

**GARANTIAS DE CRÉDITO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: UMA DISCUSSÃO
SOBRE OS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL SUPERIOR ALEMÃO DE 21.04.1998 E
14.05.1998 E DA DECISÃO PREJUDICIAL DO TRIBUNAL DE POTSDAM DE
27.04.1998***

Prof. Dr. iur. Marietta Auer, M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard)

Advogada (New York). Titular da cadeira de Direito Civil e Filosofia Jurídica na Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha).

Deborah Alcici Salomão, LL.M. (Marburg) - Tradutora

Advogada, mestre em Direito pela Philipps-Universität Marburg (Alemanha), reconhecido pela UFMG. Doutoranda em Direito pela Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha), orientada pelo Prof. Dr. Christoph Benicke.

O problema da aplicabilidade do direito do consumidor às garantias de crédito - que com o pedido de decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam sobre a aplicabilidade da Diretiva de Crédito ao Consumidor à fiança já incomoda o Tribunal de Justiça Europeu pela terceira vez - desenvolveu-se de uma estreita faixa de questões jurídicas específicas para um tema abrangente e muito discutido. Além das questões originais sobre a aplicabilidade da Lei de Contratos em Domicílio ao contrato de fiança e da aplicabilidade da Lei de Crédito ao Consumidor à cessão de contrato e à adesão dívida, recentemente surgiram problemas de aplicação paralelos, como o da aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à fiança e da Lei de Crédito ao Consumidor e da Lei de Contratos em Domicílio às hipotecas. As decisões do Tribunal Superior Alemão, decorrentes da decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso "Dietzinger", e o pedido de decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam mostram claramente a interdependência dessas questões e a influência significativa das diretrizes europeias sobre a dogmática do direito nacional, influência esta que deve ser devidamente observada pela jurisprudência através da inserção sistemática dos requisitos de interpretação do entendimento do Tribunal Europeu.

* Artigo publicado em: ZBB (Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft) 1999, 161-171.

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 865-887, Set.-Dez. 2017.

I. PONTO DE PARTIDA: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E GARANTIAS DE CRÉDITO NA LITERATURA E JURISPRUDÊNCIA

As palavras-chave “proteção do consumidor e garantias de crédito” despertam tanto na literatura quanto na jurisprudência associações com o direito europeu. Recentes decisões do Tribunal Superior Alemão (Bundesgerichtshof – BGH)¹ -casos “Dietzinger”² e “Guindaste”³- e o pedido de decisão prejudicial feito pelo Tribunal de Potsdam ao Tribunal de Justiça Europeu⁴ testemunham de forma veemente que, essencialmente, uma interpretação da Lei de Contratos em Domicílio (Haustürwiderrufsgesetz - HWiG)⁵ e da jurisprudência acerca da Lei de Crédito ao Consumidor (Verbrauchercreditgesetz – VerbrKrG), em conformidade com as diretivas da União Europeia, não foi realizada.⁶ Uma discussão sobre as consequências desta nova jurisprudência será precedida de uma visão geral do status da discussão alcançada até agora sobre a aplicabilidade da Lei de Contratos em Domicílio e da Lei de Crédito ao Consumidor para garantias individuais.

1. PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DA LEI DE CONTRATO EM DOMICÍLIO: FIANÇAS E GARANTIAS DE CRÉDITO

a) Lei de Contratos em Domicílio e fiança

A consulta feita pelo Tribunal de Kleve ao Tribunal de Justiça Europeu no ano de 1992⁷ discutia o clássico problema da aplicação da Lei de Contratos em Domicílio à luz da diretiva

¹ Nota da tradutora: Comparável ao Superior Tribunal de Justiça – STJ no Brasil.

² BGH, decisão de 14. 5. 1998 - IX ZR 56/95, NJW 1998, 2356 = ZIP 1998, 1144 = WM 1998, 1388 = DB 1998, 1553 = BB 1998, 1441 = EWiR 1998, 845 (Eckert).

³ BGHZ 138, 321, decisão de 21.4.1998 - IX ZR 258/97 = NJW 1998, 1939 = ZIP 1998, 949 = WM 1998, 1120 = DB 1998, 1179 = BB 1998, 1175 = EWiR 1998, 567 (Deimel).

⁴ LG Potsdam, decisão de 27.4.1998 - 12 O 20/97, EuZW 1998, 446 = NJW 1998, 2552 (Ls.) = WM 1998, 1287 = DB 1998, 1226. O processo tramitou no Tribunal de Justiça Europeu sob o número Rs. C-208/98 geführt.

⁵ Nota da tradutora: A Lei de Contratos em Domicílio foi revogada com a reforma dos direitos das obrigações da Alemanha em 2002. Deste então, as normas antes previstas naquela lei ocupam os §§312b ss. do Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

⁶ Ver Pfeiffer, ZIP 1998, 1129; Feick, BB 1998, 1761 (1762).

⁷ LG Kleve, EuZW 1993, 166 com notas de Kappus. Esta consulta se findou com a desistência do processo; compare com ZIP 1994, 1171, bem como Roth, ZIP 1996, 1285 (1286 Nota de rodapé 14); Pfeiffer, NJW 1996, 3298; Wenzel, NJW 1993, 2781 (Nota de rodapé 3).

KREDITSICHERHEITEN UND VERBRAUCHERSCHUTZ AUF DEM PRÜFSTAND DES EUROPARECHTS

européia sobre o tema⁸ à fiança. Sabe-se bem que tal consulta foi inconclusiva. A discussão se aborrou em torno da seguinte questão: a fiança pode ser vista como um contrato cujo objeto é uma prestação pecuniária, de acordo com o §1 (1) da Lei de Contratos em Domicílio? A IX. câmara cível do Tribunal Superior Alemão e parte da literatura já haviam negado esta possibilidade à luz do direito alemão, já que a fiança não constitui uma declaração de vontade direcionada para a celebração de um contrato oneroso, mas uma responsabilidade unilateral assumida pelo fiador, diferente daquela do devedor principal⁹.

A XI. câmara cível do Tribunal Superior Alemão, a maior parte da literatura jurídica e uma parte considerável da jurisprudência, com base na dogmática do código civil alemão, já haviam se pronunciado contra a aplicação da Lei de Contratos em Domicílio à fiança, utilizando três linhas de argumentação¹⁰.

aa) Fiança como um “contrato oneroso”

A falta de onerosidade da fiança não decorre de sua natureza jurídica, já que estas categorias estão em níveis diferentes. A onerosidade da fiança decorreria da vinculação sinalagmática,

⁸ Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (Diretiva sobre contratos celebrados em domicílio), ABI Nr. I.372/31.

⁹ Por fim, a decisão BGH, NJW 1996, 930; antes disso BGHZ 113, 287 = NJW 1991, 975 = ZIP 1991, 235; BGH, NJW 1991, 2905; OLG Köln, WM 1990, 1616; *Bales*, WuB I F 1 a - 3.91; *Baldus/Becker*, ZEuP 1997, 874 (878 f.); *Baldus*, JuS 1995, 1102 (1103); *Edelmann*, WiB 1996, 398 f.; *Gottwald*, BB 1992, 1296 ff.; *Knauth*, WM 1987, 517 (523); *Rehbein*, WuB I F 1 a - 9.91; *Sonnenhol*, WuB I F 1 a - 13.96; *Teske*, ZIP 1986, 624 (629); *Weber*, Die Bank 1997, 353 (356 f.); *Wenzel*, NJW 1993, 2781 ff.; *do mesmo autor*, Die Bank 1993, 423 f.; *do mesmo autor*, BB 1992, 1296; *Wolff*, WuB I F 1 a - 15.91; diferentemente *Lubitz*, JA 1997, 166, que se baseia na não-onerosidade da fiança, mas em resultado concorda com a aplicabilidade da Lei de Contratos em Domicílio de acordo com uma interpretação jurídica em conformidade com as diretivas europeias.

¹⁰ BGH, NJW 1993, 1594; mais sobre isto KG, WM 1996, 1219; OLG Hamm, WM 1995, 1872; OLG Köln, NJW-RR 1994, 1538; *Erman-Klingsporn*, BGB (⁹1993), § 1 HWiG, Rz. 4 ff.; *Bülow*, NJW 1996, 2889; *Bunte*, WM 1993, 877 (881); *Bydlinski*, WM 1992, 1301 (1302 f.); *do mesmo autor*, ZBB 1991, 263 (265); *Drexler*, JZ 1998, 1046 (1052 f.); *Fischer/Machunsky*, HWiG (²1995), § 1 Rz. 42 f.; *Fuchs-Wisseemann*, WiB 1994, 147; *Gilles*, EWiR 1991, 483; *Gilles/Ewert*, EWiR 1996, 749; *Grunewald*, LM Nr. 8 zu § 1 HWiG; *Hasselbach*, JuS 1999, 329 (331); *Kappus*, EuZW 1993, 168; *Klingsporn*, NJW 1991, 2259 f.; *do mesmo autor*, WM 1993, 829 (830); *Köndgen*, NJW 1994, 1508 (1509); *Kröll*, DZWiR 1998, 426 (429 ff.); *Larenz/Canaris*, SchuR II/2, § 60 II 3 a; *Lorenz*, NJW 1998, 2937 ff.; *Medicus*, EWiR 1993, 791; *do mesmo autor*, EWiR 1991, 693; *MünchKomm/Ulmer*, BGB (³1995), § 1 HWiG Rz. 8a; *Pfeiffer*, ZBB 1992, 1 ff.; *do mesmo autor*, EWiR 1993, 273 f.; *do mesmo autor*, LM Nr. 12 zu § 1 HWiG; *do mesmo autor*, WuB I F 1 a - 2.96; *Pfeiffer/Dauck*, NJW 1996, 2077 (2079); *Reich*, VuR 1997, 187 (194 f.); *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893; *Tiedtke*, ZIP 1995, 521 (535); *Graf v. Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Bürgschaft (1995) Rz. 12; diferentemente *Klein*, DZWiR 1996, 230 ff.; *Schanbacher*, DZWiR 1993, 337 f.; *do mesmo autor*, NJW 1991, 3263 f.; *Probst*, JR 1992, 133 (136 ff.); *do mesmo autor*, JR 1992, 197 (198); *Sonnenhol*, WuB I F 1 a - 13.96; *Staudinger/Werner*, BGB (¹³1998), § 1 HWiG Rz. 67; *Wassermann*, JuS 1992, 908 (910 ff.), que apenas reconhece a onerosidade da fiança quando esta está vinculada a uma contra-prestação no caso concreto, veja também *Pfeiffer*, NJW 1996, 3297 (3298); *do mesmo autor*, EWiR 1997, 415

condicional ou causal com a obrigação prometida ou o aumento do empréstimo garantido¹¹. No entanto, isso só levará ao pagamento da fiança ou do contrato em questão, se, no caso concreto, uma vinculação desta natureza realmente existir¹².

bb) A "maior proteção da pessoa que não recebe contra-prestação" e a *ratio* da Lei de Contratos em Domicílio

Aqueles que são favoráveis à aplicação da Lei de Contratos em Domicílio argumentam ainda que a necessidade de proteção do fiador em contratos que, como na fiança, somente se fundam na obrigação contratual unilateral do comprador em domicílio, mas não preveem uma remuneração pela outra parte contratual, é ainda maior que em contratos em que a parte recebe remuneração por ser garantidor, ainda que esta remuneração seja pequena. Em decorrência disso, sugeriu-se que o conceito de “Contrato cujo objeto é uma prestação pecuniária” fosse interpretado de forma mais adequada, onde contratos que contenham um acordo favorecendo unilateralmente o comprador não estão englobados naquele conceito¹³.

Esta primeira conclusão jurídica - que é de grande importância também na discussão da jurisprudência sobre a Lei de Crédito ao Consumidor -, se rigorosamente aplicada, levanta a questão da inclusão de todos os tipos de garantias no âmbito da proteção de todas as leis do consumidor e é, portanto, insustentável. O fato de que um fiador não recebe remuneração de nenhuma natureza só deve fundamentar a aplicação da lei de proteção ao consumidor quando os mecanismos de proteção válidos para as garantias de crédito contêm uma lacuna em relação ao objetivo de proteção que a lei de proteção do consumidor quer atingir. O objetivo de proteção da Lei de Contratos em Domicílio é proteger o consumidor de situações “perigosas”, em que ele tipicamente não consegue resistir à influência da oferta contratual. Ela protege de contratar “no susto”. Em poucas palavras: fornece proteção situativa contra o

¹¹ Veja *Pfeiffer*, ZBB 1992, 1, 2 ss.; NJW 1996; *Klingsporn*, WM 1993, 829; *Larenz/Canaris* (Nota de rodapé. 10), § 60 II 3 a.

¹² Veja as referências na nota de rodapé 9. Admite-se essa limitação e se reconhece, por outro lado - também com representantes da opinião contrária que divide a opinião majoritária, veja RGZ 65, 46 (47) e 66, 425 (426) - que a onerosidade é reconhecida em decorrência de uma contra-prestação, o contraste entre as posições acima mencionadas é essencialmente reduzido à relação regra-exceção de remuneração e gratuidade. Assim argumenta, por exemplo, *Pfeiffer*, NJW 1996, 3297 (3298) afirmando que há geralmente uma vinculação; *Wenzel*, NJW 1993, 2781 (2782); *do mesmo autor*, Die Bank 1993, 423 s. alerta que este pode ser o caso excepcionalmente. Veja também a acertada crítica de *Schanbacher*, NJW 1991, 3263, que não compartilha com o entendimento negativo da IX. câmara do Tribunal Superior Alemão sobre a unilateralidade da fiança.

¹³ Veja BGH ZIP 1993, 585, 586.

contrato feito às pressas¹⁴. Muito diferente é o objetivo de proteção da Lei de Crédito ao Consumidor. Contratos de crédito são tipicamente muito complexos, por isso a lei visa proteger o consumidor contra a incerteza sobre as futuras obrigações de pagamento e procura salvaguardar isso por meio de obrigações especiais de informação: proteção informativa¹⁵. Se medimos então os mecanismos de proteção da fiança através do objetivo especial de proteção da Lei de Contratos em Domicílio, prevalece o entendimento de que tal lei é aplicável à fiança. Isso porque, do ponto de vista da proteção situativa, o fiador - como demonstram inúmeros exemplos da jurisprudência – está na mesma situação de pressão que sofre o comprador na porta de casa e as disposições protetivas da Lei de Fiança (§§766, 767, 738, 770ss. BGB) não possuem regras quanto a isso. Especialmente o requisito de obrigatoriedade da forma escrita para contratos de fiança (§766 BGB) não é suficiente para proteger o fiador da situação de pressão, pois a função de alertar, que tem a forma escrita, nem sempre cumpre seu papel ou sequer é levada a cabo nas situações cobertas pela Lei de Contratos em Domicílio. Já com base na lei alemã, a fiança pode, portanto, ser incluída no escopo do Lei de Contratos em Domicílio por meio de aplicação direta (no caso de vinculação concreta com uma remuneração) ou por interpretação e analogia.¹⁶

cc) A aplicação da Diretiva 85/577/CEE: a decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso “Dietzinger”

Desde a segunda apreciação¹⁷ do Tribunal de Justiça Europeu no caso "Dietzinger"¹⁸, através da consulta do IX. câmara cível do Tribunal Superior Alemão, a interpretação da Lei de Contratos em Domicílio em conformidade com a diretivas da União Europeia está em foco. Os defensores da aplicação da daquela lei argumentam que, de acordo com o Art. 1 da

¹⁴ Nota da tradutora: A autora descreve a proteção situativa do consumidor, base da diretiva europeia e da lei alemã sobre contratos celebrados em locais não comerciais, especialmente em domicílio. Tal proteção remonta à época em que fornecedores batiam às portas de possíveis consumidores oferecendo-lhes serviços e produtos. No Brasil, era comum fornecedores que ofereciam livros e enciclopédias nas portas das casas. Muitas vezes o consumidor, sentindo-se pressionado pela situação em que se encontrava, à porta de sua casa, incomodado em sua esfera privada e querendo se ver livre do fornecedor, acabava celebrando o contrato por se sentir pressionado. Portanto, as normas de contratos em domicílio desejam proteger o consumidor contra esta situação desconfortável, por isso a dita proteção “situativa”.

¹⁵ Aplicável à necessidade de fins de proteção diferenciados *Drexl*, JZ, 1998, 1046, 1052 ss.

¹⁶ Contra a admissibilidade de uma interpretação extensiva e além da analogia, veja *Baldus/Becker*, ZEuP 1997, 874 (885); *Baldus*, JuS 1995, 1102 (1104, 1106); no entanto, um entendimento tão limitante do método não parece apropriado; similar: *Bydlinski*, DZWIR 1996, 117 (118); *Kröll*, DZWIR 1998, 426 (429).

¹⁷ Definição dada por *Pfeiffer*, NJW 1996, 3297.

¹⁸ Consulta do BGH, NJW 1996, 930 = EWIR 1996, 749 (*Gilles*) = WuB I F 1a - 13.96 (*Sonnenhol*) = LM Nr. 23 zu § 1 I HWiG (*Müller*).

KREDITSICHERHEITEN UND VERBRAUCHERSCHUTZ AUF DEM PRÜFSTAND DES EUROPARECHTS

Diretiva sobre Contratos em Domicílio, a mesma é aplicável a todos os “contratos” e em primeira análise seria, portanto, aplicável também a “contratos unilaterais”¹⁹.

Porém foi com o requerimento do advogado-geral Jacobs no caso Dietzinger que ficou claro que a subsunção da fiança como “contrato”, que parecia tão óbvia, na verdade não é tão clara assim. O advogado se posicionou contra a aplicação da diretiva à fiança, defendendo a limitação de sua aplicação aos contratos sobre entrega de bens ou fornecimento de serviços²⁰. Todavia, ninguém podia imaginar que o Tribunal de Justiça Europeu faria as diferenciações extremamente complexas que fundamentaram sua decisão no caso “Dietzinger”²¹. Tal decisão foi, acertadamente, criticada pela literatura²² em face de sua falta de adequação, e deu ensejo à discussão entre a IX. e a XI. câmara cível do Tribunal Superior Alemão. Não apenas o desfecho da decisão foi decepcionante; sobretudo faltou nela o efeito esclarecedor no que diz respeito à ordem sistemática do problema de proteção de terceiros no direito do consumidor. De acordo com a decisão, a fiança deve, em princípio, ser abrangida pelo âmbito de proteção da Diretiva sobre Contratos em Domicílio, mas isto apenas em decorrência da acessoriedade deste contrato à dívida principal do contrato de crédito. A corte não apreciou a aplicação da diretiva de forma independente e com isso, sequer respondeu à pergunta inicial feita na consulta levada a corte.

Ademais, o Tribunal de Justiça Europeu fixou duas condições de aplicabilidade extremamente limitantes e problemáticas: primeiro, do caráter acessório do contrato decorre que, para a aplicação da diretiva, seria necessário que o contrato principal fosse um contrato celebrado em domicílio; além disso a diretiva apenas protegeria consumidores, assim o fiador precisa ser consumidor para ser alvo da proteção da diretiva – “requisito de contrato em domicílio simples e „duplo“ requisito de consumidor“. Essas diferenciações não correspondem com a “apreciação total” de devedor principal e fiador (em contraposição à “consideração única” usada anteriormente), já discutidas no direito nacional, mas contém uma terceira categoria de

¹⁹ Assim também BGH ZIP 1993, 585, 586.

²⁰ Uma interpretação que merece aceitação do ponto de vista do Direito Europeu, veja também as conclusões do advogado-geral *Jacobs*, Tribunal de Justiça da União Europeia Slg. 1998, I-1201 – ZIP 1997, 627, entendimento contrário: *Pfeiffer*, EwIR 1997, 415, e NJW 1996, 3297, 3300 ss. Uma extensão do objetivo de proteção no âmbito da Lei alemã de contratos em domicílio não estaria preclusa, conforme o Art. 8 da diretiva europeia sobre o tema. Sobre a interpretação da diretiva veja: *Edelmann*, VuR 1998, 179 ss.; *Roth*, ZIP 1996, 1285 (1287 ss.); *Klein*, DZWiR 1996, 230 (232 f.); *Schanbacher*, DZWiR 1993, 337 (338 f.).

²¹ Tribunal de Justiça da União Europeia, 17.3.1998 - Rs. C-45/96 (*Dietzinger*), Slg. 1998, I-1214 ss. (1221 f.). Outras referências na nota de rodapé. 2.

²² Discordando: *Breithaupt* MDR 1998, 1020 f.; *Bydlinski/Klauninger*, WuB I F 1 a - 15.98; *Drexler*, JZ 1998, 1046 (1055 f.); *Edelmann*, VuR 1998, 179 ff.; *Hoffmann*, DZWiR 1998, 277 f.; *Lorenz*, NJW 1998, 2937; *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129; do mesmo autor, EwIR 1998, 465 s.; *Reinicke/Tietke*, ZIP 1998, 893.

KREDITSICHERHEITEN UND VERBRAUCHERSCHUTZ AUF DEM PRÜFSTAND DES
EUROPARECHTS

“consideração única” do devedor principal²³. Muito já se discutiu na literatura sobre o efeito dessas diferenciações²⁴ que, não apenas influenciam a interpretação da Diretiva sobre Contratos em Domicílio, mas todo o Direito do Consumidor da União Europeia. Aliás, o conceito de acessoriedade tampouco foi bem trabalhado na decisão do Tribunal Europeu²⁵, ele apresenta uma maneira específica de vincular um direito secundário ao direito principal, a saber, a dependência direta do direito secundário ao direito principal originada dentre outras causas por extensão, continuidade e conteúdo²⁶. Da acessoriedade da fiança decorre a extinção por extinção da dívida principal pelo devedor principal conforme §1 Lei de Contratos em Domicílio, como também a objeção à revogabilidade, mas não o surgimento de um direito independente de revogação do garantidor²⁷. Assim, o princípio da acessoriedade, sob o qual se sustenta o argumento do Tribunal de Justiça Europeu, se mostra vazio.

dd) A decisão do Superior Tribunal Alemão no caso “Dietzinger”: “Guerra das câmaras”²⁸

Com base naquela decisão do Tribunal de Justiça Europeu, a IX. câmara do Tribunal Superior Alemão²⁹ decidiu que a Lei de Contratos em Domicílio somente se aplica à fiança quando tanto o fiador como o devedor principal entrarem em suas respectivas responsabilidades contratuais como consumidores em uma transação em domicílio. Isto corresponde ao “requisito de duplo consumidor” presente na decisão do Tribunal de Justiça Europeu, todavia há uma diferença escondida nesta decisão, pois, ao invés de condicionar a aplicação da proteção ao contrato celebrado em domicílio apenas na pessoa do devedor principal, a decisão exige o “duplo contrato em domicílio”, tanto na pessoa do devedor principal quanto na pessoa

²³ Portanto, não é correto presumir que o Tribunal Europeu se juntou à “visão geral”; *Drexler*, JZ 1998, 1046, 1055 s.; *Kröll*, DZWir 1998, 426. Sobre a questão da consideração única ou total: *Ulmer/Timmann*, Sobre a aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à terceiros: Festschrift s. *Rowedder*, 1994, p. 503, 506 ss., contra o entendimento majoritário.

²⁴ Veja a crítica de *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129 (1131 ss.); *Lorenz*, NJW 1998, 2937 (2938 f.); *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893 (894 ss.).

²⁵ *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1131 s.

²⁶ Sobre o conceito de acessoriedade, de grande importância para a vinculação direta, veja: *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte (1993), p. 48 ss.; *Habersack*, JZ 1997, 857 (862); mais sobre o assunto: *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893 (895); *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129 (1131 s.).

²⁷ *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129 (1132); *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893 (895).

²⁸ Assim descreve *Lorenz*, NJW 1998, 2937.

²⁹ BGH, NJW 1998, 2356 (*Dietzinger*); ademais *Pfeiffer*, *Lorenz*; *Feick*, BB 1998, 1761; *Eckert*, EWiR 1998, 845 (concordando).

do fiador³⁰. À exceção desta diferença, a decisão do Tribunal Superior Alemão acolheu quase que por completo as condições postas na decisão do Tribunal Europeu no caso “Dietzinger”. O tribunal alemão justifica-se com base no efeito vinculante da interpretação do Tribunal Europeu para os tribunais dos estados-membro. Tal fundamento é, todavia, falho, já que o Art. 8 da Diretiva sobre Contratos em Domicílio garante aos estados-membro a liberdade de instituir outras medidas protetivas³¹. O real fundamento da decisão é claramente outro: a interpretação histórica da Lei de Contratos em Domicílio, já que a história mostra que o objetivo do legislador era aplicar as medidas protetivas da Diretiva, mas não as superar³². Neste diapasão, a IX. câmara cível adotou as condições de aplicabilidade da Diretiva impostas pelo Tribunal Europeu e abdicou de apresentar um entendimento próprio sobre a inserção sistemática e teleológica da proteção em contratos em domicílio em consonância com sua própria concepção anterior. O leitor se lembra das palavras de *Nahmers*, que diz que um tribunal não pode se limitar a seguir cegamente os princípios mutáveis do tribunal superior, contra entendimentos melhores, assim como um líder telégrafo, que copia e reproduz os caracteres ditados por seu vizinho, sem se importar com significado e conteúdo³³. Essa renúncia a uma solução independente e dogmaticamente correta é extremamente insatisfatória, já que, através da adoção, sequer fundamentada, dos requisitos do Tribunal Europeu, a IX. câmara cível, em primeiro lugar, perpetua a falta de sustentação fática dos requisitos e, em segundo lugar, aceita o surgimento de uma situação jurídica dicotômica que põe em questão a viabilidade de sua própria argumentação anterior - que não é expressamente rejeitada na decisão -, de que a garantia, enquanto contrato não-oneroso, nunca se enquadra no escopo da Lei de Contratos em Domicílio. No futuro, esse raciocínio será confrontado com o fato de que, em virtude de uma interpretação em conformidade com a diretiva europeia, a lei será aplicada à fiança, pelo menos em alguns casos³⁴. No entanto, a posição jurídica dicotômica é particularmente lamentável tendo em conta o fato de que, como foi discutido durante um longo período de tempo, existem motivos significativos para a aplicação geral da

³⁰ *Pfeiffer* afirma, com razão, que essa restrição pode exigir uma nova apresentação da questão ao Tribunal Europeu em relação ao âmbito de aplicação da diretiva, conforme especificado em *Dietzinger*; veja. ZIP 1998, 1129, 1137; veja também *Drexler*, JZ 1998, 1046, 1050; *Feick*, BB 1998, 1761, 1762.

³¹ BGH ZBB 1999, 156, 157 9 sub.2, 3); sobre a liberdade de instituir outras medidas protetivas: Art. 8 da Diretiva de Contratos em Domicílio veja *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2939 s.; *Reinick/Tiedtke*, ZIP 1998, 893, 896, *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1136, considera a fundamentação com base no Art. 8 da diretiva dispensável.

³² BGH ZBB 1999, 156, 158 (sub. 6).

³³ *Wilhelm v. d. Nahmer*, Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzoglich Nassauischen Oberappellations-Gerichts zu Wiesbaden, Bd. 1, Frankfurt a. M. (1824), p. 12, no que diz respeito ao problema comparável das decisões nas instâncias superiores e inferiores.

³⁴ Veja *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2939; *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1136; do mesmo autor, EwIR 1998, 465, 466; *Feick*. BB 1998, 1761, 1762; *Kröll*, DZWIR 1998, 426, 429; outro entendimento, menos convincente: *Eckert*, EwIR 1998, 845, 846.

Lei de Contratos em Domicílio à fiança, nos termos do artigo 8.º da diretiva. Assim, a IX. câmara cível deixou passar uma boa oportunidade de acabar com a chamada “guerra das câmaras”. Devido à situação jurídica pouco clara desde o caso "Dietzinger", um apelo ao Grande Senado do Tribunal Superior Alemão ainda é inevitável e, por razões de segurança jurídica, é mais necessário do que nunca³⁵. É urgente que uma das câmaras se pronuncie em breve, em um caso adequado, para fornecer um modelo de decisão e assim criar uma base dogmática adequada para a proteção do consumidor em contratos de fiança.

b) Lei de Contratos em Domicílio e garantia de hipoteca³⁶

A fiança não representa o único problema quanto à aplicação da Lei de Contratos em Domicílio. No ano 1995 a XI. câmara cível decidiu, confirmando sua linha de pensamento divergente daquela da IX. câmara cível, que o §1 da Lei de Contratos em Domicílio se aplica ao contrato de garantia com obrigação de solicitar um depósito de segurança, se a obrigação for assumida em antecipação de uma vantagem para o fiador ou para um terceiro³⁷. Concordo com este ponto de vista, posto que o contrato de garantia deve ser visto diretamente como um contrato oneroso.

2. PROBLEMA DE APLICAÇÃO DA LEI DE CRÉDITO DO CONSUMIDOR: CESSÃO DE CONTRATO, ADESÃO À DÍVIDA³⁸, FIANÇA, HIPOTECA³⁹

Por outro lado, há de se analisar de forma diferente o problema da aplicação análoga⁴⁰ da Lei de Crédito ao Consumidor às garantias de crédito. O Tribunal Superior Alemão já confirmou

³⁵ Neste sentido: *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2940.

³⁶ Nota da tradutora: No texto original a autora se refere a um tipo de garantia chamado *Sicherungsgrundschuld*, onde um imóvel serve como garantia de um contrato bancário de crédito. Todavia, em essência, esta garantia é diferente da hipoteca, também conhecida no direito alemão como *Hypothek*, pois a *Sicherungsgrundschuld* não é um contrato acessório. No entanto, por ser a hipoteca a garantia mais similar ao instituto da *Sicherungsgrundschuld* no direito brasileiro, optou-se por utilizar a palavra “hipoteca” na tradução, facilitando a compreensão do texto.

³⁷ BGHZ 131, 1 = ZIP 1995, 1813 = DZRR 1996, 115 (m. anm. *Bydlinski*) = JA 1996, 626 = LM HWiG § 1 Nr. 18, 19 – NJW 1996, 55 = WM 1995, 2027, veja também *EqiR* 1995, 1107 (*Hauff*); veja também *Pfeiffer/Dauck*, NJW 1996, 2077, 2079.

³⁸ Nota da tradutora: Na Alemanha há três modos de mudança da obrigação no âmbito pessoal. Muda-se o credor através da cessão de crédito e muda-se o devedor através da assunção de dívida ou da adesão à dívida. Nesta última modalidade o terceiro adere à dívida tornando-se codevedor, responsável solidário pela dívida. A adesão à dívida é muitas vezes usada como garantia para o credor, dando-lhe mais um devedor a quem recorrer. Todavia, diferencia-se da fiança, pois não é um contrato acessório onde o fiador só responde pela dívida se o devedor principal não a honrar.

³⁹ Veja nota de rodapé 36.

esta aplicação, primeiramente para cessão de contratos e adesão à dívida⁴¹. A corte conectou a aplicação com a proteção de terceiros dada pela Lei de Financiamento, cuja preservação é fundamento essencial desta jurisprudência⁴².

a) Lei de Crédito ao Consumidor e Cessão de contrato

Em duas decisões fundamentais dos anos 1995 e 1996, que concerniam a cessão de um contrato de entrega de cerveja, o Tribunal Superior Alemão reconheceu a aplicação análoga da Lei de Crédito ao Consumidor à cessão de contrato, incluindo a criação de um direito de rescisão análogo ao §7 daquela lei, bem como a transferência do direito de rescisão relativo ao contrato de crédito assumido para o cessionário⁴³. De acordo com tal decisão o cessionário possui dois tipos de direito de rescisão, um original e um derivado. A tendência de proteção em excesso desta jurisprudência foi alvo de críticas claras e em parte acertadas na literatura jurídica⁴⁴. No contexto aqui discutido, no entanto, só nos interessa o direito original de rescisão em relação à cessão de contrato, cujo reconhecimento, em qualquer caso, deve ser aprovado tanto na abordagem quanto no fundamento⁴⁵. Do ponto de vista do objetivo de proteção da Lei de Crédito ao Consumidor, que deseja oferecer proteção informativa, não pode fazer diferença se o consumidor está sobrecarregado com as obrigações decorrentes de uma obrigação de crédito original ou derivada de uma cessão de contrato. Seu interesse informativo, protegido pelos §§ 4 e 7 da Lei de Crédito ao Consumidor, é o mesmo em ambas as situações. Também o Tribunal Superior Alemão faz essa avaliação de forma precisa quando esclarece que a necessidade de proteção do cessionário não pode ser diferente da

⁴⁰ Die unmittelbare Anwendung kommt mangels Vorliegens eines „Kredits“ nach h.M. von vornherein nicht in Betracht; vgl. BGHZ 138, 321 (325) (zur Bürgschaft); davor u.a. BGHZ 133, 71 (74) (zum Schuldbeitritt). Das Problem der „Entgeltlichkeit“ wird demgegenüber nur am Rande diskutiert; vgl. etwa *Kurz*, DNotZ 1997, 552 (555 f.).

⁴¹ Sobre este motivo: BGHZ 138, 321 (326) (*Baukran*); veja também *Bülow*, VerbrKrG (3^o1998), § 1 Rz. 105; *do mesmo autor*, NJW 1996, 2889 (2891). Zum AbzG: BGHZ 47, 248 (250); BGHZ 64, 268 (270 ff.); 91, 37 (43 ff.) (finanziertes Abzahlungsgeschäft); ferner BGHZ 109, 314 (317 f.); BGH, WM 1991, 1675 (1676) = NJW 1991, 2903 (2904); WM 1992, 951 (955) com outras referências (adesão ou aceitação do contrato de entrega de cerveja).

⁴² Veja sobre as diversas formas de assunção de dívida, cessão de crédito e cessão de dívida: *Ulmer/Masuch*, Verbraucherkreditgesetz und Vertragsübernahme. Widerruf der Vertragsübernahme und/oder Übergang des Widerrufsrechtes?, JZ 1997, 654; *Kurz*, DNotZ 1997, 552.

⁴³ BGHZ 129, 371 bem como BGH, JZ 1997, 684.

⁴⁴ Completo e convincente: *Ulmer/Masuch*, JZ 1997, 654 ss. Ferner *Volmer*, WM 1999, 209 ss. (z.T. zu weitgehend); *Grziwotz*, MDR 1997, 432 (434), *Bülow*, ZIP 1997, 400 (404).

⁴⁵ Ebenso *Ulmer/Masuch*, JZ 1997, 654.

proteção original do devedor, a saber o fardo de assumir "um compromisso com a obtenção recorrente de coisas, dependendo de duração e altura, que só serão realizadas no futuro"⁴⁶.

b) Lei de Crédito ao Consumidor e Adesão à dívida

No entanto, as duas decisões modelo sobre a aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à adesão à dívida se desviam do raciocínio já exposto.⁴⁷ Neste caso o Tribunal Superior Alemão é a favor da aplicação da lei, já que esta possui uma lacuna no que diz respeito à participação de um terceiro ao lado do tomador de crédito e devido à necessidade maior de proteção da parte aderente, que, apesar do co-compromisso total, não obtém quaisquer direitos contra o credor⁴⁸ - aqui temos de novo o *argumentum a maiore* geral a favor daquela parte que não recebe uma contraprestação.

Todavia não é possível concordar com este fundamento. Não existe a lacuna com respeito ao "terceiro aderente". Então para a fiança, por exemplo, é mais justificável o entendimento contrário, baseado na legislação vigente⁴⁹. Especialmente a justificativa da analogia, – assim como no contexto da Lei de Contratos em Domicílio - pelo *argumentum a fortiori*, é insustentável. Ao invés disso teria sido necessário se valer da garantia de proteção informativa. Por este ponto de vista é de se duvidar que o aderente precisa das informações detalhadas do §4 da Lei de Crédito ao Consumidor e do direito de rescisão do §7 da mesma norma – não diferente daquele do fiador – já que o seu risco também se funda na falta de possibilidade de pagamento do devedor principal. Apesar da errônea fundamentação, à luz do objetivo de garantir que o alcance da proteção prevista pela Lei de Financiamento também seja aplicado à Lei do Crédito ao Consumidor, o resultado desta jurisprudência é aceitável. Finalmente, tal jurisprudência é convincente quanto à teleologia do direito de defesa do consumidor, na medida em que pressupõe a natureza de consumidor apenas para o aderente e, assim, se expressa a favor de uma consideração "individual" e não "global"⁵⁰.

⁴⁶ BGHZ 129, 371 (378).

⁴⁷ BGHZ 133, 71 e 133, 220; confirmado por BGHZ 134, 94; BGH, NJW 1997, 1442. Concordando: *Bülow*, VerbrKrG (1998), § 1 Rz. 108; *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB (¹³1998), § 1 VerbrKrG Rz. 21 (com outras referências); criticando: *Wackerbarth*, DB 1998, 1950 ff.; *Kurz*, NJW 1997, 1828 f.; *Bydlinski/Klauninger*, WuB I F 1 a - 15.98.

⁴⁸ BGHZ 133, 71 (75).

⁴⁹ BGHZ 138, 321 (328) (*Baukran*) assim como a decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam, EuZW 1998, 446 (448); para outras referências veja a nota de rodapé 54.

⁵⁰ BGHZ 133, 71, 76 s. com outras referências = ZIP 1996, 1209; BGHZ 133, 220, 222 s. = ZIP 1996, 1657; BGHZ 134, 94, 97 = ZIP 1997, 197; BGH ZIP 1997, 643 = ZtlR 1997, 342 = NJW 1997, 1442, 1443; *Drexler*, JZ 1998, 1046, 1055 s.; entendimento contrário de: *Ulmer/Timmann*, p. 503, 506 ss.

c) Lei de Crédito ao Consumidor e fiança

Esta jurisprudência sobre adesão à dívida foi o ponto de cristalização das vozes na literatura e jurisprudência que defendem a aplicação análoga do direito de crédito ao consumidor à fiança⁵¹.

O *argumentum a fortiori* parece em parte até mesmo dividido em “tipos” e com isso perde completamente sua capacidade de fundamentar a comparabilidade legal: a necessidade de proteção do fiador é no mínimo tão alta quanto do aderente, a deste por sua vez no mínimo tão alta quanto a do devedor principal⁵².

aa) O caso “guindaste” – Decisão do Tribunal Superior Alemão

Na decisão do caso “guindaste”⁵³ o Tribunal Superior Alemão adotou a corrente que é contra a aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à fiança⁵⁴. Mas o fez com um importante limite: Considerando a decisão do caso “Dietzinger” na corte europeia, a IX. câmara cível se limitou a determinar a aplicação à fianças para contratos de crédito e deixou aberta a possibilidade de

⁵¹ Artz, JR 1999, 106 ff.; do mesmo autor, VuR 1998, 45 (46); do mesmo autor, VuR 1997, 227 (229 ff.); Bülow, VerbrKrG (³1998), § 1 Rz. 109; do mesmo autor, ZIP 1998, 1187; do mesmo autor, NJW 1996, 2889 (2892); do mesmo autor, EWiR 1996, 813; Drebes, DZWiR 1998, 75 (z.T. diferentemente); Drexler, JZ 1998, 1046 (1053 ff.); Hagen, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht (1996), S. 208 ff., especialmente 222; Hasselbach, JuS 1999, 329 (331 f.); Jauernig/Vollkommer, BGB (⁸1997), § 765 Rz. 3; Krüger, VuR 1998, 261 f.; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht (1997), § 8 Rz. 31; Sölter, NJW 1998, 2192; Graf v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG (²1996), § 1 Rz. 81; Graf v. Westphalen, Der Leasingvertrag (³1998), Rz. 284; do mesmo autor, DB 1998, 295; do mesmo autor, MDR 1997, 307 (que, no entanto, toma uma visão mediadora segundo a qual a Lei de crédito ao consumidor deve se aplicar apenas à garantia de responsabilidade direta; contra Zahn, DB 1998, 353 (356) na Nota de rodapé. 80). Da jurisprudência: LG Köln, WM 1998, 172; LG Neubrandenburg, NJW 1997, 2826; OLG Köln, ZIP 1997, 2007; diferentemente OLG Düsseldorf, ZIP 1997, 2005. Diferentemente ferner Ulmer/Timmann, in: Festschrift s. Rowedder (1994), S. 503 (516 ff.); Casper, BB 1998, 1227 f., que defende um efeito reflexivo de condições individuais do § 4 VerbrKrG sobre o § 766 BGB, mas não concorda com a aplicação do § 7 VerbrKrG.

⁵² Neste sentido: LG Neubrandenburg NJW 1997, 2826; crítica de Zahn, DB 1998, 353, 354.

⁵³ BGHZ 138, 321 (Baukran); Notas de: Bülow, ZIP 1998, 1187; Sölter, NJW 1998, 2192; Scherer/Mayer, DB 1998, 1217 Terlau, MDR 1998, 824 (jew. ablehnend); Casper, BB 1998, 1227; Deimel, EWiR 1998, 567 (i. w. zust.); confirmado por BGH, NJW 1998, 2364 (2365).

⁵⁴ Etwa Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG (²1994), § 1 Rz. 64; Bydlinski/Klauninger, WuB I F 1 a - 15.98; Deimel, EWiR 1998, 567; Drescher, Verbraucherkreditgesetz und Bankenpraxis (1994), Rz. 32; Edelmann, BB 1998, 1017; Erman/Klingsporn/Rebmann, BGB (⁹1993), § 1 VerbrKrG Rz. 31; Kabisch, WM 1998, 535; Klein, DZWiR 1996, 358 (359); Kurz, MittBayNot 1997, 129 (135); MünchKomm/Ulmer, BGB (³1995), § 1 VerbrKrG Rz. 37; Münstermann/Hannes, VerbrKrG (1991), § 1 Rz. 40, 73; Peters/Scharnewski, WuB IV D § 1 HWiG 2.98; Rebmann, DZWiR 1996, 459; Reich, VuR 1997, 187 (194); Reinking/Nießen, ZIP 1991, 79 (80); Scholz, Verbraucherkreditverträge (²1992), Rz. 95; Soergel-Häuser, BGB (¹²1997) § 1 VerbrKrG Rz. 66; Schmid-Burgk, DB 1997, 513; Sonnenhol, WuB I F 1 a - 12.97; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB (¹³1998), § 1 VerbrKrG Rz. 23; Treber, DZWiR 1998, 281 f.; Wand, WuB I F 1 a - 6.98; Zahn, DB 1998, 353. Aus der Rechtsprechung: OLG Hamm, WM 1998, 171; OLG Rostock, WM 1998, 446 (447); OLG Stuttgart, NJW 1997, 3450; OLG Düsseldorf, ZIP 1997, 2005 = EWiR 1998, 23 (Koller).

KREDITSICHERHEITEN UND VERBRAUCHERSCHUTZ AUF DEM PRÜFSTAND DES
EUROPARECHTS

adotar a interpretação dada no caso “Dietzinger” para a diretiva europeia de crédito ao consumidor⁵⁵.

Além disso,⁵⁶ há de se concordar com a decisão do caso “guindaste” em seu resultado e em parte de sua fundamentação. Dos argumentos da maioria da doutrina, já amplamente discutidos, destacamos que o tribunal alemão falhou quanto à aplicação do enganoso *argumentum a fortiori* sobre a “necessidade de proteção do fiador no mínimo tão grande quanto a do consumidor” ao invés de trabalhar a falta de necessidade de proteção do fiador com base no objetivo específico de proteção da Lei de Crédito ao Consumidor. Importante dizer que a informação do contrato exigida pelo §4 (1), frases 4 e 5 da Lei de Crédito ao Consumidor não tem o mesmo valor informativo para o fiador, uma vez que seu risco resta sobretudo na impossibilidade de pagamento do devedor principal. Sua necessidade de informação já é satisfeita pelo requisito de forma escrita para a celebração do contrato, segundo o §766 BGB. Ao mesmo tempo, a obrigação de informar o devedor principal, contida no §4 da Lei de Crédito ao Consumidor também beneficia o fiador, reduzindo o risco de que a fiança seja reivindicada como resultado do envolvimento descuidado do devedor principal. Portanto, tampouco é preciso dar ao fiador o direito de rescisão previsto no §7 da Lei de Crédito ao Consumidor⁵⁷. O objetivo de proteção informativa é, portanto, diferente daquela proteção situativa da Lei de Contrato em Domicílio, proteção esta já satisfeita na Lei de Fiança. Por este motivo, a não aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à fiança é compatível com um entendimento favorável à aplicação da Lei de Contrato em Domicílio⁵⁸. Todavia não se pode concordar com a fundamentação do Tribunal Superior Alemão no que diz respeito à não aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor e com a diferenciação da necessidade de proteção do fiador, de um lado, e do terceiro aderente, de outro; pois com esta comparação indireta o tribunal procede metodologicamente da mesma forma como os criticados favoráveis à aplicação. Apenas a similaridade jurídica do objetivo de proteção específico da fiança e do contrato de crédito é decisiva, não os direitos de garantia da fiança e outros não diretamente englobados pela Lei de Crédito ao Consumidor⁵⁹.

⁵⁵ Diretiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, ABI Nr. I. 42/48; diretiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de fevereiro de 1990 que altera a Diretiva 87/102/CEE, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, ABI Nr. I.61/11.

⁵⁶ Crítico a este argumento com uma "visão geral", a fim de evitar uma nova consulta ao Tribunal Europeu, com razão: Drexl, IZ 1998, 1046, 1055f.

⁵⁷ Entendimento contrário, com fundamento no objetivo de proteção da Lei de crédito ao consumidor: Drexl, IZ, 1998, 1046, 1054f.

⁵⁸ Veja Pfeiffer ZIP 1998, 1129, 1131; Zahn, DB 1998, 353, 354.

⁵⁹ Assim também Drexl, IZ 1998, 1046, 1054.

bb) O pedido de decisão prejudicial do Tribunal Potsdam

Neste contexto, é de se esperar com curiosidade uma decisão da Tribunal de Justiça Europeu baseada no pedido de decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam⁶⁰ sobre a questão da aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor a fianças para crédito privado. O Tribunal Regional de Potsdam salienta a possibilidade evidente⁶¹ de transferir os princípios do Tribunal de Justiça Europeu do caso "Dietzinger" para a diretiva de crédito ao consumidor, o que resultaria na violação indesejável dos princípios da decisão do caso "guindaste" para garantias privadas. No que diz respeito à interpretação da diretiva que deu ensejo à Lei de Crédito ao Consumidor, a jurisprudência e a literatura concordaram consistentemente em que ela não engloba a fiança, já que o Art. 1 (2) (c) quase idêntico ao §1 da Lei de Crédito ao Consumidor, só se aplica a contratos de crédito⁶². No entanto, desde o caso "Dietzinger", esta aparente certeza de interpretação pertence ao passado, uma vez que a aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor também pode ser justificada pelo argumento da "acessoriedade" e da "conexão íntima" entre o contrato de crédito e a fiança. Não se pode objetar que a fiança, de acordo com a tipologia contratual da Comunidade Europeia, não é um contrato de crédito⁶³. Pois não está claro por que a doutrina sobre tipologia contratual deve impedir uma visão unitária dos contratos de empréstimo e fiança, como no caso da Lei de Contratos em Domicílio, afinal, como a decisão do Tribunal de Justiça Europeu demonstrou, isso evitaria uma disputa sobre a natureza jurídica do contrato de fiança. Neste ponto, portanto, as consequências consideráveis da mudança de perspectiva do Tribunal de Justiça Europeu, que passou de uma aplicação independente à dependente da Diretiva sobre Contratos em Domicílio para a fiança, tornam-se evidentes.

d) Lei de Crédito ao Consumidor e hipoteca

Um último problema de aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor concerne a hipoteca. No ano de 1997, a XI. câmara cível do Tribunal Superior Alemão – em contraste à sua

⁶⁰ EuZW 1998, 446. Outras referências na nota de rodapé 4.

⁶¹ Assim também: *Artz*, JR 1999, 106, 108, *Bülow*, ZIP 1998, 1187, 1189, *Scherer/Mayer*, DB 1998, 1217 s., *Seidel*, DB 1998, 671, 672. Outro entendimento: *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1229, 1134, *Sölter*, NJW 1998, 2192, *Casper*, BB 1998, 1227, 1228, *Bydlinski/Klauninger*, WuB 1 s. 1a.15.98.

⁶² BGHZ 138, 321 (323) (*Baukran*); da literatura *Bülow*, NJW 1996, 2889 (2901); *Graf v. Westphalen*, DB 1998, 295 (296 f.).

⁶³ *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1134 m. w. N.; *Sölter*, NJW 1998, 2192. Sobre a tipologia contratual: *Sefrin*, Die Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, 1993, p. 92 ss.; *Weick*, NJW 1978, 11 ss.

jurisprudência sobre adesão à dívida – se pronunciou desfavorável à aplicação desta lei à hipoteca⁶⁴. Desde o ponto de vista aqui defendido, este entendimento é louvável, já que o devedor da hipoteca não tem necessidade especial de informação. No entanto, se o Tribunal de Justiça Europeu também deve aplicar os princípios da decisão "Dietzinger" à Lei de Crédito ao Consumidor com base no pedido de decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam, esta jurisprudência também exigiria a revisão dos créditos pessoais hipotecados.

II. A SITUAÇÃO JURÍDICA DESDE „DIETZINGER” E A INTERDEPENDÊNCIA DE TODOS OS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DAS LEIS CONSUMERISTAS ÀS GARANTIAS DE CRÉDITO

Esta visão geral do entendimento atual sobre as questões individuais de aplicabilidade das leis do consumidor em garantias de crédito mostra o problema de várias linhas de desenvolvimento interdependentes, mas parcialmente contraditórias, que necessitam ser urgentemente uniformizadas, já que se fundam nos princípios de avaliação de justiça e sistema jurídico do Artigo 3 (1) da Constituição Alemã. Contudo a atual jurisprudência do Tribunal Superior Alemão não contribui para este objetivo. No entanto, ela nos ensina que a aplicação completa de uma lei de proteção ao consumidor a garantias de crédito pode ter como consequência o reconhecimento de uma aplicabilidade parcial, que pode resultar em interpretações contraditórias.

1. FIANÇA E CONTRATO EM DOMICÍLIO: INTERPRETAÇÕES CONTRADITÓRIAS CONSEQUENTES AO CASO DIETZINGER

a) Requisito de duplo consumidor

Uma clara contradição de interpretação surgiu do caso “Dietzinger”, especialmente na jurisprudência sobre aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à adesão à dívida. Embora o último - na medida em que seja teleologicamente convincente - em consonância com a “consideração individual”, baseia-se unicamente no próprio negócio do consumidor, o “duplo

⁶⁴ BGH, ZIP 1997, 643, 644 com notas de *Vortmann*, EWiR 1997, 621; *Drescher*, WuB I E 2 § 3 VerbrKrG 1.97; veja também *Kutz*, MittBayNor 1997, 129, 135. OLG Hamm WM 1997, 171, 172.

requisito do consumidor” estabelecido pelo Tribunal de Justiça Europeu e adotado pelo Tribunal Superior Alemão, se baseia tanto no fiador quanto no devedor principal. Se, em consonância com o pedido de decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam, aplicamos este requisito do contrato em domicílio ao problema paralelo da aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à fiança, teremos um resultado estranho onde esse requisito não seria importante para a aplicação à adesão à dívida, mas seria importante para definir a natureza consumerista do devedor principal na fiança⁶⁵. No entanto, seria pelo menos igualmente estranho se a natureza de consumidor do devedor principal fosse relevante apenas no contexto da aplicabilidade da Lei Contrato em Domicílio, mas não da Lei de Crédito ao Consumidor, no caso de o “requisito de duplo consumidor” de “Dietzinger” não ser usado neste problema paralelo. A diferenciação proposta pelo Tribunal Europeu entre devedores principais que são consumidores e aqueles que não o são, se revelou uma situação de difícil resolução, que, deve - no que diz respeito à sua insustentabilidade factual - ser estendida a todo o complexo problema da aplicabilidade da legislação de proteção ao consumidor para operações de garantia ou, à custa de severas interpretações contraditórias, ser aplicada apenas a certos aspectos deste ramo do direito. A única saída para o dilema do requisito de duplo consumidor é deixá-lo de lado e aplicar a Lei de Contratos em Domicílio, em conformidade com Art. 8 da Diretiva sobre Contratos em Domicílio, à fianças e contratos de crédito⁶⁶. Somente através deste caminho poder-se-ia evitar uma situação jurídica faticamente insustentável, tendo em vista o Art. 3 (1) da Constituição Alemã e considerando o objetivo de proteção no contrato de crédito.

b) O requisito de duplo contrato em domicílio do Tribunal Superior Alemão

Do mesmo modo, no entanto, a exigência feita pelo Tribunal Superior Alemão de um “contrato em domicílio duplo”, que não pode ser deduzida da decisão do Tribunal de Justiça Europeu, o obriga a ignorar a sua própria teleologia. Segundo o Tribunal de Justiça Europeu, a aplicabilidade do direito do consumidor não depende de um contrato em domicílio do fiador, mas somente do devedor principal, já que a proteção do fiador não é independente, mas somente se dá baseada na acessoriedade à dívida principal. Essa linha de pensamento é no mínimo fácil de acompanhar, mesmo que não seja teleologicamente desejável.

⁶⁵ Lorenz, NJW 1998, 2937 (2940). Similarmente: Bülow, ZIP 1998, 1187 (1189); Pfeiffer, EWiR 1998, 465 (466).

⁶⁶ Também concordam com este entendimento: Lorenz, NJW 1998, 2937, 2940; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 893, 897; Kröll, DZWIR 1998, 426, 429f; especialmente Pfeiffer, ZIP 1998, 1129, 1135f.

KREDITSICHERHEITEN UND VERBRAUCHERSCHUTZ AUF DEM PRÜFSTAND DES
EUROPARECHTS

Especialmente porque uma interpretação similar já fora expressa pela jurisprudência do Tribunal Superior Alemão, que desenvolveu uma concepção da aplicação dependente da Lei de Financiamento, com base na ideia de reconciliação de interesses com o devedor principal⁶⁷. No entanto, o requisito da existência de um contrato em domicílio do devedor principal somente faz sentido se essa abordagem de dependência/acessoriedade do outro contrato for aceita e, portanto, se este último vigorar ou cair com o contrato principal.

Entretanto, o conceito de proteção de um fiador dependente não é relevante na decisão do caso "Dietzinger". O Tribunal Superior Alemão não faz uso do principal argumento do Tribunal de Justiça Europeu, a saber, a ideia do direito "acessório", mas mostra, precisamente, a exigência de um duplo contrato em domicílio, e quer proteger o fiador da mesma situação vulnerável de ter que celebrar um contrato na porta de sua casa que sofre o consumidor. A abordagem implícita - totalmente aprovável - de proteção independente do fiador obriga a proteger o fiador independentemente da existência de contrato em domicílio do devedor principal, no caso em que ele mesmo tenha celebrado um contrato em domicílio. De acordo com o esquema do conceito de proteção independente, o requisito de uma transação em domicílio por parte do devedor principal constitui uma violação sistêmica em relação ao artigo 3.º (1) da Constituição Alemã⁶⁸. Em outras palavras, a aplicação do requisito do Tribunal de Justiça Europeu de contrato em domicílio do devedor principal implica no reconhecimento simultâneo da justificação dependente por meio da "acessoriedade", "retificação de interesses" ou similares, o que, no entanto, o Tribunal Superior Alemão – acertadamente – não usa como fundamento. A decisão do caso "Dietzinger" contém, portanto, uma situação extremamente insatisfatória de vinculação independente e dependente do fiador na Lei de Contrato em Domicílio.

Uma solução compatível com o sistema deve basear-se na proteção do fiador, mas, ao mesmo tempo, levar em consideração a decisão "Dietzinger" do Tribunal Europeu, onde a aplicabilidade da Diretiva sobre Contratos em Domicílio já está em vigor protegendo o devedor principal no caso de simples contrato em domicílio. A única maneira de atender a ambos os requisitos, como já foi sugerido na literatura, é aplicar o §1 da Lei de Contratos em Domicílio à fiança sempre que houver um contrato em domicílio por parte do fiador ou por parte do devedor principal⁶⁹. Como resultado, esta solução, que é admissível nos termos do

⁶⁷ Veja referência na nota de rodapé 41.

⁶⁸ Entendimento similar: Scherer/Mayer, DB 1998, 1217, 1218.

⁶⁹ Pfeiffer, ZIP 1998, 1129 (1137).

artigo 8º da Diretiva sobre Contratos em Domicílio, também ultrapassa a visão prevalecente de sua aplicabilidade à fiança.

c) Outros problemas de aplicação no contexto da Lei de Contratos em Domicílio

O pedido de decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam também é particularmente importante pois mostra que as ideias básicas da decisão "Dietzinger" também podem ser aplicadas a outras garantias. Por exemplo, é clara a aplicação da Lei de Contratos em Domicílio à adesão à dívida como resultado de sua "relação íntima" com a dívida principal. No caso em apreço, no entanto, as consequências seriam as mesmas em relação à fiança: no final, a lei deveria ser aplicada a todas as adesões à dívida, tanto por parte do aderente como pelo devedor principal, independentemente do duplo contrato em domicílio e do requisito do duplo consumidor.

2. APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO CASO „DIETZINGER” À LEI DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR?

O mesmo se aplica à transferência dos princípios da decisão "Dietzinger" para a Lei de Crédito ao Consumidor.

a) Aplicabilidade dos princípios da decisão "Dietzinger"

A decisão do Tribunal de Justiça Europeu, com base no pedido de decisão prejudicial do Tribunal de Potsdam, pode ser inicialmente discutida em um aspecto: o requisito de um contrato em domicílio do devedor principal, que no domínio da Lei de Contratos em Domicílio traz muitas incertezas, não é facilmente transferível para a Lei de Crédito ao Consumidor, já que seu escopo de aplicação não é definido pelas características situativas. De acordo com a discussão jurídica atual, a aplicação análoga só deve ser considerada para aquelas garantias relativas a um contrato de crédito típico nos termos do §1 (2) da Lei de Crédito ao Consumidor; apenas neste caso há similaridade jurídica suficiente para justificar uma aplicação análoga⁷⁰. O requisito da aplicabilidade factual da Lei de Crédito ao Consumidor ao devedor principal é, portanto, diferentemente do contexto da Lei de Contratos

⁷⁰ Neste sentido: OLG Köln ZIP 1999, 308, 309.

em Domicílio - apropriado. No entanto, o mesmo não se apõe ao requisito do “duplo consumidor”, cuja aplicação à fiança, no contexto da Lei de Crédito ao Consumidor, conforme já explicado, levaria a um entendimento contraditório do tratamento da adesão à dívida. O único caminho para evitar tal equívoco seria, assim como no caso da Lei de Contrato em Domicílio, ignorar o requisito do duplo consumidor, de acordo com o Art. 15 da Diretiva de Crédito ao Consumidor, e aplicar a Lei de Crédito ao Consumidor a todas as fianças, independentemente do objetivo da dívida principal.

b) Contradição com relação ao caso „Guindaste”

O entendimento acima descrito estaria em contradição com a decisão do Tribunal Superior Alemão no caso “guindaste”. Essa jurisprudência resultaria em uma consequência semelhante àquela do caso “Dietzinger” para a IX. câmara cível, em que a fiança, como uma obrigação unilateral do fiador, não se enquadra na Lei de Contrato em Domicílio. A argumentação do Tribunal Alemão teria sido extremamente abalada⁷¹, já que - se fosse aplicada na área de empréstimos comerciais - seria confrontada com a tarefa quase insolúvel de contribuir para uma situação jurídica insustentável, o que também seria contrário ao tratamento do problema paralelo da adesão à dívida. Assim, fica claro que uma aplicação da Lei de Crédito ao Consumidor à fiança não será limitada a uma subárea. Seria, portanto, desejável que o Tribunal de Justiça Europeu repensasse seu conceito de inclusão dos fiadores no âmbito da proteção ao consumidor e concluir que a Diretiva de Crédito ao Consumidor não deve ser aplicável à fiança.

3. APENAS UMA QUESTÃO DE TEMPO: APLICAÇÃO DA LEI DE USO DE BENS IMÓVEIS POR TEMPO LIMITADO ÀS GARANTIAS DE CREDITO?

Por outro lado, se o Tribunal de Justiça Europeu reafirmar o seu conceito de proteção dependente do fiador, isso também seria um sinal para o envolvimento de terceiros no escopo de proteção concedido pela Lei de Uso de Bens Imóveis por Tempo Limitado; um problema que até agora tem sido discutido marginalmente na literatura ainda recente sobre esta lei⁷². Um dos motivos para isso é que a inclusão de fiadores, codevedores e hipotecários no âmbito

⁷¹ Entendimento similar: *Deimel*, EWiR, 1998, 567, 568.

⁷² Da literatura sobre a Lei de Uso de Bens Imóveis por Tempo Limitado: *Hildenbrand/Kappus/Mäsch*, Time-Sharing und Teilzeit-Wohnrechtgesetz (1997); *Tonner*, Das Recht des Time-sharing an Ferienimmobilien (1997); *Hildenbrand*, NJW 1998, 2940; *Martinek*, NJW 1997, 1393; com outras referências.

e proteção da diretiva de Time-sharing⁷³ e da quase idêntica Lei de Uso de Bens Imóveis por Tempo Limitado não parece tão clara, uma vez que o §1 (1) daquela lei se aplica, em estreita conformidade com os artigos 1º e 2º da diretiva, apenas para "contratos de uso por tempo limitado" de imóveis entre um "adquirente" e uma "alienante". No entanto, a literatura já mostra uma ampla vontade de envolver terceiros, especialmente no que tange o cônjuge obrigado solidariamente: a participação do terceiro não contraria a aplicação da Lei de Uso de Bem Imóvel por Tempo Limitado, pois o conceito de "adquirente" não deve ser interpretado como relativo à pessoa, mas como relativo à parte⁷⁴. Seria surpreendente se a questão da transferibilidade dessa abordagem para o fiador e o hipotecário ainda assim não se resolvesse. Neste caso a aplicação da Lei de Uso de Bens Imóveis por Tempo Limitado aos garantidores seria rejeitada, pois esta, assim como a Lei de Crédito ao Consumidor, objetiva a proteção informativa, proteção esta que o fiador e o hipotecário não necessitam.

4. OUTROS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO: A DIRETIVA SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS COM O CONSUMIDOR E A PROPOSTA DA DIRETIVA SOBRE CONTRATOS À DISTANCIA

Deve-se mencionar neste ponto que, no contexto do §24 da Lei de Termos e Condições Gerais de Contrato⁷⁵ implementada pela Diretiva de Cláusulas Abusivas⁷⁶, ocorre o problema da superposição do direito europeu ao direito de garantias de crédito⁷⁷. Por último, o mesmo se aplica à presente proposta para uma "Diretiva relativa à venda à distância de serviços financeiros" apresentada pela Comissão Europeia em novembro de 1998⁷⁸.

⁷³ Diretiva do Parlamento Europeu de 26.10.1994, ABIEG Nr. L 280 v. 29.10.1994, S. 83.

⁷⁴ Assim *Hildenbrand*, in: *Hildenbrand/Kappus/Mäsch*, Time-Sharing und TzWrG (1997), § 1 Rz. 9, § 7 Rz. 9. Note-se, no entanto, que isso se refere principalmente a casos de classificação igual, não cobre dívidas solidárias contraídas em garantia.

⁷⁵ Nota da tradutora: A Lei de Termos e Condições Gerais de Contrato (*Allgemeine Geschäftsbedingungengesetz – AGBG*) foi revogada com a reforma dos direitos das obrigações da Alemanha em 2002. Deste então, as normas antes previstas naquela lei ocupam os §§305 ss. do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*).

⁷⁶ Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, ABI Nr. I.95/29.

⁷⁷ *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1137; *Drexl*, JZ 1998, 1046, 1057.

⁷⁸ ABIEG Nr. C 385 v. 11.12.1998, p. 10 ss.; sobre isto: *Hartmann*, Die Bank 1999, 163 ss.

III. CONSEQUENCIAS METODOLÓGICAS DA INTERPRETAÇÃO CONFORME AS DIRETIVAS EUROPEIAS NO DIREITO PRIVADO

Em conclusão, salienta-se que a decisão do Tribunal Superior Alemão no caso Dietzinger - embora só possa ser parcialmente tida como correta-, devido à transposição da interpretação dada pela Tribunal de Justiça Europeu para o direito nacional, contribui para a concretização necessária e desejável do método de interpretação da lei nacional conforme as diretivas da União Europeia⁷⁹.

1. SOBRE O MÉTODO E A LIMITAÇÃO NACIONAL DA INTERPRETAÇÃO CONFORME AS DIRETIVAS EUROPEIAS ATRAVÉS DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO PERMITIDA

O dever de interpretação das leis nacionais dos países-membros de acordo com as diretivas da União Europeia é amplamente reconhecido, todavia seu lugar no cânone metodológico de interpretação nacional, especialmente na jurisprudência, ainda não está claro. A literatura defende que a interpretação em conformidade com as diretivas deve ser feita nos limites no cânone metodológico interpretativo nacional. Isto é permitido se a interpretação conforme a diretiva pode ser conciliada com a interpretação gramatical, mas acima de tudo com o propósito legislativo da norma a ser interpretada. Esse será sempre o caso quando se puder provar que o objetivo do legislador era a implementação de uma diretiva⁸⁰. Como resultado, damos à interpretação histórica e também à sistemática extrema importância, pois a interpretação em conformidade com as diretivas é geralmente admissível, independentemente das outras regras de interpretação, se se comprovar a vontade de implementar a diretiva. A análise da jurisprudência da corte europeia⁸¹ de justiça nos leva à praticamente o mesmo resultado, com a indireta aplicação da interpretação histórica e subjetivo-teleológica.

Neste contexto, a abordagem do Tribunal Superior Alemão no caso "Dietzinger", para justificar a admissibilidade da interpretação conforme a diretiva por meio de uma

⁷⁹ Da literatura recente sobre o tema: *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994; sobre este tema *Grundmann*, ZEuP 1996, 399; do mesmo autor, JZ 1996, 274; veja também *Staudinger/Kessal-Wulf*, Einl. VerbrKr Rz. 43; *Baldus/Becker*, ZeuP 1997, 874, 880 ss.; *Gellermann*, Beeinflussung des nationalen Rechts durch Richtlinien der EG, 1994, p. 103 ss.; *Jarass*; *Frunderfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, 1994, S, 89 ss.; *Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 569; *Ehricke*, *RabelsZ* 59 (1995), 598; alle com outras referências

⁸⁰ Ao invés de mencionar muitos autores, menciono: *Brechmann*, p. 258 ss., 272, que indica corretamente que a interpretação gramatical constitui um limite de interpretação admissível apenas em casos excepcionais.

⁸¹ *Grundmann*, ZEuP 1996, 399, 412 ss.; JZ 1996, 274, 282. No entanto, uma decisão entre esta visão e a de *Brechmann* pode ser deixada em aberto por causa da extensa identidade dos resultados.

interpretação histórica, em princípio, deve ser tida como correta⁸². No entanto, os limites de alcance desta abordagem foram atingidos. Não pode haver justificativa para o uso isolado da interpretação histórica: primeiro, porque o legislador não procurou proteger os consumidores além dos requisitos da Diretiva sobre Contratos em Domicílio e, em segundo lugar, porque o resultado de uma interpretação permitida em conformidade com a Diretiva é prontamente compatível com outras leis nacionais.

2. ART. 8 DA DIRETIVA 85/577/CEE COMO LIMITAÇÃO EUROPEIA DA OBRIGACAO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME AS DIRETIVAS

O argumento do Tribunal Superior Alemão, segundo o qual o legislador da Lei de Contratos em Domicílio quis implementar com precisão o alcance de proteção da diretiva, já foi questionado na literatura, tendo em vista o Art. 8 da Diretiva sobre Contratos em Domicílio. A referência a uma intenção "não exaustiva" de regulamentação parece questionável já que a referida diretiva autoriza a instituição de outras medidas de proteção pela lei nacional⁸³. Além disso, à luz da metodologia de interpretação em conformidade com a diretiva, a interpretação histórica não constitui argumento suficiente para justificar a recusa de aplicar a Lei de Contratos em Domicílio à fiança. O argumento histórico tem viabilidade apenas no contexto da obrigação de interpretação em conformidade com a diretiva, que, no presente caso, é limitada pelo artigo 8º da mesma⁸⁴. Fora deste âmbito, aplicam-se as regras de interpretação convencionais. O uso exclusivo da interpretação histórica é, portanto, apenas admissível, na medida em que é questionável se o legislador pretendia implementar as disposições da diretiva -, a restrição à aplicação exata das disposições da diretiva deve ser medida pela redação da lei, pela sistemática e sobretudo pelo objetivo da lei, qual seja: a proteção situativa também deve ser garantida na fiança.

⁸² Contrário à existência de uma vontade teleológica do legislador: *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2939. Os processos legislativos para a Lei de Contrato em Domicílio alemã e para a Diretiva da União Europeia sobre o tema correram paralelamente por anos e a lei alemã teve como objetivo antecipar a diretiva; ver Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre o RegE HWiG BT. Drucks, 10/4210, p. 9, Impressão das alterações em comparação com o projeto de lei e sua fundamentação geral ZIP 1985, 1419, bem como *Bunte*, WM 1993, 877; ainda sobre a história legislativa: *Gilles*, Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, NJW 1986, 1131, 1135 s.; *Teske*, ZIP 1986, 624, 627 s.; *Ulmer*, Direktvertrieb und Haustürwiderrufsgesetz-Zivil- und wettbewerbsrechtliche Probleme, WRP 1986, 445, 449; *Erman/Klingsporn*, Vorbem. HwiG Rz. I ss. m.w. N.

⁸³ Assim *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2939.

⁸⁴ Sobre as cláusulas mínimas: *Brechmann*, p. 273 ss.

3. O DEVER DE INSERÇÃO COMO UMA CONSEQÜÊNCIA DO PRINCÍPIO DO SISTEMA LEGAL

Da mesma forma, a metodologia nacional permanece relevante no contexto da inserção do resultado de uma interpretação compatível com a diretiva, no contexto geral do sistema legal. O cumprimento da exigência de uma interpretação conforme a diretiva não constitui, por si só, uma justificativa para interpretações controversas. Em vez disso, a jurisprudência deve enquadrar os resultados sistematicamente no sistema jurídico vigente, tendo em conta todo o esquema nacional de métodos interpretativos. Por isto, a tentativa da IX. câmara cível do Tribunal Superior Alemão de restringir ao máximo a aplicação dos resultados de interpretação do Tribunal de Justiça Europeu não é convincente⁸⁵.

IV. CONCLUSÃO

O problema da aplicabilidade da lei de proteção do consumidor a garantias de crédito tem, até agora, se apoiado em duas linhas principais de desenvolvimento: a aplicabilidade da Lei de Contratos em Domicílio à fiança e a aplicabilidade da Lei de Crédito ao Consumidor à cessão de contrato e à adesão à dívida. Os novos desenvolvimentos da jurisprudência mostraram que estes dois aspectos do problema não podem mais ser estudados isoladamente, ao contrário devem ser analisados e sua interdependência avaliada.

Neste contexto, a decisão do Tribunal Superior Alemão no caso Dietzinger deve ser contestada, pois adotou os resultados interpretativos do Tribunal de Justiça Europeu sem sequer questioná-los e sem ter em conta a veemente discussão jurídica sobre a aplicabilidade da Lei de Contratos em Domicílio à fiança ou as conseqüências daquela interpretação para problemas paralelos. Uma apreciação do problema pelo Grande Senado do Tribunal Alemão ainda é necessária. A decisão do caso "guindaste" do Tribunal Superior Alemão, no entanto, deve ser tida como acertada. No entanto, a confirmação desta jurisprudência depende da decisão do Tribunal de Justiça Europeu sobre o pedido de decisão prejudicial feita ao mesmo pelo Tribunal Potsdam.

⁸⁵ Veja: *Drexl*, JZ 1998, 1046, 1058, *Bülow*, ZIP 1998, 1187, 1189.