

contrários às prescrições imperativas do lugar de execução.

Assim, vemos que podemos, quando se trata de apreciar a validade do contrato, admitir a competência única da lei contratual, porque nos referimos à idéia abstrata de contrato, isto não é mais possível quando se trata da execução do contrato e da atividade material que ela comporta. Temos então que, se existem prescrições imperativas no lugar da execução, o devedor não as poderá evitar, quaisquer que sejam as disposições da lei do contrato. Parece-me que essas noções têm sido muito freqüentemente confundidas, isto porque é preferível determinar no primeiro momento o domínio da lei do contrato em função da diferenciação dos elementos de execução, deixando-se para verificar *a posteriori* se as soluções baseadas no princípio devem receber exceções, levando-se em conta a natureza das disposições que podem ter uma influência sobre esses elementos.

Sem nos alongarmos em demasia, vamos examinar dois pontos para os quais a invocação da competência de outra lei que não aquela do contrato parece possível: Os atos de execução e as modalidades de execução. A doutrina tem distinguido o objeto da execução, ou seja, as obrigações nascidas do contrato, do ato que deve acarretar a extinção dessas obrigações e por conseqüência a execução do contrato. Pode-se perfeitamente distinguir, por exem-

plo, a obrigação de entregar uma mercadoria do ato de entrega; ou a obrigação de pagar o preço do próprio pagamento. A obrigação é dependente do contrato, mas sua execução exigia uma atividade material distinta. Verifica-se pois, e nesse sentido inclinam-se a doutrina e a jurisprudência, que se pode legitimamente destacar os atos de execução da própria execução. Assim, ainda que se sobreleve uma presunção da submissão dos atos de execução à lei do contrato, tem-se admitido como igualmente possível a competência da lei do lugar de execução para regulá-los.

De maneira geral, pode-se dizer que a doutrina define a idéia de modalidade, ou forma de execução, de forma negativa. Assim, seria só mais uma modalidade de execução tudo que diga respeito à execução e não atinja a substância do contrato, ou seja, que não altere o montante da dívida. Estavam compreendidos na idéia de modalidade de execução, por exemplo, as prescrições contratuais relativas ao momento da execução, tais como, dias feriados, as disposições relativas às formas de remessa ou a entrega da coisa devida, as disposições que determinam a moeda de pagamento, a constituição em mora, etc. A doutrina atual é quase unânime no sentido de aceitar como adequada a aplicação da lei do lugar de execução às formas ou modalidade de execução do contrato.

## Contratos estatais

Ahmed Sadek El Kosheri, diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Cairo, advogado do Mundo Árabe.

Ahmed Sadek El Kosheri

Contratos estatais têm sido objeto de muita discussão: uns advogam a internacionalização, enquanto outros pretendem a nacionalização. Certamente existem nuances entre as duas posições, pois alguns são pela total internacionalização e outros apenas pela parcial. Eu sinceramente penso que o problema foi posto de forma errada em muitos escritos, tal como ficou recentemente provado por uma arbitragem a que o nosso presidente já se terá referido em algumas ocasiões. Posso relatar-lhes os fatos da demanda, porque eu julgo que o problema tenha sido solucionado, não devido aos meus esforços, mas aos de três distintos advogados, que foram os árbitros, tendo eu intervindo em defesa do governo do Kuwait contra a American Oil Company. O *troisage*, como dizem na França, produziu uma decisão unânime, em 24 de março de 1982 acerca de uma questão que eu

julgo estabelecer a base, uma espécie de consenso entre as partes envolvidas nas transações em que o estado seja contratante. Resumidamente, o caso era um contrato de concessão de petróleo firmado em 1948 pelo xeque do Kuwait que nessa época não era ainda um país independente mas sim um protetorado britânico, com a companhia americana. Como contrato de concessão por sessenta anos, ele incluía as cláusulas normais, em cuja análise não vou entrar, entre elas a normalmente chamada cláusula de estabilização, o que significa que durante todo o prazo do contrato o xeque ou o seu sucessor não tinham qualquer direito a alterar ou mudar nenhuma das disposições do pacto sem o consentimento da outra parte, cláusula destinada, portanto, a estabilizar, a congelar as condições tais como eram em 1948; continha ainda a referência à arbitragem, devendo o ter-

ceiro árbitro ser designado pelo residente britânico no Estado do Golfo.

Há muitos sinais do caráter colonial destes contratos de concessão, os quais já não são mais relevantes, embora o problema seja idêntico ainda que estejamos hoje falando de acordos de desenvolvimento internacional e não mais das concessões clássicas. Aconteceu que este instrumento de 1948 mudou entretanto e certamente por mútuo acordo das partes, tendo-lhe sido introduzida em 1961 uma espécie de cláusula de nação menos favorecida, o que significa que, quando as circunstâncias mudam, as partes têm de se consultar mutuamente a fim de adaptar o contrato aos novos fatos e às novas realidades econômicas.

Aconteceu, todavia, que, contrariamente a outras grandes companhias petrolíferas atuando no Kuwait, esta companhia, que produzia mais ou menos 4% da produção de petróleo do país, recusou-se a aceitar as determinações da OPEP no sentido de aceitar o novo tipo de conjunção entre impostos de renda e os *royalties* e outras coisas. Em face disso, o governo do Kuwait fez cessar a concessão em 1977. A companhia alegou então, como por certo terão sabido que, de acordo com a tese daqueles que defendem o internacionalismo, se tratava dum contrato internacional governado exclusivamente pelos princípios gerais de direito e nós entendemos por princípios gerais os cinco seguintes: *pacta sunt servanda*; respeito pelos direitos adquiridos; o direito à total indenização no caso de cancelamento; a boa-fé; e vários outros princípios menores de suporte. Mas a alegação básica era a de que um contrato, mormente com a cláusula de estabilização, devia ser respeitado até o final; não o sendo, haverá falta contratual, que é um ato ilícito, daí resultando indenização plena, a qual inclui não só os danos emergentes, ou seja, os privilégios perdidos, mas também os lucros cessantes, ou seja, os projetos que se esperava ganhar no futuro.

De um modo gentil, este último elemento, o lucro cessante, foi estimado por um magnífico especialista do Massachusetts Institute of Technology - MIT, de acordo com as perspectivas e os respectivos proventos até o ano de 2.008, que era o do final da concessão, no montante de dois bilhões e meio de dólares, que constituiu o valor do pedido. A tese do governo do Kuwait era a de que, quando um governo contrata, a relação estabelecida não é de natureza internacional mas antes se enquadra no seu sistema legislativo interno, nisso consistindo a diferença entre os dois conceitos de internacionalização. Quando se fala de autonomia das partes, no seu direito a escolher a lei aplicável, tudo isso se enquadra em todos os sistemas legais e pode-se considerar com segurança como um princípio geral do di-

reito internacional privado aceito por todas as nações civilizadas.

Contudo, a maior parte dos hábeis defensores da internacionalização pretendiam levar a discussão para outro nível. Entendiam por internacionalização que a relação jurídica contratual resulta diretamente da lei internacional e, conseqüentemente, qualquer tipo de violação do contrato é em si um ato internacionalmente ilegal criando, portanto, responsabilidade internacional segundo a lei internacional. Pretendiam assim ver-se livres de uma longa tradição que tinha sido firmada ao longo do Século XIX e princípio do atual e que culminou na decisão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional sobre as leis brasileiras e as leis sérvias, em 1929, onde se estabeleceu bem claramente que qualquer contrato com um estado está sujeito ao sistema legal do país, devendo ser referido a um sistema legal determinado e não à lei internacional, porque a outra parte não está agindo como pessoa internacional. Assim, todos os esforços de internacionalização visavam um objetivo, o de considerar a denúncia contratual de *per si*, como uma quebra da lei internacional e desencadeando, conseqüentemente, as regras da responsabilidade internacional.

Por sua vez o governo do Kuwait pleiteou perante o tribunal arbitral que isso era um completo disparate; reconhecemos que existem regras do direito internacional e a lei internacional, como tal, faz parte do sistema legal de cada país. Quando nós citamos as leis do Kuwait como direito aplicável, é porque esse direito influi a lei internacional, uma vez que faz parte da constituição que cada estado deve respeitar as suas obrigações internacionais. Mas determinemos o que são as normas de direito internacional no caso em questão. É claro que o conceito kuwaitiano de lei internacional, como o de todos os países do Terceiro Mundo, com permanente soberania sobre os recursos naturais nacionais, dá ao estado o poder de mudar os contratos mediante indenização, mas não daquela espécie que os americanos costumam designar como pronta, completa e adequada compensação. Trata-se sim da indenização razoável, e razoável em termos das expectativas das partes, tomando em consideração todos os dados relevantes existentes no local. No caso e para não se alongar muito, a decisão tomada se deve, não ao fato de eu nela estar envolvido, mas à presença de três pessoas importantes e cujos nomes eu vou revelar porque é ao crédito do seu esforço que eu honestamente acredito dever atribuir-se a dita decisão, que é um marco na história da lei referente aos contratos de Estado. Uma delas é o professor Paul Rotter, o presidente e o terceiro árbitro que é atualmente o deão da Escola Francesa de Direito Internacional. O árbitro designado pela Amin Oil, a companhia americana, foi sir Gerald Fitzmorris, que foi o primeiro pre-

sidente do Tribunal Internacional de Justiça de Haia. O Kuwait nomeou um distinto professor egípcio, que foi professor da Samia e meu professor, dr. Hamid Sultan, que lecionou duas gerações de advogados em todo o mundo árabe. Todos três concordaram mais ou menos no seguinte: que, certamente, a lei aplicável era a lei do Kuwait em princípio, embora suplementada pela lei internacional e assim refutaram inteiramente a tese do professor Dupuy naquela arbitragem da Texaco, na qual ele defendeu que esse tipo de contrato é internacional e o Estado, quando contrata com uma companhia estrangeira, eleva essa companhia ao nível de pessoa de direito internacional e, portanto, o acordo estabelecido é governado *persi*, pela norma internacional. Isto era uma ficção que foi agora anulada pela arbitragem a que me estou referindo.

O segundo ponto é o de que há que ser honesto, meus senhores, sobre o qual é a lei aplicada. *Pacta sunt servanda*, todo mundo reconhece que é um princípio geral da lei, mas não é um princípio geral em absoluto. Tem o reverso da moeda, os *rebus sic stantibus*, segundo o qual se deve manter a relação jurídica enquanto as circunstâncias não mudaram, mas mudanças substanciais nas circunstâncias justificam uma revisão do contrato. O Tribunal foi até o ponto de refazer o contrato, afirmando que não concordava com os termos propostos para implementar o novo sistema de preços da OPEP e assim o Tribunal, de uma forma estupenda, diz o que era razoável. A companhia e o governo disseram de sua justiça. Nós consideramos que o caminho correto e razoável a ser tomado era essa solução e o Tribunal fê-la valer impondo às partes a obrigação de refazer o contrato. É essa a espécie de revisão de contrato feita de acordo com a teoria geral de imprevisão, ou seja, o reajuste das relações contratuais perante a mudança substancial das circunstâncias atuais. Com isso o tribunal também reconheceu a natureza evolutiva destes acordos e eu concebo que hoje em dia na maior parte dos países não se tenha a completa autonomia de parte em face das leis nacionais; há sempre circunstâncias mudando e interferindo na fixação das rendas e outros termos, como os contratos de trabalho e outros, e por isso o tribunal reconheceu isso como princípio geral que regula todos os contratos e, *a fortiori*, os contratos em que o estado

é investido de acordo com a lei internacional, na sua soberania sobre os recursos naturais, o que significa que a prerrogativa de readaptar a situação não pode ser regulada por disposições contratuais e cláusulas de estabilização. É claro que elas tinham uma finalidade, a de proteger o investidor até que recuasse o seu capital e de modo a não ficar sujeito a que no dia seguinte ao da assinatura do contrato ou depois que ele iniciou as suas operações, lhe possam dizer: "Adeus, meu senhor, é tudo o que nós pretendemos de você".

No nosso caso, a companhia investiu mais ou menos sessenta milhões de dólares no Kuwait, mas retirou de lá pelo menos doze vezes mais durante os trinta anos das suas operações. E, logicamente, o Tribunal na sua decisão unânime prosseguiu dizendo que a companhia é titular do direito de obter a restituição do valor básico que investiu. Ela tinha uma refinaria que foi avaliada com todos os seus pertences numa quantia que até era inferior àquela que, nas negociações amigáveis entabuladas, o governo do Kuwait queria ou propôs dar à companhia. De qualquer modo, esse era o elemento principal na compensação oferecida, calculada pelos valores da escrita e mais alguns itens de modo a atualizá-los para os valores atuais para aquela espécie de empreendimentos. Evidentemente, o Tribunal não considerou de modo algum os projetos em perspectiva; atribuíram apenas à companhia o razoável valor das expectativas que eram de admitir perante o investimento, de forma a poder ir investir em qualquer outro local do mundo num outro projeto. E assim se concluiu este caso. Não quero ficar roubando o vosso tempo, mas tenho certeza de que, se os meus modestos artigos têm sido lidos aqui no Brasil, certamente o trabalho desses três grandes juristas, sir Gerald Fitzmorris, Paul Rotter e Hamid Sultan serão lidos, apreciados e comentados por aqui. Limito-me assim a aproveitar o ensejo para lhes dizer que o problema da internacionalização, que era realmente o cerne do contrato com o Estado, era tão crucial na nova ordem econômica que vários debates foram levados a efeito nos Estados Unidos e tudo foi feito com o fim de estabelecer novas regras acerca daquilo que acabou dispondo de uma base sólida para um recomeço na decisão unânime dos três eminentes juristas, pelo que eu me sinto feliz por apresentar este resumo.