sup>:

Por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir uma prestação ao devedor. A prestação pode também consistir numa omissão.

Este preceito não foi alterado. Mas passou a n.º 1, sendo aditado o seguinte <sup>(76)</sup>:

(2) A relação obrigacional pode obrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra.

A noção de obrigação é compreensiva; o seu conteúdo é agora reconduzido a deveres, a determinar caso a caso, de base analítica. O todo é capeado pela epígrafe do § 241, acrescentado pela reforma <sup>(77)</sup>: “deveres provenientes da relação obrigacional”.

---

<sup>(72)</sup> O conceito analítico é racional e preciso – p. ex., o dever ou o poder – enquanto o compreensivo surge histórico-cultural e, nessa medida, com um alcance flutuante e valorações que transcendem a sua expressão linguística – p. ex., a obrigação ou o direito subjectivo. Cf. o nosso *Tratado de Direito civil*, I, 1.º tomo, 2.ª ed. (2000), 144 ss..

<sup>(73)</sup> WALTER ROLLAND, *Einführung*, em HAAS e outros, *Das neue Schuldrecht* cit., 4.

<sup>(74)</sup> PALANDT/HEINRICH, 62.ª ed. cit., 358.

<sup>(75)</sup> Na tradução de preceitos alemães procurámos a equivalência científica, em detrimento de fórmulas literais ou da própria elegância da frase.

<sup>(76)</sup> Cf. PALANDT/HEINRICH, 62.ª ed. cit., 242-243.

<sup>(77)</sup> Como dissemos, trata-se de epígrafes agora oficializadas.

II. As diversas hipóteses de “perturbação das prestações” são, deste modo, reconduzidas a “violações de deveres” (78). Há muito se ensinava nesta base: fica agora claro; veremos com que significado.

O § 280, que na versão velha se reportava à impossibilidade, prende-se, agora, com a violação de deveres:

(1) Quando o devedor viole um dever proveniente de uma relação jurídica, pode o credor exigir a indemnização do dano daí resultante. Esta regra não se aplica quando a violação do dever não seja imputável ao devedor.

A imputabilidade pode ser dolosa ou negligente — § 276 da lei velha, equivalente, com alterações, ao § 276 (1) da lei nova.

III. Todo o sistema da “perturbação das prestações” fica unificado em torno desta regra nuclear (79). Uma nova gramática (80): sem dúvida (81). Mas um reafirmar da capacidade centralizadora e ordenadora da Ciência do Direito.

## 16. Base significativo-ideológica e ética: a culpa

I. Perante o influxo racionalista da reforma, poder-se-ia perguntar se, dando corpo às exigências da globalização, a entender como hegemonia anglo-saxónica, não estaremos perante uma demonstração de neo-liberalismo (82). A resposta é negativa. O BGB foi reformado em função de pontos de vista comunitários de tutela do consumidor (83). Trata-se de uma preocupação que reaparece frequentemente, surgindo em institutos específicos a tanto destinados e nos mais diversos deveres de informação (84). A essa

(78) Em especial, PETER VON WILMOWSKY, *Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts*, JuS BH 1/2002, 3 ss..

(79) DANIELA MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002* cit., 210/I.

(80) BARBARA DAUNER-LIEB, *Das Leistungsstörungenrecht im Überblick* cit., 67-68.

(81) Com elementos para a discussão do tema: MICHAEL SCHULZ, *Leistungsstörungenrecht*, em WESTERMANN, *Das Schuldrecht 2002* cit., 17-104 (20 ss.).

(82) Recordamos a interrogativa de MATHIAS SIEMS, *Der Neoliberalismus als Modell für die Gesetzgebung?*, ZRP 2002, 170-174.

(83) GERHARD RING, *Der Verbraucherschutz*, em DAUNER-LIEB/HEIDEL/LEPA/RING, *Das neue Schuldrecht* cit., 346-347 e *passim*.

(84) Cf. ANDRÉ POHLMANN, *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten* cit., p. ex., 200, apreciando positivamente a reforma de 2002.

luz, a reforma é limitadora da livre iniciativa. De resto, aquando da sua preparação, ela foi criticada pelas confederações empresariais, acabando por ser aprovada por uma maioria SPD/Verdes.

II. Essa preocupação protectora foi dobrada, em termos de directa relevância ética, pelo reforço do princípio da culpa<sup>(85)</sup>. A exigência desta, como categoria distinta da ilicitude, era requisito especialmente enfatizado por CANARIS<sup>(86)</sup>, como base de imputação delitual e defesa da liberdade de actuação. Encontramos, agora, reflexos desse pensamento na reforma.

III. Toda esta matéria deve ser entendida em termos integrados. Justamente na reforma de 2001/2002, transparecem as diversas virtudes de qualquer codificação. Os institutos são aplicados à luz da Ciência do Direito que manuseia o código que os contém. O conhecimento e a apreciação da reforma do BGB passa pela valorização dos vectores profundos que, ao cinzelamento dogmático agora operado, dão uma base de realização.

## 17. A nova concepção de impossibilidade

I. O Direito alemão anterior a 2002 — aliás à semelhança do Direito português vigente — fruto de uma evolução histórica conturbada e na sequência da falta de uma doutrina geral das perturbações das prestações, consagrava um esquema fragmentário da impossibilidade.

No essencial, tínhamos:

- o contrato dirigido a uma prestação impossível era nulo — § 306 da lei velha<sup>(87)</sup>;
- a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor era liberatória — § 275/I da lei velha<sup>(88)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 3.

<sup>(86)</sup> LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2, *Besonderer Teil*, 13.ª ed. (1994), 351.

<sup>(87)</sup> Correspondente ao artigo 280.º/1 do Código Civil, na parte em que refere a impossibilidade.

<sup>(88)</sup> Correspondente ao artigo 790.º/1 do Código Civil.

A reconstrução doutrinária desta matéria foi-se operando ao longo do século XX. Sintetizando <sup>(89)</sup>, podemos observar, em termos que são, de resto, aplicáveis ao Direito português vigente:

- quanto à impossibilidade inicial: ela apenas poderá impedir a prestação principal efectivamente atingida; ora a obrigação (e o contrato que a origine) não se limita, apenas, a ela; logo, não há que invalidar o contrato que preveja uma obrigação de prestação impossível: apenas esta ficará bloqueada;
- quanto à impossibilidade superveniente: a distinção entre o ser ela “imputável” ou “não-imputável” ao devedor só releva para efeito de consequências; o facto de ser “imputável” ao devedor nunca poderia ter a virtualidade de viabilizar a prestação: apenas conduziria a um dever de indemnizar <sup>(90)</sup>;
- quanto à contraposição, também tradicional, entre a impossibilidade objectiva e a subjectiva: teria mera projecção a nível de consequências, já que, numa hipótese como na outra, a prestação não poderia ser levada a cabo pelo devedor.

II. A matéria carecia de profunda reforma — e isso feita, naturalmente, a opção de fazer corresponder a lei civil fundamental às exigências da Ciência do Direito.

Num primeiro momento, a comissão de reforma ponderou a hipótese de suprimir a impossibilidade como conceito central do Direito da perturbação das prestações <sup>(91)</sup>: uma ideia que se man-

---

<sup>(89)</sup> Esta matéria, examinada *ex professo*, reveste-se de alguma dificuldade; para uma primeira aproximação, SCHWAB, *Das neue Schuldrecht im Überblick*, em SCHWAB/WITT, *Einführung* cit., 1-21 (4-5), DANIELA MATTHEUS, *Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts*, *idem*, 67-122 (68 ss.) ou EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed., 17 e 18. Com mais desenvolvimento: BARBARA DAUNER-LIEB, *Das Leistungsstörungenrecht im Überblick*, em DAUNER-LIEB/HEIDEL/LEPA/RING, *Das neue Schuldrecht* cit., 64-120 (101 ss.), MICHAEL SCHULZ, *Leistungsstörungenrecht*, em WESTERMANN, *Das Schuldrecht 2002* cit., 17-104 (20 ss.), EHMANN/SUTSCHET, *Modernisiertes Schuldrecht* cit., 15 ss. e FLORIAN FAUST, *Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275*, em HUBER/FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung* cit., 21-62 (23 ss.).

<sup>(90)</sup> Temos vindo a chamar a atenção para este aspecto desde a primeira versão do nosso *Direito das obrigações*; na reimp. de 1988, cf. o 2.º vol., 171 ss..

<sup>(91)</sup> CANARIS, *Einführung a Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., IX-LIII (XI); cf. EHMANN/SUTSCHET, *Modernisiertes Schuldrecht* cit., 15 e DANIELA MATTHEUS, *Die Neuordnung des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts* cit., 77, onde podem ser confrontadas indicações sobre os “críticos” da inicial proposta da comissão.



teve, ainda, no projecto inicial do Governo <sup>(92)</sup>, mas que não singrou. A impossibilidade manteve-se; passou, todavia, a ser tomada pelas suas consequências. Assim, dispõe o § 275 (Exclusão do dever de prestar) do BGB, lei nova:

A pretensão à prestação é excluída sempre que esta seja impossível para o devedor ou para todos.

III. Na sua simplicidade, esta fórmula vem tratar, unitariamente <sup>(93)</sup>:

- das impossibilidades objectiva e subjectiva;
- das impossibilidades de facto e de Direito;
- das impossibilidades inicial e superveniente.

Em qualquer caso não cabe a pretensão à prestação — como, de resto, é lógico. Naturalmente: o credor tem — ou poderá ter —

---

<sup>(92)</sup> *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* (2002), 3-347 (10-11); cf., aí, a esclarecedora justificação de motivos, a pp. 153 ss. (155), onde se lê: “A impossibilidade deve perder a sua posição central no Direito da perturbação das prestações. Como conceito superior que abranja todo o tipo de perturbação de prestações, deve ser introduzido o conceito de ‘violação de dever’”. E continua a referida justificação de motivos: “Porém, é também necessário, no futuro, um limite para o dever de prestar primário do devedor. Esse limite será (...) regulado no § 275. (...) Esta [a relação obrigacional] deverá determinar os esforços que o devedor deve assumir para a concretização da prestação”. Quanto ao proposto (e depois abandonado) § 275, epígrafado “limites do dever de prestar”, eis a sua redacção:

Quando o débito não consista numa dívida pecuniária, pode o devedor recusar a prestação, quando e enquanto ele não possa efectivá-la com aqueles esforços aos quais, pelo conteúdo e pela natureza da obrigação, ele esteja adstrito.

Esta proposta, efectivamente forte e muito estimulante para as doutrinas jurídicas continentais, foi abandonada na versão consolidada do projecto, mercê das críticas dirigidas; cf. a *Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 349-419 (357).

<sup>(93)</sup> CLAUDIUS WILHELM-CANARIS, *Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, 499-524 (500), SCHWAB/WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht* cit., 78. Cf. PALANDT/HEINRICH, 62.ª ed. cit., 341 e EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 17, 18 e 33 ss.. Trata-se de uma opção claramente documentada na justificação de motivos do projecto do Governo, mais precisamente na *Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, a consultar comodamente em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 569-934 (658-659).

determinados direitos: o próprio § 275/4 remete, a tal propósito, para os §§ 280, 283 a 285, 311a e 326 <sup>(94)</sup>. No essencial <sup>(95)</sup>:

§ 280 (Indemnização por violação de um dever)

(1) Quando o devedor viole um dever resultante de uma relação obrigacional, pode o credor exigir a indemnização do dano daí resultante. Tal não opera quando a violação do dever não seja imputável ao devedor.

(...)

§ 283 (Indemnização em vez da prestação no caso de exclusão do dever de prestar)

Quando, por força do § 275/1 a 3, o devedor não tenha de prestar, pode o credor exigir uma indemnização em vez da prestação, desde que operem os pressupostos do § 280/1.

(...)

O § 284 permite a indemnização por dispêndios vãos, enquanto o § 285 dá corpo, no quadro do § 275/1, ao *commodum representationis* <sup>(96)</sup>. O § 311a merece tradução em língua portuguesa (todos estes §§ da lei nova) <sup>(97)</sup>:

§ 311a (Impedimento da prestação aquando da conclusão do contrato)

(1) Não impede a eficácia de um contrato o facto de o devedor não ter de prestar por força do § 275/1 a 3 e de o impedimento da prestação já existir aquando da conclusão do contrato,

(2) O credor pode exigir, segundo escolha sua, indemnização em vez de prestação ou a indemnização dos seus dispêndios, no âmbito prescrito no § 284. Tal não se aplica quando o devedor não conhecesse o impedimento da prestação aquando da conclusão.

IV. Em bom rigor, podemos considerar que as soluções possibilitadas pela lei nova já advinham da lei velha, desde que interpretada, em termos criativos, com o auxílio de uma jurisprudência e de uma doutrina centenárias. Todavia, a dogmática agora viabilizada é mais perfeita: conquanto que dominada, ao gosto alemão, por uma teia de remissões.

<sup>(94)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 63 ss..

<sup>(95)</sup> Na hipótese de a impossibilidade ser imputável a ambos os intervenientes, cf. URS PETER GRUBER, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die beiderseits zu vertrende Unmöglichkeit*, JuS 2002, 1066-1071.

<sup>(96)</sup> Veja-se o artigo 794.º do Código Civil.

<sup>(97)</sup> Cf. PALANDT/HEINRICH, 62.<sup>a</sup> ed. cit., 481.

De sublinhar que a impossibilidade prevista no § 275/1, lei nova, ou impossibilidade efectiva, opera *ipso iure*. Verificados os seus pressupostos, o devedor omite, legitimamente, a sua prestação. Algumas consequências, documentadas pela lei nova <sup>(98)</sup>:

- § 326/1: o devedor impossibilitado perde o direito à contraprestação, operando determinadas regras na hipótese de impossibilidade parcial, com remissão para a compra e venda; este efeito actua *ipso iure*;
- § 326/5: o credor pode rescindir o contrato: é uma hipótese sua.

O devedor conservará o direito à contraprestação quando a impossibilidade seja causada pelo credor — § 326/2, lei nova.

## 18. O alargamento da impossibilidade

I. Tem o maior interesse dogmático e comparatístico assinalar que a reforma de 2001/2002 procedeu ao alargamento da ideia de impossibilidade. Os textos básicos resultam do § 275/2 e 3:

(2) O devedor pode recusar a prestação sempre que esta requeira um esforço que esteja em grave desproporção perante o interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da regra da boa fé. Na determinação dos esforços imputáveis ao devedor é também de ter em conta se o impedimento da prestação deve ser imputado a este último.

(3) O devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizar pessoalmente a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação não possa ser exigível.

II. O § 275/2 consigna a chamada impossibilidade prática ou fáctica <sup>(99)</sup>. De notar que, desta feita, compete ao devedor decidir se lança mão dela: será uma excepção, em sentido técnico <sup>(100)</sup>.

<sup>(98)</sup> EHMANN/SUTSCHET, *Modernisiertes Schuldrecht* cit., 16 ss..

<sup>(99)</sup> Cf. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 37. Na *Begründung der Bundesregierung* cit., cf. 661.

<sup>(100)</sup> Vide o *Diskussionsentwurf*, em CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., 156 e CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, 499-524 (501).

Configura-se, aqui, uma situação na qual a prestação prevista ainda seria, em rigor, possível; todavia, nenhum credor razoável esperaria que ela tivesse lugar <sup>(101)</sup>. O exemplo dado pela justificação governamental de motivos <sup>(102)</sup>, retirado de HECK <sup>(103)</sup> é o do anel que ao devedor caberia entregar, mas que caiu no fundo arenoso de um lago. Seria possível drenar o lago e pesquisar adequadamente na areia, numa operação de milhões. Haveria, todavia e perante a boa fé, um grave desequilíbrio perante o interesse do credor.

Trata-se de uma cláusula geral, carecida de preenchimento.

III. A fórmula do § 275/2 pretendeu operar uma clivagem entre uma impossibilidade fáctica e a “mera” impossibilidade económica <sup>(104)</sup>, conhecida como limite do sacrifício e que apenas poderia ser integrada no instituto da alteração das circunstâncias, agora codificado no § 313 BGB. A pedra de toque estaria em que, na impossibilidade de facto do § 275/2, não estariam em causa as possibilidades do devedor, ao contrário do que sucederia no § 313: a impossibilidade determinar-se-ia mercê de um crasso desequilíbrio, inadmissível perante a boa fé <sup>(105)</sup>. As dificuldades de interpretação são patentes <sup>(106)</sup>: a casuística será decisiva.

IV. Pela nossa parte, o alargamento da impossibilidade à “impossibilidade de facto”, operada pelo BGB/2002, visa a depuração da alteração das circunstâncias. A impossibilidade deve ser tomada em sentido sócio-cultural: não físico ou naturalístico. Daí que, impossível, seja o que, como tal e na concreta relação existente com o credor, se apresente. O devedor comum não estará obrigado a drenar um lago para recuperar o anel; a empresa de drenagem contratada para o efeito está-lo-á, como é evidente.

<sup>(101)</sup> SCHWAB/WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht* cit., 94.

<sup>(102)</sup> *Begründung* cit., 661; cf. DANIEL ZIMMERER, *Das neue Recht der Leistungsstörungen*, NJW 2002, 1-12 (3/II).

<sup>(103)</sup> Completando a referência oficial e mais precisamente: PHILIPP HECK, *Grundriss des Schuldrechts* (1929, 2.ª reimpr., 1974), § 28, 8 (69).

<sup>(104)</sup> CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen* cit., 501/I.

<sup>(105)</sup> SCHWAB/WITT, *Einführung* cit., 94 e 95.

<sup>(106)</sup> Cf. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 39 ss..

V. O segundo alargamento — o do § 275/3, acima traduzido — tem a ver com a inexigibilidade de obrigações altamente pessoais <sup>(107)</sup> ou impossibilidade pessoal <sup>(108)</sup>. O exemplo governamental <sup>(109)</sup>, também retirado de HECK <sup>(110)</sup>, é o da cantora que recusa actuar no espectáculo para estar à cabeceira do filho, gravemente doente. A lei nova teve, no fundamental, em vista prestações laborais ou prestações de serviço, enquadrando situações que vinham sendo referenciadas como “impossibilidades morais” <sup>(111)</sup> e integrando questões como a da obrigação de consciência. Mas foi mais longe: refere, em moldes amplos, a inexigibilidade.

VI. Esta matéria era tratada, entre nós, a nível de responsabilidade civil, e como causa de desculpabilidade. A sua inserção sistemática no próprio plano da (im)possibilidade da prestação permite, todavia, soluções mais simples e imediatas, particularmente no que toca à tutela do credor. Este poderá, desde logo, beneficiar dos direitos que a lei lhe confere, sem ter de aguardar por uma sempre insegura acção de responsabilidade civil. Idêntica vantagem atinge, de resto, o próprio devedor em causa.

O preenchimento da inexigibilidade — que integra o cerne da impossibilidade pessoal — terá de ser feito na base dos casuísmos próprios da concretização de conceitos indeterminados.

## 19. A culpa in contrahendo

I. A codificação de institutos fundamentais, antes assentes apenas na boa fé, como a culpa in contrahendo, a violação positiva do contrato e a alteração das circunstâncias, constitui um dos aspectos mais curiosos da reforma do BGB de 2001/2002: pelo

---

<sup>(107)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 43 ss..

<sup>(108)</sup> LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* cit., 155 ss..

<sup>(109)</sup> *Begründung der Bundesregierung* cit., 662.

<sup>(110)</sup> *Grundriss* cit., 89.

<sup>(111)</sup> EMMERICH cit., 43; curiosamente, a “impossibilidade moral” já havia sido introduzida, em vernáculo jurídico, por PAULO CUNHA, ainda que com um alcance mais preciso; cf. o nosso *A “impossibilidade moral”: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações*, TJ 18 e 19 (1986) = *Estudos de Direito civil*, 1.º (1991), 98-114.

menos, para juristas portugueses, há muito habituados à sua própria codificação.

Principiando pela *culpa in contrahendo*, eis o texto do BGB/2002 <sup>(112)</sup>:

§ 311 (Relações obrigacionais negociais e semelhantes a negociais)

(1) Para a constituição de uma relação obrigacional através de negócio jurídico, assim como para a modificação do conteúdo de uma relação obrigacional, é necessário um contrato entre as partes, salvo diversa prescrição da lei.

(2) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 241/2 surge também através de:

1. A assunção de negociações contratuais;
2. A preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, conceda à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou dá azo a contactos semelhantes a negociais.

(3) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 241/2 pode também surgir para pessoas que não devam, elas próprias, ser partes num contrato. Uma tal relação obrigacional surge, em especial, quando o terceiro tenha assumido um determinado grau de confiança e com isso tenha influenciado consideravelmente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato.

II. Como se vê, a codificação não foi ao ponto de desfibrar os diversos deveres susceptíveis <sup>(113)</sup>. Mantêm-se, pois, as tipologias de deveres já isoladas perante a lei velha <sup>(114)</sup> e que podem ser enquadradas em cinco grandes grupos:

- violação de deveres de protecção perante a outra parte durante as negociações contratuais;
- violação de deveres de informação;
- impedimento à eficácia do contrato;
- interrupção infundada das negociações;
- responsabilidade do representante.

De todo o modo, a codificação dá uma base mais clara ao instituto.

<sup>(112)</sup> Cf. PALANDT/HEINRICH, 62.ª ed. cit., 473 ss..

<sup>(113)</sup> Trata-se de um ponto assumido logo na primeira justificação do Ministério da Justiça; cf. o *Diskussionsentwurf* cit., 176.

<sup>(114)</sup> Cf. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 93 ss..

III. O § 311 da lei nova tem ainda o mérito de, definitivamente, situar, na responsabilidade obrigacional, as consequências da *culpa in contrahendo*: à violação dos deveres envolvidos aplica-se o § 280, já aqui referenciado <sup>(115)</sup>.

Parece ainda claro que nenhuma razão existe para limitar a correspondente indemnização ao interesse negativo: tudo depende do sentido e do conteúdo dos deveres que, *in concreto*, se mostrem violados <sup>(116)</sup>.

Ficam votos para que esta firme orientação do Direito alemão contribua para reforçar, entre nós, a ideia da responsabilidade pré-contratual como obrigacional (e não aquiliana) e para esconjurar as limitações apriorísticas ao interesse negativo, drenadas de certas orientações conceitualistas alemãs pré-reforma, mas sem base na nossa lei.

IV. Finalmente, tem muito interesse a consagração legal de responsabilidade de terceiros por *culpa in contrahendo*, tal como resulta do § 311/3. Há muito defendida pela doutrina e sufragada pela jurisprudência, a consagração apontada torna mais fácil e líquido o instituto. Paralelamente, mantêm-se úteis as vias de concretização apuradas pelo Direito anterior à reforma.

## 20. A violação positiva do contrato

I. A violação positiva do contrato constituía um *tertium genus* no universo do incumprimento em sentido lato, ao lado da impossibilidade imputável ao devedor e da pura e simples omissão da prestação devida. Agrupava:

- violação de deveres acessórios;
- má execução da prestação principal;
- declaração eficaz de não pretender cumprir.

A doutrina fora obrigada a construir a categoria da violação positiva do contrato, perante o silêncio da lei <sup>(117)</sup>. Apesar de uma

---

<sup>(115)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 137 ss..

<sup>(116)</sup> *Idem*, 137.

<sup>(117)</sup> Cf. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 20-21.

jurisprudência muito rica que, ao longo do século XX, foi preenchendo os diversos meandros em aberto, as dúvidas eram inevitáveis.

II. A reforma do BGB de 2001/2002 cobriu o problema da violação positiva do contrato, ainda que sem o nomear <sup>(118)</sup>. Assim:

- o § 280/1 comete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional (qualquer que ele seja) o dever de indemnizar;
- o § 324 permite, perante a violação de um dever proveniente de relação obrigacional (e seja, ele, também, qualquer um), a resolução do contrato pelo credor.

Outros preceitos têm aplicação, assim se consignando o sistema da violação positiva do contrato.

III. A técnica analítica adoptada pelo reformador de 2001/2002 permitiu encontrar uma solução ágil e natural para o problema. Tem ainda interesse referenciar que a remissão para a violação de um dever, “no sentido do § 241/2 da lei nova” permite dar corpo à tese da doutrina unitária dos deveres de protecção (e outros), propugnada por CANARIS desde a década de 60 do século XX: as consequências legais serão, ainda, as mesmas, operando-se qualquer necessária diferenciação no momento da realização do Direito.

## 21. A alteração das circunstâncias

I. A reforma do BGB de 2001/2002, dando corpo a uma proposta que vinha já da comissão de 1991 <sup>(119)</sup>, codificou, também, a alteração das circunstâncias <sup>(120)</sup>. Assim:

§ 313 (Perturbação da base do negócio)

(1) Quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíram a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com

<sup>(118)</sup> Vide a génese do instituto no nosso *Da boa fé no Direito civil* (2.ª reimpr., 2001), 586 ss..

<sup>(119)</sup> Cf. o texto da *Diskussionsentwurf* cit., 14 (o então § 307) e a justificação, *idem*, 182 ss.. Na *Begründung der Bundesregierung* cit., 741 ss..

<sup>(120)</sup> PALANDT/HEINRICH, 62.ª ed. cit., 505 ss..



outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato.

(2) Também se verifica alteração das circunstâncias quando representações essenciais que tenham sido base do contrato se revelem falsas.

(3) Quando uma modificação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. Nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução, tem lugar o direito de denúncia.

II. De acordo com a própria justificação do Governo, retomada pela doutrina subsequente, o novo § 313 do BGB visou consignar na lei os princípios já consagrados pela jurisprudência: não, propriamente, alterá-los <sup>(121)</sup>. Curiosamente, a lei nova veio distinguir — e, logo, admitir — as figuras:

- da alteração subsequente de circunstâncias — § 313, I;
- da carência inicial de circunstâncias basilares — § 313, II;

Nesta última hipótese estamos muito próximos da figura do erro sobre a “base do negócio”, sendo difícil uma fronteira <sup>(122)</sup>.

III. Os pressupostos do instituto da alteração subsequente de circunstâncias, tal como resultam do § 313, I, da lei nova, são os seguintes <sup>(123)</sup>:

1. Determinadas circunstâncias devem modificar-se ponderosamente, após a conclusão do contrato;
2. Tais circunstâncias não pertencem ao conteúdo do contrato, constituindo, porém, a sua base;
3. As partes não previram as alterações;
4. Caso as tivessem previsto, elas não teriam fechado o contrato ou tê-lo-iam feito com outra base;
5. Em consequência das alterações, e tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto e, em especial, a repartição, legal ou contratual do risco, seria inexigível, perante uma das partes, a manutenção inalterada do contrato.

---

<sup>(121)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 402-403, HUBER/FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung* cit., 232 e PALANDT/HEINRICH, 62.<sup>a</sup> ed. cit., § 313, Nr. 1.

<sup>(122)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 411-412.

<sup>(123)</sup> Seguem-se as ordenações de EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 410.

A doutrina tem entendido que esta articulação de pressupostos corresponde a uma combinação das “bases” objectiva e subjectiva do negócio <sup>(124)</sup>. As ordenações tradicionais de casos de alterações de circunstâncias mantêm-se operacionais <sup>(125)</sup>.

IV. Também a delimitação já consagrada da alteração de circunstâncias é considerada vigente, à luz da lei nova. Assim, predomina a autonomia privada, no sentido da prevalência do que, pelas partes, tenha sido clausulado, para a eventualidade da alteração. Aqui entronca qualquer específico regime de risco <sup>(126)</sup>.

A existência de regras especiais afasta, também, a alteração das circunstâncias <sup>(127)</sup>.

A aplicação das regras sobre a impossibilidade ou, até, de outras normas relativas a perturbações da prestação delimitam, também, a alteração das circunstâncias, de acordo com a prática consagrada dos tribunais <sup>(128)</sup>.

V. A nível da eficácia da figura, deve sublinhar-se a possibilidade de adaptação do contrato, a qual vinha já sendo trabalhada pela jurisprudência. O cerne da modificação do contrato é constituído pela exigibilidade, às partes, da alteração encarada, tendo em conta o regime do risco. Particularmente relevante é a reconstituição do que as partes teriam querido se houvessem previsto a alteração <sup>(129)</sup>, sempre dentro dos limites da boa fé <sup>(130)</sup>.

---

<sup>(124)</sup> LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* cit., 199-200.

<sup>(125)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 412; temos, de acordo com a enumeração de EMMERICH, ob. cit., 422 ss. e 430 ss., respectivamente: para o erro sobre a base do negócio, casos de erro comum de cálculo, de erro comum de direito e de falsa representação das partes sobre a evolução subsequente; para as modificações subsequentes de circunstâncias, a dificuldade extraordinária da prestação, as perturbações na equivalência, a frustração do escopo, as catástrofes (aqui, em várias prevenções, já que, em rigor, atingiriam por igual todas as partes) e as modificações da legislação ou da jurisprudência.

<sup>(126)</sup> Ressalvando-se, naturalmente, a hipótese de a alteração ter sido de tal monta que ultrapasse quanto as partes tivessem tido em vista, no tocante ao risco.

<sup>(127)</sup> Cf. LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* cit., 207-208 e EHMANN/SUTSCHET, *Modernisiertes Schuldrecht* cit., 184 ss..

<sup>(128)</sup> BGH 6-Jul.-1961, BGHZ 35 (1962), 272-287 (285).

<sup>(129)</sup> BGH 12-Dez.-1963, BGHZ 40 (1964), 334-338 (337-338).

<sup>(130)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.ª ed. cit., 454.

A lei nova veio manter, no essencial, estas bitolas de adaptação <sup>(131)</sup>. De todo o modo, a adaptação deve ser pedida pela parte interessada, não — como se poderia entender antes — sendo decretável por iniciativa do Tribunal <sup>(132)</sup>.

---

<sup>(131)</sup> LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* cit., 309 ss..

<sup>(132)</sup> EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 455.