

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

III — A integração da defesa do consumidor

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

IV — Modernidade e codificação

22. O alargamento do Direito civil

I. A reforma do BGB de 2001/2002, cujo estudo liminar vamos concluir ⁽¹⁾, teve origem próxima na necessidade de integrar novas matérias, no Código Civil. Mais particularmente: a Directriz 1999/44/CE, de 25 de Maio ⁽²⁾ e, ainda, diversas outras directrizes comunitárias e leis extravagantes ⁽³⁾. Se bem atentarmos: o problema subjacente era mais vasto: prendia-se com o alargamento material do próprio Direito civil, num fenómeno aqui ilustrado com a experiência alemã, mas que pode, sem dificuldade, ser seguido nos diversos ordenamentos de tipo continental.

⁽¹⁾ O presente escrito, conquanto que formal e cientificamente autónomo, surge na sequência dos estudos publicados nesta revista, 2002, 91-110 e 319-345; foi tida em conta bibliografia surgida até Abril de 2003, nalguns casos.

⁽²⁾ Trata-se da Directriz relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e de garantias a ela relativas e que, entre nós, foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

⁽³⁾ Recordemos HERTA DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung für die sogenannte Grosse Lösung bei der Schuldrechtsreform*, NJW 2001, 2281-2289 (2282 ss.).

II. O BGB respondeu à necessidade de unificação política do espaço alemão: uma resposta possibilitada pelo desenvolvimento da Ciência do Direito subjacente ⁽⁴⁾. Desde cedo, porém, a problemática civil e as respostas para ela encontradas levaram a desenvolvimentos nucleares *praeter codicem*. Assim e sucessivamente, nos períodos históricos que se seguiram à sua entrada em vigor: a cláusula *rebus sic stantibus*, a *culpa in contrahendo* e a violação positiva do contrato, ainda no período imperial ⁽⁵⁾; a alteração de circunstâncias e o papel da Constituição, na República de Weimar ⁽⁶⁾; os direitos de personalidade e a liberdade, no segundo pós-guerra ⁽⁷⁾. Os desafios postos pela sociedade pós-industrial requereram intervenções legislativas, com relevo para a lei das cláusulas contratuais gerais e para os diversos dispositivos de tutela dos consumidores, abaixo referidos.

Finalmente, a unificação europeia ditou novos acrescentos, frutos da transposição de direttrizes comunitárias.

III. A grande codificação civil perdeu a natureza universal. Passou a operar como estrela, orbitada por um número crescente de leis extravagantes e por institutos doutrinários cada vez mais distantes dos codificadores oitocentistas. A estrela empalidecia, à medida que todo esse complexo crescia, concitando o interesse da doutrina e o labor da jurisprudência.

A descodificação surgiu como palavra de ordem ambígua. Logo: perigosamente eficaz. Assistir-se-ia ao término do ideário codificador das luzes, fonte da síntese complexa que deu pratica-

⁽⁴⁾ Cf. FRANZ JÜRGEN SACKER, na introdução ao *Münchener Kommentar zum BGB*, 1.º vol., 4.ª ed. (2001), Nr. 6 (8). De entre a literatura do centenário: MATHIAS SCHMOECKEL, *100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe*, NJW 1996, 1697-1705 (1697-1698) e HANS SCHULTE-NÖLKE, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, NJW 1996, 1705-1710 (1705 ss.), com múltiplas indicações.

⁽⁵⁾ REINHARD DAMM, *Das BGB im Kaiserreich*, em UWE DIEDERICHSEN/WOLFGANG SELLERT (org.), *Das BGB im Wandel der Epochen / 10. Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"* (2002), 9-67 (37 ss., 49, 51 e 52).

⁽⁶⁾ WOLFGANG SELLERT, *Das BGB in der Weimarer Epoche*, *idem*, 73-103 (86 ss. e 97 ss.).

⁽⁷⁾ JÖRG NEUNER, *Das BGB unter dem Grundgesetz*, *idem*, 131-151 (137 ss. e 141 ss.). Sob o nacional-socialismo e para além das leis da família, o BGB não foi diretamente atingido; cf. RAINER SCHRÖDER, *Das BGB im Dritten Reich*, *idem*, 109-126 (126).

bilidade actual ao *ius romanum*? O Direito civil espriar-se-ia para além do Código do seu nome? E fazendo-o e sendo ainda civil: tratar-se-ia de *um* Direito?

23. A salvaguardar das tábuas da lei

I. A vigorosa resposta dada em 2001, pelo legislador civil alemão, traduziu-se na manutenção do Código Civil como *duodecim tabularum lex*: o repositório essencial do Direito civil vigente.

Desafio de monta: equivalia a codificar os desenvolvimentos jurisprudenciais de cem anos, alguns de grande preciosismo e cinzelamento e, ainda: a integrar leis extravagantes⁽⁸⁾ e a transpor regras comunitárias. A maior dificuldade residia na inércia do *statu quo*, na habituação dos juristas, na quebra das coutadas e na imensa resistência dos operadores pré-estabelecidos às reformas de tipo cultural.

II. A defesa do Código Civil implicou a sua modernização, com a recuperação do espírito codificador das origens. Os ganhos jurídico-científicos eram importantes. Havendo lei, podemos trabalhar a partir dos textos, em novos avanços problemáticos. A doutrina, mesmo consolidada, é sempre frágil, particularmente perante juristas de tipo latino — será o drama do Sul da Europa, incapaz de consolidar orientações consequentes, sem sede legal. Além disso, carece de permanente reafirmação, acabando por dificultar novos avanços. Mas também a mais-valia regulativa é de monta: a defesa do consumidor, repartida por diplomas dispersos, perde harmonia e abriga lacunas: nada que uma boa codificação não possa resolver. Tudo isto acabaria por prevalecer no breve mas intenso debate que precedeu a *Modernisierung* de 2001/2002⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Pouco animado quanto a este ponto: HEINRICH HONSELL, *Einige Bewerbungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, JZ 2001, 18-21 (21/II).

⁽⁹⁾ Cf. a bibliografia referida nas partes I e II do presente estudo e, em especial, a defesa conduzida por CANARIS.

III. As razões não assumidas são, por vezes, significativas. A modernização da lei civil alemã fez, dela, a mais europeia das codificações, permitindo a sua defesa nacionalista, num plano avançado. O aviso aos Direitos do Sul é claro. A recusa da modernidade torna os Direitos nacionais vulneráveis aos avanços de Bruxelas.

24. Da harmonização ao Código Europeu?

I. A influência do BGB, tradicionalmente intensa por via da sua superioridade técnica ⁽¹⁰⁾, ganha uma dimensão nova perante a modernização das obrigações e o seu sentido fortemente transpositor de directrizes europeias.

As hipóteses de uma codificação europeia dos contratos estão na ordem do dia, conquanto que com numerosas hipóteses ainda em aberto ⁽¹¹⁾. Os diversos juristas nacionais têm sido alertados para a delicadeza do problema e para a necessidade de participarem numa discussão de contornos muito amplos. Passar-se-ia, no âmbito de um programa para que se prevêem décadas, de uma harmonização de sectores sensíveis a um Código Europeu de contratos ou de obrigações.

II. Um Código civil amplo, actualizado e capaz de reflectir, numa linguagem dogmática nacional, as aspirações das sociedades pós-industriais europeias — com exemplo claro no BGB pós 2001/2002 — surgirá como um trunfo de monta na luta pela preservação das culturas jurídicas nacionais ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Cf. o apanhado de ANDREAS SPICKHOFF, *Das BGB in Europa*, em DIEDERISCHSEN/SELLERT, *Das BGB im Wandel der Epochen* (2002), 157-184 (167 ss.).

⁽¹¹⁾ STEFAN GRUNDMANN, *Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte / Die Perspektiven der Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht*, NJW 2002, 393-396. Cf., anteriormente, STEFAN GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht: Standard, Gestalt und Bezüge*, JuS 2001, 946-951 (949/II e 951/I).

⁽¹²⁾ Defendendo — e bem — a desnecessidade de um Código Civil europeu: DARIO MOURA VICENTE, *Um código civil para a Europa? Algumas reflexões*, em Estudos Galvão Telles, 1.º vol. (2002), 47-73.

Encontramos, aqui, uma razão suplementar para, no âmbito do estudo sobre a modernização das obrigações, analisar a integração, no BGB, de diversa legislação extravagante, bem como a transposição de directrizes comunitárias, operada pela reforma.

V — A integração de matéria civil extravagante

25. As cláusulas contratuais gerais

I. As cláusulas contratuais gerais haviam sido trabalhadas pela jurisprudência do pós-guerra. A partir do relatório governamental sobre a política dos consumidores, de 1971, iniciaram-se os trabalhos relativos às condições gerais dos contratos⁽¹³⁾. A lei, conhecida pela sigla AGBG (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*) seria finalmente aprovada, em 12-Nov.-1976. Durante o quarto de século da sua vigência, ela originou infindáveis estudos, e decisões judiciais, bem como comentários maciços⁽¹⁴⁾. Dezenas de acções inibitórias vieram afeiçoar as cláusulas vigentes⁽¹⁵⁾.

II. O AGBG fora adoptado como lei autónoma por duas razões: pelo respeito que se decidiu tributar à velha concepção liberal do BGB e pela ideia de que, no fundo, se trataria de mero diploma marginal, virado, para uma franja de contratos. O primeiro aspecto é reversível: o respeito pelo BGB justificaria que o mesmo fosse mantido em vida, sendo actualizado. O segundo foi refutado pelos factos: a grande maioria dos contratos passa, hoje, por cláusulas contratuais gerais, de tal modo que, em termos quantitativos, o próprio BGB acabaria por ser uma “lei-franja”. Optou-se, pois,

(13) Cf., sobre toda esta matéria, JÜRGEN BASEDOW, no *Münchener Kommentar*, 2.º vol. a, 4.ª ed. (2003), prenot. § 305, Nr. 10 ss. (1061 ss.).

(14) Algumas indicações podem ser confrontadas no nosso *Tratado de Direito civil*, I, tomo 1.º, 2.ª ed. (2000), 423 ss., nota 936.

(15) HORST-DIETHER HENSEN, *Zur Effizienz der Verbandsklage nach § 13 AGB-Gesetz*, FS Ulmer (2003), 1135-1151 (1135), reporta, de 1979 a 2001, 138 decisões publicadas, do BGH, relativas a acções inibitórias.

pela integração do AGBG no BGB (16). Consubstancia-se uma solução propugnada na altura (17), mas que não deixou de encontrar oposição (18); tratar-se-ia de uma iniciativa-surpresa, totalmente inesperada; o AGBG nem seria uma lei relativa a consumidores; não haveria, finalmente, qualquer défice de aplicação. A integração acabaria, porém, por ser acolhida (19): afinal, nas palavras de MANFRED WOLF, haveria um regresso às origens, uma vez que todo o sistema de cláusulas contratuais gerais proveio da concretização do Código Civil, particularmente da boa fé (20).

III. O AGBG foi transposto “em bloco”, para o BGB reformado. Pretendeu manter-se incólume a base textual que possibilitara inúmeros afinamentos doutrinários e jurisprudenciais (21). Foi acolhida a parte substantiva da lei, tendo-se condensado, em 10, os seus 14 §§: §§ 305 a 310 do BGB, nova versão (22).

Os comentários já surgidos aos novos §§ 305 a 310 do BGB mantêm o desenvolvimento do AGBG (23). Entre as (escassas) novidades conta-se o seu alargamento ao contrato de trabalho (24),

(16) Assim, a *Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, em CLAUS-WILHELM CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* (2002), 569-934 (591 ss.).

(17) DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung cit.*, 2285.

(18) Assim, PETER ULMER, *Integration des AGB-Gesetzes in das BGB?*, em REINER SCHULZE/HANS SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001), 215-227 (215 ss.), de onde são retiradas as objecções que figuram no texto.

(19) BASEDOW, no *Münchener Kommentar*, 2.º vol. a, 4.ª ed. cit., prenot. § 305, Nr. 16 (1063); com prudência: FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, *AGB — Recht ins BGB — Eine erste “Bestandaufnahme”*, *NJW* 2002, 12-15 (12).

(20) MANFRED WOLF, *Bedeutung und Funktion des AGB — Rechts und der AGB*, em EGON LORENZ (publ.), *Karlsruher Forum 2002 / Schuldrechtsmodernisierung* (2003), 101-131 (101).

(21) DIRK OLZEN/ROLF WANK, *Die Schuldrechtsreform* (2002), Nr. 496 (119).

(22) As precisas equivalências podem ser comodamente confrontadas em DIETER W. LÜER, na obra SIEGHART OTT/DIETER W. LÜER/BENNO HEUSSEN, *Schuldrechtsreform* (2002), 120-137.

(23) P. ex., HELMUT HEINRICH, no PALANDT, 62.ª ed. (2003), 403-472 e BASEDOW, no *Münchener Kommentar*, 2.º vol. a, 4.ª ed. cit., 1057-1474.

(24) Cf. MANFRED LIEB, *AGB — Recht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung*, FS Ulmer (2003), 1231-1244 e HUBER, em PETER HUBER/FLORIAN FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung / Einführung in das neue Recht* (2002), 463-472 (471, Nr. 52).

como foi dito (25). Sublinhe-se, ainda, o facto de o regime das cláusulas ter sido integrado no Direito geral das obrigações e não na Parte geral (26): parece, todavia, uma opção evidente, uma vez que está em causa uma técnica de contratação directamente relevante para as obrigações. Finalmente, a integração do AGBG no BGB, em conjunto com a reforma do Direito de perturbação das prestações, veio conferir, a este, um papel reitor no desenvolvimento da matéria das cláusulas e na sua concretização (27). Numa conquista jurídico-científica que remonta a HECK: o sistema externo tem repercussões substantivas.

26 A lei relativa à revogação de negócios celebrados fora do estabelecimento

I. Após dez anos de preparativos, fora aprovada, a 1-Mai.-1986, a “Lei relativa à revogação de negócios celebrados à porta de casa e negócios semelhantes”, conhecida pela sigla *HaustürWG* (de *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*) (28). Este diploma resultou, de resto, da Directriz 85/577/CE, do Conselho, de 20 de Dezembro (29).

Aquando da reforma do BGB, de 2001/2002, prevaleceu a ideia de integrar essa matéria na lei civil fundamental. A recondução civil de leis de defesa do consumidor havia já sido ensaiada na reforma do BGB, de 27-Jun.-2000, “relativa a contratos à distância

(25) Com maior desenvolvimento, cf. o livro de MICHAEL ECKERT/CAROLINE WALLSTEIN, *Das neue Arbeitsvertragsrecht / Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform und dem AGB-Recht* (2002).

(26) Cf. MANFRED WOLF, *Bedeutung und Funktion des AGB-Rechts* cit., 106, algo lamentativo.

(27) CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die AGB — rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leitungsstörungsrechts*, FS Ulmer (2003), 1073-1096.

(28) Cf., quanto à sua aprovação, antecedentes e aspectos gerais, PETER GILLES, *Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften / Anmerkungen zum jüngsten Verbraucherschutzgesetz im Zivilrecht unter Berücksichtigung seines rechtspolitischen Gesamtkontextes*, NJW 1986, 1131-1147. A última versão, que esteve em vigor, data de 29-Jun.-2000, podendo ser confrontada em *BGB 2002*, int. STEPHAN LORENZ, 2.ª ed. (2002), 707 ss..

(29) JOCE n.º L 372, de 31-Dez.-1985, 31-33; foi transposta, entre nós, pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho.

e a outras questões do Direito dos consumidores, assim como da reconversão de preceitos ao euro” (30), abaixo referida. Nessa ocasião, foi introduzido um novo § 13, no BGB, com uma definição de consumidor (31). Entendeu-se ir mais longe, invocando-se, para tanto, três ordens de razões (32): a melhoria do Direito vigente, o fortalecimento do Código Civil e a facilitação do tráfego jurídico. E assim foram integradas, no BGB, algumas leis de defesa do consumidor. A integração ocorreu, em geral, “em bloco”.

Não deixaram, na fase da discussão, de ser apontadas alternativas: uma verdadeira integração material, em vez da transposição em bloco ou a preparação de um código do consumo (33).

II. Nesse circunstancialismo, o HaustürWG foi reconduzido aos §§ 312 e 312a, do novo BGB (34). A noção de *Haustürgeschäfte* foi fixada pelo § 312, (1), 1, em termos semelhantes aos da lei integrada, atribuindo-se, ao consumidor, um direito básico à sua revogação, nas condições do § 355. Este §, proveniente do antigo § 361a, ele próprio derivado da reforma de 2000, uniformiza o direito de revogação que assiste aos consumidores em contratos fora do estabelecimento, em contratos de habitação periódica e em contratos concluídos à distância, desde que exercido no prazo de quinze dias contados da conclusão do negócio em jogo (35). Tal revogação não carece de qualquer justificação, traduzindo um “direito ao arrendimento”, reconhecido ao consumidor (36).

(30) Cf. HANS-W. MICKLITZ, no *Münchener Kommentar*, 1.º vol., 4.ª ed. (2001), Prenot. §§ 13, 14, Nr. 1 (341).

(31) *Idem*, § 13, Nr. 1 ss. (381 ss.).

(32) JÜRGEN SCHMIDT-RANTSCH, *Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, em SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform* (2001), 169-176 (170 ss.).

(33) HEINRICH DÖRNER, *Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB*, em SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform* cit., 177-188 (181 ss.).

(34) Uma exposição geral sobre esta matéria: HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Besondere Vertriebsformen im BGB*, NJW 2002, 1151-1158 (1151 ss.).

(35) Está em causa a transposição das Directrizes n.º 85/577/CE de 20 de Dezembro, n.º 94/47/CE, de 26 de Outubro e n.º 97/7/CE, de 20 de Maio. Ainda na fase do projecto e concluindo que este ponto ainda deveria *dringend überarbeitet werden*, JÜRGEN KOHLER, *Das Rücktrittsrecht in der Reform*, JZ 2001, 325-337 (337).

(36) Cf. PETER ULMER, *Münchener Kommentar*, 2.º vol. a, 4.ª ed. (2003), §§ 355 ss., Nr. 1 ss. (2258 ss.).

Os §§ 355 e seguintes constituem uma oportunidade de unificar e de harmonizar esta importante matéria ⁽³⁷⁾.

27. A lei relativa aos negócios concluídos à distância

I. A “Lei sobre contratos à distância e outras questões do Direito do consumo assim como sobre a adaptação de preceitos ao euro” (*Fernabsatzgesetz* ou *FernAbsG*) data de 27-Jun.-2000 ⁽³⁸⁾. Ela visou, na parte aqui em causa, a transposição da Directriz n.º 97/7/CE, do Parlamento e do Conselho, de 20-Mai.-1997 ⁽³⁹⁾, relativa à tutela do consumidor nas vendas à distância ⁽⁴⁰⁾.

A *FernAbsG* abrangia ⁽⁴¹⁾:

- § 1.º Âmbito de aplicação;
- § 2.º Informações ao consumidor;
- § 3.º Direito à revogação e à restituição;
- § 4.º Contratos financiados;
- § 5.º Imperatividade;
- § 6.º *Vacatio*.

II. Na sequência de competente opção de política legislativa ⁽⁴²⁾, os três primeiros parágrafos da lei referida — e são aque-

⁽³⁷⁾ STEPHEN LORENZ/THOMAS RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* (2002), Nr. 438 ss. (226 ss.).

⁽³⁸⁾ Cf. PETER GRIL, *Gesetzgebung*, NJW 2000, 2408-2409 (2408/I). Logo nesse ano surgiu um comentário: NIKO HÄRTING, *Fernabsatzgesetz / Kommentar* (2000, XXXXV + 423 pp.), enquanto a 4.ª ed. do 2.º vol. (versão inicial), do *Münchener Kommentar* (2001), pela pena de CHRISTIANE WENDEHORST, lhe consagra o nutrido desenvolvimento (2117-2244).

⁽³⁹⁾ JOCE N.º L 144, de 20-Mai.-1997, 19-27. Esta Directiz foi transposta, entre nós e já depois do prazo-limite, pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, rect. n.º 13-C/2001, de 31 de Maio.

⁽⁴⁰⁾ Com uma série de elementos: CHRISTIANE WENDEHORST, no *Münchener Kommentar*, 2.º vol. a, 4.ª ed. (2003), prenot. § 312b, Nr. 1 ss. (1672 ss.).

⁽⁴¹⁾ Uma análise sumária deste diploma consta de PETER BÜLOW/MARKUS ARTZ, *Fernabsatzgesetz und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB* (2000), 2049-2056 (2053 ss.); estudos mais detidos podem ser confrontados nos comentários de HÄRTING e de CHRISTIANE WENDEHORST.

⁽⁴²⁾ Recordamos DAUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung* cit., 2286.

les que têm relevo substantivo — passaram, com poucas alterações, a constituir os §§ 312b, 312c e 312d do BGB de 2001/2002 (43). O § 312f contém elementos do § 5 do *FernAbsG*, tal como do *HaustürWG*.

A transposição, para o BGB, do *FernAbsG*, não suscitou questões de maior (44). O seu aprofundamento é agora integrado, sem deixar de concitar comentários monográficos (45).

28. A lei sobre os direitos de habitação periódica

I. A “Lei relativa à alienação de direitos de habitação periódica em prédios de habitação” (abreviadamente: *Teilzeit-Wohnrechtsgesetz* ou *TzWrG*), data de 20-Dez.-1996, em vigor a 1-Jan.-1997. Ela visou transpor a Directriz n.º 94/47/EG, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Outubro (46), conhecida como Directriz *Time-Sharing*. Em termos latos, o *TzWrG* veio tratar (47):

- § 1.º Âmbito de aplicação;
- § 2.º Protecção pré-contratual pelo prospecto;
- § 3.º Forma do contrato;
- § 4.º Conteúdo do contrato;
- § 5.º Revogabilidade do contrato;
- § 6.º Contratos financiados;
- § 7.º Proibição de pagamentos no período inicial;
- § 8.º Regras processuais;
- § 9.º Imperatividade.

(43) Cf. GRIGOLEIT, *Besondere Vertriebsformen im BGB* cit., 1151-1152.

(44) GERHARD RING, em BARBARA DAUNER-LIEB/THOMAS HEIDEL/GERHARD RING, *Das Neue Schuldrecht* (2002), § 12, III (361 ss.).

(45) ASSIM: JENS LÜTCKE, *Fernabsatzrecht. Kommentar zu den §§ 312b-312f* (2002); cf. rec. MICHAEL BÜRGER, NJW 2002, 2769.

(46) JOCE N.º L 280, de 29-Out.-1994, 83-87; entre nós foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 180/99, de 22 de Maio.

(47) Cf. MICHAEL MARTINEZ, *Das neue Teilzeit-Wohnrechtsgesetz — missratener Verbraucherschutz bei Time — Sharing-Verträgen*, NJW 1997, 1393-1399. Este Autor conclui com observações críticas à lei: pressupõe uma massa de informações que amedrontam, antes de mais, os interessados; não prevê sempre a intervenção notarial, privando os interessados de acompanhamento; o prazo de revogação (60 dias) é muito curto; limita-se à transposição “mínima” da Directriz em jogo.

A presente lei conheceu alguma experiência de aplicação, durante a sua vigência autónoma ⁽⁴⁸⁾.

II. O TzWrG foi inserido no BGB, em 2001-2002. A transposição operou para a secção relativa às obrigações em especial, surgindo após o subtítulo dedicado à compra e à troca e mais precisamente: para os §§ 481 a 487. Assistiu-se a alguma simplificação, no tocante aos deveres de informação, mantendo-se, quanto ao resto, o tratamento inicial ⁽⁴⁹⁾.

29. A lei sobre o crédito ao consumo

I. O crédito ao consumo, há muito conhecido e praticado ⁽⁵⁰⁾, veio a merecer a Directriz n.º 87/102/CEE, de 22-Dez.-1986 ⁽⁵¹⁾. Em sua transposição surgiu o *Verbraucher kreditgesetz* (ou *VerbrKrG*) de 30-Out.-1990 ⁽⁵²⁾, que mereceu, nos últimos 13 anos, inúmeros estudos e comentários ⁽⁵³⁾.

Trata-se de uma lei com alguma extensão e que abrange, sucessivamente:

— o âmbito de aplicação;

⁽⁴⁸⁾ THOMAS HILDENBRAND, *Effizienter Verbraucherschutz durch das Teil-Zeit Wohnrechtssetzes? — Erste Erfahrung mit dem TzWrG*, NJW 1998, 2940-2943. Anteriormente: THOMAS HILDENBRAND/ANDREAS KAPPUS/GERALD MÄSCH, *Time-Sharing und Teilzeit — Wohnrechtssetzes / Praktikerhandbuch mit Leitentscheidungen* (1997) e KLAUS TONNER, *Das Recht des Time-sharing na Ferienimmobilien* (1997), ambos com rec. de MICHAEL BARTINEK, NJW 1998, 2429-2430.

⁽⁴⁹⁾ Cf. LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* cit., Nr. 146 ss. (77 ss.).

⁽⁵⁰⁾ Cf. o nosso *Manual de Direito bancário*, 2.ª ed. (2001), 595 ss..

⁽⁵¹⁾ Vide NJW 1988, 1959-1961, com o texto.

⁽⁵²⁾ Quanto aos eventos que rodearam a sua aprovação, cf. PETER BÜLOW, *Das neue Verbraucher kreditgesetz*, NJW 1991, 129-134 (129 ss.).

⁽⁵³⁾ P. ex.: ULRICH SEIBERT, *Handbuch zum Verbraucher kreditgesetz* (1991), JÜRGEN VORTMANN, *Verbraucher kreditgesetz* (1991), PETER BÜLOW, *Verbraucher kreditgesetz / Kommentar* (1991) e 2.ª ed. (1993), WALTER MÜNSTERMANN/RUDI HANNES, *Verbraucher kreditgesetz* (1991), HELMUT BRUCHNER/CLAUS OTT/KLAUS WAGNER, *Verbraucher kreditgesetz* (1992), PETER ULMER/MATHIAS HABERSACK, *Verbraucher kreditgesetz*, 2.ª ed. (1995) e FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN/VOLKER EMMERICH/FRANZ VON ROTTENBURG, *Verbraucher kreditgesetz*, 2.ª ed. (1996); a matéria alarga-se, ainda, pelos numerosos manuais de Direito bancário.

- o contrato de crédito e os seus requisitos;
- a indicação dos custos;
- o direito de revogação;
- o vencimento e a mora.

Nela afloram os dois grandes pilares que dão corpo aos negócios de consumo: o dever de informação, a cargo do empresário e o direito ao arrependimento do consumidor. Este poderá assim responder, com eficácia, a qualquer precipitação na contratação.

II. A transposição do *VerbrKrG* para o BGB não operou em bloco: antes deu azo a correspondências mais complexas, com modificações formais nas normas em jogo. *Grosso modo*, temos o seguinte ⁽⁵⁴⁾:

- as regras básicas sobre o mútuo a consumidores, particularmente o âmbito de aplicação, a forma escrita, certas delimitações, as consequências do vício de forma, o direito de resolução, a imperatividade, os juros e o vencimento transitaram para os §§ 491 a 498 do BGB ⁽⁵⁵⁾, no final do título relativo ao mútuo;
- essas mesmas regras adaptadas vieram constituir novos subtítulos relativos a financiamentos entre o empresário e o consumidor — §§ 499 a 505 — a contratos de fornecimentos sucessivos — § 505 — e à ressalva da posição dos consumidores — §§ 506-507.

Apesar das modificações formais, que levaram, inclusive, ao desaparecimento da locução “crédito ao consumo”, as regras mantiveram uma substância inalterada ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cf. PETER BÜLOW, *Kreditvertrag und Verbraucherkreditrecht*, em SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform* cit. (2001), 154-165, CARSTEN SCHÄFER, *Darlehens- und Verbraucherkreditvertrag*, em LOTHAR HAAS e outros, *Das neue Schuldrecht* (2002), 313-338 e LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* cit., 340 ss..

⁽⁵⁵⁾ Portanto: os §§ 1, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11 e 12 do *VerbrKrG*.

⁽⁵⁶⁾ OLZEN/WANK, *Die Schuldrechtsreform* cit., Nr. 540 (130).

VI — A transposição de directrizes comunitárias

30 A Directriz n.º 1999/44/CE, de 25 de Maio, e a reformulação da compra e venda

I. A Directriz n.º 1999/44/CE, de 25 de Maio⁽⁵⁷⁾, e a necessidade da sua transposição constituíram a razão próxima da reforma do BGB, de 2001/2002⁽⁵⁸⁾. Esta Directriz veio fixar determinados aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar a protecção dos interesses dos consumidores. Pois bem: na sua transposição, os reformadores alemães foram, porém, muito mais longe do que o exigido pelo instrumento comunitário: podemos adiantar que eles generalizaram, a toda a compra e venda, o regime especial previsto para os consumidores⁽⁵⁹⁾. O que teve uma consequência regulativa algo surpreendente e da maior importância: aproximou, por vezes em termos completos, o Direito de compra e venda do Direito geral da perturbação das prestações⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ JOCE N.º L 171, de 7-Jul.-1999, 12-16 = NJW 1999, 2421-2424; esta Directriz foi transposta (fora de prazo) para o Direito português pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril. Infelizmente, não foi retida a “grande solução”, que teria permitido modernizar o nosso Direito de compra e venda em geral, muito arcaico já perante a generalidade dos Direitos europeus e, hoje, totalmente desfasado. Trata-se de um tema que já mereceu alguma atenção à nossa doutrina; cf. PAULO MOTA PINTO, *A Directiva 1999/44/CE e o direito português*, Estudos de Direito do Consumidor 2 (2000), 247-312, *O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo*, ROA 2002, 143-199 e *Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito português / Exposição de motivos e articulado*, Estudos de Direito do Consumidor 3 (2001), 165-279. Cf., ainda, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)* (2001), 131-168 (conferir) e LUIS MENEZES LEITÃO, *Caveat venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda*, em Estudos Galvão Telles, 1.º vol. (2002), 263-303, com bibliografia (301-303).

⁽⁵⁸⁾ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002* cit., IX ss..

⁽⁵⁹⁾ Por todos, HARM PETER WESTERMANN, *Das neue Kaufrecht*, NJW 2002, 241-253 (241/II) e ULRICH BÜDENBENDER, *Der Kaufvertrag*, em DAUNER-LIEB e outros, *Das Neue Schuldrecht* cit., 222-260 (225). Na fase de projecto, cf. BEATE GSELL, *Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung*, JZ 2001, 65-75 e HEINRICH HONSELL, *Die EU — Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, JZ 2001, 278-283 (280).

⁽⁶⁰⁾ HARM PETER WESTERMANN, *Kaufrecht im Wandel*, em SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtreform* (2001) cit., 109-129 (111), LOTHAR HAAS, *Kaufrecht*, em HAAS e

O novo Direito alemão da compra e venda acusa, ainda, a influência da Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ⁽⁶¹⁾. A sua exposição pressuporia uma tripla comparação: o Direito velho, o Direito novo e o Direito português ⁽⁶²⁾. Seria, aqui, inoportuno. Limitaremos a exposição a alguns tópicos.

II. A reforma da compra e venda atingiu toda a matéria. A versão do BGB de 2001/2002 abrange, quanto a essa matéria, os §§ 433 a 479. Além de uma filosofia nova, procedeu-se, ainda, à simplificação da matéria.

A compra e venda é reportada a coisas (corpóreas) e não, como antes sucedia, a coisas ou a direitos: basta comparar os §§ 433, antiga e nova versão. A compra de direitos e de outras realidades é, depois, mandado aplicar o regime da compra de coisa — § 453. Cai, aqui, a importante matéria da compra e venda de empresa, que tem merecido uma literatura recente muito abundante ⁽⁶³⁾. Esta orientação permite simplificar a matéria, contribuindo para a elegância do articulado.

III. O princípio básico resulta do novo § 433/1/2: o vendedor deve proporcionar, ao comprador, a coisa livre de defeitos materiais ou jurídicos: é o princípio da conformidade ou do exacto cumprimento, retirado do artigo 2.º/1 da Directriz 1999/44/CE e que

outros, *Das neue Schuldrecht* cit., 161-312 (168), HUBER/FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung* cit., 290 ss. e CLAUD-WILHELM CANARIS, *Die Neuregelung des Leistungsstörungen — und des Kaufrechts — Grundstrukturen und Problemschwerpunkte*, em EGON LORENZ (publ.), *Karlsruher Forum 2002 / Schuldrechtsmodernisierung* (2003), 5-1000 (54).

⁽⁶¹⁾ Como obra de referência: STAUDINGER/ULRICH MAGNUS, *Wiener UN-Kaufrecht* (1999), em mais de 800 pp. maciças.

⁽⁶²⁾ A compra e venda alemã, à semelhança do Direito romano e diversamente dos Direitos latinos, mantém-se meramente obrigacional, não transferindo o domínio; a transferência deste exige seja a entrega (móveis), seja a inscrição no registo (imóveis). Cf. TIZIANA J. CHIUSI, *Modern, alt und neu: Zum Kauf nach BGB und römischen Recht*, JURA 2002, 217-224.

⁽⁶³⁾ Cf. HAAS, *Kaufrecht* cit., Nr. 541 ss. (287 ss.); como exemplos: BJÖRN GAUL, *Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf*, ZHR 166 (2002), 35-71 e THOMAS ZERRES, *Schuldrechtsreform — Haftungsausschlüsse und — beschränkungen beim Unternehmenskauf*, MDR 2003, 368-372.

substitui o antigo princípio da garantia ⁽⁶⁴⁾. A partir daqui, o comprador tem uma pretensão ao cumprimento, aproximando-se do regime geral da perturbação das prestações: mais directa e eficaz do que os velhos remédios ligados aos deveres de garante ⁽⁶⁵⁾. Quanto ao vício da coisa: o novo § 434 adoptou uma orientação subjectiva (*grosso modo*: mede-se pelo concreto contrato em causa e pelos elementos que o precederam, designadamente a publicidade ⁽⁶⁶⁾) e não uma orientação objectivo-subjectiva, patente no § 459 velho (segundo a qual relevaria o uso comum ou habitual da coisa ⁽⁶⁷⁾). Alguns problemas já detectados têm vindo a ser enquadrados pela doutrina ⁽⁶⁸⁾.

IV. Quanto aos remédios que assistem ao comprador, temos, segundo o novo § 437 ⁽⁶⁹⁾:

- a correcção do vício ou a entrega de nova coisa sem vícios;
- a resolução do contrato ou a redução de preço;
- a indemnização.

Perante a generalização das regras de defesa do consumidor, pouco espaço ficou para a compra de bens de consumo. Todavia, os §§ 474-479 mantêm algumas normas: natureza imperativa de

⁽⁶⁴⁾ Cf. CANARIS, *Die Neuregelung* cit., 55 ss..

⁽⁶⁵⁾ WESTERMANN, *Das neue Kaufrecht* cit., 242-243.

⁽⁶⁶⁾ Cf. FRIEDRICH BERNREUTHER, *Sachmangelhaftung und Werbung*, MDR 2003, 63-68. Trata-se da orientação vertida no artigo 2.º/2 do nosso Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

⁽⁶⁷⁾ BÜDENBENDER, *Der Kaufvertrag* cit., Nr. 29 e 30 (235-236). Em torno do antigo § 459 houve flutuações jurisprudenciais de entendimento; cf. HAAS, *Kaufrecht* cit., Nr. 90 (185-186).

⁽⁶⁸⁾ P. ex.: a entrega de uma coisa diversa da contratada é um vício na coisa; imaginemos, porém, que é entregue uma coisa mais valiosa do que a contratada e que o comprador a conserva e não protesta: fica na disponibilidade deste? HANS-JOACHIM MUSIELAK, *Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht*, NJW 2003, 89-92 (90/I), preconiza a redução teleológica do § 434/III; responde GÖTZ SCHULZE, *Falschlieferung beim Speziaukauf — Unzulänglichkeiten des Gesetzes?*, NJW 2003, 1022-1023.

⁽⁶⁹⁾ WESTERMANN, *Das neue Kaufrecht* cit., 249. Quanto a questões conexas: STEFAN ERNST, *Gewährleistungsrecht — Ersatzansprüche des Verkäufers gegen den Hersteller auf Grund von Manzelfolgeschäden*, MDR 2003, 4-10, MARTIN HÄUBLEIN, *Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht*, NJW 2003, 388-393 e CANARIS, *Die Neuregelung* cit., 75 ss..

certas regras, presunção de vício na entrega, quando este se revele nos seis meses seguintes, declaração de garantia, fornecimento de sobressalentes e prescrição (alargada) de certas pretensões.

V. A matéria do contrato de empreitada — §§ 631 e seguintes — conheceu também uma remodelação. O regime do vício da obra é bastante paralelo ao do vício da coisa, na compra e venda ⁽⁷⁰⁾; todavia, como à partida o regime da empreitada era mais próximo do geral, as alterações de 2002/2003 não foram tão profundas.

Outros contratos vêm a ser inflectidos pela reforma da compra e venda: como exemplo ilustrativo, referimos o estudo de HUBER, sobre a concessão ⁽⁷¹⁾.

31. A Directriz n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho (comércio electrónico)

I. A Directriz n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho, do Parlamento Europeu e do Conselho ⁽⁷²⁾, veio regular aspectos atinentes à sociedade de informação e ao comércio electrónico.

O legislador alemão fez uma transposição de alguns dos seus preceitos através da “Lei para a adaptação de regras sobre forma do Direito privado e outros preceitos do moderno tráfego negocial jurídico” ou *FormVAnpG* ⁽⁷³⁾, em vigor a partir de 1-Ago.-2001 ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁰⁾ HAAS, *Werkvertragsrecht*, em HAAS e outros, *Das neue Schuldrecht* cit., 295-312, Nr. 7 (297).

⁽⁷¹⁾ ULRICH HUBER, *Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer nach neuem Kaufrecht*, FS Ulmer (2003), 1165-1197.

⁽⁷²⁾ JOCE N.º L 178, de 17-Jul.-2000, 1-16; trata-se de uma Directriz que não foi, ainda, transposta para a nossa ordem interna; todavia, a Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio, autorizou o Governo a legislar na matéria, sendo essa autorização válida por 180 dias.

⁽⁷³⁾ De *Formvorschriftenanpassungsgesetz*, de 13-Jul.-2001.

⁽⁷⁴⁾ Cf. SUSANNE HÄHNCHEN, *Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften na den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*, NJW 2001, 2831-2834 (2831 ss.). Quanto à transposição da Directriz n.º 2000/31/CE, cumpre referir, ainda, HELMUT HOFFMANN, *Die Entwicklung des Internet-Rechts von Anfang 2001 bis Mitte 2002*, NJW 2002, 2602-2610 (2602) e HEIKO HÖFLER/BIRGIT BERT, *Die neue Vergebungsverordnung*, NJW 2002, 3310-317 (3315).

A lei em causa introduziu, no BGB, dois novos preceitos — os §§ 126a e 126b ⁽⁷⁵⁾ — que cumpre conhecer:

§ 126a Forma electrónica

(1) Quando a forma escrita legalmente prescrita deve ser substituída pela forma electrónica, o declarante deve inserir o seu nome na declaração e guarnecer o documento electrónico com a sua assinatura electrónica qualificada.

(2) Perante um contrato devem as partes, por seu turno, assinar um documento de teor idêntico, em termos electrónicos tal como prescrito no número anterior.

§ 126b Forma de texto

Quando a lei prescreva a forma de texto, deve a declaração ser feita num documento ou outra forma duradoura de reprodução de sinais escritos, de modo adequado, sendo a pessoa do declarante nomeada e o encerramento da declaração feito através de reprodução da assinatura, do nome ou de outro modo reconhecível.

II. Ficaram por transpor os artigos 10, 11 e 18 da Directriz 2000/31. O legislador de 2001/2002 propôs-se inserir essa parte da transposição no BGB ⁽⁷⁶⁾: justamente a relativa aos contratos electrónicos, no que tange à substância ⁽⁷⁷⁾.

Assim surgiu o § 312e, epigrafado “deveres no tráfego comercial electrónico” ⁽⁷⁸⁾. Trata-se de um preceito externo que, no

⁽⁷⁵⁾ Além da obra referida na nota anterior, cf. DOROTHEE EISELE, no *Münchener Kommentar*, vol. 1.º, a, 4.ª ed. (2003), §§ 126a e 126b (25 ss.).

⁽⁷⁶⁾ DÄUMLER-GMELIN, *Die Entscheidung* cit., 2281.

⁽⁷⁷⁾ GERALD SPINDLER, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr — Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkaufsprinzip*, NJW 2002, 921-927 (921).

⁽⁷⁸⁾ Inserido na parte geral das obrigações, ele não se limita à compra e venda; cf. WESTERMANN, *Das neue Kaufrecht* cit., 241, nota 3. Referimos, ainda, GRIGOLEIT, *Besondere Vertriebsformen im BGB* cit., 1152. As declarações electrónicas têm vindo a merecer uma literatura crescente; como obra de referência, ANDREAS WIEBE, *Die elektronische Willenserklärung / Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen der elektronischen Geschäftsverkehrs* (2002), 590 pp..

essencial ⁽⁷⁹⁾, obriga o empresário que use meios electrónicos para a conclusão de contratos relativos ao funcionamento de mercadorias ou à prestação de serviços, a:

- disponibilizar meios técnicos adequados e eficazes para que o cliente possa prevenir erros;
- dispor as informações oportunas antes da encomenda e torná-las compreensíveis;
- confirmar electronicamente a encomenda;
- proporcionar a possibilidade de recondução a cláusulas contratuais gerais.

Como temos sustentado, toda esta matéria pode ser reconduzida à dogmática civil: sempre com o suplemento da necessária informação e, sendo o caso, do direito ao “arrependimento” do consumidor.

32. A Directriz n.º 2000/35/CE, de 29 de Junho (atrasos no pagamento de transacções comerciais)

I. A Directriz n.º 2000/35/CE, de 29 de Junho, do Parlamento Europeu e do Conselho, veio fixar medidas de luta contra os atrasos no pagamento de transacções comerciais ⁽⁸⁰⁾.

O problema dos atrasos no pagamento vinha preocupando as instâncias europeias ⁽⁸¹⁾. Assim surgiu a Directriz, discutindo-se a sua transposição ⁽⁸²⁾. Foi entendido que ela seria incluída na “grande solução” do BGB ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cf. CHRISTIANE WENDEHORST, no *Münchener Kommentar*, vol. 2 a, 4.ª ed. (2003), § 312e (1761 ss.).

⁽⁸⁰⁾ JOCE N.º L 200, de 8-Ago.-2000, 35-38 = NJW 2001, 132-134; esta Directriz foi transposta para a ordem portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro: fora do prazo fixado, e com aparente limitação ao Código Comercial.

⁽⁸¹⁾ REINHART SCHULTE-BRAUCKS, *Zahlungsverzug in der Europäischen Union*, NJW 2001, 103-108 (103 ss.); cf. HELMUT KIESEL, *Verzug durch Mahnung bei Geldforderungen trotz § 284 III BGB*, NJW 2001, 108-111.

⁽⁸²⁾ MARTIN SCHMIDT-KESSEL, *Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung*, NJW 2001, 97-103.

⁽⁸³⁾ DÄUMLER-GMELIN, *Die Entscheidung* cit., 2281.

II. A transposição cifrou-se em novas redacções dos §§ 247, 286 (mora do devedor) e 288 (juros de mora) ⁽⁸⁴⁾. Fundamentalmente, visou-se automatizar, em certas circunstâncias, a mora do devedor e indexar a taxa de juros moratórios à taxa básica do Banco Central Europeu ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁴⁾ DIETER MEDICUS, *Leistungsstörungenrecht*, em HAAS e outros, *Das neue Schuldrecht* cit., 79-132, N. 91 (102).

⁽⁸⁵⁾ JÖRG PETERSHAGEN, *Der neue Basiszinssatz des BGB — eine kleine Lösung in der grossen Schuldrechtsreform?*, NJW 2002, 1455-1457.