

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor

O contrato com cláusula de risco para exploração de petróleo no Brasil

THADEU ANDRADE DA CUNHA

*Sob o manto diáfano da fantasia,
a nudez crua da verdade
Eça de Queiroz*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Evolução histórica dos instrumentos contratuais. 2.1. Concessão. 2.2. "Production sharing". 2.3. "Joint-venture". 2.4. Contratos de risco. 3. O monopólio estatal do petróleo e o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco. 4. O contrato de prestação de serviços com cláusula de risco e sua natureza jurídica. 5. Conclusões. 6. Crítica.

1. Introdução

As análises e opiniões sobre os contratos de risco foram sempre objeto de discussões acaloradas e, por vezes, passionais, o que, na maioria das vezes, distorceu o objeto de estudo.

Vários motivos, principalmente a discussão acerca da quebra do monopólio estatal do petróleo, assim como o caráter sigiloso do contrato, serviram para exacerbar polêmicas.

A análise aqui apresentada, longe de ser concludente, constitui uma contribuição para a discussão estabelecida sobre a chamada "flexibilização do monopólio", mormente nesses tempos em que a Câmara dos Deputados acaba de aprovar Projeto de Emenda Constitucional, já remetida ao Senado, que altera o § 1º do artigo 177, visando permitir à União contratar com empresas privadas a realização de atividades até aqui desenvolvidas pela Petrobrás como executora única do monopólio.

Thadeu Andrade da Cunha é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e das Faculdades Cândido Mendes.

2. Evolução histórica dos instrumentos contratuais

Ao longo do tempo, a história da exploração do petróleo apresenta diversas modalidades de instrumentos contratuais entre as empresas petrolíferas estrangeiras e as empresas estatais dos países produtores de petróleo. Destacam-se, a seguir, as mais relevantes.

2.1. Concessão

A concessão é uma forma de contratação que foi amplamente utilizada até a década de 30. Por essa modalidade, a companhia contratante recebia uma área e nela executava os trabalhos de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de forma unilateral, cabendo ao Estado somente *royalties* e bônus resultantes da produção. Conseqüentemente, não cabia ao Estado qualquer influência ou participação no processo exploratório.

Caracterizavam a concessão os seguintes elementos:

a) a empresa contratante, geralmente estrangeira, era dona de todos os ativos, inclusive de todo o petróleo produzido;

b) a remuneração paga ao Estado sob a forma citada acima era sempre inferior a 20% da renda líquida;

c) as áreas contratadas eram muito extensas, chegando em alguns casos a abranger a quase totalidade do território do país;

d) a duração da contratação chegava, por vezes, a cem anos.

Grande parte dos conflitos surgidos em torno da questão petróleo foi gerada pela forma de exploração das jazidas feita por esse regime, pois a decisão sobre a produção do petróleo escapava do concedente e ficava inteiramente nas mãos do concessionário, que aumentava o volume produzido de acordo com seus interesses comerciais e em função da manutenção de preços.

Devido à composição de interesses essencialmente contraditórios, os países que tinham em seu subsolo enorme riqueza viviam, contraditoriamente, em extrema pobreza.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, diversos países "periféricos" começaram a tomar atitudes no sentido de nacionalizar o seu petróleo e de estabelecer monopólios estatais.

Olavo Baptista nos informa que as nacionalizações, que antes da Segunda Grande Guerra somente haviam existido na União Soviética, e em um ou outro caso isolado, tornaram-se fre-

qüentes. As soluções intermediárias, em que os resultados da produção eram divididos meio a meio, começaram a surgir, e o panorama mudou.

Nesse quadro, o modelo inicial do regime de concessão evoluiu para os chamados contratos de associação, onde os interesses dos países produtores ficavam mais bem protegidos. Assim, na década de 40, surgiram os acordos de participação na produção denominados *Production Sharing*.

2.2. "Production sharing"

Nesse tipo de contrato, como na concessão, a empresa contratante executa por sua conta e risco as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção, destacando-se duas diferenças fundamentais:

a) os ativos pertencem ao país produtor, e não à contratante;

b) a contratante apropria-se de uma parte do petróleo produzido para se ressarcir dos investimentos realizados, e a parte restante é dividida entre esta e o país produtor.

2.3. "Joint-venture"

O contrato de *joint-venture* é uma associação entre duas empresas, uma estrangeira e outra local, geralmente estatal, onde se estabelecem os investimentos necessários, em condições proporcionais, sendo os resultados divididos de acordo com o contrato.

A preservação dos interesses dos países produtores passou a exigir a busca de um regime de exploração que conciliasse a necessária participação de grupos econômicos multinacionais com a manutenção da soberania do Estado, provocando o surgimento dos contratos de risco.

2.4. Contratos de risco

O gênero contrato de risco abrange uma variedade de contratos, com cláusulas variáveis de país para país, de acordo com a legislação petrolífera de cada Estado.

Em alguns países, a contratante opera a exploração, a avaliação, o desenvolvimento e também a produção, sendo reembolsada por suas despesas em caso de descoberta comercial, além de obter como remuneração o direito de adquirir uma parte do petróleo produzido a preços favorecidos. Em outros, a empresa contratante, além de operar em todas aquelas fases, vende o petróleo integralmente ao governo a preço estabelecido no contrato. No Brasil, o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco foi

estabelecido em consonância com o regime de monopólio criado pela Lei nº 2.004, de 3.10.53 e se distingue daqueles outros pelas seguintes e relevantes características:

a) a exploração, a avaliação e o desenvolvimento são efetuados e financiados pela empresa contratante de risco;

b) a produção é conduzida pela Petrobrás, executora do monopólio estatal do petróleo;

c) o pagamento à contratante somente ocorrerá caso haja produção comercial e até o limite da receita líquida do campo por ela descoberto e desenvolvido, para efeito de reembolso de seus gastos, que são auditados e aprovados pela executora do monopólio. Além disso, há uma remuneração em dólares, proporcional à produção alcançada;

d) todos os dados técnicos, os ativos e o petróleo pertencem à Petrobrás.

3. *O monopólio estatal do petróleo e o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco*

A política nacional do petróleo é definida pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que criou o monopólio estatal do petróleo e instituiu para sua execução a sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás.

No seu artigo 1º, a Lei nº 2.004 estabelece as áreas que constituem monopólio da União:

“Art. 1º - Constituem monopólio da União:

I - A pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional;

II - A refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - O transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.”

No seu artigo 2º, a Lei nº 2.004 criou a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás:

“Art. 2º - A União exercerá o monopólio estabelecido no artigo anterior

II - Por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A. e das suas sub-

sidiárias constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.”

A Lei nº 2.004, no entanto, não estabelecia a forma pela qual a Petrobrás deveria exercer o monopólio. Assim, até 9.10.75, a Petrobrás adotava exclusivamente a forma de ação direta, sempre subcontratando vários tipos de serviços exploratórios especiais, porém tomando a si todos os encargos relativos à exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo no Brasil.

A crise atravessada pela economia mundial tornou necessário modificar o quadro da política petrolífera brasileira. Para isto, a União autorizou a Petrobrás a celebrar contratos de prestação de serviços com cláusula de risco, utilizando a experiência de sua subsidiária Braspetro (Petrobrás Internacional) em contratos desse tipo.

Assim, em 9.10.75, o Presidente da República Ernesto Geisel justificou a assinatura daqueles contratos, alertando que os mesmos deveriam resguardar os princípios essenciais do monopólio estatal, constituindo uma modalidade de execução indireta. Tais contratos deveriam ficar sob pleno controle e fiscalização da Petrobrás como executora do monopólio estatal de pesquisa e lavra de petróleo, conforme se depreende dos trechos abaixo daquele pronunciamento:

“... A análise meticulosa a que procedemos, inclusive debatendo o assunto com a Petrobrás, no âmbito do CDE e, hoje, de todo o Ministério, e levando em conta minha experiência pessoal como presidente da empresa, levou-nos à convicção de que o Governo deve autorizar a Petrobrás, sem quebra do regime de monopólio, a realizar contratos de serviço, com cláusula de risco por conta da empresa executora, em áreas previamente selecionadas. A medida será posta em prática com base na experiência dos contratos já celebrados pela Petrobrás no exterior, garantindo-se o princípio essencial do monopólio e definindo-se condições, níveis e prazos rigorosos para os investimentos a serem realizados sempre sob controle da Petrobrás ...

... Nesses contratos, a exploração ou pesquisa – que constitui a fase aleatória do processo, ainda com fortes nuances de aventura geológica – é custeada pela empresa contratante, a qual se propõe a executá-la em área limitada e em condi-

ções preestabelecidas, entre estas, basicamente, a de que o dispêndio correspondente à exploração não será ressarcido se o resultado for negativo (e daí a qualificação de risco) e, ao contrário, se positivo, será compensado com algumas vantagens ...

... O governo, quando autorizou, em 1971, a constituição de subsidiária da Petrobrás, para exercer atividades no exterior, teve em vista, entre outros importantes objetivos, obter experiência sobre a natureza e execução de contratos desse tipo, inclusive quanto aos aspectos jurídicos, o que efetivamente se conseguiu, através dos que a Braspetro firmou em diversos países, a começar pelo Iraque ...

... Por fim, cabe frisar que esses contratos não implicarão reduzir ou violar o monopólio atribuído à Petrobrás, pois constituirão, de fato, uma modalidade de execução indireta, realizada, no âmbito da Empresa, sob a sua jurisdição e pleno controle ...”

Dando cumprimento à deliberação governamental, a Petrobrás redigiu os contratos de prestação de serviços com cláusula de risco, atendendo à orientação presidencial no sentido de preservar os princípios norteadores do monopólio com as seguintes cláusulas:

a) propriedade exclusiva da Petrobrás sobre todo o óleo e gás encontrados;

b) propriedade exclusiva da Petrobrás de todos os bens utilizados em caráter permanente na exploração e produção;

c) amplo controle e fiscalização pela Petrobrás dos serviços de exploração, com recebimento dos dados geológicos obtidos pela empresa contratante;

d) produção pela Petrobrás após o início da produção comercial de qualquer campo descoberto pela contratante;

e) ressarcimento das despesas de exploração e desenvolvimento somente após o início da produção comercial e pleno controle e fiscalização pela Petrobrás dessas despesas, as quais somente serão contabilizadas como crédito da contratante após a aprovação das mesmas pela Petrobrás;

f) pagamento das despesas de exploração e

desenvolvimento e da remuneração dos serviços prestados exclusivamente em dinheiro, sendo facultado à contratante adquirir parte do óleo produzido no campo comercial por ela descoberto e desenvolvido, aos preços do mercado internacional do petróleo, e após o início da produção comercial;

g) possibilidade de a Petrobrás suspender a qualquer tempo a opção concedida à contratante de adquirir parte do óleo produzido no campo por ela descoberto e desenvolvido, se ocorrer crise no abastecimento nacional do petróleo declarada pelo governo brasileiro, hipótese em que a contratante continua credora apenas do pagamento em dinheiro contratualmente estipulado;

h) renúncia expressa pela contratante de reclamar ou reivindicar quaisquer direitos sobre outros minerais por ela eventualmente descobertos no curso de seus trabalhos;

i) obrigatoriedade de a contratante dar preferência à mão-de-obra e aos equipamentos nacionais;

j) lei, foro e arbitramento exclusivamente brasileiros para dirimir eventuais litígios decorrentes do contrato, renunciando expressamente a contratante a recursos a entidades internacionais e a instâncias diplomáticas.

Apesar de a Petrobrás seguir à risca a orientação governamental no sentido da preservação do monopólio, vários juristas foram taxativos na condenação legal dos contratos de risco.

Fausto Cupertino, citando Pontes de Miranda, afirmava:

“... Quando a sonda de uma empresa estrangeira perfurar o solo brasileiro, estará ferindo, à luz do direito, o conceito do monopólio vigente até agora e pelo qual toda uma geração saiu às ruas na década de 50. O tipo de ofensa à Constituição vai variar de acordo com o contrato que o Governo firmar, podendo acarretar males maiores ou menores, mas, a princípio, é tranqüilo que a medida por si entra em choque com a filosofia de manter a prospecção, pesquisas, lavra e refino do petróleo em mãos brasileiras ...

... Não existe a figura jurídica de contrato de risco no direito brasileiro. Não há um só texto legal em que a modalidade operacional seja ao menos ventilada – a lei fala em prestação de serviços para diversas atividades, mas em relação ao pe-

tróleo os textos são simples e claros e a atividade é atribuída ao governo e só a ele cabe procurar e refinar todo o petróleo nacional ...”

O autor chega mesmo a afirmar que qualquer brasileiro, por meio de uma ação popular, poderia derrubar o contrato de risco.

Já o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e especialista em Direito Constitucional, Themistocles Cavalcanti, justificou a medida, sendo apoiado por outros especialistas. Segundo ele,

“... em tese, os contratos de risco podem ser considerados unicamente como contratos de serviços. Bastaria tomar cuidado com a sua redação: se a Petrobrás supervisionar os trabalhos de pesquisa, aproveitar imediatamente o produto que foi extraído e pagar a empresa privada pelos serviços prestados, o monopólio será mantido ...”

O monopólio instituído pela Lei nº 2.004, sendo amplo, incluía pesquisas e lavra, transporte por dutos e cabotagem, refino e comercialização externa dos produtos originados do petróleo.

A despeito da amplitude do monopólio, a Petrobrás sempre contratou serviços em diferentes segmentos por ela abrangidos. Na área de transporte, por exemplo, sempre contratou navios de bandeiras estrangeiras, tripulados por estrangeiros, para transportar petróleo por toda a costa brasileira. No setor de refino, a Petrobrás teve durante muitos anos um contrato de prestação de serviços com uma refinaria particular, a Refinaria Capuava, que era permissionária de refino com autorização para refinar 20 mil barris por dia. No entanto, as instalações industriais daquela refinaria permitiam o refino de 31 mil barris por dia. A Petrobrás, ao julgar conveniente à economia do País, autorizou aquela refinaria a processar 31 mil barris por dia. Por esses 11 mil barris, a Petrobrás fez um contrato de prestação de serviços de refino e pagou todo o custo do refino e mais uma remuneração por esse serviço. Mas o benefício resultante do monopólio do refino ficou inteiramente com a Petrobrás. Diante desse fato, ninguém levantou qualquer dúvida no sentido de que o monopólio havia sido ferido.

Esses dois exemplos demonstram que a executora do monopólio teve experiências segundo as quais um contrato de serviço não fere a lei do monopólio.

Curioso é que, durante a discussão do projeto de lei que levou à criação da Petrobrás, esse assunto foi muito discutido. A Comissão de Segurança Nacional da Câmara dos Deputados, ao discutir o substitutivo do deputado Euzébio Rocha ao anteprojeto enviado pelo Presidente Getúlio Vargas, recomendou a inclusão do seguinte artigo:

“Art. 24 - Fica a sociedade autorizada a contratar serviços de companhias independentes para pesquisa e lavra do petróleo, dentro das seguintes condições:

a) as despesas efetuadas pelas companhias com pessoal e material e o desgaste de equipamentos e máquinas utilizados, desgaste esse determinado na forma convencionada, serão relacionados pela sociedade;

b) se não for encontrado petróleo, a empresa se retirará depois das tentativas previamente enumeradas e nada receberá, sendo lícito à sociedade prosseguir na tarefa, se o desejar;

c) se for encontrado petróleo em quantidade considerada comercial, todas as despesas, na conformidade da letra a deste artigo, serão pagas com um produto da venda de uma parcela de cinquenta por cento da produção reservada para este fim até o limite das despesas. Essa venda é feita pela sociedade, na base do preço oficial. Além disso, a empreiteira terá uma bonificação em torno de quinze por cento da produção, e variável, segundo o conhecimento da região durante o período de quinze anos.”

A emenda foi proposta pelo relator da comissão e rejeitada pelo Plenário da Câmara. O projeto, ao chegar ao Senado, recebe nova emenda nesse sentido, porém de maneira mais simplificada, de autoria do Senador Atílio Vivacqua, nos seguintes termos:

“Poderá a Petrobrás, em virtude de liberação da Assembléia Geral e autorização do Presidente da República, ouvido o Conselho Nacional do Petróleo, contratar com empresas especializadas de reconhecida idoneidade técnica e financeira, nacionais ou estrangeiras, a perfuração de poços para pesquisa e extração de petróleo, mediante garantia de participação nos produtos da exploração, estabelecida sempre em compensação dos riscos das despesas por elas efetuadas”.

E no parágrafo único: "o produto oriundo da participação a que se refere este artigo será obrigatoriamente vendido no País."

Essa emenda passou pelas comissões, sendo aprovada pelo Plenário do Senado, e, portanto, no projeto enviado à Câmara dos Deputados já com o título de Emenda nº 32 do Senado ao projeto enviado pela Câmara. A Comissão Especial criada para estudar as emendas considerou, segundo o relator, que a Emenda nº 32 não deveria ser aprovada, pela seguinte justificativa:

"Além destas emendas, a de número 32, que tem por fim anular todos os controles opostos à interferência alienígena, facultando-lhes participar nos produtos de exploração, é uma emenda insincera ... A emenda anula o monopólio estatal, tornando-o letra morta, fornecendo uma chave fácil para que se burlem os mandamentos sobre o assunto. É até inconstitucional, porque, como foi salientado perante a Comissão de Constituição e Justiça desta Câmara, as jazidas de petróleo constituem bens inalienáveis e imprescritíveis da União, situação essa incompatível com a 'garantia de participação nos produtos da exploração'. O *royalty* é um vínculo de caráter tipicamente real, incompatível com a natureza jurídica do direito que a União exerce sobre as jazidas petrolíferas. É a emenda inadmissível do ponto de vista jurídico porque está em flagrante oposição aos artigos primeiro e segundo do projeto, que estabelecem o monopólio estatal e somente permitem o seu exercício através da Petrobrás e das suas subsidiárias (artigo segundo, III). A execução, portanto, das operações previstas no artigo primeiro é privativa destas empresas, não podendo ser delegada mediante contrato."

Rejeitada pela Comissão Especial, a emenda que permitiria à Petrobrás ou ao Governo, por intermédio da empresa estatal, a realização de contratos foi também condenada pelo plenário da Câmara dos Deputados e, portanto, excluída do projeto encaminhado à sanção presidencial, encerrando a questão, pelo menos aparentemente.

Defendendo posição contrária aos contratos de risco, concluiu Fausto Cupertino:

"... se a letra da Lei nº 2.004 não excluiu explicitamente este tipo de transferência de responsabilidade, a simples apresentação de emendas que a permitiam parece deixar claro que a tese principal daquela lei, a do monopólio do Estado, não admitia a transferência, a não ser que fosse aberta, na própria lei, uma exceção clara neste sentido. Por isso mesmo é que foram feitas várias tentativas de incluir um dispositivo que permitisse a celebração de contratos de exploração com empresas particulares, nacionais ou estrangeiras ..."

Com a Constituição de 1967, o monopólio instituído pela Lei nº 2.004 é elevado à categoria de norma constitucional, dessa feita ainda de forma restrita, dispondo em seu artigo 162:

"Art. 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei."

A emenda nº 1, de 1969, manteve em sua inteireza aquela disposição, prescrevendo em seu artigo 169:

"Art. 169 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei."

A Lei Maior de 1988, considerada por Eros Roberto Grau como uma Constituição dirigente, manteve e ampliou o monopólio em favor da União, dispondo em seu artigo 177:

"Art. 177 - Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

....."
No que concerne aos contratos de risco, a atual Constituição vedou à União ceder ou até mesmo conceder qualquer tipo de participação,

seja em produtos (*in natura*) ou em dinheiro. Assim dispõe § 1º do artigo 177:

“§ 1º - O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.”

No parágrafo único do artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou assegurado o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, nos seguintes termos:

“Parágrafo Único - Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição.”

4. O contrato de prestação de serviços com cláusula de risco e sua natureza jurídica

Os contratos de serviços com cláusulas de risco firmados pela Petrobrás com as empresas contratantes mediante licitação entregavam a área à contratante que oferecesse melhores condições para a Petrobrás, em obediência ao regime de monopólio, consoante a Lei nº 2.004.

Esses contratos tinham como objeto a prestação pela contratante à Petrobrás dos seguintes serviços:

A) *Serviços técnicos*

A contratante realizava todas as operações necessárias à exploração, avaliação e desenvolvimento de campos de petróleo.

B) *Serviços financeiros*

A contratante fornecia todas as importâncias necessárias à execução, pela contratante, dos serviços técnicos previstos no contrato.

As operações de exploração e avaliação estabelecidas no contrato eram realizadas à conta e risco exclusivo da contratante. Esta só teria suas despesas reembolsadas caso se verificasse ocorrência de produção comercial.

A análise da natureza jurídica dos contratos de prestação de serviços com cláusula de risco há de considerar também seu componente administrativo. A Petrobrás, na qualidade de sociedade de economia mista, é espécie do gênero paraestatal, e, portanto, depende do Estado para a sua existência, pois foi criada por iniciativa deste, por lei e sob seu controle desem-

penha a atividade de executora do monopólio estatal do petróleo, integrando assim a denominada Administração Indireta. Mas, por outro lado, realiza em seu nome e para consecução do seu objetivo social, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, porém técnicas, industriais ou econômicas, suscetíveis de produzir lucro, em cuja execução o Estado tem interesse mas reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar e, por isso, outorga ou delega. Embora a Petrobrás tenha organização e estrutura de empresa privada, a análise daqueles contratos sempre sofreu influências de concepção civilista.

Luiz Olavo Baptista, diante de fortes elementos de caráter público, tanto no sujeito quanto no objeto do contrato, assim como em suas disposições, afirmou que os contratos de risco pertenciam à esfera do Direito Público, com base em que um dos sujeitos é pessoa jurídica de direito privado, mas cumprindo fins estatais e sob o controle do poder público. O objeto do contrato é atividade legalmente caracterizada como monopólio estatal, e o procedimento de contratação começa com a licitação. Baptista corrobora sua posição com base no fato de que a execução do contrato é feita sob controle público e no final do contrato é prevista a reversão dos equipamentos utilizados.

O Professor Miguel Reale afirmou que o contrato de risco estaria implícito entre os contratos aleatórios, ou seja, aqueles que cuidam de coisas ou fatos futuros cujo risco de não virem a existir é assumido por um dos contratantes.

Silvio Neves Baptista não considerava os contratos de prestação de serviços com cláusula de risco nem aleatórios, nem tampouco de prestação de serviços, chegando às seguintes conclusões:

a) o contrato de risco não é contrato aleatório, mas contrato comutativo de álea normal;

b) também não é “contrato de serviço” no estrito sentido de “contrato de locação de serviço”, nem na acepção genérica abrangente da “locação de serviço” e do “contrato de trabalho”, visto que não se enquadra em nenhuma das duas subespécies contratuais;

c) e a denominação de “contrato de risco” é uma expressão elíptica de “contrato de empreitada com cláusula de risco de preço”.

O Professor Adilson de Abreu Dallari afirma que

“... a simples presença do poder público, ou de entidade sujeita ao seu controle em um dos pólos da relação contratual trará, com maior ou menor intensidade, a presença de elementos ou institutos pacificamente reconhecidos como inerentes ao Direito Administrativo... Seja no tocante ao procedimento de seleção do contratante particular, seja na execução ou fiscalização da execução contratual, seja no tocante à previsão de recursos ou da forma de pagamento, seja no tocante à alteração ou rescisão contratual, seja, ainda, pelo menos, no que diz respeito às peculiaridades processuais em caso de litígio judicial sobre tais contratos, é certo que em qualquer contrato da Administração Pública serão encontrados elementos inexistentes nas relações contratuais entre particulares”

Em seguida conclui:

“... o contrato de risco é um típico contrato administrativo e portanto é no Direito Administrativo que se devem buscar a sua correta interpretação e aplicação. Ressaltando, porém, que marcados por tantas e profundas peculiaridades, não há como enquadrá-lo em qualquer das modalidades tradicionais de contratos administrativos, e portanto espécie nova e autônoma ...”

Dada à complexidade do contrato, para análise da sua natureza jurídica, valemo-nos da lição do mestre Orlando Gomes, quando este afirma:

“... no direito moderno é lícito criar mediante vínculo contratual quaisquer obrigações. Por outras palavras, o conteúdo do contrato pode ser estruturado livremente. Enfim, as pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas a usar as espécies contratuais definidas na lei. Desfrutam da liberdade de contratar.”

Diante dessa assertiva do ilustre mestre, os contratos podem se classificar em nominados (ou típicos) e inominados (ou atípicos). Os nominados são aqueles que se encontram disciplinados no Código Civil e em leis especiais e que têm características próprias dos demais. Os inominados são os que as partes livremente convencionam, fora dos modelos contratuais disciplinados no direito positivo, para regular situações novas ou para atender necessidades que não poderiam ser previstas pelo legislador

ao estabelecer as espécies contratuais mais frequentes. Nesses contratos inominados (ou atípicos), como é o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco, encontram-se, geralmente, elementos de contratos nominados, combinados com variações novas que a dinâmica da vida econômica faz surgir. Assim, podemos definir o contrato de serviço com cláusula de risco como um contrato inominado misto, com as seguintes características:

a) na fase de exploração – apresenta características de um contrato de empreitada, com cláusula de risco de preço;

b) na fase de desenvolvimento – pode ser entendido como um contrato de mútuo, no qual a contratante se obriga a adiantar as despesas de desenvolvimento do campo descoberto, para ser ressarcida após o início da produção comercial;

c) na fase de produção – evidencia-se uma promessa de pagamento em dinheiro, com opção de compra, pela contratante, de uma parcela do óleo produzido, opção que pode ser total ou parcialmente suspensa em caso de crise no abastecimento nacional de petróleo declarada pelo Governo brasileiro.

5. Conclusões

O monopólio instituído pela Lei nº 2.004/53, que foi elevado à categoria de norma constitucional pela Constituição de 1967 e mantido pela Emenda nº 1, de 1969, não estabelecia a forma direta para sua execução pela sociedade de economia mista – Petrobrás – criada com esse fim. Assim, a Petrobrás passou também a utilizar-se de uma forma indireta para levar a efeito o objetivo que norteou a sua criação.

De 1976 a 1988, foram assinados 243 contratos de risco, dos quais 156 com 32 empresas estrangeiras, e 87 com 11 companhias brasileiras.

Das 32 empresas estrangeiras signatárias, apenas a Pecten Brazil Exploration Company, subsidiária criada pela Shell Oil Company por força do contrato, descobriu e desenvolveu o campo de gás natural de Merluza, com supervisão, fiscalização e critérios técnicos estabelecidos pela Petrobrás. Este campo já se encontra em produção comercial, operado pela Petrobrás, que incorporou cerca de 12.000.000.000 m³ de gás natural e 2.400.000 m³ de condensado às suas reservas.

Das 11 companhias brasileiras, apenas a Azevedo & Travassos Petróleo S.A. descobriu

4 campos terrestres (Serra Vermelha, Redonda, Noroeste do Morro do Rosado e Ponta do Mel), incorporando cerca de 280.000 m³ de óleo e 85.479.000 m³ de gás natural às reservas da Petrobrás.

6. Crítica

No Brasil, a preocupação com a tutela jurídica do aproveitamento dos recursos energéticos atingiu o seu ápice com a promulgação da atual Constituição – conquista fundamental da Nação brasileira.

O monopólio descrito no artigo 177 da Constituição de 1988 justifica-se com base nos imperativos de segurança nacional e no relevante interesse coletivo, consoante o artigo 173, *caput*. Não obstante, o constituinte de 1988, no nosso entendimento, equivocou-se ao proibir a celebração de novos contratos de risco pela União, por intermédio da executora do monopólio, a Petrobrás. A experiência demonstrou que a assinatura daqueles contratos não provocou a transferência de titularidade sobre os hidrocarbonetos ou sobre o monopólio do aproveitamento daqueles recursos.

Afinal, hidrocarbonetos e monopólio são bens públicos e, portanto, residem nos limites dos interesses públicos ou coletivos nacionais, e, como tais, são indisponíveis (arts. 20, I, V e IX; 176 e 177 da Constituição vigente). Assim, ao deter – eis que a titularidade é coletiva nacional – o monopólio do aproveitamento do petróleo e do gás natural e executá-lo por meio da Petrobrás, a União exerce função essencialmente administrativa pública. E, como administradora pública, apenas gere bens e interesses de titularidade coletiva nacional, e não de titularidade pública da União. Daí a indisponibilidade desses bens.

Em síntese, o que os contratos de prestação de serviço com cláusula de risco, autorizados pela União, e ajustados através da Petrobrás, transferiram às empresas contratantes foram apenas os riscos, inerentes às atividades de pesquisa e lavra do petróleo e do gás natural.

Dessa forma, a experiência demonstrou que o monopólio estatal do petróleo permaneceu resguardado, pois as empresas signatárias dos contratos de serviço com cláusula de risco, efetivamente, foram apenas empresas prestadoras de serviços. Diferentemente dos usuais contratos de serviços, o risco do insucesso foi transferido para as contratantes e, em contrapartida, aquelas que alcançaram sucesso estão tendo direito à remuneração em dinheiro, proporcio-

nal à produção trimestral dos campos por elas descobertos e desenvolvidos. Da mesma forma, todos os ativos e informações, como também o petróleo descoberto, pertencem exclusivamente à Petrobrás. Ressalte-se, ainda, que a execução dos contratos foi realizada sob a fiscalização e pleno controle da Petrobrás. Conseqüentemente, não houve quebra do regime de monopólio.

Afinal, o monopólio é um atributo da União, cabendo à Petrobrás apenas a tarefa de executá-lo. A lei, entretanto, até a Constituição de 1988, não vedava a execução do monopólio por formas alternativas. E a recorrência aos contratos de risco representou uma daquelas formas. O monopólio que a lei estabelece haverá de ser exercido na sua plenitude, mas não como um fim, e sim como um meio para que se possa cumprir a finalidade da criação da Petrobrás, que é assegurar o abastecimento nacional de petróleo.

Bibliografia

- BAPTISTA, Luiz Olavo – *Contrato de Risco* – Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1976.
- BAPTISTA, Silvio Neves – *Contrato de Risco no Direito Brasileiro* – Recife, 1976.
- CARVALHO, Getúlio – *Petrobrás: Do Monopólio aos Contratos de Risco* – Ed. Forense-Universitária, 1976.
- CUPERTINO, Fausto – *Os Contratos de Risco e a Petrobrás – (o petróleo é nosso, e o risco é deles?)* – Ed. Civilização Brasileira, 1976.
- DALLARI, Adilson Abreu – *Contrato de Risco – Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, nº 570, p. 9, abril/1983.
- GEISEL, Ernesto – Pronunciamento à Nação no dia 9.10.75 – Assessoria de Imprensa e Relações Públicas da Presidência da República.
- GOMES, Orlando – *Contratos* – Ed. Forense, 1984.
- GRAU, Eros Roberto – *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)* – Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1991.
- MANNARINO, Remo – “Os Contratos de Risco no Brasil” – *Revista A Defesa Nacional*, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo*
– Ed. Revista dos Tribunais, 13ª ed., 1987.

MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA –
Contrato de Serviço com Cláusula de Risco – 1978.

Petrobrás, Serviço de Comunicação Social – *A
Legislação do Petróleo*, 6ª ed., 1989.

SOUZA, Washington Peluso Albino de – *Direi-
to Econômico* – Ed. Saraiva, 1980.

VICTOR, Mário – *A Batalha do Petróleo Brasi-
leiro* – Ed. Civilização Brasileira, 2ª ed., 1991.