

FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO POR PARTE DOS JUÍZES:
A EXPERIÊNCIA AMERICANA E ALEMÃ ATÉ 1986*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Erik Jayme

Sumário: I. Introdução. – 1. Norma de conflito. – 2. Novas normas materiais e produção do direito internacional privado. – 3. *Fortbildung* de normas materiais estrangeiras por parte dos juízes alemães? – 4. *Rechtsfortbildung* e decisão baseada sobre a particularidade de cada caso. – 5. Cláusulas de exceção. – 6. Critérios. – II. O princípio da igualdade no *Grundgesetz* e a *Rechtsfortbildung* do direito internacional de família. – 1. O direito internacional do divórcio. – 2. Direito internacional das relações patrimoniais entre cônjuges. – III. O direito internacional da ilicitude civil. – 1. Seguro no mesmo Estado e residência habitual comum no mesmo Estado. – 2. Relações familiares de fato. – 3. Motivos e critérios da *Rechtsfortbildung* – Critério de conexão específica para ressarcimento de danos morais? – IV. O direito internacional dos contratos. – V. O direito transnacional. – VI. Resumo e observações finais.

Nota da Revisora: Este artigo clássico de Erik Jayme de 1986, merece publicação em 2003 no Brasil e em sua forma original, apesar das inúmeras modificações no direito material e direito internacional privado na Alemanha de 1986 a 2003, justamente porque examina a força de adaptação da jurisprudência, quando a lei material evolui ou muda, como com a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro em 2003, sem que a norma de conflitos de leis no espaço seja modificada, como ocorre com a manutenção da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.

* Tradução livre dos integrantes do Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS, Ana Gerda de Borja, Luciana Quinto, Maitê de Souza Schmitz, Marília Zanchet, Rafael Pellegrini Ribeiro, Ricardo Castro e Tâmara Joana Biolo Soares e revisão atualizadora da Prof.ª Dra. Claudia Lima Marques (UFRGS). Texto publicado in *Contratto e impresa*, vol. IV (1988), n. 2, p. 423-458, com o título “Formazione progressiva del diritto internazionale privato da parte dei giudici: l’esperienza americana e tedesca.” Para a sua publicação no Brasil, a parte V do texto original, referente ao Direito internacional privado europeu foi retirada, tendo em vista a extensão do texto e uma vez que a base legislativa usada neste texto de 1986 do direito comunitário europeu sofreu profundas modificações.

I - Introdução**

1 - A *Rechtsfortbildung*, isto é, a produção de direito, pressupõe um direito passível de ser produzido. Aqui, a princípio, contempla-se um direito escrito, cujas lacunas vêm sendo preenchidas pela sentença do juiz.¹ Por outro lado, a atual codificação do direito internacional privado, contida na EGBGB-1896, Lei de introdução ao Código Civil alemão, descuida quase completamente de áreas jurídicas inteiras, tais como o direito dos contratos e os direitos reais.² Mas também aqui poderá se falar em *Rechtsfortbildung* somente à medida que as decisões dos juízes abandonem certos princípios já consolidados e os substituam por novos.

A questão da produção judicial resguarda, portanto, seja as normas de conflito codificada, seja as normas sobre conflitos de leis, consolidadas no direito consuetudinário através da aplicação por parte dos tribunais.³

2 - No âmbito das normas de conflito, surgem novos problemas, no momento em que a reforma de normas materiais guarda consigo a questão se essas normas materiais encontram aplicação também em casos que apresentam momentos de conexão com um direito estrangeiro. No direito alemão - diferentemente de muitos outros direitos estrangeiros⁴

** Esta contribuição foi escrita em virtude de um período passado na Universidade de Berkeley da Califórnia. Agradeço o bibliotecário de direito internacional, Sr. Thomas Reynolds, por sua permanente ajuda. Muitos estímulos e indicações devo aos meus interlocutores nesse período, Hanns Hohmann e Chibli Mallat, como também ao meu assistente, Valentin Boll.

Observação - 1988. Este artigo aparece, em 1986, na *Festschrift* no âmbito de jurisprudência do 600º aniversário da Universidade de Heidelberg (C.F. Muller-Verlag). Em razão do pronunciamento da corte constitucional, que havia declarado a inconstitucionalidade de algumas normas do EGBGB, como também do § 606 b do ZPO, o Bundestag, ao final, reformou o direito internacional privado. A reforma da lei entrou em vigor em 1º de setembro de 1986. A nova lei, contudo, constitui apenas modificação parcial (V. Jayme, *Il nuovo diritto internazionale tedesco e le relazioni commerciali italo-germaniche*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, p.1). A lei concerne à parte geral do direito internacional privado, às pessoas físicas, ao direito de família e sucessões. Ademais, a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais é recebida como lei nacional. Restam, pois, validar outras observações envolvendo outras matérias, sobretudo as obrigações extracontratuais. O legislador acolheu, além disso, muitas soluções elaboradas pela jurisprudência, a exemplo daquelas do âmbito do divórcio. Por fim, restam sempre os problemas de caráter geral que trataram de ser, após, investigados, através de exemplos práticos (v. até último JAYME/BISSIAS, *Auskunftanspruch und ausländisches Ehegüterrechtsstatut - Zur Fortbildung reichsrechtlichen Rechts durch deutsche Gerichte*, in *IPRAX*, 1988, p. 94).

¹ Ver, p. ex., LARENZ, *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem* in *NJW*, 1965, p. 1 ss.

² ARNAT in *ERMAN*, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1982, ao artigo 7 EGBGB redação 1; MESSEN, *Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrechts*, in *AöR*, 110 (1985), p. 298 ss. O. 405 ss.

³ Esta contribuição concerne à produção das normas abstratas, seu conflito de lei, veja sobre criação jurídica concreta Wengler, *Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse*, in *RabelsZ.* 16 (1950), p. 1 ss. a p. 30 s. Ver pelo resto Juenger, *Wandel und Wandlungen des Internationalen Privatrechts*, in *Holl/Klincke* (ed.) *Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, p. 91 ss.

⁴ Ver, por ex., Jayme, in *IPRax*, 1983, p. 305 ss., com respeito à nova lei italiana de adoção. Um ótimo exemplo é também o *Matrimonial and Family proceedings Act 1984* inglês (*Family Law* 49:3), que

– o legislador apenas em raros casos guarneceu novas leis com regras de conflito.⁵ Neste sentido, as várias leis de reforma do direito de família, que fizeram desta área algo completamente novo, não contêm nenhuma regra de conflito.⁶ Na abordagem do EGBGB, evidenciam-se contrastes, que levaram ao surgimento de novas regras a partir da jurisprudência.⁷ Isto é verdade, acima de tudo, no tratamento de filhos havidos fora do casamento.⁸ Ademais, a doutrina discute a *Rechtsfortbildung* do direito internacional privado, principalmente, no que toca às regras de qualificação, ou seja, ao enquadramento de novas questões jurídicas no sistema já existente.⁹ Parece-me que os conceitos gerais do EGBGB são já suficientemente amplos para viabilizar uma interpretação correta também de institutos jurídicos de direito interno, por exemplo, o *Versorgungsausgleich*.¹⁰ Apenas em casos excepcionais as novas normas materiais conduzem a lacunas no direito internacional privado, que serão, por conseguinte, supridas através da aplicação por analogia de normas existentes, ou mediante a produção de novas regras.¹¹ Após, aqui será, portanto, tratada primordialmente a produção das mesmas normas de conflito, e não tanto a sua extensão a novas questões objetivas.

3 – O direito internacional privado apresenta, no âmbito da *Rechtsfortbildung*, outra particularidade, que depende do modo de solução de uma controvérsia com momentos de conexão com um direito estrangeiro. Isso é, tal solução verificar-se-á em duas fases¹²: na

regula detalhadamente as conseqüências do divórcio depois do fim do matrimônio no exterior. Ver, além disso, a lei finlandesa sobre os sobrenomes de agosto de 1985 que no capítulo 6 contém um detalhado regulamento do direito internacional ao nome.

⁵ O exemplo muito importante é a AGB-Gesetz (Lei sobre condições gerais dos contratos) §§ 10 Nr. 8,12; Ver também a lei sobre ensino por correspondência de 26 de agosto de 1976 (BGB I, 2525) § 11.

⁶ Ver Jayme, Ehrechtsreform und Internationales Privatrecht, in NJW, 1977, 1378 ss.

⁷ A respeito do Versorgungsausgleich, ver BGH, 7 de novembro de 1979, in BGHZ 75, 241; BGH, 8 de Junho de 1983, in BGHZ 87,359 e JZ 1984, 139, nota Lüderitz; Jayme, Der Versorgungsausgleich im internationalen Privatrecht, in Zacher (ed.) Der Versorgungsgleich im internationalen Vergleich und der zwischenstaatlichen Praxis, 1985, p. 101 ss.; Nolte-Scharting, Der Versorgungsausgleich in Fällen mit Auslandsberührung, 1984

⁸ Kropholler, Die Kollisionsregeln des BGH für die Feststellung und Anerkennung der Vaterschaft, in NJW, 1976, p. 1011 ss.

⁹ MünchKomm/Sonnenberger, 1983, Einleitung IPR, nn. 300-302; Wengler, Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, in Festschrift Martin Wolff, 1952, p. 337 ss. Referindo-se a um “procedimento de classificação que, por sua natureza, é um procedimento normativo”.

¹⁰ Ver Jayme, Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung und Theorie des Internationalen Privatrechts, in Zacher, (ed.), op. cit. à nota 7, à p. 424.

¹¹ No caso de normas materiais estrangeiras, no passado se preferiria julgar que, na ausência de conformidade com o direito material alemão, essa não seria subordinada às regras de direito internacional privado alemãs (ver Melchior, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, 1932, p. 118 ss.), e por isso se falava de “lacuna”; ver M. Wolff, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 1954, p. 57; ver também genericamente Magalhães Collaço, Da qualificação em direito internacional privado, Lisboa, 1964, p. 184; ver, por ex., Galvão, Rückverweisung in deutsch-portugieschen Legitimationsfällen? In IPRax, 1984, p. 257 ss., 258 s.

¹² A “teoria das duas fases de direito internacional privado”, por resolver situações de conflito, pretende, além disto, considerar o direito estrangeiro como fato também na segunda fase. Ver sobre esse tema

primeira fase, uma regra de conflito fará remissão a normas materiais; após, o caso deverá ser decidido com referência à norma de direito assim individualizada. Em cada uma dessas fases, a *Rechtsfortbildung* poderá ocupar seu papel específico.

A título de exemplificação, cita-se uma sentença do *Amstgericht* de Charlottenburg, de 13 de janeiro de 1981¹³: tratava-se de controvérsia relativa a alimentos entre cônjuges turcos separados que viviam em Berlim.¹⁴ A mulher pleiteava uma antecipação das custas judiciais, não prevista expressamente no direito turco, em virtude da aplicação do Art. 14 do EGBGB. O pedido fundava-se no fato de que as custas processuais na Turquia seriam, claramente, muito menores do que na Alemanha.¹⁵ O Tribunal pronunciou-se no sentido de que o juiz alemão “poderá desenvolver, ulteriormente, o direito estrangeiro em casos específicos, se desconhecidos pelos tribunais do país”, acolhendo a demanda. Tratava-se, pois, da produção de direito turco por parte dos tribunais alemães.¹⁶ O *Amstgericht* Charlottenburg referiu-se, neste caso, também à norma, acolhida no direito turco, do Art. 1, § 2 do ZGB (Código Civil Suíço), segundo a qual se é inviável a extração de norma a partir da lei, o juiz há de decidir consoante o direito consuetudinário e, na falta deste, seguir a regra que adotaria na qualidade de legislador.¹⁷

Hessler Sachliche Generalklausel und internationales Familienrecht – Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts, 1985; Jayme, in Zacher (ed.) op. cit. à nota 7, p. 424 s.; sobre o direito das obrigações ver Stoll, Deliktsstatut und Tatbestandswirkung ausländischen Rechts, in Festschrift Lipstein, 1980, p. 259ss.; Ractke, Schldstatut und Eingriffsrecht, in ZvgIRWiss, 84(1985), p. 325 ss., a p. 341 ss.

¹³ IPRax 1983, 128; ver sobre esse tema Rumpf, Zur “Fortbildung” türkischen Unterhaltsrechts durch deutsche Gerichte – Prozesskostenvorschusspflicht unter Türkischenehegatten, in IPRax, 1983, pp. 114-116. ver também ord. AG Kitzingen, 30 de novembro de 1984 – F. 252:84 - ; o pedido de perícia, através do outro, era orientada também no sentido de “se fosse admitida uma sentença em conformidade ao § 1672 BGB como produção do direito turco”.

¹⁴ Na Turquia era no curso de uma ação de divórcio. Esta duplicação dos juízos era de reputar-se ao fato de que a Turquia, no passado, afirmava exclusivamente a jurisdição do tribunal turco pelo divórcio de cônjuge turco, independentemente se vivia na Turquia ou no exterior. Este fato, por sua vez, teve como consequência que os tribunais alemães eram privados de competência internacional, faltando o reconhecimento da sentença alemã de divórcio na Turquia (ver § 606 b ZPO). Em seguida à reforma de direito internacional privado e processual na Turquia (1982) uma tal competência exclusiva não subsistiu mais. Ver Krüger, Das türkische IPR-Gesetz von 1982, in IPRax, 1982, p. 252 ss.; Ansay, Zur Scheidung von Türken in der Bundesrepublik Deutschland nach Inkrafttreten des neuen IPR-Gesetzes, in StAZ, 1983, p. 29 s.; Krüger, Anerkennung deutscher Scheidung türkischer Eheleute, in IPRax, 1985, p. 370 s.

¹⁵ Ver RUMPF, op. cit. à nota 13, p. 114 N° 13.

¹⁶ De forma similar, OLG Oldenburg, 23.06.1981, in FamRZ, 1981, p. 1176 s., com devolução ao *Rechtsfortbildung* do direito suíço.

¹⁷ Para um caso de aplicação do artigo 1 do ZGB suíço na jurisprudência italiana, ver Trib. Torino, 27 de Julho de 1948, in Giur. It., 1949, I, 2, c. 273. Ver sobre esse tema, CANSACCHI, Qualificazione e richiamo della legge straniera, in Giur. It., 1949, I, 2, c. 273 55., a cc. 277-278; JAYME, Die italienische Rechtsprechung zum internationalen Privat- und Prozeßrecht 1945-1966, in RabelsZ, 31 (1967), 446 ss. 464. Sobre a importância do artigo 1 ZGB para os casos estrangeiros, ver, além disso, VISCHER, Der Richter als Gesetzgeber im internationalen Privatrecht, in Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht, volume XII, 1955, pp. 75 ss., 82 s., assim como a jurisprudência suíça mais recente, Zivilgericht Basel-Stadt, 17 de Julho de 1981, in ZZW 53 (1985), pp. 37455.,376 (mudança de sexo de uma senhora francesa).

Esses e demais problemas similares surgem, continuamente, quando da aplicação do direito estrangeiro, visto que o juiz alemão muitas vezes se confronta com um caso particular, não proposto aos tribunais daquele país em que o direito deveria ser aplicado. Surgiria um outro problema se, por exemplo, fosse lícito ao juiz valorar o direito estrangeiro na medida da Constituição estrangeira; nesse caso, deveria ser respeitada a competência absoluta da Corte Constitucional estrangeira.¹⁸

Há juristas que rejeitam em geral a *Fortbildung* criativa do direito estrangeiro por parte do juiz interno.¹⁹ Todavia, observa-se justamente que o reenvio envolve também aquelas normas estrangeiras que autorizam o juiz à *Rechtsfortbildung*.²⁰

4 – Um problema central na produção judicial do direito é representada, contudo, no questionamento *se e como* o juiz interno poderia elaborar as próprias regras de conflito. Aqui, apresenta-se um problema particular: na teoria mais recente do direito internacional privado há posicionamentos que convidam o juiz a prescindir da produção abstrata de normas e a determinar a “norma do caso”²¹ significativa, com ajuda de método embasado no conflito de normas materiais do caso concreto.²² É difícil, a meu ver, definir tal criação caso a caso do direito como *Rechtsfortbildung*.

Sobre o assunto, cito o caso *Frummer v. Hilton Hotels International Inc.*, da jurisprudência do estado de Nova Iorque²³: um nova-iorquino visitou Londres, hospedando-

¹⁸ Ver a esse respeito, BayOBLG, 21 de fevereiro de 1969, in FamRZ, 1969, 341 ss., 343 (não há remessa à corte constitucional italiana por parte de um tribunal alemão). Ver, genericamente, a esse respeito, KUNZ, Das richterliche Prüfungsrecht im internationalen Staatsrecht, in NiemeyersZ 32 (1924), p. 26 ss.

¹⁹ NEUMAYER, Fremdes Recht und Normenkontrolle, in RabelsZ, 23 (1958), pp. 573 55., 592-593.

²⁰ Assim, CAN5ACCHI, op. cito à nota 17, c. 278. ver, também, em contexto análogo, DE NOVA, Legge Straniera e controllo di costituzionalità, in Foro pad., 1955, IV, C. 1 5S. ac. 5-7; VON HOFFMANN, «Lex mercatoria» vor internationalen Schiedsgerichten, in IPRax, 1984, p. 106 ss. ap. 107-108. Entretanto, são superficiais e limitados sobre a questão da determinação do direito substitutivo frente à impossibilidade de estabelecer o conteúdo do direito estrangeiro. Ver a esse respeito, WENGLER, Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht in JR. 1983, p. 221 5S., a p. 225.

²¹ Sobre a teoria da “norma do caso”, ver FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, vol. IV, 1977, p. 202 ss.

²² Ver, por exemplo, Brainerd CURRIE, Survival of Actions: Adjudication versus Auto-mation in the Conflict of Laws, in Stanford L. Rev., 10 (1958), p. 205 55. a p. 218 55.; SEDLER, The Governmental Interest Approach to Choice of Law: An Analysis and a Reformulation, in UCLA L. Rev., 25 (1977), p. 181 5S., a p. 208. O caso mais famoso por este método é Babcock v. Jackson, 191, N.E. 2d 279 (Ct. App. N.Y. 1963). Ver também, porém, REESE, Choice of Law: Rules or Approach, in Cornell L. Rev., 57 (1971-72), p. 315 ss.; JUENGER, Möglichkeiten einer Neuorientierung des internationalen Privatrechts, in NJW, 1973, p. 1521 ss., a p. 1524. Obter a solução da norma nos conflitos de leis da interpretação da norma material, como atividade de “criação do direito” por parte do juiz (EHRENZWEIG, Festschrift Wengler, Vol. 2, 1973, p. 251 5S., a p. 259); no caso normal, porém, não se trata de *Rechtsfortbildung*.

²³ *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 304 N. Y.S., 2d 335 (Sup. Ct. 1969): ver sobre esse tema, JAYME, Zur Krise des «Governmental-Interest Approach», in Festschrift Kegel, 1977, p. 359 ss., a p. 363-364. Anteriormente a questão da competência internacional do juiz de Nova Iorque era estado decisivo em sentido positivo: *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 281 N. Y.S. 2d 41 (Ct. App. 1967). De modo análogo ao juiz de Nova Iorque decide a Supreme Court of Mississippi no caso *Mitchell v. Craft*, 211 So. 2d 509, 514 (Miss. 1968); ver sobre esse tema, CAVERS, The Value Of Principled Preferences, in Texas L. Rev. 49 (1971) 211,214-215.

se no Hotel Hilton. Enquanto se preparava para tomar banho, caiu na banheira, descrita na *Court of Appeals* de Nova Iorque como uma “modernistic type bathtub”.²⁴ Alegou ter sofrido graves lesões, demandando uma indenização de 150.000 dólares. A Ré excepcionou, entre outros, a con-culpa do Autor que, segundo as leis de Nova Iorque, teria afastado completamente o direito à indenização.²⁵ O direito inglês, por outro lado, previa uma repartição do dano a partir da “*comparative negligence rule*”. Seguindo-se o método aplicado no estado de Nova Iorque, o tribunal examinou, em preliminar, a finalidade das respectivas normas materiais e, num segundo momento, o interesse dos países considerados no atinente à aplicação das regras de conflito: ao fim, aplicou o princípio da “*better law*”, decidindo que o direito inglês era o melhor. A norma de Nova Iorque já era superada e por demais restritiva nos casos de dano.²⁶

Uma escolha assim entre dois direitos possíveis, que implica a criação de direito, não é de todo estranha nem mesmo ao Direito Internacional Privado alemão. O *Amtsgericht* Ebersberg, por exemplo, teve de enfrentar a questão se um marido egípcio devia responder pelas dívidas de sua esposa.²⁷ Segundo o art. 16 do EGBGB isso dependia da análise se, em relação ao terceiro, o direito alemão (no caso o § 1357 do BGB) seria “mais favorável” que o direito egípcio aplicável.

Me parece, porém, que não se trata aqui de *Rechtsfortbildung*, porque certas regras podem ser extraídas gradualmente também através de repetidas concretizações²⁸.

5 – Nos métodos do direito americano predominantes na década de 80, exprime-se uma divergência em relação ao direito internacional privado clássico. Desejava-se assim dar maior destaque aos objetivos das normas materiais, e também impedir o emprego de conceitos abrangentes demais nas regras de conflito, para todos os problemas em questão. Por isso, foi desenvolvida uma série de instrumentos para melhor satisfazer as exigências do caso particular, instrumentos introduzidos também na Europa. Menciona-se, como exemplo, o “*dépeçage*”, ou seja, a aplicação de diversos direitos a questões diversas oriundas da mesma situação de fato²⁹.

²⁴ *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 281 N. Y.S. 2d, 41, 42 (Ct. App. 1967).

²⁵ Relativo à «contributory negligence» ver PROSSER & KEETON, *On the Law of Torts*, 1984, p. 451 ss., a p. 468 (“The doctrine appears...to be a dying one...”).

²⁶ O «better-law approach» de Leflar. Ver, LEFLAR, *Choice-Influencing Considerations in conflicts Law*, in N.Y.U.L. Rev. 41(1966) 267ss.

²⁷ Ver JAYME, *Rechtsvergleichung im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift Schwind*, 1978, p. 103.

²⁸ Ver a esse respeito a teoria dos conflitos de lei de David Cavers baseada sobre “principles of preference”: CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, 1965, e, a esse respeito EHRENZWEIG, *A Counter-Revolution in Conflicts Law? From BEALE to CAVERS*, in *Harvard L. Rev.*, 80 (1966), pp. 377 ss., 387, 390 ss.; CAVERS, *The Choice of Law-Selected Essays, 1933-1983*, Duke University Press, Durham, 1985, p. 149 ss.; o mesmo CAVERS, op. cit. na nota 23, pp. 211, 215, rejeita, todavia, o critério da “better law” como “principle of preference”. Para ele importa a “conflicts justice”: ver CAVERS, *Cipolla and Conflicts Justice*, in *Duquesne L. Rev.*, 9 (1971), p. 360 ss., isto é, ele relaciona os objetivos das normas materiais às particularidades do caso concreto de conflito de leis e rejeita uma apreciação de comparação abstrata.

²⁹ Ver a esse respeito WILDE, *Dépeçage in the Choice of Tort Law*, in *Southern California Law Review*, 41 (1968), p. 329 ss.; REESE, *Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law*, in *Columbia L.*

Na *Rechtsfortbildung*, uma figura jurídica assume um significado particular, qual seja a chamada “cláusula de exceção”³⁰. Aqui se trata da situação em que o juiz de um caso particular pode decidir segundo a equidade; ou seja, é conferida a ele a possibilidade de enunciar uma nova regra diferente daquela codificada. Hoje, a pátria da norma de exceção é a Suíça³¹. Mas também o projeto de lei alemão de 1983 para a revisão do direito internacional privado contém cláusulas de exceção que provêm dos Tratados de Roma da CEE sobre o direito aplicável às relações obrigacionais derivadas do contrato (1980). No art. 28 do EGBGB, segundo o texto do projeto de 1983, são previstos para os contratos (na falta de escolha da parte) certos critérios objetivos de conexão³². Afirma-se, então, no § 5º da mesma norma: “As previsões dos §§ 2º, 3º e 4º não valem quando, da totalidade das circunstâncias, resulta que o contrato tenha conexões mais estreitas com um outro Estado”. Uma regra semelhante existe para os contratos de trabalho no art. 30, § 2º, última parte, EGBGB, do projeto de reforma³³.

Essas cláusulas de exceção, em tese, estão se tornando possíveis na prática face a necessidade de lidar melhor com a multiplicidade dos estados internacionais de fato³⁴. Deveria ser, porém, o caso particular, a meu ver, o ponto de partida para a criação de uma nova regra. A cláusula de exceção é vista desse mesmo modo também na doutrina suíça, a qual reafirma que o juiz deve criar uma regra *modo legislatoris*, a qual deverá ser aplicável também nos casos

Rev. 73 (1973), p. 58 ss.; LAGARDE, Le “dépeçage” dans le droit international privé des contrats, in Riv. dir. int. priv. e proc., 1975, p. 649 ss.; LAGARDE, The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia, in Virginia Journal of International Law, 22 (1981), p. 91 ss., 96.

³⁰ Ver a esse respeito SCHURIG, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, p. 338 ss.; DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, Genebra, 1983; NADELMANN, Choice of Law Resolved by Rules or Presumptions with an Escape Clause, in Am. Journ. Comp. Law, 33 (1985), p. 297 ss.; CAMPIGLIO, L'esperienza svizzera in tema di clausola d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato, in Riv. dir. int. priv. proc., 1985, p. 47 ss.

³¹ VISCHER, Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience, in Law & Contemporary Problems 41, N.º 2 (1977), p. 131 ss.; BUCHER, Auslegungsregeln in der neueren Gesetzgebung des schweizerischen internationalen Privatrechts, in Festschrift Meier-Hayoz, 1982, p. 45 ss.; KNOEPFLER, Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé, in Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel, 1982, p. 113 ss. Um estudo/investigação/pesquisa/exame sobre o tema está em VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, in Recueil des Cours, 176 (1982-III), p. 9 ss., p. 186 ss.

³² Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, in BT-Drucksache, 10/504 (20/10/1983), p. 12.

³³ Ver a esse respeito GAMLLSCHEG, Ein Gesetz über das Internationale Arbeitsrecht, in Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1983, p. 307 ss., a p. 307 ss., a p. 330 (“decisão sábia”); KRONKE, Das Arbeitsrecht im Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, in DB, 1984, p. 404 ss., a p. 405 (“em cada caso necessário”).

³⁴ Segundo KREUZER, Berichtigungsklauseln im Internationalen Privatrecht, in Festschrift Zajtay, 1982, p. 295 ss., a p. 315, trata-se aqui de “impor a idéia de equidade no sentido da justiça do caso concreto”. Na minha opinião a cláusula de exceção deveria tornar possível uma produção mais fina da regra. Concebendo-a mais no sentido da justiça do caso concreto corre-se o risco de que a aplicação da norma geral sobre os conflitos de lei deve ser sempre legitimada. Por isso deveria-se deixar a “correção” no caso concreto às normas materiais aplicáveis: assim exatamente BHG, 26 de maio de 1982, in IPRax, 1983, 180 ss., a p. 184 para § 1587 c do BGB.

posteriores similares³⁵. A cláusula de exceção se torna, assim, o instrumento de uma *Rechtsfortbildung* institucionalizada. No que tange ao direito alemão, contudo, não há ainda uma experiência em que foi aplicada a cláusula de exceção³⁶.

6 – Antes de nos determos sobre questões particulares, é necessário enfrentar, ainda, o problema dos critérios da produção judicial no direito internacional privado³⁷.

Parece exemplar aqui uma sentença do *Reichsgericht*³⁸: tratava-se do divórcio de um casal de cônjuges islandeses. A autora era, originalmente, de nacionalidade alemã, mas adquirira, com o casamento, a nacionalidade islandesa do marido, perdendo a alemã. O seu pedido tinha sido informado ao marido em 03 de setembro; em 07 de outubro o marido denunciou ao cartório do Município de sua residência a sua mudança de domicílio dentro da Islândia³⁹.

Segundo o art. 17 § 1º do BGB, era aplicável o direito islandês. Nas causas matrimoniais e familiares, porém, a Islândia segue o princípio da residência⁴⁰. Portanto, fazia um reenvio ao direito alemão (art. 27 EGBGB). Ao contrário, permanecia incerto o momento julgado decisivo da norma islandesa sobre os conflitos de lei. O *Reichsgericht* pronunciou-se a favor do reenvio: poderiam ser originadas desvantagens “caso se ligasse a uma mudança de residência do demandado, verificada apenas após a proposição da demanda, a consequência de provocar a mudança da disciplina legal do divórcio aplicável no início da ação. O requerido teria o poder de negar à parte autora o direito ao divórcio”. O *Reichsgericht* assim prosseguiu⁴¹:

“Nenhum elemento faz crer que o direito islandês queira recusar-se a reconhecer essas considerações que emergem da natureza do litígio. Na falta de disposições explícitas dever-se-á admitir que corresponde também à *ratio* do direito islandês o fato que, inobstante uma mudança de residência do réu verificada no curso da ação, seja mantida aplicável, também após, a mesma disciplina legal do divórcio aplicável no início da ação, mesmo quando, como aqui, o demandado tenha transferido a sua residência na mesma Islândia.”

³⁵ Vischer, op. cit. à nota 31, p. 139; Bucher, op. cit. à nota 31, p. 61; von Overbeck, op. cit. à nota 31, p. 205; Jayme, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international prive*, in *Recueil des Cours*, 177 (1982-IV), p. 9 ss., a p. 84.

³⁶ Ver, entretanto, também Nadelmann, op. cit., nota 30 considerando aí o precedente histórico

³⁷ Do ponto de vista pelo advento da cláusula de exceção somente data de Vischer, op. cit. à nota 31, p. 139-140, e de Kreuzer, op. cit. à nota 34, p. 322 e ss.

³⁸ RG, 6 de Abril de 1936, in RGZ, 151, 103.

³⁹ A corte aceita a *perpetio fori* no sentido de uma *perpetuatio jurisdictionis*; ver sobre esse tema, porém, Damrau, *Fortdauer der internationalen Zuständigkeit trotz Wegfalls ihrer Voraussetzungen?*, in *Festschrift Bosch*, 1976, p. 103 ss.; relativo à situação da causa cfr. Zöller/Geimer, ZPO14, 1984, in IZPR, P. 633-634.

⁴⁰ Eyjóttsson, *Das Eherecht Islands*, in *Leske/Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, vol. IV, 1937, p. 750 ss., a p. 761; Löning, *Die Ehescheidung von Isländern vor deutschen gerichten*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 9 (1935), p. 405 ss., a p. 410; ver, além disso, Bergmann/Ferid, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Island*, p. 4 ss.

⁴¹ Cit. supra, nota 38, p. 109. O BGB, 26 de maio de 1982, in IPRax 1983, 180 ss., a p. 184, toma em consideração a mudança de nacionalidade durante a ação de divórcio no âmbito da norma material; ver sobre esse tema, Jayme, op. cit. à nota 7, p. 424s. Relatório ao “*Rechtsfortbildung*” na base a natureza della cosa, ver genericamente Larenz, op. cit. À nota 1, p. 5-7.

Percebe-se que o *Reichsgericht* tentava introduzir uma regra válida no âmbito internacional para a mudança de disciplina legal. A produção do direito estrangeiro sobre os conflitos de leis e o desenvolvimento dos princípios gerais da natureza do litígio convergem, especialmente porque aqui se devia decidir sobre a aplicabilidade de normas materiais alemãs. A possibilidade de internacionalização da nova regra torna-se um critério fundamental que guia, ou pelo menos deveria guiar, a *Rechtsfortbildung* no direito internacional privado⁴².

II - O princípio da igualdade do Grundgesetz e a Rechtsfortbildung do direito internacional de família

O motivo principal para a criação de novas normas sobre conflitos de leis por parte da jurisprudência deveu-se ao fato de que muitas normas do EGBGB não correspondem ao princípio da igualdade (isonomia) consagrado na Constituição (art. 3, § 2º, *Grundgesetz*), uma vez que estão ligadas à nacionalidade do marido ou do pai⁴³. Enquanto parece fácil declarar a inconstitucionalidade de uma norma, difícil se torna substituí-la por uma nova⁴⁴. Esse terá sido o motivo mais importante pelo qual a prática (apoiada em parte da doutrina)⁴⁵, por um longo período, conservava as normas antigas⁴⁶. Isso ocorria ainda que a Corte constitucional federal tivesse declarado, na sentença dos espanhóis (*Spanienfall*) de 04 de maio de 1971, o princípio segundo o qual as normas de direito internacional privado alemão devem ser harmonizadas com os direitos fundamentais⁴⁷.

Havia, contudo, também algumas sentenças de juízes que, de forma cautelosa, ousaram praticar uma *Rechtsfortbildung*, especialmente para o regime jurídico dos efeitos pessoais do casamento e a aquisição do sobrenome do marido por parte da esposa⁴⁸. A

⁴² Ver sobre esse tema a "opinião dissidente" do Juiz Breitel in *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 281 N.Y.S. 2d, 41, 46 ss., 51-52 (Ct. App. N.Y. 1967); ver também BGH, 8 janeiro de 1985, in VJZI 1985, 441, 442 "Deve, entretanto, haver também o correspondente desenvolvimento das normas de conflito de leis de outros ordenamentos jurídicos (a esse respeito Hohloch, JuS. 1980, 18, 19 s.) e o dever de harmonização assim codificado"; BGH, 8 de março de 1983, in BGHZ 87,95,100, e ver sobre esse tema, Weick, *Das Tatortprinzip und seine Einschränkung bei internationalen Verkehrsfällen*, in NJW, 1984, 1993 ss., 1994 s.

⁴³ Ver sobre o tema Sturm, *Durchbruch der Grundrecht in Fällen mit Auslandsberührung*, in Fam R, 1972, p. 16 ss.

⁴⁴ Cfr. Henrich, Art. 15 EGBGB nichtig: Was nun?, in IPRax, 1983, p. 208 ss.

⁴⁵ Ver a prova in Sturm, *Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht*, in Festschrift Heidelberg, 1967, p. 155 ss., 157, N° 8.

⁴⁶ Ver, por exemplo, BGH, 9 de julho de 1980, in IPRax, 1981, 23 ds.; ver sobre esse tema, Otto, *Güterrecht und IPR*, in IPRax, 1981, p. 11 ss.

⁴⁷ BverfG, 4 de maio de 1971, in BverfGE 31, 58; ver sobre esse tema Müller-Freienfels, "Spanierheiraten" Geschiedener im Meinungsstreit, in Festschrift Kegel, 1977, p. 55 ss.

⁴⁸ Ver STURM, *Der Name der Ehefrau aus kollisionsrechtlicher Sicht*, in FamRZ, 1972, p. 394 ss.; HENRICH, *Alternativen zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt in gemischt-nationalen Ehen*, in IPRax. 1983, p. 62 ss.

verdadeira e própria abertura ocorreu apenas quando as propostas de reforma concentraram-se em projetos de lei nos quais se podia modelar a introdução de novas normas⁴⁹.

Esse processo de reforma está ainda em andamento (para citar Beitzke)⁵⁰ e trouxe uma gradual desconstrução do direito internacional de família⁵¹.

1 - O exemplo mais significativo de uma *Rechtsfortbildung* que teve um bom fim é o divórcio nos casamentos de nacionalidade mista. Na base do art. 17 do EGBGB está o princípio da nacionalidade. Para o divórcio, vigorava o direito nacional do marido no momento da demanda judicial (art. 17, § 1º do EGBGB)⁵². Entretanto, as mulheres alemãs podiam sempre obter o divórcio segundo o direito alemão *ex vi* art. 17, § 3º do EGBGB. À jurisprudência apresentava-se a questão de como formar o direito internacional do divórcio com referência ao princípio da igualdade da Constituição, quando os cônjuges possuísem nacionalidades diversas.

A sentença do *Bundesgerichtshof* de 08 de dezembro de 1982 tratava do divórcio de um austríaco com uma americana, a qual, até 1969, possuía um passaporte austríaco⁵³. A Corte de Apelação federal estabeleceu que o art. 17, § 1º do EGBGB contrariava o art. 3, § 2º GG, e, quanto ao direito aplicável, fez referência à nacionalidade do marido no caso do casamento misto entre cidadãos de nacionalidade diversas. A corte, portanto, estabeleceu a norma de que o divórcio e as suas conseqüências serão determinados segundo o direito do estado no qual ambos cônjuges tenham tido suas últimas nacionalidades durante o casamento, sendo que ao menos um dentre os dois deve continuar a possuí-la. Assim, era aplicável o direito austríaco. O recurso constitucional da esposa, a qual, evidentemente, tentava obter um *Versorgungsausgleich* (Compensação de aqüestos) segundo o direito alemão⁵⁴, não foi acolhido na corte constitucional.

⁴⁹ Ver infra notas 58, 80. Ver em contexto similar, BAR, *Exklusivnonnen und Ausländer unter deutschem Personalstatut*. in IPRax. 1985. p. 272 s., que se opõe a uma conexão fundada na sua residência pelo motivo "isso parece sem necessidade e em desarmonia com a tendência do futuro direito internacional privado relativo ao *Versorgungsausgleich* alemão".

⁵⁰ BEITZKE, *Sukzessive Demontage familienrechtlichen Kollisionsrechts*, in IPRax. 1985. p. 268 ss.

⁵¹ Ver sobre esse tema HELDRICH, *Reform des internationalen Familienrechts durch Richterspruch*, in FamRZ, 1983, p. 1079 ss.; ver BAR, *Das in/emationale Eherecht auf dem Prüfstand der Verfassung*, in NJW, 1983. p. 1929 ss.; JAYME, *Private International Law in Matters of Divorce in Recent German Case Law*, in *Current Trends of Conflicts of Laws in Central Eastern Europe*. Trieste. 1985, p. 45 ss.; BVerfG, 3 de dezembro de 1985, in NJW, 1986, 658, nota GEIMER (§ 606 b ZPO).

⁵² A Corte Constitucional Federal, 8 de janeiro de 1985. in JZ, 1985. 382; in IPRax, 1985, 290 s., declarou inconstitucional o artigo 17. § 1 EGBGB.

⁵³ BGH, 8 dezembro 1982. in BGHZ, 86.57; in IPRax, 1983. 236 ss.; ver sobre esse tema JAYME. *Zur Neubestimmung des Scheidungsstatuts für gemischtnationale Ausländerehen*. in IPRax. 1983. p. 221 ss.

⁵⁴ BVerfG, 23 de junho de 1983, in FamRZ. 1983, 1211; in IPRax. 1984.207; ver sobre esse tema HENRICH. *Die Scheidung gemischtnationaler Ausländerehen*. in IPRax. 1984,186.

Na doutrina, houve uma quantidade de propostas sobre a norma que deveria ter substituído o art. 17, § 1º do EGBGB, inconstitucional⁵⁵. A Corte Federal referia-se ao “resíduo conforme a constituição” da norma, isto é, ao princípio da nacionalidade⁵⁶. Do art. 17 do EGBGB foi possível destacar, outrossim, o princípio de que “o critério de conexão baseado na nacionalidade não deve pertencer completamente ao passado, mas o seu efeito deverá continuar no presente para pelo menos um dos cônjuges”⁵⁷. A nova regra referente à última nacionalidade comum, corresponde, além disso, às propostas de reforma já registradas⁵⁸ naquele período.

A sentença mostra claramente os fatores que se tornaram decisivos para a produção do direito internacional privado. Na maior parte, são os elementos estruturais das regras de conflito em vigor – aqui, o princípio da nacionalidade – que encontram aplicação concreta com a antecipação de futuras soluções legislativas, já presentes como propostas de reforma. Isso apresenta a vantagem de, nas longas fases de transição em que a antiga codificação é abalada, conservar uma certa continuidade, enquanto a nova codificação não entra ainda em vigor.

Embora convincente *in abstracto*, a solução da suprema Corte Federal se apresenta problemática no contexto dos fatos decididos. Na verdade, a aurora tinha duas nacionalidades durante o casamento, a austríaca e a americana, portanto, era binacional. A Corte levou em consideração apenas a nacionalidade austríaca para decidir se os cônjuges tinham uma nacionalidade comum durante o casamento, afirmando:

“A questão, se nesse contexto, referente a pessoas com dupla nacionalidade, leva em consideração a nacionalidade efetiva, pode ficar aberta (...), porque a nacionalidade austríaca da mulher, embora mantendo sua nacionalidade americana, não era privada de efeitos. No seu caso, aprestava relações com a Áustria não apenas através do marido, mas também diretamente. Ainda depois da separação do casal, construiu uma casa na Áustria e lá viveu temporariamente, além de utilizar o passaporte austríaco até 1969.”⁵⁹

Segundo os princípios gerais, o *Bundesgerichtshof* deveria ter verdadeiramente examinado quais das duas nacionalidades era a prevalente⁶⁰. Entretanto, na verdade existe o risco de impor-se novamente a nacionalidade do marido – como demonstram outras sentenças⁶¹.

⁵⁵ Veja JAYME, op. cit. à nota 6. p. 379. N. 13; OLG München, 17 de dezembro de 1979. in IPRax. 1981. 22.

⁵⁶ BGH. 8 de dezembro de 1982, in BGHZ, 86. 57.

⁵⁷ Nota prec., à p. 67.

⁵⁸ Alusão in BGH, 8 de dezembro de 1982, in BGHZ. 86, 57, 65.

⁵⁹ Ivi, p. 69.

⁶⁰ Ver o BGH, 20 de junho de 1979, in BGHZ, 75, 32, 39, com provas.

⁶¹ Ver no contexto do estatuto dos bens matrimoniais LG Kempten, 3 de abril de 1984, in IPRax, 1985, 167; REINHART, Zum Güterstand gemischt-nationaler Ehen, in BWNotZ, 1985, 97 ss., 98 s.

Na seguinte sentença de 11 de janeiro de 1984, a Corte Federal não podia mais manter o princípio da nacionalidade⁶². Tratava-se da dissolução de um matrimônio no qual a esposa era cidadã da União Soviética, e o marido, de Angola⁶³. A esposa vivia na Alemanha, e o marido tinha retornado à sua pátria. Os cônjuges, portanto, não tinham nem uma nacionalidade comum, nem uma vivência habitual comum. A Corte Federal estabeleceu o seguinte princípio:

‘O divórcio e as conseqüências do divórcio determinam-se, até o momento em que não é possível determinar uma nacionalidade comum dos cônjuges, segundo o direito daquele Estado, no qual ambos os cônjuges tenham tido domicílio habitual ou no qual ambos tenham tido o seu último domicílio durante o matrimônio, se um dos dois continua a ter lá a sua própria residência.’

Tal regra levou à conseqüência de que um matrimônio celebrado na Rússia entre uma cidadã russa e um cidadão angolano, o qual, ao momento do divórcio vivia em Angola, tivesse sido desfeito segundo o direito alemão, porque a última residência do casal tinha sido na Alemanha, onde a mulher continuava ainda a viver.

Esta passagem do princípio da nacionalidade àquele do domicílio habitual, para o divórcio nos casamentos com nacionalidade mista, representa uma das produções judiciais mais importantes do direito internacional privado. Resta aberta, entretanto, a questão se as regras desenvolvidas para os casamentos de estrangeiros com nacionalidade mista também valeria para quando um dos cônjuges possuísse nacionalidade alemã⁶⁴. O *Bundesgerichtshof* desenvolveu a regra especial da combinação do disposto nos §§ 1º e 3º do art. 17 do EGBGB, segundo o qual, no caso de casamento com nacionalidade mista, em que um dos cônjuges é alemão, o pedido de divórcio de cada cônjuge é da jurisdição nacional desse cônjuge⁶⁵. Pelas conseqüências do divórcio, deverá ser aplicado, em cada caso, o direito alemão⁶⁶. O regime do divórcio para casamentos com nacionalidade mista é portanto diferente, caso os dois cônjuges sejam alemães, ou caso um dos cônjuges seja cidadão alemão; porque, neste último caso, o direito alemão é aplicado, sem atenção, à residência habitual comum dos cônjuges⁶⁷.

A Corte Constitucional Federal declarou inconstitucional o art. 17, § 1º do EGBGB, na sentença de 8 de janeiro de 1985⁶⁸. Por isso, questiona-se a possibilidade de ser mantida a

⁶² BGH 11 de janeiro de 1984, in BGHZ, 89, 325; in IPRax, 1984, 208.

⁶³ Ver também as decisões das instâncias precedentes: AG Wenningsen/Deister, 14 de outubro de 1981, in IPRspr., 1981, n. 102; OLG Celle, 7 de abril de 1982, in FamRZ, 1982, 813.

⁶⁴ Ver a este respeito RAUSCHER, Nichts Neues zu Art. 17 EGBGB, in JZ, 1985, 518 ss.; WINKLER VON MOHRENFELS, Die Anknüpfung des Scheidungsstatuts nach Nichtigerklärung des Art. 17 I EGBGB, in NJW, 1985, p. 1264 ss.

⁶⁵ BGH, 8 de junho de 1983, in BGHZ 87, 359; in IPRax, 1983, 239. Ver HENRICH, Probleme bei der Scheidung einer gemischt-nationalen Ehe, wenn ein Ehegatte Deutscher ist, in IPRax, 1983, p. 161 ss.

⁶⁶ BGH, 8 de junho de 1983, cit. nota prec.; Ver a este respeito JAYME, cit. à nota 53, p. 222 s.

⁶⁷ Ver AG Kelheim, 2 de fevereiro de 1984, in Ipraz, 1985, 109.

⁶⁸ BverfG, 8 de janeiro de 1985, in JZ, 1985, 382; in IPRax, 1985, 290 s., Ver a este respeito BEITZKE, cit. à nota 50; RAUSCHER, cit. à nota 64; WINKLER VON MOHRENFELS, cit. à nota 64.

regra especial para os casamentos, com nacionalidade mista, nos quais um dos cônjuges é alemão. A única base para tal regra é, atualmente, o art. 17, § 3º do EGBGB, que prevê para o pedido de divórcio da mulher alemã a aplicabilidade do direito alemão. Essa norma é de ser considerada, porém, inconstitucional, pois a esposa alemã é privilegiada.

Contudo, restou intacto um “resíduo” conforme a Constituição, no sentido de que a cônjuges alemães deveria ser assegurada, possivelmente, a aplicabilidade do direito alemão⁶⁹. Esta idéia poderá ser pouco desejável do ponto de vista internacional; não infringe, porém, o princípio da igualdade de direitos dos cônjuges. Parece-me que poderiam ser conservadas, portanto, as regras especiais desenvolvidas pelo BGH (Corte Federal Civil), ainda depois da nulidade do art. 17, § 1º por parte da Corte Constitucional Federal.

2 – Enquanto o direito internacional do divórcio foi reformulado sobre uma nova base, o direito internacional das relações patrimoniais entre os cônjuges está ainda esperando uma *Rechtsfortbildung* consolidada.

A Corte Constitucional Federal declarou inconciliável o art. 15, § 1º e § 2º da primeira parte do EGBGB com o art. 3º, § 2º do *Grundgesetz*, considerando-o, portanto, *verfassungswidrig*⁷⁰, porque estava ligado à nacionalidade do marido⁷¹. A questão sobre quais regras devem substituir a norma inconstitucional é controversa⁷². Orientando-se sobre o “resíduo” da norma, é necessário, a meu ver, manter a imutabilidade do regime de bens *de lege lata*⁷³. É necessário, dessarte, acertar um regime de bens entre os cônjuges no momento da celebração do casamento. Se os cônjuges, no momento da celebração do casamento, não tinham a nacionalidade comum, é de se considerar a primeira residência habitual do casal⁷⁴.

A prática, contudo, deve enfrentar o difícil problema de como administrar as repercussões da sentença da Corte Constitucional Federal⁷⁵. Em parte, os tribunais têm-se

⁶⁹ BGH, 11 de janeiro de 1984, in BGHZ 89, 325, 335: “A solução divergente para o matrimônio no qual um cônjuge é alemão, faz referência à estrutura da disciplina especial que contem as normas para tais casos e que tem a finalidade de submeter até que possível o cônjuge ao seu direito nacional.”

⁷⁰ BverfG, 22 de fevereiro de 1983, in BverfGE, 63, 181; in Iprax, 1983, 223; Ver a este respeito HEIRINCH, cit. à nota 44; v. BAR, cit. à nota 51; Ver ainda SONNENBERGER, IPR-Reform und Verfassungswidrigkeit von Art. 15, ABS. 1 EGBG, in IPRax, 1984, 5 ss.

⁷¹ O caso relativo ao regime de bens de um casal no qual a mulher era alemã, o marido no momento da celebração do matrimônio, iraquiano, mas foi mais tarde naturalizado. Depois da morte do marido, questionou-se se a mulher poderia fazer valer o incremento da quota hereditária prevista nos §§ 1931, 3, 1371, 1 do BGB. A aplicação do estatuto de bens nesta questão pressupõe que a questão seja comumente qualificada como relativa ao regime patrimonial. Ver STAUDINGER v. BAR, 12ª ed., 1983, art. 15, Rdz. 100-104.

⁷² Ver sobre esse tema HELDRICH, Zur Neubestimmung des Güterrechtsstatuts, in IPRax, 1984, 143 ss.; SCHURIG, Das Verhältnis von Staatsangehörigkeitsprinzip und Unwandelbarkeit im gegenwärtigen und künftigen deutschen Ehegüterrecht, in JZ, 1985, p. 559 ss.; REINHART, cit. nota 61.

⁷³ Assim HELDRICH, cit. à nota precedente, p. 144; SONNENBERGER, cit. à nota 70, p. 7 (“límite do Rechtsfortdigung possível”); REINHART, cit. à nota 61, p. 100; A.A. SCHURIG, nota precedente.

⁷⁴ REINHART, cit. à nota 61, p. 99 com provas.

⁷⁵ REINHART, cit. à nota 61, p. 100-1001. O governo federal fez a seguinte proposta na sua réplica à posição do conselho federal (BT-Drucksache 10/504 de 20 de outubro de 1983, p. 104 ss., 107): “Os efeitos da relação

inclinado – por compreensíveis motivos de segurança jurídica⁷⁶ – no sentido de conservar o regime de bens acordado na origem, fazendo referência à nacionalidade comum dos cônjuges, também quando a nacionalidade da esposa tenha sido adquirida apenas *iure matrimonii*, sem indagar-se a respeito da efetividade dessa nacionalidade⁷⁷.

III – O direito internacional do ilícito civil⁷⁸.

O setor principal, no qual encontra aplicação o direito internacional do ilícito civil, diz respeito aos acidentes de trânsito com conexão com o estrangeiro⁷⁹. Os outros grupos de casos, mesmo sobre a responsabilidade do produtor⁸⁰ – passam em segundo plano⁸¹. As normas alemãs escritas sobre os conflitos de leis conhecem apenas duas exceções, que são o art. 12 do EGBGB e o § 1º de *Rechtsanwendungsverordnung* (disposições sobre a aplicação da lei) de 1942⁸². Ambas prevêm o princípio da *lex loci delicti*. Segundo o art. 12 do EGBGB, não se pode fazer valer pretensões maiores por um ato ilícito cometido no estrangeiro por um alemão, das quais se estabelecem nas leis alemãs. O decreto sobre a aplicação do direito prevê a aplicação do direito alemão para ilícitos cometidos no estrangeiro, quando tanto aquele que provocou o dano, como aquele que o sofreu, são alemães. O princípio da *lex loci delicti* foi contestado já há muito tempo: estabelecia-se uma “rigidez” do regime do ilícito⁸³. O *Bundesgerichtshof*

patrimonial no matrimônio celebrado antes de 9 de abril de 1983, são regulados até 8 de abril de 1983 pelo direito daquele Estado de cujo o marido era cidadão no momento da celebração do matrimônio; pelo período sucessivo é aplicável o art. 15, segundo o qual, o 09 de 1983 substitui o momento da celebração do matrimônio. Resta intacto o patrimônio dos cônjuges existente na data de 08 de abril de 1983, art. 15". Ver também v. BAR/IPSEN, Die Durchsetzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im internationalen Ehegüterrecht, in NJW, 1985, p. 2849 ss.

⁷⁶ Ver contudo MAGNUS, Verfassungswidrige Kollisionsnormen und Vertrauensschutz, in NJW, 1982, p. 1922 s.

⁷⁷ OLG Düsseldorf, 23 de dezembro de 1983, in IPRax, 1984, 156, LG Kempten, 3 de abril de 1984, in IPRax, 1985, 167.

⁷⁸ Ver este respeito HOHLOCH, Das Deliktstatut, 1984; LORENZ, Einige Überlegungen zur Reform des deutschen internationalen Deliktsrechts, in Festschrift Coing, 1982, p. 257 ss.; v. BAR, Grundlagen des internationalen Deliktsrechts, in JZ, 1985, p. 961 ss.

⁷⁹ Ver HEPTING, “Gastarbeiterunfälle” in der neuesten Rechtsprechung zum internationalen Deliktsrecht, in DAR, 1983, p. 97 ss.

⁸⁰ Ver este ponto BGH, 17 de março de 1981, in IPRax, 1982, 13, ver também KREUZER, Apfelschorf im “Alten Land” – Kollisionsrechtliche Probleme der Produkthaftung, in IPRa, 1982, p. 1 ss. Nos Estados Unidos, ver JAYME, Produkthenftpflicht ausländischer Hersteller und internationale Zuständigkeit der Gerichte in Kalifornien, in IPRax, 1986, p. 193 s.

⁸¹ Sobre a responsabilidade por lesão a direito da personalidade, Ver LÜDERITZ, Ehrenschutz im internationalen Privatrecht, in NYW, 1692, 2142 ss.; HELDRICH, Persönlichkeitsverletzungen im internationalen Privatrecht, in CAEMMERER (ed.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse, 1983, p. 361.

⁸² Com jurisprudência constante, o BGH reteve a persistente validade do decreto, conforme BGH, 2 de fevereiro de 1961, in BGHZ, 34, 222, 224 ss. Todavia são exceções da aplicação do decreto sobre ilícitos da concorrência desleal; Ver SCHRICKER, Etikettierung beim Weinexport und internationales Wettbewerbsrecht, in IPRAX, 1983, p. 103 ss, a p. 105.

⁸³ BINDER, Zur Auflockerung des Deliktstatuts, in RabelsZ, 20 (1955), p. 401 ss.

ateve-se, num primeiro momento – até onde foi possível⁸⁴ – ao princípio do lugar do ilícito. Apenas recentemente produziu regras de direito internacional privado sobre o ilícito para dois importantes grupos de casos.

1 - A sentença de 8 de janeiro de 1985 tratava de um acidente de trânsito ocorrido em Portugal⁸⁵. O autor era um cidadão alemão em viagem de férias; a demandada, ao contrário, a seguradora alemã de responsabilidade civil de um cidadão espanhol que vivia há 9 anos na Alemanha. A Corte Superior Federal (BGH) julgou ser aplicável o direito alemão e declarou o seguinte princípio:

“Quando, no caso de um acidente de trânsito, a residência habitual compartilhada pelo autor do dano e por aquele que o sofreu envia novamente a um ordenamento jurídico diferente daquele vigente no lugar do ilícito, e quando, considerando a nacionalidade, nenhuma das partes em causa tem relações com o estado no qual se encontra o lugar do ilícito, segundo o direito alemão dos conflitos de lei sobre a responsabilidade por ilícito e por risco, aplicar-se-á o direito da residência habitual comum, no caso em que o causador e o sofredor do dano sejam Estados envolvidos no acidente com automóveis matriculados e assegurados no Estado de residência.”

Esta evolução parcial para o princípio da residência habitual comum representa uma importante elaboração do direito internacional da responsabilidade civil. Ainda no *leading case* de 5 de outubro de 1976 a Corte Federal tinha declarado:

“Nem o estatuto assegurador em comum, nem a comunidade da residência habitual fazem parecer “casual” o princípio do lugar do ilícito.”⁸⁶

Todavia, no caso em espécie, a vítima do dano era cidadão do Estado no qual tinha ocorrido o acidente, razão pela qual as duas decisões não resultaram contraditórias.

Na nova sentença o *Bundesgerichtshof* –BGH podia apoiar-se nas propostas mais recentes de reforma⁸⁷. Um peso particular competia ao projeto de lei para a integração do direito internacional privado (relações obrigacionais extracontratuais e direitos reais) de 15 de maio de 1984⁸⁸, que segundo

⁸⁴ Ver a este respeito HOHLOCH, Grenzen der Auflockerung des Tatortprinzips im internationalen Deliktsrechts, in IPRax, 1984, p. 15 ss.

⁸⁵ BGH, 8 janeiro 1985, in JZ, 1985, 441, nota W. LORENZ. Em primeira instância pronunciou-se o LG München, 3 agosto 1982, in IPRax, 1983, 244, nota VON HOFFMANN, em segunda instância o OLG München, 10 dezembro 1982, in VersR, 1984, 745, nota MANSSEL. Ver a este respeito JAYME, Verkehrsunfälle in Portugal und deutsches internationales Deliktsrecht, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia, Coimbra, 1986, p. 233 ss.

⁸⁶ BGH, 5 outubro 1976, in NJW, 1977, 496 ss., 498.

⁸⁷ Ver VON CAEMMERER, (ed.), cit. a nota 81.

⁸⁸ Trata-se do projeto, não publicado, do Ministério Federal da Justiça. Tiveram restituições..... algumas partes, Ver SPICKHOFF, Zur Reform des deutschen internationalen Deliktsrechts, in VersR, 1985, 124 s.; Ver Também BEIER/SCHRICKER/ULMER, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-Urheber-und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), in GRUR Int., 1985, p. 104 ss.

seu art. 40 § 2º, é determinante o direito daquele estado onde, no momento do acidente, tinham a própria residência habitual ou aquele que tem a obrigação de ressarcimento ou o que sofreu o dano.

2 - Para um grupo posterior de casos o *Bundesgerichtshof*⁸⁹ introduziu uma derrogação na regra do lugar do ilícito, a saber por uma família de fato residente na Alemanha, que havia tido um acidente de trânsito durante uma viagem empreendida conjuntamente em um Estado com o qual não existiam outras relações. A sentença de 13 março 1984 tratava de um acidente de trânsito ocorrido na Áustria. Todos os interessados eram cidadãos iugoslavos moradores na Alemanha em uma família de fato⁹⁰. A Corte federal declarou a seguinte máxima:

“Quando, no caso de um acidente de trânsito, o lugar do ilícito, a residência habitual, seja do causador, seja do sofredor do dano, além da nacionalidade deles, levam respectivamente a ordenamentos jurídicos diferentes, segundo o direito alemão dos conflitos de lei, é determinante para a responsabilidade civil o direito da residência habitual comum nos casos em que, durante a viagem, o causador e a vítima do dano tenham tido relações entre eles.”

Talvez esses casos, e outros similares ainda, podem justificar-se também com um acordo tácito sobre direito do ilícito civil aplicável⁹¹.

3 - Na discussão que se desenvolve em todo o mundo em torno da nova definição do estatuto do ilícito civil, as normas materiais estiveram, antes de tudo, a exercitar uma influência predominante⁹². Tratava-se da exclusão da responsabilidade ou da limitação do ressarcimento dos danos à máxima garantia⁹³: a compaixão pela vítima do acidente tinha um efeito tal sobre as

⁸⁹ Consideração das normas de conflito na responsabilidade civil por questões considerando a família Ver JAYME, Interspousal Immunity: Revolution and Counterrevolution in American Tort Conflicts, in *Southern California Law Review*, 40 (1967), p. 307 ss. Aplicam o direito da residência conjugal: *Potter v. St.Louis-San Francisco Ry. Co.*, 622 F.2d 979, 981-983 (8th Cir. 1980); *Robertson v. McKnight*, 609 S. W. 2d 534 (Texas 1981); em sentido contrário *McMillan v. McMillan*, 253 S.E 2d 662 (Va. 1979); além disso no caso de compensação contra o cônjuge enquanto devedor solidário *Krick v. Carter*, 477, F. Supp. 152 (M.D Pa. 1979). Bons exemplos fornece a jurisprudência australiana, Ver *Warren v. Warren* (1972) *Queensland Reports* 386 (aplicada *lex domicilii*, o automóvel é registrado no estado de residência); *Corcoran v. Corcoran*, (1974), *Victoria Reports* 164 (Supreme Court of Victoria 1973) (aplicação enquanto satisfaz as pretensões entre cônjuges, do direito de lugar de residência comum dos cônjuges onde também estava matriculado o automóvel no lugar da *lex loci delicti* do Novo Galles meridional); Ver A este respeito também PHEGAN, *Tort Defences in the Conflict of Laws - The Second Condition of the Rule in Phillips v. Eyre in Australia*, L. J., 1984, p. 24 ss., a. p. 35; NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 1984, p. 282 s.

⁹⁰ BGH, 13 março 1984, in BGHZ, 90, 294; in JZ, 1984, 669, nota V. BAR; analogamente *Nevader v. Deyo*, 489 N.Y.S. 2d 420 (App. Div. 1985) (coitúva de viagem composta de três pessoas entre as quais uma dupla de cônjuges de New York, acidente em Quebec, aplicável ao direito de New York).

⁹¹ Ver W. LORENZ, cit. na nota 85.

⁹² Ver A este respeito EHRENZWEUG-JAYME, *Private International Law*, vol 3, 1977, p. 102 ss.

⁹³ Ver p. ex. *Hurtado v. Superior Court of Sacramento County*, 522 P. 2d 666 (Cal. 1974) (a responsabilidade ilimitada do direito californiano impõe-se sobre a responsabilidade limitada do direito vigente no estado mexicano de Zacatecas). Analogamente ocorre também que para a determinação da jurisdição; Ver Recentemente *Pindling v. National Broadcasting Corporation*, 31 Canadian Cases on the Law of Torts, 251 ss., 261 (Ontario Supreme Court 1984): “the real advantage to the plaintiff in bringing the

regras de conflito, a ponto de estabelecer regras particulares que, mais ou menos abertamente, direcionavam a uma solução favorável ao sofredor do dano⁹⁴.

No direito internacional privado alemão vige já o princípio que favorece a vítima nos casos em que o local do evento e o local das conseqüências se encontram em estados diferentes⁹⁵. De outro lado, impressiona o fato de que a evolução para o princípio da residência nas duas sentenças mencionadas do *Bundesgerichtshof* encontrar-se em casos nos quais se tratava de ressarcimento de dano não patrimonial (dano moral).

Porém, a divergência dos ordenamentos jurídicos é considerável⁹⁶. Recentemente a Corte Suprema de Portugal, em uma sentença de 19 junho 1984, julgou adequado um ressarcimento do dano moral de 150.000 Escudos (ca. DM 3.000 = US 1.500) pela morte de uma criança de dois anos⁹⁷. Parece injusta uma tal valoração para casos nos quais a família atingida não vive no estado do acidente. Aqui se põe a questão se nos casos internacionais, relativamente ao ressarcimento do dano moral, não se deveriam aplicar técnicas especiais do direito internacional privado. A Corte Federal, na sentença de 9 novembro 1965, considerou como ilícito a parte ter ocasionado dor aos parentes da vítima do acidente e como lugar das conseqüências aquele em que eles tiveram conhecimento disso (distribuição do aviso de falecimento)⁹⁸. O lugar do acidente era a Itália, onde a filha da autora encontrara a morte: para o ressarcimento do dano moral, a Corte Federal aplicou o direito suíço. A meu ver, poder-se-ia genericamente sustentar uma conexão específica do ressarcimento do dano moral com o domicílio do interessado⁹⁹.

action in Ontario is that it is not necessary to establish 'actual malice'" (O autor era o Primeiro Ministro das Bahamas, enquanto a demandada era uma sociedade radiofônica americana com sede em Delaware, o programa podia ser escutado também em Ontario).

⁹⁴ Ver p. ex. *Spearing v. National Iron Co.*, 770 F 2d 87,92 (7th Cir. 1985): "... in doubtful conflict of laws situations Wisconsin prefers to give effect to its own policy of allowing the victim of an injury to recover common law damages..."; SEDLER, *Rules of Choice of Law versus Choice-of-Law Rules: Judicial Method in Conflict Tort Cases*, in *Tennessee L. Rev.*, 44 (1977), 975 ss., 1034 ss. Ver também REESE, *American Trends in Private International Law: Academic and Judicial Manipulation of Choice of Law Rules in Tort Cases*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 33 (1980), 717 ss., 736 s.

⁹⁵ Sobre o princípio da vantagem maior Ver v. BAR, cit. na nota 78, p. 963 s.; OLG Saarbrücken, 22 outubro 1957, in *NJW*, 1958, 752.

⁹⁶ Ver p. ex. BÖHM, *Der immaterielle Schaden in europäischen Reiseländern*, in *DAR*, 1983, p. 116 ss.

⁹⁷ Supremo Tribunal de justiça, 19 junho 1984, in *B.M.J.*, NO. 338 (1984), 391.

⁹⁸ BGH, 9 novembro 1965, in *FamRZ*, 1966, 28 ss., 30-31; porém aqui, de qualquer modo, deveria-se levar em consideração o direito alemão, sendo o demandado cidadão alemão (Art. 12 EGBGB).

⁹⁹ Assim recentemente também v. BAR, cit. na nota 78, p.968. Obtém-se um resultado análogo, se a determinação do ressarcimento dos danos morais é calculada entre as cláusulas de equidade por meio das quais, como moral datum, é aplicável a *lex fori* (Ver MANSEL, in *VersR* 1984, p. 746 ss., 748); mas também os critérios referidos ao lugar de residência da família poderiam ser vistos como *Local data* a serem considerados no âmbito da norma material do estatuto do ilícito. Sobre a teoria dos dados ver JAYME, cit. na nota 85; ver além disso OLG München, 10 dezembro 1982, in *VersR*, 1984, 745, 746. Para um exame sobre variadas técnicas de tratamento separado do ressarcimento dos danos morais Ver LORD WILBERFORCE, in *Boys v. Chaplin* (1971) *A.C.*, 356, 384 ss., p. 392-393 (acidente de dois

IV – O Direito Internacional dos Contratos

O direito internacional dos contratos em 1986 é ainda em grande parte um direito consuetudinário¹⁰⁰. Jurisprudência e doutrina desenvolveram uma classificação de conexões. O estatuto contratual é, em primeiro lugar, a lei escolhida pelas partes, com declaração expressa ou com um comportamento concludente. Na falta de uma escolha da lei, liga-se a assim chamada vontade hipotética das partes, que é individualizada sobre a base de um confronto objetivo de interesses¹⁰¹. “A âncora de salvação” (Kegel)¹⁰² é a conexão com o lugar da prestação que, todavia, no caso dos contratos a prestações corresponsivas contratuais pode mostrar-se desvantajoso, conduzindo a uma cisão do estatuto contratual.

Agora, caso se questione qual tem sido a produção do direito internacional dos contratos por parte da jurisprudência alemã, parece-me que foi abandonado o critério de conexão baseado no lugar do cumprimento das respectivas obrigações a favor de um estado contratual unitário¹⁰³.

A pedra de toque dessa evolução é a sentença da Corte Federal de 19 setembro 1973¹⁰⁴. A autora era uma sociedade de Illinois que tinha comprado da ré alemã uma retificadora para cilindros. O maquinário foi entregue nos EUA. A autora reclamava vícios e pedia o ressarcimento do dano. Estava em questão se seriam aplicáveis as normas alemãs (§ 477 BGB, § 377 HGB) sobre a prescrição e o dever de denúncia dos vícios do maquinário. Os juízes de primeiro e segundo grau e a Corte superior aplicaram a lei do vendedor e, com isso, o direito alemão. A Corte federal, todavia, não se referia expressamente ao direito vigente na sede do vendedor, mas encontrava fundamento na vontade hipotética das partes para resolver o problema. Aqui, além da sede do vendedor, podem adquirir significado também outros momentos de conexão. Implica, pelo contrário, a negação da cisão do estatuto contratual:

“A importância de um estatuto contratual unitário com base na vontade hipotética das partes implica, por necessidade conceitual, que prevaleça o direito daquela parte em cujo campo de atividade encontra-se inequivocamente o fulcro espacial da relação contratual, e portanto o direito do vendedor quando ali está o fulcro.”¹⁰⁵

soldados ingleses em Malta; aplicado o direito inglês para a compensação de pain and suffering); para este caso Ver CARTER, Tort in English Private International Law, in The British Year Book of International Law, 1981, pp. 9 ss., 22 ss.

¹⁰⁰ MünchKomm/MARTINY, 1983, antes do Art. 12, RdNr.2.

¹⁰¹ Provas em MünchKomm/MARTINY, 1983, antes do Art. 12, RdNr. 34 N. 139.

¹⁰² KEGEL, Internationales Privatrecht, 1977, p. 295.

¹⁰³ Ver já BGH, 9 dezembro 1964, in BGHZ, 43, 21, 23: “À pergunta se um contrato tem sido cumprido não se pode dar resposta contrastante, desde que esteja em questão a obrigação de uma ou de outra parte do contrato”

¹⁰⁴ BGH, 19 setembro 1973, in BGHZ, 61, 221; in IPRSpr, 1963, No. 11.

¹⁰⁵ IPRS 1973, No. 11, p. 32.

O *Bundesgerichtshof* mencionava o projeto preliminar de um tratado da CEE de 6 dezembro 1972¹⁰⁶ sobre as relações obrigacionais contratuais e extracontratuais, que faz prevalecer o direito do Estado no qual a parte que executa a prestação caracterizante tenha a própria residência habitual ou a própria sede. Esta regra encontra-se no Tratado de Roma da CEE sobre direito aplicável às relações obrigacionais contratuais, de 19 junho 1980¹⁰⁷. A Corte Federal ilustrou o contraste com a jurisprudência anterior do *Reichsgericht*¹⁰⁸ e com a mesma Corte¹⁰⁹, pronunciando-se pela solução européia. A *Rechtsfortbildung* é feita sob a cobertura da referência a uma cláusula geral, a saber, a vontade hipotética das partes.

Depois dessa sentença, prevaleceu o estatuto contratual unitário¹¹⁰. A conexão com a prestação característica ou típica da profissão aparece hoje com maior frequência na jurisprudência¹¹¹; todavia, não está ainda consolidada como norma jurídica.

V - O Direito Transnacional

Observando a *Rechtsfortbildung* do direito internacional privado, não se pode ignorar a questão de como interagem as regras de conflito estatais e o direito do comércio internacional

¹⁰⁶ Cfr para este projeto: SIEHR, Zum Vorentwurf eines EWG-Ubereinkommens über das Internationale Schuldrecht, in AWD, 1973, p. 569 ss.; LANDO, The EC-Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, in *abelsZ*, 38 (1974), p. 6 ss.; FOYER, L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles e non contractuelles, in *Clunet*, 103 (1976), p. 555 ss.

¹⁰⁷ Art. 4: Ver a este respeito FALLON, Un "Restatement" européen du droit des conflits de lois en matière de contrats: la Convention de Rome du 10 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in *Assuntos Europeos* (Lisboa), 1984, pp. 155 ss., 161 s.; LAGARDE, The European Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia, in *Virginia Journal of International Law*, 22 (1981), p. 91 ss., a p. 97-98; JUENGER, The European Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations, in *Virginia Journal of International Law*, 22 (1981), p. 123 ss., a p. 132-143. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, in *Am. J. Comp. L.*, 25 (1977), p. 303 ss., crítica a conexão com a prestação caracterizante. Sobre os problemas conexos à defesa do consumidor Ver KROEGER, Der Schutz der "marktschwächeren" Partei im Internationalen Vertragsrecht, 1984, p. 168.

¹⁰⁸ RG, 28 abril 1900, in RGZ 46, 193, 195; RG., 19 abril 1910, in RGZ 73, 379, 390; RG., 4 fevereiro 1913, in RGZ 81, 273, 275: "Pelo contrário, não seria admissível por exemplo etiquetar o direito do vendedor nos contratos de compra e venda como direito unitário só pelo motivo DE que a obrigação do vendedor de prestar a coisa é mais complexa do que a obrigação do adquirente de pagar o preço e mais facilmente dá início a controvérsias." A opinião contrária se impõe sobre a "esfera social" do contrato; Ver SCHNITZER, Die Zuordnung der Verträge im internationalen Privatrecht, in *abelsZ*, 33 (1969), p. 17 ss., 23 s., IULIANO/LAGARDE, Bericht Recht, in *Abl EG C* 282 (31/10/1980), p. 20 (conexão com o ambiente "sócio-econômico").

¹⁰⁹ BGH, 14 fevereiro 1958, in NJW, 1958, 750; BGH, 9 junho 1960, in NJW, 1960, 1720.

¹¹⁰ Recentemente o LG Hannover, 7 novembro 1985 - 16 S 17/85, declarou a prescrição do direito de um vendedor italiano pelo pagamento do preço da aquisição da parte de um adquirente alemão segundo o direito do lugar de cumprimento, a saber tramite os §§ 269, 270 BGB baseado no direito alemão. O tribunal, todavia, não se ocupou da jurisprudência do BGH.

¹¹¹ Sobre o contrato de trabalho Ver AG Mainz, 23 fevereiro 1983, in IPRax, 1983, 299.

“à formação espontânea”.¹¹² Aqui há interconexões problemáticas. A autonomia privada e os controles estatais¹¹³ podem entrar em colisão. A jurisprudência arbitral pode ser considerada um sismógrafo da internacionalidade. Talvez a decisão mais importante dos últimos tempos, que operou uma produção árdua de direito neste âmbito, venha dos Estados Unidos. É o caso *Mitsubishi Motors Corporations v Soler Chrysler-Plymouth Inc.* de 2 de julho de 1985. A sentença tratava da questão se as controvérsias sobre os cartéis podiam ser demandadas aos árbitros. A Suprema Corte dos Estados Unidos respondeu a esta questão de maneira afirmativa, contrariamente ao que até então vinha sendo decidido de forma unânime pela jurisprudência das cortes federais.¹¹⁴

O autor era um produtor japonês de automóveis, a requerida era uma sociedade de venda de Porto Rico. A sociedade autora era constituída como uma *joint-venture*, à qual eram associadas a suíça *Chrysler International* e uma outra sociedade japonesa. O contrato de venda continha uma cláusula compromissória segundo a qual todas as controvérsias deviam ser reguladas por um tribunal arbitral, no Japão, em conformidade com as normas da Associação Japonesa para os árbitros comerciais. A autora japonesa fez valer sua pretensão fundada no inadimplemento contratual e pediu o adimplemento da cláusula compromissória. O requerido propôs uma reconvenção fundada, entre outros motivos, sobre a norma *antitrust* do *Sherman Act* e sobre a norma de proteção de Porto Rico.¹¹⁵ A *Supreme Court* decidiu, em primeiro lugar, que a cláusula devia ser interpretada, segundo a vontade das partes, de modo a incluir, também, as controvérsias que versassem sobre os cartéis, e, em segundo lugar, que esta cláusula era válida e eficaz segundo o *Federal Arbitration Act*. A Corte referia-se aqui à jurisprudência precedente que tinha reconhecido a eficácia de uma cláusula compromissória em um *truly international agreement*, embora tratasse de questões sujeitas ao *Securities Exchange Act*.¹¹⁶ A difícil questão se a corte arbitral teria, de qualquer modo,

¹¹² Veja BONELL, *Le regole oggettive dei commercio internazionale*, 1976; STEHR, *Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria*, in HOLL/KLINKE (00.), cito nota 3, p. 103 ss. Cfr. BONELL, *Die Bedeutung der Handelsbriuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980*, in J.BI., 1985, p. 385 ss.; VON HOFFMANN, cito nota 20; v. BAR, *Typen des internationalen Einheitsrechts und das Internationale Privatrecht*, in *Recht und Wirtschaft (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, vol. 1)*, 1985, p. 19 ss.; JAYME, *Moderne Vertragsformen und klassisches Internationales Privatrecht*, in *Heidelberger Jahrbücher, XXIX* (1985), pp. 15 ss., 25 ss.

¹¹³ *Lake Communications, Inc. v. ICC Corporation*, 738 F.2d 1473, 1477 (9th Cir. 1984).

¹¹⁴ 105 S. Ct. 3346 (1985); os juízes STEVENS, BRENNAN e MARSHALL eram de uma dissenting opinion; ver sobre esse tema LANGE/WIESSNER, *Die Schiedsfähigkeit internationaler Antitrust-Streitigkeiten*, in RIW/AWD, 1985, p. 757 55. Ver também a decisão de segundo grau *Mitsubishi Motor Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 723 F.2d 155 (1st Cir. 1983), referente § 91, 1 do GWB alemão (163).

¹¹⁵ *Lake Communications, Inc. v. ICC Corporation*, 738 F.2d. 1473, 1479 (9th Cir 1984) com muitas provas assim como comentários sobre o tratado de amizade americano-coreano com seria bom em 28 novembro 1956.

¹¹⁶ Sobre os problemas de aplicação de norma inderrogável de proteção, mas os mediadores, ver a dissenting-opinion, 3374 (*Automobile Dealer's Day in Court Act*, 15 V.S.C. §§ 1221-1225), assim como, genericamente, KLEINSCHMIOT, *Zur Anwendbarkeit zwingenden Rechts im internationalen Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Absatzvermittlungsverträgen*, München, 1985.

aplicado o direito americano no tema dos cartéis – em particular, o contrato continha a escolha do direito suíço – foi colocada, pelo tribunal, em uma longa nota de rodapé.¹¹⁷

A *Supreme Court* americana supera assim, de muito, nos casos internacionais, a solução alemã do parágrafo 91, 1 GWB, que considera nula as cláusulas compromissórias sobre questões nos temas envolvendo cartéis “quando não conferem a cada um dos interessados o direito de requerer, no caso concreto, a decisão de um tribunal ordinário, ao invés daquela de um tribunal arbitral.” No caso dos cartéis para exportação, porém, há a possibilidade de que a função dos cartéis enseje uma permissão.

A manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos deixa, segundo o Tratado de Nova Iorque sobre o reconhecimento e sobre execuções de sentenças arbitrais estrangeiras (1958), a possibilidade de recorrer durante a execução da sentença arbitral à *ordre public* nacional do Estado que confere o reconhecimento¹¹⁸ para salvaguardar assim o próprio direito *antitrust*. Além disso, abre uma outra perspectiva: a idéia de conceder uma nova ação no caso em que o tribunal arbitral não devesse tratar das pretensões relativas ao *antitrust*¹¹⁹. Por outro lado, a solução reforça, em grande medida, porém, o papel da autonomia das partes no direito comercial internacional com eventuais efeitos múltiplos¹²⁰. Ao passo que recentemente o limite entre autonomia das partes e as normas imperativas parecia posicionar-se a favor destas últimas¹²¹, contudo, agora, o pêndulo oscila em sentido oposto. O caso analisa a relação entre dois gigantes econômicos, Estados Unidos e Japão, mostrando, ao mesmo tempo, a particular atenção que

¹¹⁷ Scherk v. Alberto-Culver Company, 417 U.S. 512, 515 (1974); ver sobre esse tema DIETRICH, Internationale Schiedsvereinbarungen vor amerikanischen Gerichten, in RabelsZ, 40 (1976), p. I 55. Por um entendimento similar da US-Supreme Court no caso de acordos internacionais sua jurisdição vedam M/S Bremen v. Veja nota 129, p. 3360. Da jurisprudência alemã cfr. BGH, 25 outubro 1966, in BGHZ 46, 365, 367 com provas posteriores; BGH, 27 fevereiro 1969, in WuW, 1969, 504 (WuW/E BGH, 1000); in BB 1969,461,692, nota P. ULMER; in ZZP, 84 (1971) 203, nota HABSCHEID (o artigo 85 do tratado CEE faz parte da “ordem pública”).

¹¹⁸ Aqui a US-Supreme Court faz sua idéia de sincronismo traz a competência e o direito aplicável: “We merely note that in the event of choice-of-forum and choice-of-clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy” (nota 133). De modo similar, mas em contexto diverso BGH, 12.03. 1984, in IPRax, 1985,216, e sobre esse tema ROTH, International zwingender Rechtsschutz: materiell und prozessual, in IPRax, 1985, p. 198 ss.; HAUSER-WELTER, Nationale Gestaltungsschranken bei ausländischen Borsentermingeschäften, in WM, 1985, N° 43 de 26.10.1985.

¹¹⁹ Remontando à sentença Mitsubishi Ia V.S. International Trade Commission abandonada sua pesquisa, a concorrência fica num caso em cujos interessados, uma sociedade suíça e uma americana, havendo concordado, no contrato de licença, uma cláusula arbitral segundo a qual a controvérsia deve ser composta com um procedimento arbitral da Câmara de Comércio Internacional. Certain Fluidized Bed Combustion Systems, Inv. NU 337-TA-213 (início em 14 dezembro 1984).

¹²⁰ Ver, por exemplo, a sentença Índia BGH, 30 de maio de 1983, in NIW, 1983, 2272, e sobre esse tema a crítica de MANN, Die Gültigkeit der Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel und das internationale Privatrecht, in NIW, 1984, p. 2740 ss.

¹²¹ Ver, por exemplo, as descrições aprofundada da estrutura de empresa multinacional japonesa in Bulova Walch Company Inc. v. K. Hatlori & C., Ltd., 508, F. Supp., 1322 (E.D.N.Y. 1981).

nos Estados Unidos é dedicada ao direito japonês¹²². O caso poderia, porém, adquirir importância também para as relações jurídicas com a Europa e na Europa¹²³.

VI - Resumo e Observações Finais

Observando “formas, papel e limites da *Rechtsfortbildung*” do direito internacional privado, verificamos que o ponto de partida da *Rechtsfortbildung* operada pelos juizes foi favorável. Regras de conflito incompletas e mais tardes declaradas inconstitucionais requeriam novas regras que – no silêncio do legislador – deviam ser criadas pela jurisprudência.

Os efeitos resguardam, de um lado a análise com a legislação nacional e de outro lado a estrutura do tráfego jurídico que se estende ao das fronteiras. As *Rechtsfortbildungen* criadas em tempos recentes fizeram surgir a idéia que o legislador nacional possa ser supérfluo¹²⁴; mas aqui, sob meu ponto de vista, apresenta, efetivamente, um perigo, porque o direito do “caso por caso” não deve substituir um sistema codificado aos fins da certeza do direito¹²⁵, e contudo as modificações objetivamente necessárias podem ser realizadas apenas em medida limitada. De outro lado, a jurisprudência orientou as próprias soluções sobre projetos de leis para um futuro direito internacional privado, considerando-se como “auxiliar” em uma fase de passagem entre as duas codificações. Visto no contexto internacional as soluções correspondem freqüentemente àquelas práticas ao exterior¹²⁶.

No que se refere aos limites da *Rechtsfortbildung*, a meu ver, o conteúdo residual do EGBGB permanece como uma barreira, como se observou quanto ao princípio da nacionalidade, que restou como ponto de partida para o desenvolvimento de novas soluções. As avaliações operadas em pontos nodais das normas sobre conflitos de leis não as desfiguraram.

O papel ativo que a jurisprudência se afirmou no direito internacional privado. Isto significa, também, que o direito alemão autônomo dos conflitos de lei é hoje, em parte, o direito dos juizes (*Richterrecht*). Existe uma certa esperança que em virtude disso o legislador empreenda uma reforma parcial do direito internacional de família e parta, também, para o direito internacional privado¹²⁷. Portanto, convida a algumas observações genéricas.

¹²² Veja *Bulova Watch Company Inc. v. K. Hattori & Co., Ltd.*, 508, F. Supp., 1322 (E.D.N.Y. 1981).

¹²³ Sobre a questão do recurso a tribunal arbitral internacional no caso de controvérsia no caso de controvérsia de sociedade de navegação aérea (caso *Laker*) ver REIMER, *Zur Zuständigkeit von US-Gerichten bei internationalen Streitigkeiten*, in *ZLW*, 34 (1985), p. 130 ss.

¹²⁴ Um “attimo di respiro” é de HELDRICH, cit. à nota 51, p. 1086.

¹²⁵ Contra a codificação do direito internacional privado se pronuncia EHRENZWEIG, in *Prospettive del diritto internazionale privato*. Milano, 1968, p. 301 ss.

¹²⁶ Isso vale antes de tudo pela solução do direito internacional ao divórcio.

¹²⁷ O projeto de lei do governo federal (supra, nota 32) resguarda antes o direito contratual, mas a comissão CEE nutre dúvidas por uma tal revista ao Tratado de Roma de 19 junho 1980 (supra, nota 112), ver *IPRax*, 1985, 178 ss.

Nos Estados Unidos persiste uma discussão que, de vez em quando, reascende-se sobre o papel da *Supreme Court* em uma democracia na qual devem ser verdadeiramente as leis aprovadas pela maioria para determinar o direito. Duas importantes monografias – de Ely¹²⁸ e de Choper¹²⁹ – foram recentemente elaboradas e, por vias divergentes, chegaram a resultados análogos. Nas legislações, o indivíduo é muito pouco representado; dificilmente o é em grau para impor seus interesses. O fim da *judicial review*, ou seja da formação judicial progressiva do direito como auxílio à Constituição, está, antes de mais nada, em proteger o direito das minorias e dos indivíduos, face a lei imposta pela maioria.

Transferindo este pensamento ao direito internacional privado alemão, e observando a reforma das leis que se busca a décadas, é fácil constatar que o direito internacional privado tem necessidade, particularmente, de atenção dos tribunais. O interesse político pelo direito internacional privado não é grande, contudo este setor jurídico, aparentemente um tanto distante, confunde-se não raramente com o direito dos estrangeiros. Nos setores do direito em cuja *Rechtsfortbildung* teve um grande papel, geralmente não se pode encontrar maioria para uma solução legislativa. No direito internacional privado acontece o contrário. Uma cortesia desinteressada do legislador, ainda que difusa, faz que a legislação completa de direito internacional não seja algo urgente. As últimas sentenças da Corte Constitucional Federal¹³⁰ parecem fazer sentir como uma pressão particular. O indivíduo e o seu caso ao exterior são abandonados aos tribunais. Até mesmo o gigante econômico que determina suas próprias decisões aré os limites claros e unívocos da liberdade contratual fica sem resposta. Tanto mais agradecido deve-se ser às praxes que se adotam tão energicamente hoje para desenvolver soluções convincentes no campo internacional.

¹²⁸ ELY, *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*, 1980.

¹²⁹ CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process - A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, 1980 (ed. de bolso 1983); do ponto de vista alemão, ver T. RAISER, *Rechtssoziologische und rechtspolitische Bemerkungen zur richterlichen Rechtsbildung im Zivilrecht*, in ZRP, 1985, p. 111 ss.

¹³⁰ *Supra*, notas 47, 52, 68.