

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Os efeitos jurídicos da morte do usufrutuário de ações no tocante aos dividendos e bonificações (Da interpretação do art. 205 da Lei das Sociedades Anônimas) — Arnoldo Wald 5
- A representação na conclusão dos contratos mercantis — Elisabeth Kasznar Fekete 16
- As cláusulas gerais do contrato na República Federal da Alemanha — Gabriel F. Leonardos 31
- As Bolsas de Valores no Brasil — Luiz Eduardo Martins Ferreira 45
- O anteprojeto da CVM para a reforma da Lei de Sociedades por Ações Brasileira — Waldírio Bulgarelli 58
- A atividade de resseguros à luz da Constituição — Fábio Konder Comparato 63

JURISPRUDÊNCIA

- Sociedade Anônima — Direito de retirada — Recesso de dissidente — Lei Lobão: Um precedente judicial — Paulo Salvador Frontini 71

ATUALIDADES

- A contribuição ao Finsocial e a Lei Complementar 70/91 — João Luiz Coelho da Rocha 79
- Comentários sobre o novo Código do Consumidor — Lei 8.078/91 — Maria Clara V. A. Maudonnet 83
- A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor — Newton de Lucca 89

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 101

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTA NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

ELISABETH KASZNAR FEKETE

Advogada em São Paulo, ganhadora do Prêmio Tullio Ascarelli de Monografias, primeiro lugar, concedido pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, em 1987.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito da Universidade de Paris.

GABRIEL F. LEONARDOS

Advogado em São Paulo.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

LUIZ EDUARDO MARTINS FERREIRA

Consultor Jurídico da Bolsa de Valores de São Paulo.

MARIA CLARA V. A. MAUDONNET

Advogada no Rio de Janeiro.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo. Membro do Ministério Público em São Paulo, aposentado. Procurador-Geral da Justiça (1983-1987).

WALDIRIO BULGARELLI

Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Comercial da USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

DOCTRINA

AS CLÁUSULAS GERAIS DO CONTRATO NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA *

GABRIEL F. LEONARDOS

I — Introdução

No presente trabalho procuramos expor de maneira simples e abrangente a lei alemã sobre cláusulas gerais do contrato, de 9.12.1976.¹ Iniciamos por expor o desenvolvimento histórico do direito alemão até a promulgação da lei, para, em seguida, expor as principais características do sistema criado pela *AGB-Gesetz*, para, ao final, formular nossas conclusões.

É necessário —um esclarecimento de ordem terminológica. A tradução para *allgemeine Geschaeftsbedingungen* pela qual optamos foi “cláusulas gerais do contrato”, conforme passamos a explicar.

Uma tradução possível de *Bedingung* para o vernáculo é “condição”. Ocorre que “condição”, no direito brasileiro, possui um significado específico, que é dado pelo art. 114 do CCB,² que não guarda relação com a matéria da lei aqui analisada, enquanto que, no direito alemão, a palavra *Bedingung* também pode significar “cláusula” ou “estipulação”, que é exatamente o sentido aqui analisado.

Por sua vez, *Geschaeft* pode ter tanto o sentido de “negócio” ou “transa-

ção comercial”, de um lado, quanto o de “loja” ou “estabelecimento”, de outro. O fenômeno que se deseja distinguir, porém, é de natureza *contratual*, pois não cabe falar em cláusula geral de um *negócio jurídico unilateral* (que é a espécie que se opõe aos contratos). Por isso, parece-nos mais adequado falar em “contrato” que “negócio”.

Uma tradução possível de *Geschaeftsbedingung*, portanto, seria “condição de negócio”, ou “condição negocial”. Mas, enquanto aquele termo já era consagrado na Alemanha pela doutrina e jurisprudência anteriores à promulgação da *AGB-Gesetz* com o significado de “cláusula contratual”, no direito brasileiro parece-nos que não há consagração da expressão “condições de negócio”, ou, tampouco, “condições de contrato”,³ e que tais expressões seriam, a rigor, deceptivas, pois transmitem ao leitor uma falsa idéia sobre o instituto em exame.

Por tais motivos, optamos por traduzir *Geschaeftsbedingung* por “cláusula contratual”, expressão que nos parece a mais adequada em nosso sistema jurídico.

II — A *AGB-Gesetz*

1. Considerações Gerais

O BGB tem por base o princípio de que o conteúdo de um contrato é definido pelas partes, em conjunto, no exercício de sua autonomia privada, e é

* Trabalho apresentado no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na cadeira “Contratos em Direito Comercial Comparado I: Parte Geral”, ministrado no primeiro semestre de 1992 pelos profs. Waldírio Bulgarelli e Mauro Rodrigues Penteados.

complementado pelas normas dispositivas do direito escrito aplicável. Esta idéia, no direito alemão, é assegurada pela chamada “garantia de justiça”⁴ que traz o contrato. Entretanto, logo após a promulgação do BGB, constatou-se que ela já não mais correspondia à realidade das relações jurídicas e comerciais.

A produção e o consumo de massa, de mercadorias e serviços padronizados, levou à criação e aplicação de “cláusulas gerais do contrato”, que em muitos casos suplantam o direito escrito. Com a utilização de cláusulas gerais, o contrato deixa de ser definido por ambas as partes e pelo direito positivo aplicável, e passa a sê-lo exclusivamente por uma das partes, que chamaremos de “predisponente”. Com a utilização de cláusulas gerais, consegue-se alcançar os objetivos de *racionalização, preenchimento de lacunas, desenvolvimento do direito e translação de riscos*.

A *racionalização* é obtida pela simplificação que as cláusulas gerais imprimem às transações comerciais, pois elas tratam das especificidades da mercadoria ou serviço ofertado e esclarecem dúvidas que poderiam haver com a aplicação das normas dispositivas do direito escrito. O tempo necessário para a negociação de todas as particularidades do contrato é drasticamente reduzido, diminuindo, assim, os chamados *custos de transação*.

O *preenchimento de lacunas* é obtido através do desenvolvimento e regulamentação de tipos contratuais importantes para as relações jurídicas e comerciais, e que não estão previstos no BGB, tais como os contratos de transferência de fundos, arrendamento mercantil (*leasing*), faturização (*factoring*), a venda através de máquinas automáticas, contrato de empreitada etc.

As cláusulas gerais proporcionam ainda o *desenvolvimento do direito*, na medida em que disposições ultrapassadas do BGB são aprimoradas; assim ocorre, p. ex., com a concessão de um prazo de garantia, durante o qual o vendedor se obriga a reparar a coisa vendida em caso de ocorrência de algum defeito.⁵

Finalmente, a *trasladação de risco* é o objetivo de maior relevância atingido pelas cláusulas gerais. Na prática, todas as cláusulas gerais são impregnadas do esforço em reforçar a situação jurídica do predisponente e enfraquecer a do co-contratante. A despeito dessa distribuição de riscos desarrazoada, o predisponente, normalmente, não tem qualquer dificuldade em incorporar suas cláusulas gerais ao contrato. O cliente as aceita, muitas vezes sem nem ao menos delas tomar conhecimento, pois não compreende o alcance e o significado das mesmas, ou então receia os custos e esforços que a negociação de alterações implicaria.

A *livre concorrência* não está em condições de assegurar cláusulas gerais razoáveis e justas. Na Alemanha, fala-se em “insuficiência do mercado”.⁶ Ocorre que o cliente orienta-se pelo *preço e qualidade* da oferta, mas não pela “qualidade” das cláusulas gerais, que são, para ele, incompreensíveis.

2. Histórico

Na Alemanha, entende-se que um Estado Social de Direito, tal como ela pretende ser, inclusive por disposição constitucional,⁷ não pode admitir as situações injustas causadas pela utilização de cláusulas gerais. O ordem jurídico-social deve garantir uma medida adequada de justiça também para os contratos cujo conteúdo é definido através de cláusulas gerais. Como o legislador permaneceu por longo tempo omissos, a

jurisprudência desenvolveu⁸ o *controle intrínseco*, pelo Poder Judiciário, das cláusulas gerais. Com isso, deu-se um primeiro passo em direção ao controle das cláusulas gerais.

Entretanto, a jurisprudência baseada nas normas genéricas do BGB não era suficiente para afastar as injustiças existentes. Assim, nas discussões sobre o assunto firmou-se, a partir de 1972, o entendimento geral de que uma proteção eficaz contra cláusulas gerais desarrazoadas somente poderia ser obtida através de medidas legislativas. Esta foi, p. ex., a deliberação votada em 1974, por grande maioria, no 50.º Encontro Nacional de Juristas alemães.⁹

A *AGB-Gesetz* é o resultado de uma discussão iniciada por L. RAISER, com a edição, em 1935, de sua obra sobre as cláusulas gerais do contrato. Em 1972 o Ministério Federal da Justiça criou uma comissão para elaborar um anteprojeto de lei sobre as cláusulas gerais. Esta comissão concluiu seu trabalho em 1974, quanto ao direito material, e em 1975, quanto ao direito constitucional. Somente a parte referente ao direito material foi transformada em projeto de lei, e enviada ao *Bundestag*,¹⁰ onde o projeto foi complementado por disposições constitucionais e aprovado por unanimidade, tendo sido promulgado em 9.12.1976. Em seguida, o *Bundesrat*¹¹ examinou a matéria em decorrência de algumas questões constitucionais, e fez sugestões que foram aprovadas por votações em 10.12.1976 no *Bundestag* e em 12.11.1976 no *Bundesrat*.

3. Conteúdo

A *AGB-Gesetz* é dividida em cinco seções. A primeira contém disposições de direito material, e é dividida em uma sub-seção de disposições gerais e outra que dispõe a respeito de cláusulas ineficazes nos contratos; a segunda se-

ção trata da aplicação da *AGB-Gesetz* caso haja um conflito de leis; a terceira contém disposições de direito processual; a quarta trata do âmbito de aplicação material e pessoal da lei; e a quinta seção estabelece disposições gerais e transitórias.

O § 1.º define as cláusulas gerais como cláusulas pré-formuladas ou predispostas por uma das partes do contrato, chamada de Predisponente, que as propõe à outra, no momento de celebração do contrato. Tais cláusulas tanto podem estar contidas no instrumento do contrato ou não, mas, neste caso, segundo o § 2.º, deve ser feita expressa remissão às mesmas.

O § 1.º dispõe ainda, como consequência lógica da definição de cláusulas gerais, que estas não se consideram existentes quando as cláusulas forem negociadas ponto por ponto pelas partes.

O § 2.º determina a remissão expressa às cláusulas gerais, quando elas não integrarem o instrumento do contrato, ou, quando isto não for possível em decorrência da forma de celebração do contrato (ex. compra feita em supermercado), que seja feita remissão às mesmas através de cartaz afixado em local visível.

O § 3.º considera não integrantes do contrato as chamadas "cláusulas-surpresa", ou seja, as cláusulas que, de acordo com o tipo de contrato, sejam tão incomuns ou inesperadas, que o co-contratante do predisponente não possa prevê-las.

O § 3.º interpenetra-se com os §§ 8.º a 11, que tratam das cláusulas nulas, mas a técnica legislativa pela qual se optou foi considerar as cláusulas-surpresa distintas das cláusulas nulas. Assim, o controle judicial intrínseco, possível quanto aos §§ 9.º a 11, não se aplica ao § 3.º. Em contrapartida, cláusulas que estariam imunes ao controle judicial com base no § 8.º, podem ser

consideradas excluídas do contrato se forem tidas como cláusulas-surpresa,¹² o que, sem dúvida, constitui sanção equivalente à cominação de nulidade.

Assim, as conseqüências práticas, previstas no § 6.º, da aplicação do § 3.º ou dos §§ 8.º a 11 são equivalentes, ou seja, o contrato permanecerá eficaz no restante, e deverá ser integrado com as disposições da lei, salvo quando sua manutenção representar um ônus insuportável para uma das partes, caso em que será considerado ineficaz no todo.

O § 3.º é aplicável com relação a contratos com comerciantes, mas a jurisprudência admite o caráter "surpresa" de uma cláusula mais facilmente para contratos com pessoas inexperientes do que para com comerciantes.¹³ O § 3.º é também aplicável no caso de cláusulas gerais sujeitas à prévia aprovação pela repartição competente, como no caso das sociedades de poupança imobiliária, das seguradoras, ou das sociedades de investimento,¹⁴ pois o procedimento de aprovação não foi, até hoje, suficiente para escoimar o contrato de "cláusulas-surpresa", e, muito menos, serve de indício ou prova de que ele não conteria esse tipo de cláusulas.¹⁵

Não há como se definir *a priori* quais cláusulas são "surpresas" ou não, pois isso depende da forma das negociações, da ordem das cláusulas no instrumento, do tipo de impressão utilizado, dos avisos dados pelo predisponente etc. Exemplo de cláusula-surpresa inadmitida pela jurisprudência foi a cláusula de prorrogação automática, por prazos iguais e sucessivos ao inicial, contida no verso de contrato de inserção de propaganda celebrado por comerciante, onde, no anverso, junto das assinaturas, consta a menção de que o prazo contratual era de 1 ano.¹⁶ Exemplo de cláusula que não foi considerada "surpresa" foi a que, em contrato de venda de móveis,

deira dos móveis referia-se unicamente à placa externa que cobria a superfície da madeira.¹⁷

O § 4.º constitui uma regra de interpretação para o caso de haver conflito entre uma cláusula negociada entre as partes e outra, caracterizada como uma cláusula geral do contrato. Nesse caso, o acordo individual a que chegaram as partes tem primazia sobre as demais cláusulas. Por exemplo, se em contrato de compra e venda consta no anverso, manuscrito ou datilografado, que a data de entrega será 1.º de julho, enquanto que no verso consta impresso que "a data de entrega mencionada no anverso não é vinculante", nesse caso prevalece o acordo individual a respeito da data de entrega e a cláusula do verso não será aplicável.¹⁸

O § 5.º consagra o preceito de que em caso de dúvida, o contrato deve ser interpretado contra o predisponente. Trata-se de regra também tradicional no direito brasileiro com relação aos contratos de adesão.

O § 6.º, já mencionado, cuida das conseqüências da aplicação dos §§ 3.º e 9.º a 11. E, finalizando a sub-seção de "disposições gerais" da primeira seção, o § 7.º estabelece que a *AGB-Gesetz* deverá ser aplicada ainda que as partes (principalmente o predisponente) tentem evitar a sua incidência através da utilização de outras formas jurídicas que não as normalmente utilizadas, que, nesse caso, será considerada fraudulenta e ineficaz relativamente à *AGB-Gesetz*.

Ao iniciar a sub-seção de "cláusulas ineficazes" da primeira seção, o § 8.º determina que os §§ 9.º a 11 são aplicáveis apenas às cláusulas gerais que sejam contrárias ou complementares a normas de direito dispositivo. Interpretado literalmente, esse dispositivo significa que o controle intrínseco autorizado pelos §§ 9 a 11, a par de não poder ser

exercido com relação a cláusulas que não estejam em conflito com o direito dispositivo, nem inovando em relação ao mesmo, tampouco poderia ser exercido com relação a cláusulas que dissessem respeito unicamente ao *preço* ou à *coisa* contratadas.

Isso porque o § 8.º é aplicável apenas a determinadas cláusulas gerais, enquanto que as cláusulas que tratam do preço ou do objeto do contrato *não* podem ser subsumidas na definição de “cláusulas gerais do contrato” constante do § 1.º da *AGB-Gesetz*. Afinal, preço e objeto do contrato são elementos essenciais do mesmo, com relação aos quais deve vigorar a *autonomia da vontade*, e, em uma sociedade como a alemã, devem ser norteados acima de tudo pelas forças da economia de mercado. Com efeito, se as partes não acordam sobre o preço ou sobre a coisa, normalmente sequer haverá contrato. Assim, seria inadmissível a intervenção do Estado com relação a tais elementos essenciais do contrato.

Não obstante, a jurisprudência, inclusive do BGH, tem exercido o controle intrínseco também quanto a esses elementos, adotando uma postura considerada “muito pragmática e pouco doutrinária”, que dá ensejo a diversas críticas.¹⁹ Para tanto, as decisões judiciais se baseiam no § 9.º e § 11, 1, e procuram compensar as deficiências do mercado. Especialmente no que diz respeito ao controle exercido sobre as cláusulas de preço, a aplicação da *AGB-Gesetz* supre a ineficácia da lei contra o abuso de poder econômico.

O § 9.º consagra o controle intrínseco do contrato pelo Poder Judiciário, já mencionado, desenvolvido continuamente a partir do *leading case* BGHZ 22, 90 (1956), com base no § 242 BGB.²⁰

O § 9.º, (1) contém a cláusula geral, segundo a qual são ineficazes as disposições em cláusulas gerais do contrato

contrárias aos preceitos de boa-fé, que prejudiquem desarrazoadamente o cocontratante do predisponente; o § 9.º, (2) estabelece quando, em caso de dúvida, se considera existente um prejuízo desarrazoado.

Ou seja; o § 9.º, (2) é uma explicitação exemplificativa da cláusula geral, sem restringi-la. Da mesma forma, os §§ 10 e 11 contêm uma lista de cláusulas gerais relativa (no caso do § 10) ou absolutamente (o § 11) ineficazes, que igualmente servem para exemplificar a cláusula geral do § 9.º, mas não para restringi-la.

Tanto assim que as listas dos §§ 10 e 11 não se aplicam automaticamente para contratos celebrados com comerciantes, embora seja aplicável a cláusula geral do § 9.º. Poderá, então, ocorrer que a aplicação do § 9.º, levando-se em consideração os usos e costumes comerciais, acarrete a conclusão de que alguma cláusula listada nos §§ 10 ou 11 seja ineficaz também em contrato celebrado com comerciante.²¹

Com efeito, ambas as listas dirigem-se contra uma série de cláusulas críticas, que são sempre ineficazes em contratos com não-comerciantes, mas que também em contratos com comerciantes podem ser objeto de impugnação. Elas são uma enumeração exemplificativa da cláusula geral do § 9.º, o que é demonstrado pelo uso da palavra “especialmente” no *caput* do § 10, e que, embora não conste do § 11, é válido também para este. O legislador não desejou em nenhum momento enunciar exaustivamente as cláusulas ineficazes.

Os §§ 10 e 11 contêm catálogos de cláusulas gerais que são sempre ineficazes. A diferença entre os dois parágrafos consiste em que na lista do § 10 há possibilidade de avaliação se determinada cláusula pode ser subsumida na enumeração legal. Ou seja, quando se chegar à conclusão de que determinado

prazo é “desarrazoadamente” longo, nos termos do § 10, 1, a cláusula será forçosamente ineficaz.

A possibilidade de avaliação não consiste em considerar determinada cláusula ineficaz ou não, mas sim em considerar os elementos necessários para subsumi-la ao § 10 como presentes ou não. Feita a subsunção, a sanção será sempre a ineficácia. Assim, todos os incisos do § 10 contém disposições que permitem uma avaliação subjetiva da cláusula pelo intérprete (e.g. “desarrazoadamente longo”, “razão materialmente justificada”, “concessão de direito que seja insuportável para o co-contratante” etc.).²²

O § 11, por sua vez, contém um catálogo sem possibilidade de avaliação, porque as cláusulas nele elencadas são definidas objetivamente, sendo as mesmas sempre ineficazes em contratos com não-comerciantes.

Costuma-se chamar o § 10 de “lista cinza”, e o § 11 de “lista negra”, exatamente porque o primeiro contém cláusulas proibidas, sob reserva de apreciação pelos tribunais, enquanto que o segundo relaciona cláusulas proibidas de forma absoluta.²³

O § 12 traz regra de direito internacional privado, segundo a qual o contrato estará sujeito à AGB-Gesetz, mesmo se for regido por lei estrangeira, desde que a atividade do Predisponente desenvolva-se na Alemanha, o co-contratante seja residente ou domiciliado na Alemanha, e o contrato seja celebrado dentro do território alemão.

Os §§ 13 a 22 cuidam de regras processuais, que deixamos de analisar por escaparem aos objetivos do presente trabalho.

O § 23 exclui a aplicação da AGB-Gesetz para contratos nas áreas de direito do trabalho, de sucessões, de família, e societário, bem como para con-

tratos sujeitos a cláusulas gerais aprovadas por normas específicas.

O § 24 exclui a aplicação dos §§ 2, 10, 11 e 12 para contratos com comerciantes, quando o contrato for pertinente ao exercício de sua atividade comercial, bem como para contratos com o Poder Público. Já analisamos acima o âmbito de aplicação da lei para os comerciantes, que podem pleitear a proteção dos §§ 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, e, principalmente 9.º, e, conseqüentemente, pode ocorrer que uma ou mais cláusulas listadas nos §§ 10 e 11 venham a ser consideradas ineficazes também em contratos com comerciantes.

Durante os trabalhos legislativos muito se discutiu se a *AGB-Gesetz* deveria ser aplicável também aos comerciantes; o resultado final, com a opção pela sua inclusão no âmbito de aplicação da lei, tem sido elogiado, e calcula-se que quase 50% de todas as decisões judiciais sejam decorrentes de litígios entre comerciantes.²⁴

Finalmente, os §§ 25 a 30 trazem disposições gerais e transitórias igualmente sem interesse para o estudo aqui efetuado.

III — Conclusão

As disposições do BGB sobre contratos são, em regra, direito dispositivo, isto é, podem ser afastadas pelas partes no momento da celebração do contrato. Na prática, tais disposições são efetivamente afastadas por empresas que, de antemão e de forma genérica, declaram ou dispõem as cláusulas de acordo com as quais elas estão dispostas a celebrar contratos. O co-contratante (comprador da mercadoria, tomador do serviço etc.) tem, de fato, apenas a escolha de aceitar tais cláusulas ou desistir da celebração do contrato.

Tais “cláusulas gerais do contrato” constituem, portanto, parte integrante

do contrato, que deve ser aplicada em substituição ao direito dispositivo. Entretanto, a liberdade de estipulação de cláusulas gerais não é ilimitada, pois as disposições de ordem pública da ordem jurídica não podem ser afastadas pelas partes.

A fim de dar reconhecimento legal ao caráter de ordem pública de determinadas normas foi aprovada a *AGB-Gesetz*, decorrente da insuficiência do controle judicial intrínseco dos contratos baseado apenas nas disposições do BGB.

A *AGB-Gesetz* constituiu um grande avanço para a proteção da boa-fé nos contratos, beneficiando principalmente os consumidores, mas protegendo também os comerciantes, que podem pleitear a proteção de diversos dispositivos da lei.

IV — Apêndice: tradução do texto da Lei ²⁵

Lei para Regulação do Direito das Cláusulas Gerais dos Contratos (*AGB-Gesetz*), de 9.12.76, alterada pela Lei de 29.3.1983, pela Lei de 25.7.1986 (Reforma do Direito Internacional Privado), e pela Lei de 22.12.1989 (Alteração da Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico).

Obs.: deixamos de traduzir as seções terceira (“processo”) e quinta (“disposições gerais e transitórias”), por não serem de maior utilidade para o estudo aqui efetuado.

Primeira seção — Disposições de direito material

1.ª Sub-seção — Disposições gerais

§ 1.º. *Definição.* (1) Cláusulas gerais do contrato são todas as cláusulas contratuais previamente formuladas para um grande número de contratos, que

uma das partes do contrato (Predisponente) propõe à outra por ocasião da celebração de um contrato. É irrelevante se tais dispositivos formam uma parte separada exteriormente do contrato, ou se foram incorporados ao instrumento do contrato, bem como o seu alcance, a forma em que estão escritos, ou qual a forma de que se reveste o contrato.

(2) Não há cláusulas gerais do contrato se as cláusulas contratuais forem negociadas ponto por ponto pelas partes.

§ 2.º. *Inclusão em um contrato.*

(1) As cláusulas Gerais do contrato somente são integrantes de um contrato quando o predisponente, no momento da celebração do contrato: 1. faz expressa remissão a elas, ou, quando uma menção expressa for possível unicamente com dificuldades desarrazoadas, em decorrência da forma de celebração do contrato, faz remissão através de cartaz perfeitamente visível situado no local de celebração do contrato e 2. a outra parte tem, de modo razoável, a possibilidade de tomar conhecimento de seu conteúdo e quando a outra parte do contrato está de acordo com sua vigência.

(2) As partes do contrato podem, com observância das exigências dispostas no item (1), acordar antecipadamente a vigência de determinadas cláusulas gerais do contrato para uma determinada espécie de contrato.

§ 3.º. *Cláusulas-surpresa*

Não integram o contrato as disposições em cláusulas gerais do contrato que, de acordo com as circunstâncias, e especialmente de acordo com a configuração externa do contrato, sejam tão pouco comuns, que o co-contratante do predisponente não possa contar com elas.

§ 4.º. *Primazia do acordo individual*

Acordos individuais têm primazia sobre cláusulas gerais do contrato.

§ 5.º. *Regra sobre a falta de clareza*

Em caso de dúvidas, as cláusulas gerais do contrato devem ser interpretadas contra o predisponente.

§ 6.º. *Conseqüências da não inclusão e da ineficácia*

(1) Se as cláusulas gerais do contrato deixarem de ser, total ou parcialmente, incluídas no contrato, ou se elas forem ineficazes, permanecerá o contrato eficaz no restante.

(2) Se as cláusulas gerais não forem parte do contrato, ou forem ineficazes, então o conteúdo do contrato deve ser integrado com as disposições da lei.

(3) O contrato será ineficaz quando sua manutenção, mesmo através das alterações previstas no item (1), representar um ônus insuportável para uma de suas partes.

§ 7.º. *Proibição de evitar a aplicação da lei*

Esta lei deve ser aplicada ainda que suas regras sejam evitadas pela utilização de outras formas jurídicas.

2.ª Sub-seção — Cláusulas ineficazes

§ 8.º. *Limites do controle intrínseco*

Os §§ 9.º a 11 são vigentes apenas para disposições em cláusulas gerais do contrato através das quais forem acordadas regras que sejam contrárias ou complementares a disposições de lei.

§ 9.º. *Cláusula Geral*

(1) As disposições em cláusulas gerais do contrato são ineficazes, quando elas, contra os preceitos de boa-fé,²⁰ prejudicam desarrazadamente o co-contratante do Predisponente.

(2) Em caso de dúvida, considera-se existente um prejuízo desarrazado

quando uma disposição: 1. não puder ser conciliada com os princípios básicos de uma norma legal da qual ela seja divergente, ou 2. restringir de tal forma os direitos e deveres essenciais, resultantes da natureza do contrato, que o alcance do objetivo do contrato seja posto em perigo.

§ 10. *Cláusulas Proibidas, com Possibilidade de Avaliação*²⁷

É especialmente ineficaz em cláusulas gerais do contrato:

1. (Prazo de Aceitação e de Adimplemento) uma disposição através da qual o predisponente se reserva um prazo desarrazadamente longo, ou um prazo insuficiente, para a aceitação ou recusa de uma oferta, ou para o adimplemento da obrigação;

2. (Prazo Suplementar) uma disposição através da qual o Predisponente, de forma contrária ao que dispõe o § 326, alínea 1 BGB,²⁸ se reserva um prazo suplementar desarrazadamente longo ou insuficiente, para a obrigação que lhe cabe adimplir;

3. (Reserva de Arrependimento) a concessão do direito ao predisponente de liberar-se de sua obrigação sem uma razão materialmente justificada e expressa no contrato; esta vedação não se aplica aos contratos celebrados por prazo indeterminado;

4. (Reserva de Alterações) a concessão do direito ao predisponente de alterar a obrigação prometida, ou afastar-se dela, quando a concessão de tal direito em benefício dos interesses do predisponente for insuportável para o co-contratante;

5. (Declarações Fictícias) uma disposição segundo a qual a declaração do co-contratante do predisponente deva ser considerada como proferida, ou não proferida, através da prática ou da omissão de determinado ato, salvo se: a) for concedido um prazo razoável pa-

ra que o co-contratante profira expressamente uma declaração e b) o predisponente se comprometer a informar o co-contratante, no início do prazo, do significado previsto para o seu comportamento;

6. (Ficção do recebimento) uma disposição segundo a qual uma declaração do predisponente com algum significado especial seja considerada como recebida pelo co-contratante;²⁹

7. (Execução de contratos) uma disposição segundo a qual o predisponente pode exigir, no caso de um co-contratante rescindir ou denunciar o contrato: a) uma indenização desarrazoadamente alta pela utilização ou uso de uma coisa ou direito ou pela obrigação já desempenhada, ou b) um reembolso desarrazoadamente alto para suas despesas;

8. (Revogado)

§ 11. *Cláusulas proibidas, sem possibilidade de avaliação*³⁰

É ineficaz em cláusulas gerais do contrato:

1. (Elevações súbitas de preços) uma disposição que preveja o aumento da remuneração por produtos ou serviços que devam ser entregues ou prestados dentro do prazo de quatro meses contados da celebração do contrato; a presente disposição não é aplicável para produtos ou serviços que devam ser prestados no âmbito de um contrato por prazo indeterminado;

2. (Direito de recusa ao cumprimento) uma disposição através da qual: a) seja excluído ou restringido o direito de recusa ao cumprimento, de que o co-contratante do predisponente seja titular, segundo o § 320 do Código Civil,³¹ ou b) seja excluído ou restringido o direito de retenção do co-contratante do predisponente, quando derivado da mesma relação contratual, e, especial-

mente, que o condicione ao reconhecimento de vícios pelo predisponente;

3. (Proibição de compensação) uma disposição através da qual seja retirada a faculdade do co-contratante do predisponente efetuar a compensação com um crédito incontroverso ou decorrente de decisão judicial;

4. (Interpelação, estabelecimento de prazo) uma disposição através da qual o predisponente seja liberado da obrigação legal de interpelar o co-contratante ou de lhe estabelecer uma prorrogação de prazo;

5. (Pré-liquidação do dano) a contratação de uma pré-liquidação do direito do predisponente à reparação dos danos ou reembolso de uma diminuição de valor, quando: a) a pré-liquidação ultrapassar, nos casos respectivos, os danos que seriam de se esperar de acordo com o curso normal das coisas, ou as diminuições de valor normais, ou b) for excluído do co-contratante o direito à prova de que um dano ou diminuição de valor simplesmente não ocorreu, ou ocorreu em valor substancialmente inferior ao pré-liquidado;

6. (Cláusula penal) uma disposição através da qual for determinado o pagamento de uma multa contratual em favor do predisponente, no caso de falta de aceitação ou aceitação retardada da obrigação desempenhada, ou da mora no pagamento, ou no caso de o co-contratante liberar-se do contrato;

7. (Responsabilidade no caso de culpa grave) uma exclusão ou restrição da responsabilidade por um dano decorrente de uma violação contratual gravemente culposa do predisponente, ou decorrente de uma violação dolosa ou gravemente culposa do contrato por parte do representante legal do predisponente, ou do auxiliar do predisponente na execução do contrato; a presente disposição é válida também para os danos

decorrentes de violação dos deveres por ocasião das negociações contratuais;

8. (Mora, impossibilidade) uma disposição através da qual, no caso da mora no adimplemento do predisponente, ou no caso de o predisponente alegar a impossibilidade da prestação, a) seja excluído ou restringido o direito do co-contratante de liberar-se do contrato, ou b) seja excluído, ou restringido de forma contrária ao n. 7, o direito do co-contratante reclamar a reparação do dano;

9. (Mora parcial, impossibilidade parcial) uma disposição através da qual, no caso de mora parcial no adimplemento pelo predisponente, ou impossibilidade parcial da prestação alegada pelo predisponente, seja excluído o direito do co-contratante de reclamar a reparação do dano decorrente do inadimplemento da obrigação completa, ou de liberar-se do contrato, quando o adimplemento parcial do contrato não for de seu interesse;

10. (Garantia) uma disposição através da qual, em contratos sobre fornecimento de coisas e serviços recém-produzidos: a) (Exclusão e remissão a terceiros) o direito de garantia contra o predisponente, incluindo eventuais pretensões a aperfeiçoamentos ou reposições, seja tal direito genérico ou exclusivo a partes específicas, for limitado à concessão de pretensões contra terceiros ou condicionado à prévia propositura de ação judicial contra terceiro; b) (Limitação ao aperfeiçoamento) o direito de garantia contra o predisponente, seja tal direito genérico ou exclusivo a partes específicas, for limitado ao direito a aperfeiçoamentos ou reposições, quando o co-contratante não tiver mantido expressamente o direito à redução do preço na hipótese de insuficiência do aperfeiçoamento ou reposição, ou, no caso de a prestação não consistir em

uma construção, não tiver exigido, à sua escolha, a resolução do contrato com recomposição do estado anterior, c) (Despesas com aperfeiçoamentos) for excluída ou restringida a obrigação do predisponente de suportar as despesas que forem necessárias para se atingir o destino do aperfeiçoamento, especialmente, custos de transporte, deslocamento, trabalho e material; d) (Ressalva da reparação de vícios) for condicionada a reparação de vícios ou o envio de uma coisa livre de vícios, para reposição, pelo predisponente, ao prévio pagamento do preço total ou de uma parte do preço desproporcional em relação ao vício; e) (Prazo excludente para reclamação de vícios) for estabelecido um prazo segundo o qual estará excluída a reclamação de vícios ocultos, pelo co-contratante, face ao predisponente, caso o prazo seja inferior ao prazo prescricional estabelecido para a pretensão legal de garantia; f) (Redução dos prazos de garantia) forem reduzidos os prazos de garantia previstos em lei;

11. (Responsabilidade por qualidades asseguradas) uma disposição através da qual forem excluídas ou restringidas as ações de reparação de dano contra o predisponente, decorrente da falta de qualidades asseguradas, em um contrato de compra e venda, um contrato de empreitada, ou um contrato misto de empreitada e venda, contrariamente aos §§ 463, 480 alínea 2, e § 635 do Código Civil;³²

12. (Prazo em contratos de execução continuada) em uma relação contratual que tenha por objeto o fornecimento regular de mercadorias ou a prestação regular de serviços ou obras, a) um prazo de duração contratual que vincule o co-contratante por mais de dois anos, b) uma prorrogação tácita da relação contratual que vincule o co-contratante por prazo superior a um ano, ou c) um pra-

zo de denúncia, em prejuízo do co-contratante, maior que três meses antes do término da próxima prorrogação, prevista ou tácita, do prazo do contrato;

13. (Troca do contratante) uma disposição através da qual, em contratos de compra e venda, de prestação de serviços, ou de empreitada, um terceiro possa sub-rogar-se nos direitos e obrigações do predisponente, decorrentes do contrato, a menos que em tal disposição a) o terceiro seja designado nominalmente, ou b) seja concedido ao co-contratante o direito de liberar-se do contrato;

14. (Responsabilidade do representante para a celebração) uma disposição através da qual o predisponente impõe ao representante do co-contratante que celebra o contrato, a) deveres de responsabilidade própria ou de representação, sem que tenha sido feita uma declaração expressa e específica, dirigida para este fim, ou b) uma responsabilidade superior à prevista no § 179 do Código Civil³³ para o caso de representação sem mandato;

15. (Ônus da prova) uma disposição através da qual o predisponente inverte o ônus da prova em detrimento do co-contratante, especialmente na qual ele a) impõe o ônus da prova ao co-contratante para circunstâncias que se encontram no âmbito de responsabilidade do predisponente; b) determina que o co-contratante prove determinados fatos.

A alínea *b* não se aplica a comprovantes de recebimento assinados separadamente;

16. (Forma de avisos e declarações) uma disposição que vincule a uma forma mais rígida que a escrita, ou a uma exigência de recebimento especial, os avisos ou declarações que devam ser apresentados ao predisponente ou a terceiro.

Segunda seção — Direito do conflito de leis

§ 12. *Âmbito de vigência entre Estados*

Os dispositivos da presente lei devem ser observados ainda que um contrato esteja sujeito ao direito estrangeiro ou ao direito da República Democrática Alemã, quando:

1. o contrato realizar-se em decorrência de uma oferta pública, de uma propaganda pública ou de uma atividade empresarial semelhante do predisponente desenvolvida no âmbito de vigência desta lei, e

2. o co-contratante, ao proferir a declaração de vontade dirigida à celebração do contrato, tenha seu domicílio ou local de permanência habitual no âmbito de vigência desta lei, e o faça dentro do âmbito de vigência desta lei.

Terceira seção — Processo

§§ 13 a 22 — (*omissis*)

Quarta seção — Âmbito de aplicação

§ 23. *Âmbito de Aplicação Material*

(1) Esta lei não é aplicável a contratos nas áreas de direito do trabalho, de sucessões, de família, e societário.

(2) Também não são aplicáveis

1. o § 2.º, para as tarifas e regulamentos ferroviários aprovados pelas repartições competentes ou baseadas em acordos internacionais, bem como para as cláusulas de transporte de trens urbanos, bondes e ônibus em serviço regular de trânsito, aprovadas de acordo com a Lei de Transporte de Passageiros.

2. os §§ 10 e 11, para contratos das empresas de fornecimento de eletricidade e gás a respeito do fornecimento de energia elétrica e gás da rede pública para usuários especiais, desde que as

cláusulas de fornecimento não se desviem, em detrimento do usuário, das “cláusulas gerais do contrato para o fornecimento com força elétrica da rede de baixa tensão das empresas de fornecimento de eletricidade” ou das “cláusulas gerais para o fornecimento com gás da rede pública das empresas de fornecimento de gás”, aprovadas de acordo com o § 7.º da Lei Econômica da Energia;

3. o § 11, ns. 7 e 8, para as cláusulas de transporte e disposições tarifárias de trens urbanos, bondes e ônibus em serviço regular de trânsito, aprovadas de acordo com a Lei de Transporte de Passageiros, desde que elas não se desviem, em detrimento do passageiro, do “Decreto sobre Cláusulas Gerais de Transporte para a Circulação de Trens Urbanos e Bondes bem como para os ônibus em Serviço Regular de Trânsito”, de 27.2.70;

4. o § 11, n. 7, para contratos de loteria ou de contratos de sorteio aprovados pelo Estado;

5. o § 10, n. 5 e §§ 11, n. 10, alínea f, para serviços para os quais a base contratual seja o “Regulamento para a Contratação de Obras”;

6. o § 11, n. 12, para contratos de fornecimento de acessórios a coisas vendidas, para contratos de seguro, bem como para contratos entre o titular de direitos materiais e processuais de autor e sociedades de exploração, conforme estas são definidas em lei, sobre a defesa dos direitos autorais e direitos conexos aos de autor.

(3) Um contrato de caderneta de poupança, um contrato de seguro, bem como a relação jurídica entre uma sociedade de investimentos e um quotista estão sujeitos às cláusulas gerais do contrato estabelecidas pela repartição competente da sociedade de poupança imobiliária, da seguradora, ou da sociedade de investimento, ainda que não tenham

sido respeitadas as exigências contidas no § 2, item (1), ns. 1 e 2.

§ 24. *Âmbito de Aplicação Pessoal*

Os dispositivos dos §§ 2, 10, 11 e 12 não são aplicáveis às cláusulas gerais do contrato,

1. que devam ser utilizadas contra um comerciante, quando o contrato for pertinente ao exercício de sua atividade comercial;

2. que devam ser utilizadas contra uma pessoa jurídica de direito público ou a um patrimônio autônomo de direito público.

O § 9.º deve ser aplicável no caso do n. 1 também no caso de ele acarretar a ineficácia das cláusulas contratuais mencionadas nos §§ 10 e 11; devem ser razoavelmente observados os usos e costumes em vigor no tráfego comercial.

Quinta seção — Disposições finais e transitórias

§§ 25 a 30 — (omissis)

Bibliografia

Doutrina (incluindo legislação comentada):

BAUR, Fritz e WALTER, Gerhard, *Einfuehrung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, 5.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1987. 161 pp.

BMJ — *Der Bundesminister der Justiz, Mehr Schutz vor den Tuecken des 'Kleingedruckten'*, 16.ª ed., Referat fuer Presse und Oeffentlichkeitsarbeit, Bonn, 1987. 23 pp.

HEINRICHS, Helmut e HELDRICH, Andreas, comentários à AGB-Gesetz, in PALANDT, *Buergerliches Gesetzbuch*, 50.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1991. pp. 2.425-2.485.

LOBO, Paulo Luiz Neto, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, Ed. Saraiva, SP, 1991, 238 pp.

MICKLITZ, Hans, *Rapport* sobre a AGB-Gesetz, apresentado ao Congresso Europeu sobre Condições Gerais dos Contratos, realizado em Coimbra, de 19 a 21 de maio de 1988, 22 pp. (cópia do trabalho em nosso poder; não nos consta que o mesmo tenha sido publicado).

SEIFERT, Karl-Heinz e HOEMIG, Dieter, *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland — Tachenskommentar*, 3.ª ed., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, 642 pp.

ULMER, Peter, BRANDNER, Hans Erich, HENSEN, Horst-Diether e SCHMIDT, Harry, *AGB-Gesetz — Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen*, 6.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Koeln, 1990, 1.218 pp.

Legislação:

Buergerliches Gesetzbuch, 32.ª ed., Beck-Texte im DTV, Muenchen, 1990, com introdução de Karl Larenz.

Código Civil Alemão, trad. de Souza Diniz, Ed. Record, RJ, 1960.

"Lei Fundamental da República Federal da Alemanha" (promulgada pelo Conselho Parlamentar em 23.5.49, com as emendas até, inclusive, 23.8.76), trad. publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn, 1983.

NOTAS

1. Lei para Regulação do Direito das Cláusulas Gerais dos Contratos (*AGB-Gesetz*).

2. "Art. 114. Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto". No mesmo sentido, o § 158 BGB.

3. "Condições dos contratos" é a expressão preferida por Paulo Luiz Neto Lôbo que faz interessante defesa de sua opção pela palavra "condição" em lugar de "cláusula": "Cláusulas gerais importam em contradição lógica: se as cláusulas são partes do contrato, nele contemporaneamente criadas e individualizadas, não podem ser gerais, isto é, aplicáveis a vários contratos de forma comum e inalterável". (*Condições Gerais...*, p. 33).

O autor não explica, porém, como evitar a confusão do uso do termo "condição" com a modalidade dos atos jurídicos tratada no art. 114 CCB.

4. Richtigkeitsgewaehr.

5. Note-se que não se trata, aqui, de responsabilidade por vício redibitório, mas sim de garantia fornecida voluntariamente pelo vendedor, muito comum também no Brasil, principalmente com relação à venda de bens de consumo duráveis.

6. Marktversagen.

7. Arts. 20 e 28 GG, *sozialstaatliche Ordnung*: "Art. 20 (1). A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social". "Art. 28 (1). A ordem constitucional nos estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental (...)".

8. BGHZ 22, 94; 41, 154; 60, 380 (*apud* Heinrichs e Heldrich, "Gesetz...", p. 2.425).

9. In NJW 74, 1987 (*apud* Heinrichs e Heldrich, *Gesetz...*, p. 2.425).

10. Equivalente à Câmara dos Deputados brasileira.

11. O *Bundesrat* é a "segunda câmara", ou "câmara alta" do Parlamento alemão, correspondente, embora com diferenças, ao Senado brasileiro.

12. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 216.

13. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 247.

14. V. § 23, (3).

15. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 218.

16. BGH NJW 1989, 2255 (*apud* Ulmer, "AGB...", p. 243).

17. NJW 1986, 2581 (*apud* Ulmer, "AGB...", p. 246).

18. BMJ, "Mehr Schutz...", p. 3.

19. Cf. Micklitz, "Rapport", p. 8.

20. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 403. O seguinte o teor do dispositivo citado do BGB: "§ 242 [Prestação de Acordo com a Boa-Fé] — O devedor está obrigado a executar a prestação como o exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes".

21. V. § 24.

22. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 379.

23. Cf. Micklitz, "Rapport", p. 3.

24. Cf. Micklitz, *Rapport*, p. 4.

25. O texto-base utilizado para a tradução foi o publicado in *BGB...*, 1990, e Heinrichs e Heldrich, *Gesetz...*, 1991.

26. *Treu und Glauben*.

27. "Klauselverbote mit Wertungsmoeglichkeit", são cláusulas que, em princípio, são vedadas, mas, dependendo do caso concreto poderão ser consideradas válidas.

28. O seguinte é o teor do dispositivo mencionado do BGB: "Art. 326 [Mora; Concessão de Prazo com Ameaça de Recusa] (1). Se, em um contrato bilateral, uma das partes estiver em mora da prestação a que se obrigou, poderá, a ela, a outra parte, para a execução da prestação, estabelecer um prazo razoável com a declaração de que recusa o recebimento da prestação depois do transcurso do prazo. Depois do transcurso do prazo, está ela autorizada a exigir indenização do dano por inexecução ou desistir do contrato, se a prestação não tiver lugar no tempo devido; a pretensão à realização está excluída. Se a prestação, até o transcurso do prazo, não for executada parcialmente, deverá ser aplicado o disposto no § 325, alínea 1, período 2".

29. É interessante notar que o direito alemão (§ 149 BGB) considera a *aceitação* da oferta vinculante a partir do momento do seu *recebimento* pela parte ofertante, enquanto que o direito brasileiro, seguindo, nesse ponto, o Código Suíço das Obrigações, consagra a teoria da *expedição*, segundo a qual considera-se o contrato perfeito desde que a aceitação é expedida (art. 1.086 CCB).

30. "Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, são cláusulas sempre vedadas, sem que seja jamais possível considerá-las válidas.

31. O seguinte é o teor do dispositivo mencionado do BGB:

"§ 320 [Exceção de Contrato não Cumprido] (1) Quem estiver obrigado por contrato bilateral, poderá recusar a prestação, à qual se obrigou, até a efetuação da contraprestação, a não ser que esteja ele obrigado a satisfazer a prestação em primeiro lugar. Se a prestação tiver de realizar-se a vários, poderá ser recusada, a cada um deles, a parte que lhe compete, até a efetuação de toda a contraprestação. Não deve ser aplicada a disposição do § 273, item 3. (2) Se for parcialmente satisfeita a prestação por um dos lados, não poderá ser recusada a contraprestação desde que a recusa, de acordo com as circunstâncias, particularmente por causa da insignificância proporcional da parte restante, infringir a boa-fé".

32. O seguinte é o teor dos dispositivos citados do BGB: "(Seção VII — Obrigações em Particular; Título I — Compra. Troca;

Parte II — Responsabilização por Vícios da Coisa).

§ 463 [Indenização de Dano por Inexecução]

Se faltar à coisa vendida, ao tempo da compra, uma qualidade assegurada, poderá o comprador exigir indenização do dano por inexecução em vez de redibição ou de minoração. O mesmo se dá quando o vendedor ocultar dolosamente um defeito.

§ 480 [Compra em Gênero]

(...)

(2) Se faltar à coisa, ao tempo em que o risco passa para o comprador, uma qualidade assegurada, ou tenha o vendedor, dolosamente, ocultado um defeito, poderá o comprador, em vez de redibição, minoração ou entrega de uma coisa sem vício, exigir indenização de dano por inexecução".

"(Seção VII — Obrigações em Particular; Título VII — Contrato de Empreitada e Contratos Semelhantes; Parte I — Contrato de Empreitada)

§ 635 [Reparação de Dano por Inadimplemento]

Se o vício da obra provier de uma circunstância pela qual o empreiteiro tem de responder, poderá o comitente, em vez de redibição ou de minoração, exigir indenização de dano por execução".

33. "§ 179. [Responsabilidade do *Falsus Procurator*] (1) Quem, como representante, tiver concluído um contrato, sempre que não comprove o seu poder de representação, estará obrigado, para com a outra parte, e a escolha desta, à execução ou à indenização do dano, se o representado recusar a ratificação do contrato. (2) Se o representante não conhecia a falta de poderes de representação, estará obrigado somente à indenização daquele dano que a outra parte sofreu pela circunstância de que confiou nos poderes de representação, contudo não acima do total do interesse que a outra parte tinha na eficácia do contrato. (3) O representante não responde, se a outra parte conhecia ou devia conhecer a falta de poderes de representação. O representante também não responde se estava limitado em sua capacidade jurídica, a não ser que tenha procedido com assentimento de seu representante legal".