ANA PAULA SAVOIA BERGAMASCO DINIZ

O contrato de aliança. Inadimplemento

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr.Carlos Alberto Dabus Maluf

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015

ANA PAULA SAVOIA BERGAMASCO DINIZ

O contrato de aliança. Inadimplemento

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015

Diniz, Ana Paula Savoia Bergamasco

O contrato de aliança. Inadimplemento / Ana Paula Savoia Bergamasco
Diniz: orientador Carlos Alberto Dabus Maluf -- São Paulo, 2015.

191 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) –
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

1. Contrato de aliança. 2. Aliança estratégica. 3. Teoria dos Jogos. 4.
Teoria da Estratégia. 5. Teoria dos Sistemas. 6. Inadimplemento. I. MALUF,
Carlos Alberto Dabus, orientador. II. O contrato de aliança. Inadimplemento.

Às Minhas filhas: Mariana e Giulia

AGRADECIMENTOS

São tantas as pessoas a quem necessito agradecer, que demandaria outra tese. No entanto, algumas são, inexoravelmente, as que me deram apoio.

Em primeiro lugar, à memória do querido Professor Luiz Carlos de Azevedo, já falecido, porque, mesmo sendo da área da História do Direito, aceitou ser meu orientador nessa “empreitada”, num projeto tão árduo.

Ao também Professor Carlos Alberto Dabus Maluf que, logo após a morte do meu orientador, aceitou-me como sua orientanda, e sempre me apoiou, com toda a sua sabedoria jurídica e amizade pessoal.

Aos meus pais, Paulo Bergamasco e Maria de Lourdes Savoia Bergamasco, sempre dispostos a me darem seu auxílio.

Da mesma forma, ao meu esposo, Alexandre Rafael Diniz, por sua compreensão e carinho. Hoje e sempre.

Agradeço aos amigos Eduardo José da Fonseca Costa que, dialeticamente, ajudou-me com os pontos controvertidos a serem tratados nesse trabalho e ao engenheiro português, Rui Alexandre Trigo Ribeiro Pereira, que me ensinou a entender a Teoria dos Jogos e suas frações matemáticas.

RESUMO

DINIZ, Ana Paula S. B. Contrato de Aliança. Inadimplemento. 2015. 191 fls. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

A terminologia contrato aliança encerra os contratos que, por meio de um detalhado esquema de alianças estratégicas, realizam um complexo de atividades econômicas, com regramentos próprios de gestão e divisão de lucros. Por sua singularidade, especialidade ou mesmo complexidade, não é regulado completamente pelas normas vigentes. As atividades empresariais de grande porte, numa sociedade plúrima como o século XXI, tendem a se regular cada vez mais por esta forma contratual, formando alianças estratégicas para desenvolver suas atividades em que os parâmetros pré-definidos pelo legislador não são suficientes para abarcar toda a evolução negocial e a estrutura jurídica é informada pelas demais áreas do conhecimento, como engenharia, economia e administração. Por estes motivos, o inadimplemento do contrato de aliança deve ser analisado com cuidado, uma vez que o resultado final de sua base negocial não pode ser entendido como a unidade de cumprimento de apenas algumas das obrigações envolvidas, mas como um todo sistematizado.

Palavras-chave: Contrato de aliança. Aliança estratégica. Teoria dos jogos. Teoria da estratégia. Teoria dos Sistemas Autopoiéticos. Inadimplemento.

RIASSUNTO

DINIZ, Ana Paula S. B. Project Alliancing. Inadempimento. 2015. Pag.191. Tesi di Dottorato in Diritto – Facoltà di Diritto, Università di San Paolo, San Paolo, 2015.

La terminologia Project Alliancing chiude i contratti che, tramite un dettagliato schema di alleanze strategiche, realizzano un complesso di attività economiche, con proprie normative specifiche e divisione di gestione-profitto. Per la sua unicità, specialità o anche complessità, non è completamente regolato dalle norme vigenti. Le principali attività imprenditoriali di grande portata, in una società plurima come quella del XXI secolo, tendono a regolamentare sempre di più da questa forma contrattuale, la formazione di alleanze strategiche per sviluppare le proprie attività nel pre-definito dai parametri del legislatore, per contenere tutta l'evoluzione dell'affare e la struttura giuridica viene informata dalle ulteriori aree, della conoscenza, come ingegneria, economia e gestione. Per questi motivi, l'inadempimento dell'accordo di alleanza deve essere analizzato con cautela, dal momento che il risultato finale della sua base di negoziazione non può essere inteso come l'unità di conformità solo di alcuni degli obblighi coinvolti, ma nel complesso sistematizzata.

Parole chiave: Project Alliancing. Alleanza strategica. La teoria dei giochi. Teoria della strategia. Teoria dei sistemi autopoietici. Inadempimento.

ABSTRACT

DINIZ, Ana Paula S. B. Alliance Project. Breach of Contract. 2015. 191 p. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

The terminology Project Alliancing comprehends the agreements that, through a detailed scheme of strategic alliances, carry out several economic activities, with regulations of management and profit sharing. Due to its uniqueness, expertise or even complexity, it is not entirely regulated by the current regulations. The major business activities, in a versatile society as the XXI century, tend to be increasingly regulated by this contractual form, creating strategical alliances to develop its activities in which the parameters previously defined by the legislator are not sufficient to cover the whole negotiation progress, and the legal structure is informed by the other knowledge areas, such as engineering, economics and administration. On these grounds, the default of the alliance contract must be carefully analyzed, since the final result of its negotiating basis cannot be understood as the compliance unit for just a few obligations, but as a systematized whole.

Keywords: Project Alliancing. Strategic Alliance. Game Theory. Strategy Theory. Autopoietic Systems Theory. Breach of Contract.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONTRATO DE ALIANÇA.....	16
1.1 Evolução da Teoria dos Jogos em economia	16
1.2 Algumas diferenciações necessárias na Teoria dos Jogos que serão aplicadas.....	25
1.3 Aspectos relevantes da Teoria da Estratégia.....	29
2 ASPECTOS DO CONTRATO DE ALIANÇA.....	41
2.1 Contratos atípicos e contratos de aliança	43
2.2 A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos e o contrato de aliança	48
2.2.1 A teoria dos Sistemas Autopoiéticos	48
2.2.2 Os Sistemas Autopoiéticos e o conceito do Contrato de Aliança	62
2.3 Diferenciação dos contratos para a realização de grandes obras	77
2.3.1 O empreendedor empreiteiro.....	78
2.3.2 O <i>Design Bid Build</i>	79
2.3.3 Design-Build	83
2.3 4 EPCM - <i>Engineering, Procurement and Construction and Management</i>	91

2.4 O contrato de aliança como solução	94
2.4.1 A fase do pré-contrato: as tratativas	96
2.4.2 O resultado das tratativas e a formalização do acordo	107
2.5 A base do contrato	109
2.5.1 Do objeto a ser desenvolvido	110
2.5.2 Do preço	111
2.5.3 Preço meta	113
2.5.4 Preço teto	113
2.5.5 Do Prazo	114
2.5.6 Prazo meta.....	115
2.5.7 Prazo teto	115
2.5.8 Da conjugação entre preço e prazo	115
2.5.9 Do lucro	116
2.5.10 Do Bônus (Limb 3)	116
2.5.11 Índices de Performance (<i>Keys of Performance</i>)	117
2.5.12 Distribuição de poderes e tomada de decisão	118
2.5.13 Gerência ou administração.....	119
2.5.14 Da culpa.....	120
2.5.15 Da administração de conflitos.....	120
2.5.16 Dos riscos e prejuízos	122
2.5.17 Outras cláusulas necessárias	123
2.5.18 Das partes	123

3 O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE ALIANÇA.....	125
3.1 Das cláusulas: <i>very limited right of action</i> e de quitação	
antecipada	125
3.1.1 Da cláusula <i>very limited right of action</i>.....	126
3.1.2 Da cláusula de quitação antecipada	137
3.2 Das possibilidades de Inadimplemento no Contrato de Aliança	
.....	138
3.3 A Teoria da Imprevisão e o Contrato de Aliança.....	145
3.4 Caso para estudo: Petrobrás/Citepe x CNO	146
3.4.1 Descrição do caso.....	146
3.4.2 Análise	150
CONCLUSÕES	156
REFERÊNCIAS	159

INTRODUÇÃO

Em 1970, George A. Arkelof, um economista americano, publicou um interessante artigo sobre assimetria da informação, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*.¹ Neste artigo, ele tratou de um conceito fundamental para a economia e formação de preços. Demonstrou que, as informações, quando não exatas no mercado, faziam com que houvesse uma disparidade não justificada de preço. Um dos exemplos que deu era o mercado de limões, sendo este o adjetivo dado pelos americanos aos carros que, entre uma gama de carros perfeitos, possuíam defeitos. Os compradores não sabiam quem seria o “premiado” com o limão, mas tinham certeza da sua existência. Por conta dos “limões”, todo o mercado de carro usado era depreciado, logo após a venda do veículo, uma vez que os proprietários dos limões não informavam aos próximos compradores a condição de ser um carro defeituoso. Carros bons e ruins, por conta dessa assimetria na informação, eram vendidos pelo mesmo preço, e com depreciação.

Esse mesmo modelo de comparação poderia ser usado a mercados “subdesenvolvidos” que, ao produzirem um produto, sem qualidade, por metade do preço, e sem que os consumidores soubessem disso, afetariam diretamente aos concorrentes honestos, que faziam seus produtos com qualidade. Seria o preço da desonestidade.

---

¹ ARKELOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500. Disponível em: < <http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6> > Acesso em 13 de janeiro de 2009

A assimetria da informação, portanto, gerava desconfiança e permitia uma leva de consequências, desde a formação do preço, quanto à forma de contratar. Ademais, quem possuía mais informação poderia usá-la como método de pressão e para levar vantagem econômica.

De outro lado, o mercado sempre foi altamente competitivo. Por força disso, a disputa entre os concorrentes só aumentava essa assimetria. A estratégia tomada era a do segredo.

Foi para coibir esses mecanismos de diferenças de assimetria nas informações que surgiram as primeiras alianças estratégicas entre empresas. A intenção era proteger o preço em mercados estáveis, como monopólios e oligopólios.

Transportadas, posteriormente, como estratégia para diminuição de custos de transação, as alianças foram progredindo de atuação. O jogo competitivo e predatório do mercado era mais ineficiente que a formação de alianças com partilha de informações. A intenção era trocar o preço da desonestidade pelo equilíbrio da confiança.

Foi assim que surgiu, na década de 90 do século passado, o Project Alliancing, ou contrato de aliança, em grandes empreendimentos empresariais. Elaborado num momento de encruzilhada econômica, em que a Bristish Petroleum, ou unia-se aos seus parceiros ou perdia parte de seus campos de petróleo no mar do norte, a saída foi montar um complexo sistema contratual que mudasse o jogo altamente competitivo do mercado, para um jogo colaborativo, de informações abertas e fincado no princípio da confiança mútua, eliminando os ruídos nas informações.

O Project Alliancing, em breve síntese, contém em seu bojo um conjunto de contratos típicos e atípicos, cujo principal objetivo é a reunião de esforços de duas ou mais pessoas, visando o máximo de aproveitamento dos recursos de cada um deles para a obtenção de um resultado previamente estabelecido, mediante um sistema de obrigações recíprocas pautadas pela confiança e clareza de informações.

O que torna o “contrato de aliança” e sua estrutura atrativa ao grande empreendimento empresarial é o fato de que, em sua maioria, há a existência de cláusulas que dificultam o inadimplemento absoluto do contrato. As soluções de conflitos são internas e as partes possuem responsabilidades agregadas em cada fase contratual.

Há uma verdadeira relação de interdependência para o efetivo cumprimento do contrato, vale dizer, cada um dos participantes possui obrigações que provavelmente só poderão ser cumpridas se a outra parte adimplir com o conjunto de seu núcleo obrigacional.

Ao contrário do sistema tradicional jurídico fincado na penalização civil por meio de multa pelo descumprimento, nos “contratos de aliança” há a primazia do incentivo ao cumprimento do contrato, pelos prêmios ou bônus pelo adimplemento.

A assunção de responsabilidade é realizada por todos os partícipes do acordo, ou seja, eles dividem e gerenciam os riscos, assumindo-os e cooperando para que cada pessoa efetive a sua parte no contrato, ainda que esta participação o onere.

O tema, estudado com afinco nas outras áreas científicas, entre elas a engenharia, a economia e a administração, carece de um aprofundamento em nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, a escolha desse modelo contratual, para análise, não foi a esmo. Ele representa o que se chama de aliança pura, ou seja, o que, na atualidade, se tem como um dos pontos mais altos na cadeia da confiança contratual empresarial, dentro de um mercado de cooperação.

A maior dificuldade, contudo, foi entendê-lo, sistematizá-lo e enquadrá-lo no nosso sistema normativo.

Desde o início da pesquisa deparei-me com uma questão intransponível. Para entender o contrato de aliança, e seus mecanismos, teria que pesquisar com afinco os motivos que o geraram. Além da confiança, os métodos de estratégia, e, principalmente, a Teoria dos Jogos. Sem conhecer minimamente cada um deles seria impossível entender sua estrutura e a forma de tomada de decisão. A tese, então, seria apenas uma descrição de cláusulas e não uma análise de estrutura.

Foi por isto que dediquei o primeiro capítulo da tese a contar a história da teoria dos jogos e como se formam as estratégias, dizer qual o conteúdo básico para a sua compreensão, e que foram posteriormente utilizados como pré-requisito cognitivo durante o trabalho e sem o qual, fatalmente, não haveria compreensão do que seria escrito.

Por outro lado, como toda a metodologia do contrato é elaborado no ordenamento jurídico da *commom law*, e em *law and economics*, ou direito e economia, além de não ter muitos aplicadores do sistema ainda no Brasil, pensar o núcleo contratual demandou bastante reflexão, uma vez que a teoria dos

contratos coligados ou conexos não explicavam todo o mecanismo interno contratual, embora pudesse representar exteriormente a forma de contratação. Era o dilema entre o núcleo do contrato e como ele interagira entre seus participantes, com suas regras próprias, e a questão da conexão apenas como forma de explicá-lo.

A solução encontrada para a estruturação do contrato veio da sociologia do direito, ou seja, dos Sistemas Autopoiéticos, cuja estrutura que mais explica a base contratual foi a elaborada por Gunther Teubner, baseado nas premissas do trabalho de Luhmann, ao falar do subsistema jurídico.

Nessa esteira, dediquei o segundo capítulo da tese a estruturar o contrato de aliança, com seus princípios e cláusulas, primeiro expondo a teoria dos sistemas autopoiéticos no direito e suas similitudes com o contrato, para posteriormente adentrar em seu conteúdo. Ainda, diferenciei e expliquei outros contratos de *engineering*, que são aparentemente “similares”, e muitas das vezes colocados e explicados como que se fossem a mesma coisa, mas que, de fato, não são. Isso repercute, inclusive, no modo de análise das normas aplicáveis quanto ao inadimplemento.

Por fim, no terceiro e último capítulo, dediquei-me a expor a questão do inadimplemento do contrato e as peculiaridades no sistema *gain/pain* (ganhar/perder) em um contrato colaborativo pleno.

Não restam dúvidas, que com a expansão desse modelo pelo mundo, em poucos anos ele tomará conta do mercado brasileiro de grandes obras, assim como vem fazendo na Austrália e Nova Zelândia. Espero que o seu núcleo basilar da confiança, informação plena e cooperativismo norteiem esses novos contratos também no Brasil.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONTRATO DE ALIANÇA

1.1 Evolução da Teoria dos Jogos em economia

Durante a Segunda Guerra Mundial, em 1944, John von Neumann e Oskar Morgenstern publicaram um estudo econômico, desenvolvido desde 1928, denominado *The Theory of Games and Economic Behavior*.² Este estudo era fruto de um conjunto de teorias matemáticas que reportavam desde o século XVIII,³ posteriormente analisadas como Teoria dos Jogos,⁴ que abordava todas as

² NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. **Sixtieth Anniversary Edition**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

³ Em 1985, ficou reconhecido que o Talmude foi a primeira antecipação do que se chamou, modernamente, de teoria dos jogos. A questão determinada no Talmude se referia ao patrimônio de um homem que houvesse falecido e deixasse três mulheres esposas de herdeira. Assim, se o patrimônio do falecido fosse 100, a divisão seria igualitária. No entanto, se os bens totalizassem 200 ou 300, a divisão seria nos seguintes valores: 50, 75, 75 e 50, 100, 150, respectivamente. A forma de determinação dos valores demonstrou a lógica equacional matemática do jogo. (WALKER, Paul. **An Outline Of The History Of Game Theory**. Disponível em: <http://www.econ.canterbury.ac.nz/personal_pages/paul_walker/gt/hist.htm> . Acesso em 13 de setembro de 2014. Já a primeira menção do que, posteriormente, seria considerada a Teoria dos Jogos, reside numa carta que um inglês, Waldegrave, envia a Pierre Rémond de Montmort, sobre dois problemas de “estatística”. Tais problemas são reportados por Montmort na Segunda Edição de seu livro *Essay d’analyse sur les jeux de hazard*. O primeiro foi posteriormente denominado Problema de Waldegrave, direcionado à estatística. O segundo introduziu um problema sobre como resolver, através de uma estratégia mista de minimizar a perda máxima possível (denominada de *minimax* – teoria da decisão), as perdas do jogo *le Her*, foi incluído como uma primeira menção da teoria dos jogos. (BELLHOUSE, David. The Problem of Waldegrave. **Journal Electronique d’Histoire des Probabilités et de la Statistique**. Vol. 3. Numero 2. Dez/2007. Disponível em: <<http://www.jehps.net/Decembre2007/Bellhouse.pdf>> . Acesso em 07 de fevereiro de 2015). Posteriormente, Antoine Augustin Cournot, em 1838, estabeleceu em seu livro *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, os princípios da Teoria dos Jogos, através de uma análise da oferta e da demanda num regime de duopólio, mas com demanda residual em regime monopolístico. Sendo um dos precursores da sistematização formal da economia, nas suas palavras: “Up to certain point it is possible to compare the influence of economic theories on society to the grammarians on language. Languages are formed without the consent of grammarians, and are corrupted in spite of them; but their works throw light on the laws of formation and decadence of languages; and their rules hasten the time when a language attains its perfection, and delay a little the invasions of barbarism and bad taste with corrupt it”. (LONDON: The Macmillan Company: 1897, p. 171. Disponível em: <<http://www3.nd.edu/~tgresik/IO/Cournot.pdf>> . Acesso em 23 de janeiro de 2014). Em tradução livre: “Até certo ponto, é possível comparar a influência das teorias econômicas na sociedade com as gramáticas sobre a linguagem. Línguas são formadas sem o consentimento dos gramáticos, e são corrompidos apesar deles; mas suas obras lançam luz sobre as leis de formação e decadência das línguas; e suas regras apressam o momento em que uma linguagem atinge a sua perfeição, e atrasam um pouco as invasões de barbárie e de mau gosto com corrompê-la.”

⁴ “The essential difference between games of strategy and games of (pure) chances lies of the circumstance that intelligence and skill are usefull in playing the former but not latter”. (MCKINSEY, John Charles C. **Introduction to the Theory of Games**. New York: McGraw-Hill, 1952. p. 1). Em

situações em que pelo menos um agente só pudesse atuar para maximizar a sua utilidade através da antecipação (quer consciente, ou apenas implicitamente no seu comportamento) das respostas e ações de um ou mais agentes.⁵

Nas próprias palavras dos autores, a discussão travada residia sobre questões fundamentais da teoria econômica, que envolvia um de seus problemas básicos, qual seja, o esforço do indivíduo para se obter o máximo de utilidade, ou, no caso do empresário, o máximo de lucro.⁶

Dessa forma, para que houvesse a aplicação da teoria era necessário que no jogo, ou conjunto de regras (econômicas, sociais, biológicas, matemáticas, etc.), estivessem presentes cinco elementos: o número de participantes; as ações ou estratégias possíveis; os resultados de cada jogador; a função que permitisse a cada parte combinar suas estratégias e a relação de preferências de cada um diante dos resultados.⁷

Reportando para a economia, para que se entendesse, de fato, todos os aspectos estudados, pelo âmbito da sua racionalidade, precisariam se

---

tradução livre: a diferença essencial entre os jogos de estratégia e jogos puros evidenciam a circunstância de que a inteligência e habilidade são úteis em jogar o primeiro, mas não este último.

⁵ “*All situations in which at least one agent can only act to maximize his utility through anticipating (either consciously, or just implicitly in his behavior) the responses to his actions by one or more other agents is called a game*”. (ROSS, Don. Game Theory. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/game-theory/>>. Acesso em 05 de janeiro de 2015).

⁶ “*endeavor of the individual to obtain a maximum of utility, or, in the case of the entrepreneur, a maximum of profit*”, (NEUMANN, John von; MORGENTHAU, Oskar. **Sixtieth Anniversary Edition**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 1).

⁷ “Jogo é um conceito técnico cuja compreensão é condicionada pela enunciação de alguns elementos característicos comuns: a) em primeiro lugar, um número delimitado de jogadores. Todo jogo tem dois ou mais jogadores. No caso de um jogo de azar, haverá, pelo menos, três jogadores, sendo um deles o azar. Um jogador é cada participante do jogo que age de forma condicionada pela ação dos demais participantes, ou seja, suas preferências são satisfeitas a partir das preferências condicionantes de todos os jogadores; b) o segundo elemento é o número determinado de movimentos. Cada movimento representa o conjunto das ações escolhidas por cada jogador, ou seja, cada um dos movimentos é fruto de uma escolha de cada jogador. A soma de todos os movimentos de um jogo recebe a denominação de perfil de ações e, por fim; c) a função de ganhos. O ato de ganhar um jogo exteriora um série articulada de combinações de estados de coisas desenhados pelo perfil de ações e de seus resultados. As regras do jogo determinam um resultado para cada movimento e, sendo este último concluído, recebe o nome de jogada, cada uma destas últimas pode, ainda, ser curta ou longa.” (MONTEIRO, Claudia Sevilha. **A decisão Racional na Teoria dos Jogos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf> . Acesso em 07 de janeiro de 2015).

debruçar sobre a teoria econômica e o complicado mecanismo de preços e de produção, das formas de ganhos e gastos das rendas.⁸

Procuraram, então, através da teoria dos jogos, implementar estratégias racionais em situações em que o resultado dependesse não só da vontade de um agente e das condições de mercado, mas também das demais escolhas realizadas por outros agentes que possivelmente tivessem estratégias diferentes ou objetivos comuns, metodologicamente analisadas pelos jogos matemáticos. Foi, portanto, idealizada, através de modelos matemáticos, que estudassem a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito.⁹ O Dilema de Duas Pessoas, de Albert W Tucker, popularmente chamado de Dilema do Prisioneiro, foi um dos mais estudados jogos nas três décadas posteriores, gerando inúmeras tentativas de abordagens.¹⁰

De outro lado, já na década de 1950, John Forbes Nash Jr. publicou quatro ensaios sobre o tema: O Problema da Barganha, Jogos Cooperativos de Duas Pessoas, Pontos de Equilíbrio em Jogos de N-Pessoas e Jogos não-Cooperativos. Estes ensaios mudariam a forma como era vista a Teoria dos

---

⁸ “The subject matter of economic theory is the very complicated mechanism of prices and production, and of the gaining and spending of incomes” (NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. **Sixtieth Anniversary Edition**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 8).

⁹ SARTINI, Brigida Alexandre et al. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. II Biental da SBM. Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <www.usp.br/vicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013. p. 5-6.

¹⁰ “Em 1944, John von Neumann e Oskar Morgenstern publicaram a *Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico* e fundaram a teoria dos jogos como um ramo da matemática. No *Teorema Minimax* Von Neumann afirmou que cada jogo finito de duas pessoas soma zero tem um resultado de equilíbrio em estratégias mistas. Em 1950, em seguida, John Nash, um Ph.D. estudante sob orientação de Tucker, tinha generalizado este resultado para provar que os finitos de jogos de não soma zero - jogos de duas pessoas também têm equilíbrios. No entanto, ficou claro que o equilíbrio dos jogos de soma zero poderia ter um número de propriedades estranhas e indesejáveis. A matriz de compensação na nota foi um de uma série de exemplos inventados por Melvin Dresher e Merrill Flood na RAND Corporation para exibir algumas dessas propriedades estranhas. Tucker recordou que viu pela primeira vez a matriz no escritório de Dresher em uma visita a RAND, em 1950. Um pouco mais tarde, Tucker foi solicitado pelo departamento de psicologia da Universidade de Stanford para dar uma palestra sobre a teoria dos jogos. Ele pensou que esse exemplo seria uma ilustração interessante da dificuldade de analisar jogos de soma zero, mas que deveria ser apresentado com uma "história" para acompanhá-la. A famosa história da nota publicada em Stanford foi o resultado. Como o dilema do prisioneiro foi popularizado entre os cientistas sociais por Howard Raiffa, Duncan Luce, e Anatol Rapoport na década de 1950 e início da década de 1960, tornou-se evidente que o jogo de Dresher e Flood era um modelo útil para um grande número de situações sociais.” (STRAFFIN, JR., Phillip D. *Changing The way We Think About The Social World*. In TUCKER, Albert W. **The Mathematics of Tucker: A Sampler**. Disponível em: <http://personal.stthomas.edu/csmarcott/ec355/tucker_two-person_dilemma.pdf>. Acesso em 23 de novembro de 2014).

Jogos e faria com que ela tivesse ampla divulgação e aplicação tanto em economia como nas demais ciências.¹¹

Nash enfrentou os temas procurando um equilíbrio que desse uma resposta a um conjunto variável de possibilidades de estratégias e ganhos, com a máxima utilidade para os jogadores.

Nos Pontos de Equilíbrio em Jogos de N-Pessoas, Nash definiu como um jogo de n-pessoa aquele em que cada jogador tivesse um conjunto finito de estratégias puras e em que um conjunto definido de pagamentos aos n-jogadores correspondesse a cada n-dupla de estratégias puras, uma estratégia para cada jogador. Para estratégias mistas, que seriam distribuições de probabilidade sobre as estratégias puras, as funções de ganho seriam as expectativas dos jogadores, tornando-se, assim, formas multilineares nas probabilidades com que os diferentes atores desempenhassem suas várias estratégias puras. Qualquer n-dupla de estratégias, uma para cada jogador, poderia ser considerada como um ponto no espaço do produto obtido pela multiplicação dos espaços de estratégia de cada jogador. Uma n-dupla contraporía outra, se a estratégia de cada jogador no combate obtivesse a maior expectativa por seu jogador, contra $n - 1$ estratégias dos outros jogadores no rebote da n-dupla. Um autocombate da n-dupla seria chamado de ponto de equilíbrio. No caso de jogos soma zero de duas pessoas o "teorema principal" e a existência de um ponto de equilíbrio seriam equivalentes. Em tal caso, os dois pontos de equilíbrio corresponderiam às mesmas expectativas para os jogadores.¹²

---

¹¹ Nas palavras de um outro Prêmio Nobel, Roger Bruce Myerson: "*Nash's theory of noncooperative games should now be recognized as one of the outstanding intellectual advances of the twentieth century. The formulation of Nash equilibrium has had a fundamental and pervasive impact in economics and the social sciences which is comparable to that of the discovery of the DNA double helix in the biological sciences.*" Em tradução livre: "A Teoria dos jogos não-cooperativos de Nash deve agora ser reconhecida como um dos notáveis avanços intelectuais do século XX. A formulação do Equilíbrio de Nash teve um onipresente e fundamental impacto em economia e ciências sociais que é comparável à da descoberta da dupla hélice do DNA nas ciências biológicas". (MYERSON, Roger Bruce. Nash Equilibrium and The History of Economic Theory. *Journal of Economic Literature*, 36:1067-1082 (1999). Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/rmyerson/research/jelnash.pdf>>. Acesso em 13 de dezembro de 2014).

¹² "*One may define a concept of an n-person game in which each player has a finite set of pure strategies and in which a definite set of payments to the n players corresponds to each n-tuple of pure strategies, one strategy being taken for each player. For mixed strategies, which are probability distributions over the pure strategies, the pay-off functions are the expectations of the*

Já no Problema da Barganha, Nash idealizou o caso em que dois indivíduos têm a oportunidade de colaborar para o benefício mútuo em mais de uma maneira. No caso mais simples, nenhuma ação tomada por um dos indivíduos, sem o consentimento da outra parte, pode afetar o bem-estar do outro. As situações econômicas de monopólio contra monopsonio, de comércio de Estado entre duas nações, e de negociação entre empregador e sindicato, poderiam ser considerados como problemas de negociação. Dessa forma, para ele o “propósito do estudo” era dar uma discussão teórica sobre este problema e obter uma “solução” definitiva mediante idealizações. A “solução” significaria a determinação da quantidade de satisfação que cada indivíduo devesse esperar a partir da situação, ou melhor, uma determinação de quanto é que deve valer a pena para cada um desses indivíduos por ter esta oportunidade de negociar. Assim, em termos gerais, o problema de barganha foi idealizado por assumir que os dois indivíduos são altamente racionais, que cada um pode comparar com precisão os seus desejos para várias coisas, que eles são iguais em habilidade de negociação, e que cada um tem pleno conhecimento dos gostos e preferências dos outros.¹³

---

*players, thus becoming polylinear forms in the probabilities with which the various players play their various pure strategies. Any n-tuple of strategies, one for each player, may be regarded as a point in the product space obtained by multiplying the n strategy spaces of the players. One such n-tuple counters another if the strategy of each player in the countering n-tuple yields the highest obtainable expectation for its player against the n – 1 strategies of the other players in the countered n-tuple. A self-countering n-tuple is called an equilibrium point. In the two-person zero-sum case the “main theorem” and the existence of an equilibrium point are equivalents. In this case any two equilibrium points lead to the same expectations for the players, but this need not occur in general.” (NASH JR., John F. **Equilibrium Points in N-Person Games**. Vol.36, 1950. Disponível em: <<http://web.mit.edu/linguistics/events/iap07/Nash-Eqm.pdf>>. Acesso em 16 de janeiro de 2015).*

¹³ O texto original em inglês diz: “A two person bargaining situation involves two individuals who have the opportunity to collaborate for mutual benefit in more than one way . In the simpler case, which is the one considered in this paper, no action taken by one of the individuals without the consent of the other can affect the well-being of the other one. The economic situations of monopoly versus monopsony, of state trading between two nations, and of negotiation between employer and labor union may be regarded as bargaining problems. It is the purpose of this paper to give a theoretical discussion of this problem and to obtain a definite “solution”- making, of course, certain idealizations in order to do so. A “solution” here means a determination of the amount of satisfaction each individual should expect to get from the situation, or, rather, a determination of how much is should be worth to each of these individuals to have this opportunity to bargain.(...) In general terms, we idealize the bargaining problem by assuming that the two individuals are highly rational, that each can accurately compare his desires for various things, that they are equal in bargaining skill, and that each has full knowledge of the tastes and preferences of the other.” (NASH JR., John F. *The Bargaining Problem*. **JSTOR**: *Econometrica*, Vol. 18 , Nº. 2 (Apr., 1950) , pp.155-156. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1907266?sid=21105987655673&uid=60&uid=2134&uid=2490557443&uid=3&uid=2490557433&uid=70&uid=2>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015).

O problema nessa concepção, como destacou Harsanyi, é que a teoria econômica comum é incapaz de prever as condições em que os acordos tendem a ser alcançados em casos de oligopólio, de monopólio bilateral, e, em geral, em situações nas quais os termos devam ser atingidos por meio de negociação explícita ou implícita. Ainda menos é capaz de prever o que estão nas cláusulas de acordos que são realizados em situações em que uma ou ambas as partes envolvidas possam usar pressão política como uma das armas de negociação.¹⁴

Com relação aos jogos cooperativos de duas pessoas, a teoria apresentada por Nash foi desenvolvida para tratar situações econômicas (ou outras) que envolvessem indivíduos cujos interesses não fossem nem completamente opostos, nem completamente coincidentes. A palavra cooperativa foi usada no sentido de que os dois indivíduos deveriam ser capazes de discutir a situação e encontrar uma ação racional em conjunto, entabulando um acordo que fosse assumido como título executivo. Na formulação desse "jogo", apenas a quantidade mínima de informações necessárias para a solução é mantida. As alternativas são tratadas como objetos abstratos sem qualidades especiais e são chamadas de "estratégias". Somente as atitudes dos dois indivíduos que tivessem em vista os resultados finais da utilização dos vários possíveis pares opostos de estratégias eram consideradas.¹⁵

---

¹⁴ Nas suas palavras: *"ordinary economic theory is unable to predict the terms on which agreements tend to be reached in cases of oligopoly, of bilateral monopoly, and in general in situations where settlements must be arrived at by means of explicit or implicit bargaining. Still less is current economic theory (even with the help of current political theory) able to predict on what terms agreements tend to be reached in situations where one or both of two bargaining parties use political pressure as one of the bargaining weapons"*. (HARSANYI, John C. *Approaches to the bargaining problem before and after the theory of games: a critical discussion of Zeuthen's, Hick's, and Nash's theories*. **JSTOR**: *Econometrica*, Vol. 24, Nº. 2 (Apr. 1956), pp. 144-157. Disponível em:

<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1905748?sid=21105987655673&uid=2490557443&uid=2490557433&uid=60&uid=70&uid=2134&uid=3&uid=2>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015).

¹⁵ Da mesma forma, afirma o catedrático: *"The theory presented here was developed to treat economic (or other) situations involving two individuals whose interests are neither completely opposed nor completely coincident. The word cooperative is used because the two individuals are supposed to be able to discuss the situation and agree on a rational joint plan of action, an agreement that should be assumed to be enforceable (...). What the actual alternative courses of action are among which the individuals must choose is not regarded as essential information. These alternatives are treated as abstract objects without special qualities and are called "strategies". Only the attitudes (like or dislike) of the two individuals towards the ultimate results of the use of the various possible opposing pairs of strategies are considered; but this information must be well utilized and must be expressed quantitatively."* (NASH JR, John F. *Two-Person*

Ainda, o trabalho que galardeou Nash com o Prêmio Nobel de Economia, foi resultado do Ponto de Equilíbrio, posteriormente chamado de Equilíbrio de Nash, no artigo Jogos Não Cooperativos. A teoria de Nash baseava-se na ausência de coligações, em que se pressupõe que cada participante age de forma independente, sem colaboração ou comunicação com qualquer dos outros. A noção de um ponto de equilíbrio é o ingrediente básico da teoria, produzindo uma generalização do conceito da solução para jogos soma zero de duas pessoas. Acontece que o conjunto de pontos de equilíbrio de jogos soma zero de duas pessoas é simplesmente o conjunto de todos os pares de opostos de "boas estratégias". Assim, um ponto de equilíbrio é a solução estratégica mista em que cada jogador maximiza seu retorno se as estratégias dos outros são mantidas fixas. É a estratégia ideal de cada jogador contra as dos outros.¹⁶

Reinhard Selten, outro ganhador do Nobel junto com Nash, a seu turno, verificou que o conceito estabelecido por Nash poderia levar a equilíbrios múltiplos, o que, por si só, não determinaria o resultado final do jogo. Para tentar dar uma solução, criou a ideia do *subgame perfect*, ou seja,

Enquanto o equilíbrio de Nash exige um comportamento racional apenas no caminho do equilíbrio, o conceito de *subgame perfect* garante a ocorrência desse mesmo tipo de comportamento não apenas no caminho do equilíbrio, mas também fora dele.¹⁷

Cooperative Games. **JOSTOR**: Econometrica, Vol. 21, Nº.1 (Jan. 1953), pp. 128- 140. Disponível em :

<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1906951?sid=21105987655673&uid=2490557433&uid=2490557443&uid=70&uid=3&uid=2134&uid=60&uid=2>>. Acesso em 16 de janeiro de 2015).

¹⁶ "Our theory, in contradistinction, is based on the absence of coalitions in that it is assumed that each participant acts independently, without collaboration or communication with any of the others. The notion of an equilibrium point is the basic ingredient in our theory. This notion yields a generalization of the concept of the solution of a two-person zero-sum game. It turns out that the set of equilibrium points of a two-person zero-sum game is simply the set of all pairs of opposing "good strategies" (...) Thus an equilibrium point is an *n*-tuple such that each player's mixed strategy maximizes his payoff if the strategies of the others are held fixed. Thus each player's strategy is optimal against those of the others." (NASH JR., John F. Non-Cooperative Games. **Annals of Mathematics**. Vol. 54, Nº.2, September, 1951, pp. 286-294. Disponível em: <<http://www.cs.upc.edu/~ia/nash51.pdf>>. Acesso em 14 de dezembro de 2014).

¹⁷ HANEKE, Uwe; SADDI, Vitoria. Premio Nobel de Economia de 1994: Contribuições de Nash, Harsanyi e Selten à Teoria dos Jogos. **Revista de Economia Política**, vol 15, nº 1 (57), janeiro-março 1995, pp. 55-69. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/57-3.pdf>>. Acesso em 23 de novembro de 2014.

Dessa forma, o *subgame perfect* seria o equilíbrio de Nash que correspondesse também ao critério de racionalidade nos demais percursos do jogo. Se, por acaso, um dos jogadores “errasse” a estratégia, ocorreria um *trembling hand*, mas, na verdade, na estratégia do *subgame perfect*, e com informação completa, a possibilidade de erro estaria prevista como uma das fases da incerteza, e portanto, previsto o resultado.¹⁸

Ainda uma brecha na teoria dos jogos precisava ser preenchida. As teorias desenvolvidas até então seriam aplicáveis quando as situações de informações entre os jogadores fossem completas, com a única exceção do *trembling-hand equilibrium* (porque pressupõe assimetria de informação ao errar). Contudo, no dia a dia, a incompletude das informações seria a regra. Ou seja, há incerteza das posições dos participantes no jogo.

Para resolver essa brecha, John C Harsanyi introduziu as probabilidades, a partir da regra de Bayes, aos eventos que fossem desconhecidos aos jogadores. Assim, os dois jogadores poderiam adotar por

---

¹⁸ “The concept of a perfect equilibrium point has been introduced in order to exclude the possibility that disequilibrium behavior is prescribed on unreached subgames [SELTEN 1965 and 1973]. Unfortunately this definition of perfectness does not remove all difficulties which may arise with respect to unreached parts of the game. It is necessary to reexamine the problem of defining a satisfactory non-cooperative equilibrium concept for games in extensive form. (...) In retrospect the earlier use of the word “perfect” was premature. Therefore a perfect equilibrium point in the old sense will be called “subgame perfect”. The new definition of perfectness has the property that a perfect equilibrium point is always subgame perfect but a subgame perfect equilibrium point may not be perfect. It will be shown that every finite extensive game with perfect recall has at least one perfect equilibrium point. Since subgame perfectness cannot be detected in the normal form, it is clear that for the purpose of the investigation of the problem of perfectness, the normal form is an inadequate representation of the extensive form. It will be convenient to introduce an “agent normal form” as a more adequate representation of games with perfect recall.” (SELTEN, Bielefeld R. Reexamination of the Perfectness Concept for Equilibrium Points in Extensive Games. *Journal of Games Theory*, Vol. 4, Issue, pp. 25-55. Disponível em: <<http://www.homes.uni-bielefeld.de/imw-wp/files/imw-wp-23a.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2014). Em tradução livre: O conceito de um ponto de equilíbrio perfeito foi introduzido a fim de excluir a possibilidade de que o comportamento desequilibrado seja prescrito em *subgames* não alcançados [Selten 1965 e 1973]. Infelizmente esta definição de perfeição não remove todas as dificuldades que possam surgir com relação às partes não alcançadas do jogo. É necessário reexaminar o problema da definição de um conceito de equilíbrio não-cooperativo satisfatório para jogos na forma extensiva. (...) Em retrospecto, o uso anterior da palavra “perfeito” era prematuro. Portanto, um ponto de equilíbrio perfeito no sentido antigo será chamado de “subjogo perfeito”. A nova definição de perfeição tem a propriedade de que um ponto de equilíbrio perfeito é sempre *subgame* perfeito, mas que um ponto de equilíbrio num subjogo perfeito pode não ser perfeito. Será mostrado que cada grande jogo finito com memória perfeita tem pelo menos um ponto de equilíbrio perfeito. Desde que a perfeição de um subjogo não pode ser detectada na forma normal, é claro que, para a finalidade da investigação do problema da perfeição, a forma normal é uma representação inadequada da forma extensa. Será conveniente introduzir uma “forma normal agente” como uma representação mais adequada dos jogos com memória perfeita.”

qualquer um dos vários acordos possíveis (e ser resolvido como um jogo com informação completa) - ou poderiam entrar em um conflito por serem incapazes de aceitar qualquer acordo por mútuo consentimento. Dessa forma, em contraste com a negociação com informações completas, investigadas por Nash, um ou ambos os jogadores têm apenas informações incompletas sobre alguns parâmetros de relevante importância da situação negociada. Dessa forma, através de probabilidades, os jogadores chegam ao equilíbrio, e não há nenhum incentivo para se desviarem da estratégia escolhida. Seria o Equilíbrio Bayesiano ou Equilíbrio Bayes/Nash.¹⁹

Por fim, é de se lembrar que em 1994, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker lançaram o livro *Game Theory and the Law*, voltado

---

¹⁹ “*The two players may adopt any one of several possible agreements – or may get into a conflict by being unable to accept any agreement by mutual consent. However, in contrast to bargaining situations with complete information, investigated by Nash (...), one or both players have only incomplete information about some important parameters of the bargaining situation, and in particular about the utility payoffs that each player would receive under various possible agreements and/ or under a conflict. Bargaining situations, whether they involve complete or incomplete information, may be divided into those with variable threats and those with fixed threats. A bargaining situation is said to allow variable threats if each player can choose any one of several retaliatory strategies available to him, and can commit himself to use this strategy – called his threat strategy - against the other player if they cannot reach an agreement. Therefore, the payoffs the players would receive in such a conflict situation could depend on the threat strategies to which they had chosen to commit themselves. On the other hand, we say that a given bargaining situation allows only fixed threats if the payoffs which the players would receive in the absence of an agreement are determined by the nature of the bargaining situation itself, instead of being determined by the players’ choice of threat strategies or by any other actions the players may take.*” (HARSANYI, John C.; SELTEN, Reinhard. A Generalized Nash Solution For Two-Person Bargaining Games With Incomplete Information. **Management Science**. Vol.18, Nº. 5, January, Part 2, 1972, p. 80-106. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/2661446?sid=21106001567903&uid=2&uid=4>>. Acesso em 10 de novembro de 2014). Em tradução livre: “Os dois jogadores podem adotar qualquer um dos vários acordos possíveis - ou podem entrar em um conflito por serem incapazes de aceitarem qualquer acordo por mútuo consentimento. Como sempre, em contraste com as situações de barganhas com informações completas, investigado por Nash (...), um ou ambos os jogadores têm apenas informações incompletas sobre alguns parâmetros de relevante importância da situação de negociação e, nomeadamente, sobre os pagamentos de serviços públicos que cada jogador receberia sob vários acordos possíveis e/ou no âmbito de um conflito. Situações de negociação, que envolverão informações completas ou incompletas, podem ser divididas entre aquelas com ameaças variáveis e aquelas com ameaças fixas. A situação de barganha é dita para permitir ameaças variáveis se cada jogador puder escolher qualquer uma das várias estratégias de retaliação disponíveis para ele, e pode comprometer-se a usar essa estratégia - chamou sua ameaça estratégica - contra o outro jogador, se não puderem chegar a um acordo. Portanto, os resultados dos jogadores que receberiam em tal situação de conflito poderiam, dependendo das estratégias de ameaça a que tiverem escolhido, comprometerem-se. Por outro lado, podemos dizer que uma determinada situação de negociação permite que apenas se fixem os resultados das ameaças em que os jogadores que recebam na ausência de um acordo são determinados pela natureza da própria natureza da situação de negociação, em vez de ser determinada pela escolha dos jogadores de estratégias de ameaça ou por outras ações individuais que os jogadores possam assumir.”

diretamente para o direito. Nas palavras dos autores, o direito, muitas vezes, importa em situações em que o comportamento de uma pessoa se volta para o que a pessoa espera que os outros façam, porque comportamentos estratégicos são comuns e termos as ferramentas formais que possam ajudar-nos a compreendê-lo é importante. Dessa forma, a teoria dos jogos, como toda modelagem econômica, funciona através da simplificação de uma determinada situação social, afastando-se muitos detalhes que são irrelevantes para o problema analisado. Ao testarmos um modelo, isso aprimora nossa intuição, iluminando as questões básicas do trabalho desenvolvido que não estejam claramente visíveis quando olhamos com todos os detalhes para a situação real. O espírito da questão é anotar o jogo com menor número de elementos, captando a essência do problema.²⁰ Após, conseguimos verificar todos os pontos de vista, aplicando as regras pertinentes ao caso (no caso, as legais), e obtendo as variações possíveis dessa aplicação.

1.2 Algumas diferenciações necessárias na Teoria dos Jogos que serão aplicadas

Como vimos acima, a Teoria dos Jogos é o ramo da matemática que estuda o confronto como um problema de decisão.²¹ Assim, como modelo matemático do confronto, se assume que os jogadores ou oponentes são agentes racionais, com expectativas em relação ao resultado de um Jogo.

---

²⁰ “*Laws often matter in situations in which the behaviour of one person turns on what that person expects others to do. Because strategic behaviour is common, the formal tools that can help us understand it are important.(...) Game theory, like all economics modelling, works by simplifying a given social situation and stepping back from many details that are irrelevant to the problem in hand. The test of a model is whether it can hone our intuition by illuminating the basic forces that are at work but not plainly visible when we look at an actual case in all its detail. The spirit of the enterprise is to write down the game with fewest elements that captures the essence of the problem.*” (BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert, PICKER, Randal C. **Game Theory And The Law**. Harvard University Press: 2003, pp. xi e 7).

²¹ Ou seja, “A Teoria dos Jogos é essencialmente uma construção matemática. Como tal, lida com entes ideais (os números e as variáveis) e relações ideais (teoremas) entre eles. O salto de passagem entre o mundo dos números e o mundo físico nunca precisa ser exercitado”. (BERNI, Duílio de A. **Teoria dos Jogos: Jogos de Estratégias, Estratégias Decisória, Teoria da Decisão**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso LTDA, 2004, p.15-16).

Portanto, para que possamos minimamente compreender esse sistema, para aplicá-lo fazem-se necessárias algumas diferenciações. Essas serão utilizadas durante o trabalho aqui desenvolvido.

O Jogo poderá, assim, ser considerado um sistema com vários *inputs* (estratégias dos jogadores individuais), um *output* (a função de retorno ou *payoff* de cada jogador individual, ou seja, as utilidades a serem recebidas pelos jogadores ao final da partida), sendo que o problema de decisão daí decorrente se traduz na escolha do melhor plano de ação (estratégia) tendo em conta os planos de ação dos restantes oponentes. Neste contexto, "melhor" significa o plano de ação que maximiza a função de retorno do jogador em questão e equilibra o resultado das combinações de estratégias.

Note-se que este problema de decisão não se trata de um Problema de Controle, na medida em que, neste tipo de problema, um dos "jogadores" (o sistema a controlar) não é uma entidade consciente nem malevolente (com objetivo de minimizar a função de retorno do seu oponente).

Em Teoria dos Jogos, assume-se, no modelo competitivo, que o melhor retorno de um jogador, é indissociável do pior retorno dos restantes oponentes. Trata-se da solução MiniMax, de Von Neumann (minimizar o máximo retorno esperável dos restantes jogadores), correspondente à solução MaxMin (maximizar do maior retorno expectável desse jogador), para jogos soma zero, do tipo perde-ganha.

Matematicamente falando, o par MiniMax/MaxMin corresponde a um "ponto de sela", ou seja, a função de retorno assume um mínimo local em uma coordenada, mas um máximo local na coordenada ortogonal primeira, tendo a respectiva função de *payoff* um determinante Hessiano de valor negativo nesse ponto.²²

---

²² "Chama-se ponto-de-sela a um ponto de equilíbrio em um jogo de soma zero, se ele existir. Ele é a solução deste jogo, para a qual cada um dos jogadores atua na direção que entende ser a mais favorável para otimizar sua função-critério, ignorando o que o outro pretende fazer. O ponto-de sela tem a característica peculiar de que qualquer desvio em torno dele, por qualquer dos jogadores, faz com que o seu resultado piore em relação a sua função-critério". (COSTA, Eliezer A. **Matriz de Jogos Estratégicos: Novo Modelo Para Representação e Estudo de Conflito de Interesses**. 2008. Doutorado. Faculdade de Engenharia Elétrica e Computação da Universidade de

Ademais, existem vários modelos matemáticos na Teoria dos Jogos. Podemos, dessa forma, categorizá-los minimamente como:

- de soma zero, ou de soma variável, no qual o ganho de um oponente corresponde à perda do restante no primeiro caso, ao invés do que se passa no segundo caso, em que os ganhos não são diametralmente opostos. Nos jogos de competição, de soma variável, aplica-se o Equilíbrio de Nash;²³

- de informação perfeita, ou de informação imperfeita. No perfeita, o estado do Jogo (função de *pay-off*) é uma grandeza observável por qualquer interveniente no jogo: Caso do jogo de Xadrez, ou caso de uma guerra em termos militares, respectivamente. Já na imperfeita, um ou alguns *pay offs* não são vistos pelo outro jogador;

- de informação completa ou incompleta. Na informação completa, as estratégias e demais informações dos jogadores são de conhecimento de todos. Na incompleta, faltam algumas das informações;

- simétricos e assimétricos: um jogo na forma normal é simétrica se todos os agentes têm o mesmo conjunto estratégia, e a recompensa para dar andamento em uma determinada estratégia depende apenas das estratégias que estão sendo jogadas, não de quem joga.²⁴ Os assimétricos, a seu turno, dependem de uma estratégia para cada jogador;

- de competição²⁵ ou de cooperação. No jogo de competição há um enfrentamento/antagonismo entre os jogadores, como no Equilíbrio de Nash, ao

---

Campinas. pp. 34-35. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=vtls000440766>. Acesso em 17 de novembro de 2014).

²³ “Nos jogos não-cooperativos de soma variável, onde o jogador decide assumir um posicionamento estratégico competitivo, ele busca a otimização de sua função-critério. Se esta solução existir, ela será caracterizada pela situação onde nenhum dos jogadores consegue melhorar seus resultados particulares alterando unilateralmente a sua decisão. Tal conjunto de decisões é chamado de ponto de equilíbrio de Nash.” (COSTA, Eliezer A. *op. cit.* p. 33).

²⁴ CHENG, Shih-Fen et al. **Notes on Equilibria in Symmetric Games**. University of Michigan Artificial Intelligence Lab. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Paula/Documents/doutorado%20pesquisa/symetric%20games.pdf>. Acesso em 13/11/14.

²⁵ E ainda poderia se diferenciar: é dinâmico se a ordem na qual são inseridas as decisões tomadas são importantes, e não cooperativos se cada pessoa envolvida possui interesses que são particularmente conflitantes com os demais. (BASAR, Tamer; OLSDER, Geert J. **Dynamic Noncooperative Game Theory**: Second Edition. New York: Academic Press, 1998, p. 1).

contrário do jogo de cooperação, no qual as partes colaboram mutuamente para o andamento dos jogos, como no formalismo de Stackelberg²⁶⁻²⁷, ou mesmo no cooperativo resultante no ótimo de Pareto²⁸ (do tipo ganha-ganha), em que, em ambos os casos, o pressuposto de base é o da cooperação mútua;

- discretos, ou contínuos: No formalismo de Von Neumann/Nash, o jogo é constituído por uma sucessão de comandos discretos aplicados ao sistema, com o intuito de maximizar uma função de *pay off*, sendo que os jogadores escolhem a partir de um conjunto finito de estratégias puras. Já no contínuo, não há esse conjunto finito no tempo.

Por fim, entre as diferenciações, resolvemos destacar os jogos de coligação, que nada mais são que a forma pelo qual os jogadores autônomos (ou

---

²⁶ O modelo de Stackelberg pressupõe um duopólio no qual as empresas consideram fixos os níveis de produção da concorrência e decidem em qual momento irão produzir, acertando suas estratégias. Assim, as estratégias individuais não são maximizantes no sentido individual, mas no coletivo. (HE, Xiuli; PRASAD, Ashutosh; SETHI, Suresh. Cooperative Advertising and Pricing in a Dynamic Stochastic Supply Chain: Feedback Stackelberg Strategies. (BASAR, Tamer; OLSDER, Geert J. **Dynamic Noncooperative Game Theory**: Second Edition. New York: Academic Press, 1998,, Vol. 18, Nº. 1, pp. 78-94, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1069063>>. Acesso: 17 de janeiro de 2013).

²⁷ “Tomemos um jogo hierárquico simplificado entre um jogador L, chamado Líder, e um jogador S, chamado Seguidor. Suponhamos que, pela estrutura e pelas regras do jogo, o jogador Líder, o mais forte na relação, conhecendo a função-critério do Seguidor, seleciona primeiramente a sua decisão e, em seguida, o jogador Seguidor seleciona a sua decisão, conhecendo, de antemão, a decisão do Líder. O jogo assim estruturado, chamado jogo de Stackelberg, está representado nas células central superior e central inferior da MJE. Para se obter um ponto de equilíbrio de Stackelberg, é necessário que o seguidor seja racional, tomando sempre decisões ótimas dentro de suas condições de contorno. Para esta estrutura de jogo, pode-se determinar uma estratégia de Stackelberg, conforme apresentado no tópico 3.4.2. Este par de estratégias – para Líder e para Seguidor – se aplica, tipicamente, a situações de conflito de interesses entre um jogador muito forte e outro muito fraco, ambos com pressupostos concorrenciais Individualistas.”(COSTA, Eliezer A. **Matriz de Jogos Estratégicos**: Novo Modelo Para Representação e Estudo de Conflito de Interesses. 2008. Doutorado. Faculdade de Engenharia Elétrica e Computação da Universidade de Campinas,,p.35-36).

²⁸ “Nos jogos de soma variável, a cooperação entre jogadores poderá levar a resultados – para ambos os jogadores – melhores do que os que eles obteriam se tentassem otimizar sua função-critério não levando em conta, *a priori*, a decisão do outro. Com o surgimento de muitas oportunidades para parcerias, alianças, coalizões, cartéis e blocos, esses tipos de jogos estão se tornando cada vez mais relevantes. Assim, quando os jogadores decidem compartilhar informações sobre as respectivas condições e interesses, alternativas de ação e suas funções-critério, é possível que encontrem um ponto de equilíbrio chamado ‘ótimo de Pareto’, que é a melhor solução de compromisso para ambos os jogadores. Este ponto, se existir, se caracteriza pelo fato de que nenhum dos jogadores pode melhorar seu resultado sem o que, com esta ação, prejudique o resultado dos demais. São os chamados, no mundo dos negócios, de jogos “ganha-ganha”.(COSTA, Eliezer A. **Matriz de Jogos Estratégicos**: Novo Modelo Para Representação e Estudo de Conflito de Interesses. 2008. Doutorado. Faculdade de Engenharia Elétrica e Computação da Universidade de Campinas. pp.33-34).

grupos), decidem partilhar recursos e informação, em ordem a concertar uma estratégia que seja mutuamente benéfica.²⁹⁻³⁰

1.3 Aspectos relevantes da Teoria da Estratégia

A estratégia está intimamente ligada à Teoria dos Jogos, bem como seu resultado à Teoria da Decisão.

---

²⁹ Nas palavras de Osborne e Rubenstein, “a *coalitional model* is distinguished from a *noncooperative model* primarily by its focus on what groups of players can achieve rather than on what individual players can do and by the fact that it does not consider the details of how groups of players function internally. If we wish to model the possibility of coalition formation in a noncooperative game then we must specify how coalitions form and how their members choose joint actions. These details are absent from a coalitional game, so that the outcome of such a game does not depend on them. To illustrate the differences between the two modeling approaches, consider the following situation. Each of a group of individuals owns a bundle of inputs and has access to a technology for producing a valuable single output. Each individual's inputs are unproductive in his own technology but productive in some other individual's technology. A noncooperative model of this situation specifies precisely the set of actions that is available to each individual: perhaps each individual can announce a price vector at which he is willing to trade inputs, or perhaps he can propose a distribution of inputs for the whole of the society. A coalitional model, by contrast, starts from the sets of payoff vectors that each group of individuals can jointly achieve. A coalition may use contracts, threats, or promises to achieve a high level of production.” (OSBORNE, Martin J., RUBINSTEIN, Ariel. **A Course in Game Theory**. Cambridge: MIT Press, p. 255-256. Disponível em <http://bib.convdocs.org/docs/2/1142/conv_1/file1.pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2013). Em tradução livre: “um modelo de coalizão se distingue de um modelo não-cooperativo, principalmente pelo foco daquele residir no que grupos de jogadores podem alcançar e não naquilo que os jogadores individuais podem fazer e pelo fato de que ele não considera os detalhes de como grupos de jogadores podem funcionar internamente. Se queremos modelar a possibilidade de formação de coalizão em um jogo não-cooperativo, então temos de especificar como as coligações se formam e como seus membros escolhem as ações conjuntas. Esses detalhes estão ausentes de um jogo de coalizão, de modo que o resultado de um jogo destes não depende deles. Para ilustrar as diferenças entre os dois métodos de modelagem, considere a seguinte situação. Cada um de um grupo de indivíduos possui um conjunto de entradas e tem acesso a uma tecnologia para a produção de uma saída única valiosa. *Inputs* de cada indivíduo são improdutivos em sua própria tecnologia, mas produtiva na tecnologia de algum outro indivíduo. Um modelo não cooperativo desta situação especifica precisamente o conjunto de ações que estão disponíveis para cada indivíduo: talvez cada indivíduo possa anunciar um vector preço pelo qual ele está disposto a trocar insumos, ou talvez ele possa propor uma distribuição de insumos para o conjunto da sociedade. Um modelo de coalizão, pelo contrário, começa a partir dos conjuntos de vetores de recompensa que cada grupo de indivíduos pode alcançar conjuntamente. Uma coalizão pode usar contratos, ameaças ou promessas para atingir um alto nível de produção.”

³⁰ O núcleo/core é um conceito de solução para jogos de coligação que requer que nenhum conjunto de jogadores seja capaz de romper e tomar uma ação conjunta que faça melhorar a situação de todos os envolvidos. (OSBORNE, Martin J., RUBINSTEIN, Ariel. **A Course in Game Theory**. Cambridge: MIT Press, p. 257. Disponível em <http://bib.convdocs.org/docs/2/1142/conv_1/file1.pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2013).

A vantagem de cultivar a área de "estratégia", nas palavras de Thomas C. Schelling, para o desenvolvimento teórico, não é porque, de todas as abordagens possíveis, esta fica evidentemente mais próxima da verdade, mas sim porque a assunção de um determinado comportamento racional é produtivo.³¹ O estudo nos permite identificar nossos próprios processos analíticos com os dos participantes hipotéticos em um conflito e, exigindo certos tipos de consistência no comportamento dos nossos participantes, podemos examinar cursos alternativos de comportamento de acordo ou não a atender a esses padrões de consistência. A premissa de "comportamento racional"³² é potente para a produção de teoria.

E complementa Schelling:

Assim, estratégia - no sentido usado para estudo, não está preocupado com a aplicação da forma eficiente da força, mas com a exploração da força potencial. Preocupa-se não apenas com os inimigos que não gostam uns dos outros, mas com parceiros que desconfiam ou discordam uns dos outros. Preocupa-se não apenas com a divisão de ganhos e perdas entre dois pretendentes, mas com a possibilidade de que determinados resultados são piores (ou melhores) para ambos os requerentes do que alguns outros resultados. Na terminologia da teoria dos jogos, os conflitos internacionais mais interessantes não são "jogos de soma constante", mas "jogos de soma variável": a soma dos ganhos dos participantes envolvidos não é fixo, para que mais de um signifique inexoravelmente menos para o outro. Há um interesse comum em

³¹ Simon, a seu turno, rebate a racionalidade estrita do homem. Nas suas palavras: "*One of the striking features of the theory of the rational economic man is that all of the alternatives among which he chooses are given at the outset. He lives in a static (imaginary) world that presents a fixed repertory of goods, processes, and actions of every sort. This classical view of rationality provides no explanation of where alternative courses of action originate; it simply presents them as a free gift to the decision makers*". (SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior: A Study of Decision Making Processes in Administrative Organizations**. 4ª ed. New York: Free Press, 1997, p. 126). Em tradução livre: Uma das características marcantes da teoria do homem econômico racional é que todas as alternativas entre as quais ele escolhe são dadas no início. Ele mora em um estático mundo (imaginário) que apresenta um fixo repertório de bens, processos e ações de toda espécie. Esta visão clássica da racionalidade não fornece nenhuma explicação de onde a alternativa aos cursos das ações são originários; simplesmente apresentam como um dom gratuito para os tomadores de decisão".

³² Não desdobramos, aqui, a questão da racionalidade pura administrativa. Pressupomos nesse trabalho, um misto da racionalidade expressa em Schelling, a racionalidade limitada de Simon, como também a questão da intuição como relevante aspecto dessa razão. Nas palavras de Simon, há sempre incomensurabilidades que não poderão ser totalmente conhecidas: "*(1) cases of uncertainty, where, for each alternative, a bad outcome under one contingency must be balanced against a good outcome under another, (2) cases of multiperson choice, where one person's gain is another's loss; and (3) cases where each choice involves gain along one dimension of value and loss along another very different one*". (SIMON, Herbert A. Satisficing. In EATWELL, J. et al. (editors). **The New Palgrave**. London: Macmillan, 1987, p 297.) Em tradução livre: "1) casos de incerteza, onde, para cada alternativa, um mau resultado sob uma contingência deve ser equilibrado com um bom resultado ao abrigo de outro, (2) casos de escolha com várias pessoas, onde o ganho de uma pessoa é a perda de outro; e (3) casos em que cada escolha envolve ganho ao longo de uma dimensão de valor e perdas ao longo de outra muito diferente."

alcançar os resultados que são mutuamente vantajosos. Para estudar a estratégia de conflito necessário considerar que as situações mais conflituosas são, essencialmente, situações de negociação.³³

De maneira bem ampla, entendemos que a estratégia de um jogador é o modo pelo qual ele promove suas ações, mediante escolhas racionais, durante o jogo, de acordo com o conjunto de informações que ele possui.

Mas, de fato, estratégia, tem sentido polissêmico. Como muito bem acentua Henry Mitzberg, a estratégia poder ter várias conotações: pretexto, padrão, posição ou perspectiva.³⁴

Como pretexto, a estratégia induziria à competição direta,³⁵ na qual ameaças, estratagemas e outras manobras seriam utilizadas para obter vantagem. O processo de formação de estratégia tornaria o ambiente mais dinâmico, em que um movimento geraria um outro em sentido contrário, e assim por diante.

---

³³ *The advantage of cultivating the area of "strategy" for theoretical development is not that, of all possible approaches, it is the one that evidently stays closest to the truth, but that the assumption of rational behavior is a productive one. It gives a grip on the subject that peculiarly conducive to the development of theory. It permits us to identify our own analytical processes with those of the hypothetical participants in a conflict; and by demanding certain kinds of consistency in the behavior of our hypothetical participants, we can examine alternative courses of behavior according to whether or not they meet those standards of consistency. The premise of "rational behavior" is, a potent one for the production of theory. Whether the resulting theory provides good or poor insight into actual behavior is, I repeat, a matter for subsequent judgment. Thus strategy – in the sense in which I am using it here – is not concerned with the efficient application of force but with the action of potential force. It is concerned not just with enemies who dislike each other but with partners who distrust or disagree with each other. It is concerned not just with the division of gains and losses between two claimants but with the possibility that particular outcomes are worse (better) for both claimants than certain other outcomes. In the terminology of game theory, most interesting international conflicts are not "constant-sum games" but "variable-sum games": the sum of the gains of the participants involved is not fixed so that more for one inexorably means less for the other. There is a common interest in reaching outcomes that are mutually advantageous. To study the strategy of conflict is to take the view that most conflict situations are essentially bargaining situations.* (SCHELLING, Thomas C. **The Strategic of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 4).

³⁴ A definição de Ansoff, sobre estratégia é interessante. Diz ele, na sua matriz de crescimento, que as estratégias são expressões operacionais de políticas no sentido de que, dentro de um sistema de administração, elas definem critérios operacionais sobre os quais os programas estratégicos são concebidos, relacionados e implantados. (ANSOFF, H. Igor. **Do Planejamento Estratégico à Administração Estratégica**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 45).

³⁵ E, nesse sentido, a posição adotada por Tavares, que mostra que o ambiente competitivo é ponto focal para a formulação e a implementação de estratégias. Estratégia refere-se a como superar concorrentes, antecipando melhor e mais rapidamente as mudanças de maneira a atrair, ganhar e manter consumidores, por isso as organizações devem permanecer atentas às mudanças. (TAVARES, Mauro C. **Gestão Estratégica**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 282).

Como padrão, a estratégia se concentraria no binômio ação x comportamento. Dessa forma, seria necessária a noção de convergência para a obtenção de consistência no comportamento alvo.

Como posição, a estratégia nos colocaria dentro dos ambientes competitivos das organizações, ou seja, a forma pela qual elas encontram suas posições e se protegem para enfrentar a concorrência, evitá-la ou subvertê-la.

E ainda, como perspectiva, a estratégia imporiam questões sobre a intenção e comportamento em um contexto coletivo. Nas suas palavras:

Se definirmos organização como ação coletiva tentando cumprir uma missão comum (uma forma especial de dizer que um grupo de pessoas sob um rótulo comum - seja na General Motors ou em uma loja Luigi's Body Shop - de alguma forma consegue colaborar na produção de produtos e serviços específicos), então a estratégia como perspectiva levanta a questão de como as intenções se difundem por meio de um grupo de pessoas para se tornarem compartilhadas como normas e valores, e como padrões de comportamento se torna profundamente arraigados no grupo.³⁶

Ainda nesse sentido polissêmico, poderíamos adotar os vários sentidos que a palavra estratégia nos proporciona, com o fito de gerarmos um grupo de ideias intercorrelacionadas. Seria a estratégia em seus múltiplos sentidos, convergindo para uma decisão.

Edson Ricardo Barbero, em sua tese de doutorado, fez um importante estudo correlacional entre todas as informações que influenciam na formação da estratégia e, posteriormente, na tomada de decisão. Para ele, é indissociável o meio, em todas as suas conformações,³⁷ na estrutura da

---

³⁶ MINTZBERG, Henry et al. **O Processo da Estratégia: Conceitos, Contextos e Casos Seleccionados**. Porto Alegre: Artmed, 2007, pp. 24-29.

³⁷ Nesse mesmo sentido: "Assim, num trabalho contingencial, de surpresas constantes em função de um ambiente de mudanças rápidas, a ideia de um processo racional de decisão, com domínio de fases sequenciais, parece cada vez mais distante da realidade do executivo. Na verdade, o dirigente toma decisões através de um processo intuitivo, em grande parte inconsciente, baseado, porém, na reflexão constante, no hábito e na experiência adquirida, não só no trato de dados objetivos como também na percepção de oportunidades temporais e políticas. O processo intuitivo incorpora um número maior de variáveis, já que fatores emocionais, políticos, de oportunidade e de sensibilidade permeiam todo o processo decisório, desde as etapas iniciais, reduzindo as visões racional-analíticas da decisão. Por isso, o juízo intuitivo do dirigente, baseado no conhecimento e na experiência do contexto, pode levar a melhores decisões do que a ênfase nas

estratégia: o ambiente em que elas se formam, a oportunidade política, as expectativas de crescimento, os padrões realizados no passado, a racionalidade inter-relacionada com intuição e a necessidade de deliberação.

A figura abaixo resume a interação entre elas.

Figura 1 – Dimensões para formação da estratégia

Fonte: BARBERO, Ricardo. **Formação de Estratégias: Uma Contribuição Através de Um Modelo Multidimensional**. 2008

Nas palavras de Barbero,

A figura demonstra que a formação de estratégias não deve ser vista apenas como um contínuo entre deliberação e emergência. Tal

---

técnicas racionais de otimização. Embora as técnicas racionais possam prever melhor erros e riscos, pode-se considerar, conforme Mintzberg, que as técnicas analíticas de decisão, após serem recebidas com entusiasmo, são expulsas pelas portas dos fundos das empresas.” (MOTTA, P. R. Razão e Intuição: Recuperando o Ilógico na Teoria da Decisão Gerencial. **Revista de Administração Pública**, v. 22, n. 3, p. 77-94, 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/9403/8467>>. Acesso em 15 de novembro de 2013).

dimensão, embora de elevada importância, deve ser combinada com as outras quatro para que se compreenda mais perfeitamente o fenômeno da origem das estratégias.³⁸

Por outro lado, é a postura do jogador que determinará a estratégia. Muito bem exposto por Costa e Bottura, três são as possibilidades plausíveis do jogador, que seriam mutuamente exclusivas:

- (1) Se for possível, quero destruir o meu concorrente; se não for possível, quero enfraquecê-lo ao máximo, de forma que ele não me ofereça qualquer ameaça no futuro.
- (2) Meu concorrente existe e está aí, mas há oportunidades para todos; embora eu reconheça que haverá sempre conflito de interesses entre nós, vou agir de forma a conquistar e manter meu espaço vital para sobreviver e crescer.
- (3) Eu preciso sobreviver, mas meu concorrente também precisa; assim, deve ser possível encontrar alguma maneira coordenada de agir, de forma a que se possa achar uma solução conciliatória que seja a melhor para o todo.

A questão acima aventada geraria a seguinte representação em solução econômica/teoria dos jogos:

---

³⁸ BARBERO, Ricardo. **Formação de Estratégias:** Uma Contribuição Através de Um Modelo Multidimensional. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2008, 248 p. Disponível em: <<https://www.google.com/url?q=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-08102014-171811/pt-br.php&sa=U&ei=sF72VMO2NYOyggSQu4OoDg&ved=0CAYQFjAA&client=internal-uds-cse&usg=AFQjCNG18cynmWBmurFebIniK93Mv2qMTw>> . Acesso em 24 de fevereiro de 2015.

Figura 2 – Posturas dos Jogadores

Pressupostos para postura dos jogadores	Rival	Individualista	Associativo
Situações Típicas	Concorrência predatória	Concorrência leal	Alianças, consórcios e parcerias
Resultados desejados	Eliminar ou reduzir os concorrentes	Vencer e sobreviver	O melhor possível para o todo
Pressupostos éticos	Vale tudo para sobreviver	Vencer, sim, mas com dignidade	Estamos todos no mesmo barco
Frases-lema típicas	Todos são contra mim!	Cada qual para si, e que vença o melhor	Um por todos e todos por um

Fonte: COSTA, Eliezer A.; BOTTURA, Celso P. A.³⁹

A diferenciação na postura do jogador/contratante/empresário é que determinará, na realização da sua empresa, a tomada das estratégias apropriadas, de forma a obter o melhor resultado. Isso, inclusive, norteará os contratos que ele estiver disposto a realizar para atingir o objeto social, maximizando seus lucros.

Portanto, estratégia, para este trabalho, envolve um grupo de ações racionais e intuitivas, de forma multidimensional,⁴⁰ entendidas em seu contexto de análise de todas as possibilidades, para a tomada de decisão.⁴¹

³⁹ COSTA, Eliezer A.; BOTTURA, Celso P. A. Matriz de Jogos Estratégicos Como Uma Nova Ferramenta Para Gestão Estratégica Via Teoria dos Jogos. **Sistemas & Gestão**, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 17-40, 2006. <Disponível em <file:///C:/Users/Ana%20Paula/Documents/doutorado%20pesquisa/problema%20de%20controle.pdf>

>Acesso: 14 de novembro de 2014

⁴⁰ “Vários comportamentos cotidianos são pautados por princípios morais, de forma que não seria de se estranhar que eles acabem se comportando como fatores inclusivos no processo de tomada de decisão, mesmo quando os agentes das escolhas estejam preocupados com seus próprios interesses caminham para conformar suas posturas às regras.” (MONTEIRO, Claudia Sevilha. **A decisão Racional na Teoria dos Jogos**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf . Acesso em 07 de janeiro de 2015, p. 301).

1.4 As origens do Contrato de Aliança

Até a década de 1990, mesmo com todo o arcabouço teórico desenvolvido na teoria dos jogos, inclusive na economia e administração, os contratos empresariais de grande porte, em geral, ainda que plurilaterais, envolviam a dualidade na sua formação, sendo bem definido entre os contratantes a atividade a ser desenvolvida, ou o bem a ser entregue, por uma das partes e o custo ou preço por outra⁴². Diríamos que o mercado era altamente competitivo e, na linguagem dos jogos, o fornecimento de mercadoria ou os ajustes comerciais estavam centrados nos jogos de soma zero.

Contudo, no início da década de 1990, uma situação fática mudou o rumo dos grandes contratos de parceria. A inglesa British Petroleum (BP), há muito no mercado de extração de petróleo, com tecnologia avançada, via amargar a baixa produtividade de um de seus campos, o Andrew, no Mar do Norte.⁴³

Ademais, as reservas conhecidas de petróleo no Mar do Norte tornaram-se economicamente inviáveis para serem exploradas, devido ao seu menor tamanho e, ao mesmo tempo, a concorrência começou a aparecer a partir

---

⁴¹ *"Take decision making. We do not achieve our goals best if we neglect some of them as we are evaluating the "possibilities" (...) Likewise, we do not achieve our goals best if we neglect possibilities that might achieve them better than one we adopt. (...) Good thinking requires a thorough search for possibilities – other things being equal."* (BARON, Jonatham. **Thinking and Deciding**. 4ª ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 61-62). Em tradução livre: "Tome decisões. Nós não atingiremos nossas melhores metas se não atentarmos para alguns delas, avaliando as "possibilidades" (...) Da mesma forma, nós não atingiremos nossas melhores metas se não atentarmos para as possibilidades que poderiam ser melhores para alcançá-las do que aquelas que adotamos. (...) Pensar bem requer uma busca minuciosa para possibilidades - outras coisas são equivalentes".

⁴² Não por menos, em 1998 o Mercado Americano afirmava que os principais sistemas de realização de empreendimentos em construção era o controle de risco, o design/build and design/bid/built. "Construction management at risk, design/build and design/bid/built are three principal project delivery systems used in United States today" KONCHAR, Mark; SANVIDO, Victor. **Comparison of US project delivery systems**. Journal of construction engineering and management, v. 124, n. 6, p. 435-444, 1998. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.1061/\(ASCE\)0733-9364\(1998\)124:6\(435\)](http://dx.doi.org/10.1061/(ASCE)0733-9364(1998)124:6(435))> Acesso: 24 de março de 2013

⁴³ *"Despite a 20-year span of reservoir appraisal and investigations of numerous development options, BP Andrew remained a marginal field. BP's evaluations led it to believe that technology alone would not produce an economic solution for Andrew."* (AKSHI, Ash. **Alliances & Partnerships. Alliance Changes Economics of Andrew Field Development**. Offshore Magazine. Disponível em: <<http://www.offshore-mag.com/articles/print/volume-55/issue-1/news/general-interest/alliances-partnerships-alliance-changes-economics-of-andrew-field-development.html>>. Acesso em 17 de março de 2014). Em tradução livre: "Apesar de um período de 20 anos de avaliação do reservatório e investigações sobre inúmeras opções de desenvolvimento, Andrew permaneceu um campo marginal. Avaliações da BP levaram a crer que a tecnologia por si só não produziria uma solução econômica para o Andrew".

de outros locais de perfuração atraentes em todo o mundo. Tornou-se evidente para a BP que a única maneira de tocar de forma lucrativa essas reservas era reduzir, de alguma forma, os altos custos de desenvolvimento do projeto.

A primeira tentativa da BP, envolvida na abordagem tradicional de solução econômica, foi tentar a realização de um projeto mais barato através do uso de tecnologia de ponta. Embora resultasse num importante incremento tecnológico, essa estratégia obteve reduções que não foram significativas.

Foi neste momento que a empresa fez o que se determina como diagnóstico estratégico.⁴⁴ Observou que precisaria mudar a ação. E não só ela. O jogo também. Passar do modelo competitivo, para o cooperativo com seus fornecedores.

Para tanto, desenvolveu um mecanismo de contratos, baseados em alianças com seus fornecedores, no qual todos ganhariam se o empreendimento lucrasse, ou perderiam se o conjunto de esforços não fosse suficientemente bem realizado.

Para o Andrew, a estratégia de contratação foi concebida desde a fase do projeto em 1993. A BP tinha o seguinte desafio: maximizar a produtividade do campo para um custo mínimo por meio de entrega de alta produtividade; baixo custo e poços de baixo risco o mais cedo possível. Para conseguir isso, o plano elaborado foi um sistema de alianças em engenharia integrado que incorporasse todas as habilidades necessárias para perfurar, construir e manter os poços.

A BP, então, elaborou um sofisticado plano. A seleção do contratante foi realizada em três etapas. Primeiro, identificou os principais objetivos do negócio como: maximizar a produtividade do poço a partir do principal reservatório Paleoceno, acelerando a produção de óleo, maximizando valor a partir do reservatório do Cretáceo inferior subjacente, minimizando, assim, os custos. Segundo, verificou os principais fatores de sucesso de implementação,

---

⁴⁴ “O diagnóstico estratégico consiste em conhecer os efeitos e suas respectivas causas, situados interna ou externamente ao seu negócio e ao dos seus concorrentes, visando estabelecer uma forma de agir, tendo em vista as implicações num futuro, o mais distante possível.” (HARTMANN, Luiz F. **Planejamento Estratégico**. Lajeado: Grafoem, 1999, p. 154).

tais como: escolha dos contratantes corretos, levando-os ao projeto cedo o suficiente para terem um impacto, e mantendo-os, através de prestação de contas do campo; adoção de uma abordagem de equipe/aliança integrada; e garantindo o alinhamento dos objetivos de negócio ativos com os empreiteiros e com o uso de um único mecanismo de alinhamento focado em termos de custo e produtividade dos poços. Terceiro, a seleção dos empreiteiros realizada com base na capacidade de cumprir os objetivos de negócios por meio de um processo de seleção interativo focado no alinhamento comportamental, à capacidade técnica e de custo.⁴⁵

Dessa forma, ao invés do método da escolha do parceiro de menor custo, cuja lógica estava arraigada em um jogo de competição, a BP selecionou seu parceiro por outros motivos, entre eles, a capacidade de alinhar-se ao novo método cooperativo.

Ademais, a abordagem contratual para o Andrew foi projetada para longo prazo, visando alinhar, de forma eficaz, os objetivos de negócios entre fornecedores e operador, gerando, assim, um verdadeiro Alliance.

Os membros da então chamada Well Engineering Alliance foram: BP (operador), Schlumberger IPM (Gestão e Aquisição de Dados), Baker Hughes INTEQ (Perfuração de Serviços Integrados), Transocean (Rig Mobile) e Santa Fe (Plataforma rig).

As cláusulas contratuais foram definidas em dois documentos: a "empreitada" e o "acordo de aliança."

O contrato de empreitada entre a BP e cada um dos membros da Aliança, cobriu todos os termos padronizados contratuais e legais⁴⁶. Dentro dele, os custos foram repartidos pelas componentes: custo direto, lucros e despesas gerais. Com base em um orçamento acordado desenvolvido pela equipe, logo após o início da fase de pré-planejamento, o lucro e despesas gerais foram pagos

---

⁴⁵ GOMERSALL, S. D. et al. Andrew Well-Engineering Alliance: A New Industry Model. **Society of Petroleum Engineers**. (1999, June 1). Disponível em: <<https://www.onepetro.org/journal-paper/SPE-56872-PA>>. Acesso em 27 de abril de 2011.

⁴⁶ Seriam contratos semelhantes aos contratos de *engineering* que analisaremos em item 2.3 desse trabalho

em uma base fixa. Os custos diretos foram posteriormente pagos à medida que foram incorridos para um nível maior ou menor das despesas efetivadas em relação ao orçamento de acordo.

Este arranjo contratual previu um incentivo direto às partes da Aliança para reduzir os custos diretos, sem medo de reduzir os níveis gerais de lucro, ou seja, tornar-se lucrativos, mesmo com a diminuição de receitas. Ao reduzir os custos diretos no âmbito do projeto, a rentabilidade das empresas, na verdade, aumentou com o lucro que era um componente fixo. Além disso, o incentivo também existia para reduzir os custos, assim, aumentando ainda mais o lucro.

O segundo documento "contratual" foi o acordo de aliança, que foi comum a todos os membros da Aliança. Este documento definiu a forma como a Aliança operaria incluindo acordos de risco e recompensa dentro do projeto. O acordo foi estruturado em padrões mínimos de desempenho-chave que, se cumpridos, garantiria o acesso para partilha da poupança realizada e o pagamento de um multiplicador de lucro relacionado com a boa produtividade do poço.⁴⁷

Andrew, o Campo objeto do acordo, se transformou num sucesso. O projeto, antes orçado em £450 milhões, teve uma redução, graças à parceria, para £290 milhões, e a entrega antecipada em três meses.⁴⁸

⁴⁷ GOMERSALL, S. D. et al. Andrew Well-Engineering Alliance: A New Industry Model. **Society of Petroleum Engineers**. (1999, June 1). Disponível em: <<https://www.onepetro.org/journal-paper/SPE-56872-PA>>. Acesso em 27/04/2011.

⁴⁸ *"The incredible results of the Andrew field project clearly illustrate the resounding success of BP's new relational contracting tool-- Project Alliancing. Before instituting these new innovative contracting methods and after many attempts to reengineer the project using the latest technology, estimates for the Andrew field project originally stood at £450 million-- well above the necessary development cost to achieve profitability. In order to send a clear message and show prospective contractors BP's sincere desire to change the way it did business, BP initially set an astonishing target estimate of £270 million as part of the Project Alliance bid documents. After a rigorous contractor selection process and six months of intense collaboration with the partners, the project team agreed to a target cost of £373 million; almost £80 million lower than the previous low estimate! Then, due to unprecedented dedication to teamwork and growing trust, within 3 months after the project commenced the alliance had already revised this estimate down to £320 million and the team felt the project could be finished three months earlier than originally scheduled. Ultimately, the final cost ended up at, amazingly, just under £290 million and the project began producing oil 6 months before originally scheduled! John Martin, BP Project Manager, explained, "To achieve this degree of cost reduction and produce oil six months ahead of schedule was never in my wildest dreams at the time". (SAKAL, Matthew W. Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects. **Lean Construction Journal** 2005, Vol 2, pp. 67-79, April 2005. Disponível em: <http://www.leanconstruction.org/media/docs/lcj/LCJ_05_005.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2010).* Em tradução livre: Os resultados incríveis do projeto de campo Andrew ilustram

Após o sucesso, o Contrato de Aliança serviu de modelo para vários outros contratos de grandes obras de engenharia.

Vários países adotaram esse modelo de construção contratual, inclusive para fins de contratos com o poder público, sendo a Austrália um dos países que mais se beneficia desse modelo contratual.

Aqui, no Brasil, o sistema é utilizado em grandes empreendimentos, sendo certo que a Petrobrás, através do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, autoriza sua fórmula como contratação válida.

---

claramente o retumbante sucesso do novo contrato relacional da BP tool - Projeto Alliancing. Antes de instituir estes novos métodos de contratação inovadores e depois de muitas tentativas para reestruturar o projeto usando a mais recente tecnologia, as estimativas para o projeto de campo Andrew originalmente situou-se em £ 450 milhões - bem acima do custo de desenvolvimento necessário para atingir rentabilidade. Para enviar uma mensagem clara e mostrar aos futuros empreiteiros o desejo sincero de mudar a maneira de fazer negócios, a BP inicialmente definiu uma estimativa surpreendente de £ 270.000.000, como parte dos documentos de licitação do Projeto da Aliança. Depois de um rigoroso processo de seleção do empreiteiro e seis meses de intensa colaboração com os parceiros, a equipe do projeto concordou com um custo-alvo de £ 373.000.000; quase £ 80.000.000 inferior! Então, devido a dedicação sem precedentes para o trabalho em equipe e crescente confiança, no prazo de 3 meses após o início do projeto a aliança já teve revista essa estimativa para baixo a £ 320.000.000 e a equipe sentiu que o projeto poderia ser acabado, três meses antes do originalmente programado. Em última análise, o custo final terminou, surpreendentemente, pouco menos de £ 290.000.000 e o projeto começou a produzir petróleo 6 meses antes do originalmente programado! John Martin, BP Project Manager, explicou: "Atingir esse grau de redução de custos e produzir petróleo seis meses antes do previsto era algo nunca previsto em meus sonhos mais loucos."

2 ASPECTOS DO CONTRATO DE ALIANÇA

O *Project Alliancing*, ou Contrato de Aliança, foi devidamente alicerçado no que chamamos de Sistema de *Common Law*⁴⁹ e de *Law and Economics*.⁵⁰

⁴⁹ “A *common law* foi elaborada, originariamente, sobre a razão, dissimulada sob a ficção do costume geral imemorial do reino. Na medida em que regras mais precisas não foram estabelecidas, de modo a dar mais certeza às relações sociais, a razão continua a ser a fonte inesgotável à qual os tribunais recorrerão, tanto para preencher as lacunas do sistema de direito inglês como para guiar a evolução deste sistema. Neste aspecto, o princípio não é diferente na Inglaterra e nos países do sistema românico; no entanto, uma diferença deve ser notada. Nos países de direito escrito em que o direito se apresenta principalmente sob a forma de um direito legislativo, as regras de direito são formuladas com uma tal generalidade que o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro das fórmulas legais, sob forma de aplicação e interpretação destas regras; a existência de lacunas na legislação dificilmente é reconhecida; mais que completar a ordem jurídica, a razão desempenha uma função na *interpretação da lei*. Num sistema jurisprudencial, como é o direito inglês, a situação apresenta-se muito diferente. O aspecto casuístico que reveste o direito deixa subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e a razão é francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher estas lacunas. A uma técnica de interpretação do direito substituiu-se uma técnica de distinções, visando estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, em vez de aplicar uma regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *common law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas; estas novas regras baseiam-se na razão.” (DAVID, Renè. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 439-440).

⁵⁰ Análise Econômica do Direito. “*Law and economics*,” also known as the economic analysis of law, differs from other forms of legal analysis in two main ways. First, the theoretical analysis focuses on **EFFICIENCY**. In simple terms, a legal situation is said to be efficient if a right is given to the party who would be willing to pay the most for it. There are two distinct theories of legal efficiency, and law and economics scholars support arguments based on both. The positive theory of legal efficiency states that the common law (judge-made law, the main body of law in England and its former colonies, including the United States) is efficient, while the normative theory is that the law should be efficient. It is important that the two theories remain separate. Most economists accept both. Law and economics stresses that markets are more efficient than courts. When possible, the legal system, according to the positive theory, will force a transaction into the market. When this is impossible, the legal system attempts to “mimic a market” and guess at what the parties would have desired if markets had been feasible.” (RUBIN, Paul H. *Law and Economics*. In **The Concise Encyclopedia of Economics**. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html>> . Acesso em 13 de abril de 2012). Em tradução livre: *Direito e Economia*, também conhecida como a análise econômica do direito, difere de outras formas de análise jurídica de duas maneiras principais. Em primeiro lugar, a análise teórica centra-se na eficiência. Em termos simples, uma situação jurídica é dita ser eficiente se um direito é dado à parte que estaria disposta a pagar mais por isso. Há duas teorias distintas de eficiência coletiva e estudiosos de direito e economia suportam argumentos baseados em ambos. A teoria positiva de que a eficiência legal afirma que a *common law* (lei feita pelo juiz, o corpo principal da lei na Inglaterra e suas ex-colônias, incluindo os Estados Unidos) é eficiente, enquanto a teoria normativa é que a lei deve ser eficiente. É importante que as duas teorias permaneçam separadas. A maioria dos economistas aceita ambas. *Direito e economia* salienta que os mercados são mais eficientes do que os tribunais. Sempre que possível, o sistema legal,

Muito mais do que isso, apoia-se num conjunto de ideias que permearam o final do século XX. Ideias como estratégia, plano, cooperação, resultado e sistema. Nas palavras de Costa e Bottura, alicerçadas no lema: “Um por todos e todos por um”.

E por que essa diferenciação se faria tão importante? Principalmente, para alinharmos as regras jurídicas corretas desse contrato.

Muito mais do que um contrato de grandes obras, este é um modelo que poderá servir de base para estruturação de outros contratos, inclusive relativamente a obras menores. Quiçá, de pequenas e médias empreitadas. Mas não só. De certa forma, a ideia não precisa ficar restrita às áreas da construção civil. Entendendo os mecanismos, sua estrutura pode ser usada em outros projetos como em desenvolvimento tecnológico em várias áreas. Ou como método de sobrevivência num modelo econômico tão competitivo e universalizado como o atual.

Contudo, quando reportado para o sistema jurídico brasileiro, e suas formalidades, a estrutura do contrato de aliança provoca um certo estranhamento quanto à sua base, que deve ser superado com a análise através da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, do uso da Teoria dos Jogos, inclusive a estratégia.

Como muito bem salientou Vera Helena de Mello Franco, ainda que haja a unificação do sistema contratual através do Código Civil de 2002, o conjunto de regras e formação estrutural inerente ao direito empresarial deve ser observado. Nas suas palavras:

A especialidade do direito empresarial, portanto, decorre do elemento técnico, consubstanciado na operação econômica que é o substrato dos contratos empresariais, aliada à intermediação, transformação e criação para o mercado - isso, usualmente, mediante produção em massa. Mal não faz lembrar, outrossim que até a noção de propriedade, no direito comercial, tem conotação diferente, posto não se confundir propriedade estática (de fruição) com a propriedade dinâmica dos bens de produção.

Esta particularidade da técnica econômica, peculiar aos atos e contratos decorrentes da atividade empresarial, é o que justifica,

---

de acordo com a teoria positiva, irá forçar uma transação no mercado. Quando isso não for possível, o sistema jurídico tenta "imitar um mercado" e adivinhar o que as partes teriam desejado se o mercado estivesse acessível.

independentemente da unificação formal, a existência dos contratos empresariais como uma realidade com características próprias que autorizam se distingam seus contratos daqueles civis. E esta realidade, representada pela particular técnica econômica que é substrato dos contratos comerciais (atualmente empresariais), mantém-se incólume, independentemente do advento do CC/ 2002.⁵¹

Passaremos, então, a um desdobramento do contrato, situando-o nas suas diversas facetas.

2.1 Contratos atípicos e contratos de aliança

O contrato, entendido como o conjunto de atividades negociais que envolve o patrimônio, remonta desde as primeiras celebrações rústicas com valor patrimonial.

Práticos, os romanos enquadravam na condição de contratos os acordos de vontade que se destinavam a criar relações jurídicas obrigacionais. Com o tempo, alargou-se o círculo de acordos de vontades a que a ordem jurídica concedia a eficácia de gerar obrigações.⁵²

Se no primeiro momento do direito clássico romano, apenas alguns tipos de contratos estavam cobertos por uma ação, os *contractus*,⁵³ os chamados contratos “inominados”, que eram aqueles que não eram reconhecidos como figuras singulares e portanto atípicos, somente com a evolução pretoriana foram recepcionados, sendo certo que no direito Justinianeu havia três ações que lhes asseguravam a efetividade da obrigação: a *actio praescriptis verbis* (para a execução do contrato), a *condictio ob rem dati* (ou *condictio causa data, causa non secuta* – para a revisão contratual), e a *condictio propter poenitentiam* (ou *condictio ex poenitentia* – quando havia arrependimento antes da contraprestação e rescisão contratual).⁵⁴

⁵¹ FRANCO, Vera H. De M. **Contratos. Direito Civil e Empresarial**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 26.

⁵² ALVES, José C. M. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p.137. vol II.

⁵³ Idem, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁴ ALVES, José C. M. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 235 – 237, vol II

Contrato atípico, de outra forma, não é sinônimo de contrato inominado. Como explica Piraiano Leto, esta confusão é comum, contudo equivocada. Nas suas palavras,

A lei adota o duplo binário de contratos: típicos se equipados com regras especiais e inominados se estranhos aos tipos juridicamente válidos e sujeitos às regras gerais dos contratos. É difundida a tendência, na doutrina e na jurisprudência, para identificar a <tipicidade> com a << inominação>>, entendendo por contratos inominados ou atípicos aqueles contratos que lhes faltam uma disciplina legislativa e que possuem uma causa nova e diferente, em comparação com os abrangidos pela lei.^{55 56}

Fazendo a devida desambiguação, ressalta o Professor Álvaro Vilaça que

Os contratos típicos recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, e apresentam-se com um nome, ao passo que os atípicos, embora possam ter um nome, carecem de disciplina particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito.⁵⁷

E acrescenta o jurista português Pedro Paes de Vasconcelos que a

⁵⁵ “*la legge adotta il doppio binario dei contratti: tipici se muniti di regole speciali e innominati se estranei ai tipi legalmente validi ed assoggettati alle sole norme generali sui contratti. È diffusa la tendenza, in dottrina e nella giurisprudenza, ad identificare l'`atipicità` con la `innominatezza`, intendendo per contratti innominati o atipici quei contratti che mancano di una disciplina legislativa e che possiedono una causa nuova e diversa, rispetto a quelli disciplinati dalla legge*”. (LETO, Angelo P. **Contratti Atipici e Innominati**. Torino: Editrice Torinese, 1974, p. 67)

⁵⁶ Da mesma forma reforça Sergio Maiorca: “*i primi sono direttamente previsti e disciplinati dalla legge (cioé “appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare”: art. 1322), e per ciò stesso hanno causa e contenuto leciti: quelli atipici invece, sono ammesì come libera manifestazione della “autonomia contrattuale”, alla duplice condizione che siamo diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela giuridica (“giusta causa”), e che abbiano un contenuto lecito (art. 1322)*”. (MAIORCA, Sergio. **Il Contratto**. Torino: G. Giappichelli – Editore- Torino, 1981, p. 48.) Em tradução livre: Os primeiros são diretamente previstos e regidos pela lei (isto é pertencem aos tipos com uma disciplina particular”: Art. 1322), e eles possuem causa e conteúdo legal: os atípicos, em vez disso, são admitidos como demonstração da “autonomia contratual”, com duas condições: a de dar a proteção judicial a interesses que merecem (“justa causa”) e ter um conteúdo lícito (art. 1322).

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

Atipicidade dos contratos pode ser referida aos tipos contratuais legais ou simplesmente aos tipos contratuais sem restrição aos legais. A diferença é importante. No primeiro caso, são atípicos os contratos que não contem na lei um modelo regulativo típico; no segundo, são atípicos aqueles que não tem um modelo regulativo típico, nem na lei, nem na prática. Quando se fala de contratos atípicos quase nunca se distingue e quase sempre se está, na verdade, a falar de contratos legalmente atípicos. No entanto, há muitos tipos contratuais que estão consagrados na prática e não na lei. Não são poucos os casos de contratos legalmente atípicos, que são socialmente típicos.⁵⁸

Como nos ensina Rodolfo Sacco, a análise de tipicidade contratual começa pela cláusula aventada e pelas consequências jurídicas queridas pelas partes. Este conjunto que permeará a tipicidade ou não contratual.⁵⁹⁻⁶⁰

O contrato atípico, desta forma, seria aquele que, não estando regulado especialmente pela lei, através de um arquétipo legislativo, é regido pelas normas gerais e princípios do ordenamento jurídico, possuindo ou não um nome específico. A existência de um nome previsto na lei, não significa a sua regulamentação, apenas a nominação. Um exemplo disto é o contrato para o uso de espaços em *shopping centers*, nominado como “locação” pela Lei 8245/91, em que esta imputa-lhes algumas regras (como a do artigo 52, parágrafo segundo e a do artigo 54). Contudo, a sua atipicidade continua, pois cada um desses contratos possuem suas particularidades inerentes.

⁵⁸ VASCONCELOS, Pedro P. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 207

⁵⁹ Diz ele que “*un primo espediente, preliminare alla tipizzazione dei contratti, consiste nella tipizzazione delle clausole, nella creazione – cioè – di corrispondenze fisse tra voluto e conseguenze ulteriori (effetti naturali della clausola, ossia effetti riconnessi da una norma dispositiva alla dichiarazione)*”. (SACCO, Rodolfo et alli. **Il Contratto**. 3ª ed. Torino: Editrice Torinese, 2004, p. 445.) Em tradução livre: “um primeiro espediente, antes da tipificação de contratos, é a tipificação das cláusulas, na criação - isto é - de correspondências fixas entre a vontade e a consequência posterior (os efeitos naturais da cláusula, ou seja, efeitos reconhecidos de uma norma dispositiva à declaração).

⁶⁰ Faz a seguinte observação, Maria Constanza: “*Parlare di contratti tipizzati e non tipizzati (o atipizzati) per indicare rispettivamente le fattispecie contrattuali che, per motivi di interesse storico, pratico, sociale, etc., sono oggetto di una disciplina codificata, e quelle che invece sono rimaste fuori dalla previsione legislativa. In questo modo si eviterebbe anche la distinzione che una parte della dottrina (19) pone fra contratti nominati e tipici a seconda che la legge, anche diversa dalle norme codificate, contempli una certa figura contrattuale qualificandola solo nominalmente oppure ne indichi anche la disciplina.*” (CONSTANZA, Maria. **Il Contratto Atipico**. Milano: Giuffré, 1981, p. 8.) Em tradução livre: Falando de contratos tipificados e não tipificados (ou atípicos) para designar, respectivamente, as espécies contratuais que, por razões históricas, pratico, sociais, etc. são objeto de uma disciplina codificada, e aqueles que ficaram de fora da disposição legislativa. Isto evita também a distinção que alguns autores (19) colocam entre os nomeados e típicos, consoante a legislação local, contemplando uma certa figura contratual e qualificando-a só nominalmente embora não indique também a sua disciplina.

Da mesma forma, o contrato de aliança é expressamente previsto no Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Mas isso lhe daria, no máximo, nomeação.

O limite entre a tipicidade e a atipicidade, em contratos cujas cláusulas excedem as matérias reguladas pelas normas, é um desafio. E neste encontra-se a norma aplicável a cada caso.

Para o Professor Álvaro Villaça, os contratos atípicos em sentido amplo se dividem em duas categorias: os singulares e os mistos. Os contratos atípicos singulares seriam os contratos que perfariam uma figura atípica, considerada individualmente. Já os mistos se subdividiriam em três diferentes subtipos: a.) aqueles compostos com contratos ou elementos somente típicos; b.) aqueles compostos com contratos ou elementos somente atípicos e c.) com contratos com elementos típicos e atípicos.⁶¹

Embora muitas das vezes há a formação do núcleo contratual com vários contratos típicos, o resultado final unitário é atípico, uma vez que a sua base contratual deverá ser vista com o conjunto das obrigações, e não como cada contrato em separado.

Por outro lado, os contratos atípicos seguem as demais regras dos negócios jurídicos. Assim, nos ensina Vincenzo Roppo que para que se enquadre como contrato é necessária a existência de três componentes fundamentais: o primeiro componente é o acordo dos interessados (tecnicamente partes). Assim, o contrato é um ato consensual. O segundo componente é o "objeto do acordo": uma relação patrimonial. O contrato, dessa forma, é um ato jurídico patrimonial. O terceiro componente é sobre como colocar o acordo em relação ao seu objeto, de forma não descritiva ou de avaliação, mas proposital ou voluntária. A preposição indica finalidade de as partes não chegarem a acordo sobre um julgamento (de fato ou de valor), mas para uma finalidade que é a de afetar um capital por uma relação jurídica, e concordam que querem estabelecer, regular ou extingui-lo. Assim, o contrato é um ato de vontade. Apenas um ato que é um ato de vontade,

---

⁶¹ CONSTANZA, Maria. **Il Contratto Atipico**. Milano: Giuffré, 1981, p. 127.

um ato consensual e jurídico patrimonial é contrato. Não é um contrato o fato em que falta um ou mais destes elementos.⁶².

Desta forma, fazendo um breve apanhado das considerações acima colocadas, os contratos atípicos consistem naqueles que, pelo núcleo obrigacional, concentram obrigações e deveres que extrapolam os contratos quadros previstos nas legislações.

São regidos pelas normas gerais contratuais, pelos princípios gerais do direito, como a boa-fé e a função social⁶³ e, em caso de semelhança, pelos contratos que se assemelham ao seu núcleo obrigacional.

Devem ser entendidos com um todo unitário, não podendo o intérprete separá-lo para fim da análise de suas obrigações nas três esferas: existência, validade e eficácia.

Constitui corolário da autonomia da vontade, deixando as partes livres para negociarem todos os aspectos envolvidos.

Possuem difícil enquadramento na jurisprudência, uma vez que é analisado caso a caso, gerando divergência em tratamento de contratos similares, ainda que não tipificados.

Feitas regressões iniciais, reportamo-nos ao estudado contrato de aliança. Ainda que dentro dele possamos enquadrar alguns contratos típicos, entre eles a venda e compra, a locação, a prestação de serviços, a agência e o mandato, os contratos de *engeneering*, a transferência de tecnologia, a licença de uso de patentes ou marcas, o seu conjunto o torna diferenciado, por várias características que lhes são próprias.

---

⁶² “La prima componente é l'accordo degli interessati (tecnicamente delle parte). Dunque il contratto é un atto consensuale. La seconda componente riguarda l'oggetto dell'accordo: un rapporto giuridico patrimoniale. Dunque il contratto é un atto giuridico-patrimoniale. La terza componente riguarda il modo di atteggiarsi dell'accordo rispetto al suo oggetto: non descrittivo o valutativo, bensí finalístico ovvero volontarístico. Lo indica la preposizione di scopo per: le parti non si accordano su un giudizio (di fatto o di valore), ma per un fine, che é incidere su un rapporto giuridico patrimoniale; esse concordemente vogliono costituirlo, regolarlo o estinguerlo. Dunque il contratto é un atto di volontà. Solo un atto che sia al tempo stesso atto di volontà, atto consensuale e atto giuridico-patrimoniale é un contratto. Non é un contratto la fattispecie in cui manchi uno o piú di questi elementi.” (ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Milano: Giuffré Editore, 2001, p. 3).

⁶³ “Verifica-se que os chamados contratos atípicos ou inominados seriam uma consequência da liberdade de contratar. E também não estaria em jogo a função social do contrato atípico, ou seja, aquele ainda não contemplado ou regido por lei, tão válidos quanto a do contrato tipificado na legislação.” (FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos Atípicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.35).

Não seria diferente. As suas cláusulas econômicas e os projetos estruturais, não são meros átomos individuais a serem analisados. Pelo contrário.

Sendo o contrato atípico aceito e regido pelo nosso sistema jurídico, como visto acima, ele não pode simplesmente ser fatiado para que se enquadre nos contratos quadros, ou ainda, naqueles em que a legislação atribui efeitos específicos.

Ademais, como um conjunto unitário de obrigações, deveres e créditos, a prestação deverá ser analisada através da estrutura sistêmica contratual.

Caberá ao intérprete, no caso, colocar os devidos parâmetros na sua análise.⁶⁴ No caso do contrato de aliança, com mais propriedade, pois ele irá se robustecer de uma estrutura, que, como veremos, dar-lhe-á uma nova natureza jurídica.

2.2 A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos e o contrato de aliança

2.2.1 A teoria dos Sistemas Autopoiéticos

Se assistirmos um dos capítulos dos episódios do *History Channel*, canal da TV fechada,⁶⁵ veremos que, em várias de suas propagandas, eles se utilizam de um refrão: “A história não é uma linha contínua. Nada acontece por acaso. Tudo está interligado.”

---

⁶⁴ A posição sobre o direito “criativo” do intérprete reside na posição do próprio Ministro Eros Roberto Grau, ao mencionar que “O direito brasileiro não é, em si, definitivamente ‘direito formal’. Como, no entanto, as normas são ‘criadas’ pelo ‘intérprete autêntico’, estes tomam o direito positivo brasileiro (sistema de disposições, de enunciados, de ‘textos’) e, a partir dele, produzem o ‘direito formal’”. (GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 65).

⁶⁵ E o H2 – É MAIS HISTÓRIA. Disponível em <<http://www.seuhistory.com/canalh2>> . Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

Assumem, com isto, uma das teorias multidisciplinares⁶⁶ mais fascinantes do século XX: a dos sistemas.

Em direito, uma das teorias que mais se aproxima ao conjunto todo aqui desenvolvido na tese é a Teoria Sistêmica do Direito, mais propriamente a conferida por Gunther Teubner e o direito como um sistema autopoietico, ou de autoprodução.

Na verdade, numa sociedade extremamente veloz de conceitos e estratégias, o rigorismo formal positivista⁶⁷ e Kelseniano⁶⁸ acaba por atravancar as soluções ágeis da vida moderna⁶⁹ e por não resolver as questões dadas no cotidiano social.⁷⁰

Há, com certeza, a necessidade de uma atitude de autorreflexividade, a capacidade de se auto-organizar sistemicamente em um hiperprocesso de reformulação de sentidos.

---

⁶⁶ “Embora esses métodos de investigação ofereçam apenas um apoio contingente às proposições e às ‘verdades’ que eles demonstram (ou que, pelo menos, levam as pessoas a aceitar) sejam frequentemente transitórias, para a maioria das pessoas, na sociedade moderna, o método científico é o modelo de investigação objetiva – tamanho tem sido o sucesso da ciência em alterar tanto nossa concepção de mundo quanto o próprio mundo.” (POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 83).

⁶⁷ “O termo *positivismo* não é, sabidamente, unívoco. Este designa tanto a doutrina de Augusto Comte, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio S. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31).

⁶⁸ “Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de que, na sua descrição do Direito positivo, mantém-se este isento de qualquer confusão com o Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Neste sentido, é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise de sua estrutura.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 119).

⁶⁹ Bobbio já alertava sobre a questão da multiplicidade e velocidade dos fatos, das normas e principalmente, das questões sociais que estamos vivenciando. Para ele, “um dos aspectos pelo qual se manifesta a crise do positivismo jurídico é a crescente consciência da emergência de outras fontes do direito, que minam o monopólio da produção jurídica detido pela lei em uma sociedade em rápida transformação e intensamente conflituosa, como é a sociedade capitalista na atual fase de desenvolvimento”. (BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos De Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007, p. 41).

⁷⁰ “E quando é que ela começa a ser posta em dúvida? Se, depois de aplicar uma teoria repetidas vezes para a solução de problemas, o problema permanece sem solução, chega-se à conclusão de que a teoria não serve. Enquanto as ferramentas funcionam e os problemas são resolvidos, não a abandonamos”. (ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: Introdução ao Jogo e a Suas Regras. 13ª ed. São Paulo: Loyola, 2000, p.55).

São, assim, os sistemas autopoieticos. Com sua estrutura dinâmica, a teoria sistêmica é capaz de reprocessar as informações provenientes do sistema social e seus subsistemas, evoluindo o conhecimento adquirido com as novas realidades multiculturais.

A teoria dos sistemas autopoieticos foi originalmente concebida pelos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, no seu livro *De Maquinas y Seres Vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*.⁷¹

Para eles, os seres vivos são unidades, ou seja, numa operação cognitiva básica de distinção:

A unidade (a possibilidade de ser distinguido de um fundo e, por conseguinte, de outras unidades), é a condição necessária para ter existência em qualquer domínio dado. (...) A natureza de uma unidade e o domínio no qual ela existe são especificados apenas pela operação de distinção que diz, seja conceitual - quando um observador define uma unidade distinguindo-a em seu campo de expressão ou descrição - seja ela material - quando se estabelece uma unidade colocando efetivamente em ação suas propriedades definitórias mediante seu funcionamento real num espaço físico.⁷²

Dessa forma, quando um sistema autopoietico é visto como uma unidade, ele existe no espaço definido pelos seus componentes, mas é caracterizado por suas propriedades como uma simples unidade, e definido no espaço em que ele está também como uma simples unidade.

Ainda nesse sentido, os seres vivos são máquinas, ou seja, são unidades formadas por componentes caracterizados por certas propriedades capazes de satisfazer certas relações que determinam na unidade as interações e

⁷¹ VARELA GARCÍA, Francisco J.; MATURANA ROMESÍN, Francisco J. **De Maquinas y Seres Vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo**. 3ª ed. Santiago: Editorial Universitaria, 1995.

⁷²“La unidad (la posibilidad de distinguirse de un fondo y, por lo tanto, de otras unidades) es la sola condición necesaria para tener existencia en cualquier dominio dado. ...La naturaleza de una unidad y el dominio en que ella existe son especificados sólo por la operación de distinción que la señala, sea ésta conceptual - cuando un observador define una unidad distinguiéndola en su campo de expresión o descripción - sea ésta material - cuando se establece una unidad poniendo efectivamente en acción sus propiedades definitórias mediante su funcionamiento real en el espacio físico”. (VARELA GARCÍA, Francisco J.; MATURANA ROMESÍN, Francisco J. **De Maquinas y Seres Vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo**. 3ª ed. Santiago: Editorial Universitaria, 1995, pp. 88-89).

transformações desses mesmos componentes. A natureza efetiva dos componentes não tem importância já que as propriedades particulares que eles possuem, à parte das que intervêm nas transformações e interações dentro do sistema, podem ser qualquer uma.⁷³

As relações que são geradas, na dinâmica de interações e transformações no seio da unidade, constituem a “organização” da máquina.

Já a estrutura seriam as relações estabelecidas entre os componentes da unidade, integrados num determinado espaço temporal.

De outro lado, a máquina autopoietica é uma máquina organizada com um sistema de processo de produção de componentes concatenados de tal maneira que produzam componentes que: i) gerem os processos (relações) de produção, que os (re) produzem através de suas contínuas interações e transformações; ii) constituem a máquina num espaço físico.⁷⁴ Seriam características destas máquinas autopoieticas:

- i) a *autonomia*, pois estas subordinam suas alterações à manutenção da sua própria organização;
- ii) a *individualidade* obtida através da imutabilidade dessa organização no processo produtivo, mantendo-se independente do “observador”;
- iii) são *unidades* na medida em que as suas operações especificam a sua própria estrutura no processo de autoprodução;
- iv) por último, são *fechadas*, pois estas máquinas não possuem nem *inputs* nem *outputs*. Elas podem até ser perturbadas por fatos externos e sofrer mutações internas para compensação. Mas qualquer série de mutações internas que se produza, está sempre subordinada à conservação e organização da máquina.⁷⁵

⁷³ “*las máquinas son unidades... están formadas por componentes caracterizados por ciertas propiedades capaces de satisfacer ciertas relaciones que determinan en la unidad las interacciones y transformaciones de esos mismos componentes... la naturaleza efectiva de los componentes no tiene importancia (ya que) las propiedades particulares que ellos poseen, aparte de las que intervienen en las transformaciones e interacciones dentro del sistema, pueden ser cualesquiera.*” (VARELA GARCÍA, Francisco J.; MATURANA ROMESÍN, Francisco J. *op. cit.*, pp. 67).

⁷⁴ “*Es una máquina organizada como un sistema de procesos de producción de componentes concatenados de tal manera que producen componentes que: i) generan los procesos (relaciones) de producción que los producen a través de sus continuas interacciones y transformaciones, y ii) constituyen a la máquina como unidad en el espacio físico.*” (VARELA GARCÍA, Francisco J.; MATURANA ROMESÍN, Francisco J. **De Maquinas y Seres Vivos. Autopoiesis**: la organización de lo vivo. 3ª ed. Santiago: Editorial Universitaria, 1995, p. 69).

⁷⁵ VARELA GARCÍA, Francisco J.; MATURANA ROMESÍN, Francisco J. *op. cit.*, p. 71.

Em resumo, um sistema autônomo, individual, autorreprodutor, fechado a *inputs e outputs* externos.

A partir destes parâmetros, o sociólogo alemão Niklas Luhmann⁷⁶ transpôs esta teoria para as ciências sociais,⁷⁷ através do seu livro *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeiner Theorie*.⁷⁸ Sua principal influência foram os estudos de Falcott Parsons e sua Teoria Estruturalista Funcional.⁷⁹

No sistema autopoietico de Luhmann, o elemento básico de reprodução no sistema social é o processo de comunicação. Os sistemas sociais são entendidos como sistemas comunicativos. Não há mais a oposição epistemológica sujeito/objeto. O que existe é a diferenciação funcional sistema/objeto, sendo certo que o seu objeto não é mais o ser humano (sujeito), mas o intercâmbio de *comunicação*.

A comunicação é uma operação puramente social porque pressupõe o envolvimento de vários sistemas psíquicos sem que se possa atribuí-la

⁷⁶ “A Teoria social sistêmica de Niklas Luhmann é muito pouco conhecida no Brasil e certamente na América do Sul, com raras exceções, como no caso do Chile por razões bem específicas – a noção de *autopoiesis* foi concebida por dois chilenos. Esse desconhecimento pode ser explicado, sobretudo, por dois fatores, até certo ponto interligados, quais sejam: a) a forte influência da tradição (epistemológica) europeia, fundada, por um lado, no racionalismo francês e, por outro lado – pretendendo-se como contraponto – no materialismo dialético; b) a dificuldade de compreensão/aceitação da mudança paradigmática, por se tratar de uma revolução no sentido proposto por Thomas Kuhn, no que se refere ao conjunto de conceitos que dão corpo à teoria sistêmica proposta por Luhmann.” (RODRIGUES, Leo P. Sistemas Autorreferentes, autopoieticos: noções-chave para a compreensão de Niklas Luhmann. **Revista Pensamento Plural**, Vol. 3, p. 105 – 120, julho/dezembro 2008).

⁷⁷ “LUHMANN (1987a: 61), ao transpor o conceito da *autopoiese* - formulado originariamente na teoria biológica de Maturana e Varela (2007: 52) - para sua teoria, inseriu-o de modo bem característico no desenvolvimento de sua concepção sobre os sistemas sociais, postulando que pela autopoiese o sistema se (re)produz por seus próprios elementos, ou seja, a autopoiese significa produção do sistema por ele mesmo.” (VIANA, Ulisses S. **Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**. 2013. 238 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 7).

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeiner Theorie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.

⁷⁹ “Talcott Parsons (1902-1979), considerado um dos autores clássicos da teoria sociológica contemporânea, é certamente um dos pilares da teoria sistêmica da ação, constituindo-se como referência aos estudos que contemplam a ação humana integrada em sistemas sociais, o equilíbrio social sistematizado teoricamente pelo estrutural-funcionalismo, bem como outras abordagens teórico-sociais que preconizam a ordem normativa a partir de uma padronização de valores. O estrutural-funcionalismo pode ser considerado como uma corrente teórica sociológica que compreende o social pela ideia da instituição de sistemas, que podem ser percebidos pelo funcionamento de suas partes, mas de forma interativa e com vistas à integração do conjunto. Ou seja, procura-se explicar o funcionamento sistemático do social por uma visão institucionalista, tomando-se analiticamente semelhante a um corpo orgânico.” (CORDOVA, Maria J. **W. Talcott Parsons e o Esquema Conceitual Geral da Ação**. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4024326>> . Acesso em 23 de julho de 2013).

exclusivamente a um ou outro destes sistemas: não se pode conceber comunicação como algo individual.⁸⁰ A comunicação é a síntese de três seleções: mensagem, informação e compreensão da diferença entre mensagem e informação.⁸¹

Nas palavras de Luhmann:

Tanto o sistema jurídico como o científico, e, dentro deste último, a disciplina específica da sociologia, hão de ser considerados, pois, como sistemas autorreferentes. Cada um destes sistemas constitui, por si mesmos, tudo aquilo que funciona como uma unidade para o sistema. Isto não se refere apenas à unidade do sistema, às suas estruturas e processos, mas também aos elementos que o constituem (autopoiesis). Para esta contínua produção e reprodução de unidade, são requeridas distinções que permitam indicar o que será utilizado como unidade e o que não será. Tão logo a distinção mesma seja a indicadora, quer dizer, converta-se em objeto da mesma operação distintiva, surge um paradoxo. A unidade, que há de ser determinada somente mediante uma distinção, não pode distinguir-se da própria distinção. Isto equivaleria a pedir ao direito (ou não direito) a distinguir entre o que é direito e o que não é. Não obstante, é precisamente neste paradoxo que se baseiam todos os sistemas autorreferentes, não o convertendo, porém, em objeto de suas próprias operações.⁸²

Dessa forma, usando a autorreferencialidade para determinar a produção e reprodução pelo próprio sistema dos seus elementos, no âmbito de uma sequência circular e fechada, Luhmann desencadeia uma inovação inspirada pela autopoiesis da ciência biológica. Para ele, os sistemas autopoieticos são, além de sistemas auto-organizados, sistemas autorreprodutivos, pois elaboram a sua própria ordem, mediante uma rede interativa de seus elementos.

⁸⁰ “A comunicação não se esgota na dimensão psicológica ou individual, pois aquela função da comunicação apenas é cumprida na medida em que a transmissão com pretensões de informação, que um indivíduo leva a cabo, seja seguida da compreensão por parte de, pelo menos, outro indivíduo. Somente assim será realizada a comunicação. Somente assim se constitui a sociedade.” (AMADO, Juan A. G. **A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 304).

⁸¹ “É extremamente difícil separar a operação pensante da consciência, sem que intervenha um escrito, um ruído, um som. O pensamento é um ganho tão específico, que, do ponto de vista teórico e histórico, nota-se claramente que não surgiu como qualidade específica do ser humano, mas como um ganho social. O pensar não surge pelo fato de que se vem ao mundo com os olhos abertos: é preciso aprender a fazê-lo. Em contrapartida, a capacidade de percepção se coloca mais além do último rincão da construção dos pensamentos.” (LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 276).

⁸² LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. **Revista Sequência**, nº 28, pp. 15-29, junho/94. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15871/14360> > . Acesso em 13 de junho de 2014.

Possuindo o sistema suas condições primárias de produção, ele é capaz de gerir-se e garantir sua independência do respectivo meio envolvente.⁸³

Pensando sobre esse aspecto, a autorreferência sistêmica seria o mecanismo gerador, não apenas da ordem sistêmica (“estrutura”), mas das próprias unidades básicas (“elementos”).⁸⁴

Para que haja, no subsistema jurídico (ou sistema funcional ou sistema de segundo grau), sua individualidade quanto ao sistema social e seu ambiente, Luhman acrescenta que o direito tem que possuir, assim como todos os demais subsistemas que almejem a individualidade,⁸⁵ um código binário próprio

⁸³ “La autopoiesis no presupone forzosamente que no haya en el entorno ningún tipo de operación como aquellas con las que el sistema se reproduce a sí mismo. En el entorno de los organismos vitales existen otros organismos vitales, y en el entorno de las conciencias, otras conciencias. En ambos casos, sin embargo, el proceso de reproducción propio del sistema es utilizable sólo internamente. A la reproducción no se la puede utilizar como enlace entre sistema y entorno, es decir, no se puede extraer otra vida y otra conciencia para transferirla al propio sistema”. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: Lineamientos Para Una Teoría General**. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 56). Em tradução livre: A autopoiese não pressupõe forçosamente que não haja no entorno nenhum tipo de operação como aquelas nas que o sistema se reproduza a si mesmo. No entorno dos organismos vitais existem outros organismos vitais e no entorno das consciências, outras consciências. Em ambos os casos, sem embargos, o processo de reprodução próprio do sistema é utilizado só internamente. À reprodução não se pode utilizar como enlace entre o sistema e o entorno, é dizer, não se pode extrair outra vida e outra consciência para a transferir ao próprio sistema.”

⁸⁴ “O próprio Luhmann aponta para a diferença entre ele e Maturana no emprego do conceito de autopoiese, dizendo que o biólogo trata de sistemas vivos, em cujo ambiente se encontram outros sistemas vivos, inclusive aquele que é o observador, um sistema consciente, responsável pelo estabelecimento da diferença entre ambiente e sistema, e que existe num ambiente onde há outros sistemas conscientes. Sistemas vivos, então, teriam como elementos células e moléculas, que produzem outras células e moléculas, em um ambiente onde há outros sistemas que fazem o mesmo, assim como sistemas conscientes teriam como elementos significações e pensamentos, que produziram outras significações e pensamentos, em um ambiente onde há outros sistemas que fazem o mesmo. Sistemas sociais, por sua vez, teriam como elementos comunicações, que produzem outras comunicações, que, porém, não existem no ambiente, mas sim apenas na sociedade, enquanto sistema comunicativo global, onde sistemas parciais, também ditos “sistemas funcionais”, aparecem como ambiente uns para os outros. Para a autopoiese dos sistemas é fundamental a presença de um mecanismo de auto-observação, próprio de sistemas cognitivos, que trás para dentro do sistema a diferença sistema/ambiente e, assim, garante que os elementos reproduzidos são os elementos de um determinado sistema, dentro do sistema global “sociedade”, e não de um outro. A observação em sistemas sociais, portanto, é interna e necessária para sua autopoiese.” (GUERRA FILHO, Willis S. **Autopoiese Do Direito Na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a Uma Teoria Social Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 62).

⁸⁵ “Na sociedade global, interpretada como sistema mais amplo de comunicações, diferenciação do sistema significa, também, diferenciação da comunicação. Os subsistemas se diferenciam através da elaboração de uma estrutura própria para sua comunicação, usando para isso aquisições específicas da evolução: meios de comunicação simbolicamente generalizados e códigos binários. Podemos enumerar alguns sistemas funcionais e seus códigos binários:

- a política, que usa o código binário poder/não-poder ou governar/não-governar;
- a ciência com o código binário verdade/não-verdade,
- a economia com o código binário pagar/não-pagar ou propriedade/não-propriedade,
- a arte com o código binário bonito/feio ou
- direito com o código binário lícito/ilícito.

(legal/ilegal), operando como centro de gravidade de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, através de atos comunicativos tipos ou, no caso do direito, de atos jurídicos.

No caso do sistema funcional do direito, este seria útil na medida em que reduziria a complexidade do ambiente por meio da absorção do comportamento social, como uma espécie de sistema imunológico das sociedades, imunizando-as de conflitos entre seus membros, originados em outros sistemas sociais.

Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o ato comunicativo tipo é reconhecido pelo sistema durante as operações como pertencentes a si mesmo, na medida em que elas obedeçam a esta lei.⁸⁶

Ademais, o direito, embora seja um subsistema fechado, ele mantém conexão com seu ambiente, havendo o que Luhmann chama de dupla contingência dos sistemas. Dessa forma, mesmo que cada sistema opere de maneira fechada normativamente, eles, e ao mesmo tempo, atuam de maneira aberta cognitivamente, sendo que a assimetria entre o sistema e seu ambiente o força a uma recíproca adaptação e mudança.

O Direito, portanto, seria estimulado pelas informações do ambiente, retirando parte de sua dinâmica própria do processamento que faz, segundo seu código binário, dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político, econômico, educacional ou moral.⁸⁷

A introdução do código binário tem várias consequências para o sistema funcional. Através do código binário, o sistema consegue a duplicação do mundo, tudo que é colocado em um lado do código, carrega, consigo, o outro lado como possibilidade. A atribuição de uma comunicação a um dos lados do código binário é regulamentada através de programas. No sistema funcional das ciências, as teorias científicas formam os programas que estabelecem as regras para poder decidir sobre a verdade/não-verdade de uma comunicação científica.” (MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 22 p. Disponível em: < http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf> . Acesso em 14 de junho de 2014).

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. **Revista Sequência**, nº 28, p. 18, junho/94. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15871/14360> > . Acesso em 13 de junho de 2014.

⁸⁷ “La unidad de un sistema se produce y se reproduce unicamente por médio del sistema mismo y no por médio de factores situados en el entorno. Esto es valido tanto para el sistema de la sociedad como para su sistema parcial del derecho. El análisis, pues, mantendrá como como sistema de referencia el “sistema del derecho”; sin, embargo, debemos aclarar que ralacion que guarda este subsistema con el sistema del sistema de la sociedad es ambigua. Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho; por otra, todas las operaciones del sistema

Como assinala Marcelo Pereira de Mello,

O sistema legal tem seu componente e sua forma própria de expressão: a norma; o seu modo próprio de operação, o código lícito e ilícito. Pode haver influência política na legislação, mas somente a lei pode modificar a lei. Somente dentro do sistema legal a mudança das normas legais pode ser percebida como mudança da lei (...) é sempre uma norma que

---

*jurídico son operaciones de la sociedad. El sistema jurídico realiza la sociedad en cuanto se diferencia de ella. Dicho de otra manera: el derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho, interno a la sociedad. Como resultado de este corte, se puede preguntar como se ejercen las influencias de ese entorno social específico sobre el derecho, sin que esto conduzca que derecho y sociedad ya no se diferencien. Esta problemática específica de la relación ambivalente entre derecho y sociedad se hará más diáfana en cuanto se recurra a un planteamiento estrictamente operativo. Esto significa: la unidad de un sistema (incluye estructuras y límites del sistema) se producirá y reproducirá por medio de operaciones del sistema. Por eso hablaremos también de “cláusula operativa” del sistema. Esta cláusula es válida tanto para el sistema de la sociedad como para el sistema del derecho. La forma de operación que produce y reproduce el sistema de la sociedad es la comunicación plena de sentido. Esto permite afirmar que el sistema del derecho – en cuanto sistema parcial de la sociedad, al utilizar la forma operativa de la comunicación – no puede hacer otra cosa que crear formas (oraciones) en el medio del sentido a través de la comunicación. El hecho de que esto sea posible y que se haya convertido en evidente durante el transcurso de una larga evolución socio-cultural, es mérito del sistema de la sociedad. Con ello se garantiza al sistema jurídico que ni el papel ni la tinta, ni el hombre ni otros organismos, ni los tribunales de justicia y sus recintos, ni los aparatos telefónicos o las computadoras que allí se utilizan, formen parte constitutiva del sistema. Este límite exterior está ya previamente constituido por la sociedad.” (LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Herder, 2005, pp. 88-89). Em tradução livre: A unidade de um sistema se produz e se reproduz unicamente por meio do sistema mesmo e por meio de fatores situados no entorno. Isto é válido tanto para o sistema da sociedade quanto para o sistema parcial do direito. A análise, pois, manterá como sistema de referência o “sistema do direito”; sem embargo, devemos aclarar que a relação que guarda esse subsistema com o sistema da sociedade é ambígua. Por uma parte, a sociedade é o entorno do sistema do direito; por outra, todas as operações do sistema jurídico são operações que se efetuam dentro da sociedade; portanto, são operações da sociedade. O sistema jurídico realiza a sociedade enquanto se diferencia dela. Dito de outra maneira: o direito, com suas operações (que são operações sociais), introduz um corte na sociedade e com ele se configura um entorno específico do direito, interno à sociedade. Como resultado deste corte, pode-se perguntar como se exercem as influências desse entorno social específico sobre o direito, sem que isso conduza a que o direito e sociedade já não se diferenciem. Esta problemática específica da relação ambivalente entre direito e sociedade será transparente enquanto se recorra a um planejamento estritamente operativo. Isto significa: a unidade de um sistema (inclui estruturas e limites do sistema) se produzirá e reproduzirá por meio de operações do sistema. Por isso falaremos também de “cláusula operativa” do sistema. Esta cláusula é válida tanto para o sistema da sociedade como para o sistema do direito. A forma de operação que produz e reproduz o sistema da sociedade é a comunicação plena de sentido. Isto permite afirmar que o sistema de direito – enquanto sistema parcial da sociedade, ao utilizar a forma operativa da comunicação – não pode fazer outra coisa que criar formas (orações) no meio do sentido através da comunicação. O fato de que isto seja possível e que seja colocado em evidência durante o transcurso de uma larga evolução sociocultural, é mérito do sistema e da sociedade. Com ele se garante ao sistema jurídico que nem o papel nem a tinta, nem o homem, nem outros organismos, nem os tribunais de justiça e seus recintos, nem os aparatos telefônicos ou os computadores que ali se utilizam, formam parte constitutiva do sistema. Este limite exterior está já previamente constituído pela sociedade.*

decide quais fatos têm relevância legal ou não. Nesse sentido, o sistema legal é um sistema normativamente fechado.⁸⁸

Ou seja, a fricção entre os subsistemas autorreferenciados e o ambiente é o que produz informação.

A teoria de Luhmann, a seu turno, vista pelo lado comunicativo/social foi reestruturada por Gunther Teubner, jurista alemão, professor de direito privado, sociologia do direito e filosofia do direito em várias universidades, entre elas a Goethe Universität, em Frankfurt/Main, e Københavns Universitet em Copenhague/Dinamarca.⁸⁹

Segundo os avanços de Luhmann, Teubner valoriza a autoalimentação do sistema autopoietico, num hiperciclo.⁹⁰ Para ele:

O direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.⁹¹

Dessa forma, Teubner nos ensina, que como ciência social, mesmo no direito, é a comunicação que se reproduz. Para tanto, essa comunicação deve ser dotada de três características: exteriorização, informação e compreensão.

De fato, como em Luhmann, o direito se autorreproduz⁹² sobre um código binário próprio (legal/ilegal, válido/inválido, legal/ilegal ou direito/não

⁸⁸ MELLO, Marcelo P. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social** – Revista de Sociologia. São Paulo, USP, v. 18, n.1, pp. 351-373, junho.2006.

⁸⁹ O Curriculum completo pode ser acessado no link <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42834300/CV_english.pdf> . Acesso em 13 de fevereiro de 2015.

⁹⁰ “Uma coisa é um subsistema social observar os seus componentes (elementos, estruturas, processos, limites, identidade e meio envolvente) através de comunicação reflexiva (auto-observação); outra diferente é um sistema definir e colocar em operação por si só o conjunto dos componentes sistêmicos (autoconstituição); ainda uma outra coisa diferente é a capacidade de um sistema para se reproduzir a si mesmo através da produção (circular e recursiva) de novos elementos a partir de seus próprios elementos (autopoiesis)”. (TEUBNER, Gunter. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 68).

⁹¹ TEUBNER, Gunther. *op. cit.*, p. 53.

⁹² “O Direito retira a sua própria validade dessa autorreferência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior”.

direito), estando, assim, em clausura sistêmica. Os atos comunicativos tipo, ou atos jurídicos, se reproduziriam de atos jurídicos.

Dessa forma, o ciclo seria ato jurídico – norma – ato jurídico⁹³. Ou, nas palavras de Teubner, o direito se torna autopoietico “quando suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena”.⁹⁴

(TEUBNER, Gunter. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 2).

⁹³ “Legal acts are those communicative events that changes legal structures. Here we find the basic circularity that defines the legal system: the circular relationship between legal acts and legal norms. Circularity replaces extralegal foundations of law as does Kelsen’s fictitious *Grundnorm*. If the recursive reproduction of legal acts constitutes legal autopoiesis, then operational closure is the main condition for its environmental openness. This interplay of openness and closure is represented in the legal system by the combination of normative closure and cognitive openness. The important consequence is that only a limited scope exists for the combination of normative expectations with cognitive expectations. This, according to Luhmann, is the key to the explanation of the modern crisis phenomena of law. Finally, autopoiesis of law limits, to a considerable degree, the variability of legal functions. The autopoietic closure sets effective limits to the political instrumentalization of law. With this dualism of information and interpenetration, Luhmann attempts to answer the above-mentioned questions. Legal operations cannot reach beyond the boundaries of law. In this respect law is a closed system. In its cognitive operations law still can operate only within its boundaries, but it opens itself to its environment via mechanisms of interpenetration. Law participates in language structures and reality constructions of general social communication. And it is connected to other spheres of society by the simultaneous presence of social events which are selectively processed in law and in its environmental subsystems.” (TEUBNER, Gunther. Introduction of Autopoietic Law. In TEUBNER, Gunther (ed.) **Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society**. Berlin/New York: Gruyter, 1987, pp. 1-11; pp. 4-5). Em tradução livre: Os atos jurídicos são aqueles eventos comunicativos que mudam as estruturas jurídicas. Aqui encontramos a circularidade básica que define o sistema jurídico: a relação circular entre o ato jurídico e as normas. Circularidade substitui fundações extraleais de direito como faz a fictícia *Grundnorm* de Kelsen. Se a reprodução recursiva de atos jurídicos constitui autopoiese legal, então a conclusão operacional é a principal condição para a sua abertura ambiental. Esta interação de abertura e fechamento é representada no sistema jurídico pela combinação de encerramento normativo e abertura cognitiva. A consequência importante é que só existe um escopo limitado para a combinação de expectativas normativas com as expectativas cognitivas. Esta, de acordo com Luhmann, é a chave para a explicação dos fenômenos modernos da crise da lei. Finalmente, a autopoiese da lei limita, a um grau considerável, a variabilidade das funções legais. O fechamento autopoietico estabelece limites eficazes para a instrumentalização política de direito. Com este dualismo de informações e interpenetração, Luhmann tenta responder as questões acima mencionadas. Operações legais não podem ir além dos limites da lei. Neste sentido, o direito é um sistema fechado. Em suas operações legais cognitivas ainda pode operar apenas dentro de seus limites, mas abre-se ao seu ambiente por meio de mecanismos de interpenetração. O Direito participa de estruturas de linguagem e construções reais de comunicação social em geral. E isso está ligado a outras esferas da sociedade pela presença simultânea em eventos sociais que são processados seletivamente no Direito e em seus subsistemas ambientais.

⁹⁴ TEUBNER, Gunter. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 85

Por ser um sistema recursivo, a operação lógica começa pelo ato anterior (lei ou jurisprudência), para criar condições para a operação seguinte. Com isso, mantêm-se a exclusividade do sistema.⁹⁵

Ainda, o código binário preponderante, ou seja, legal/ilegal, teria seus desdobramentos mediante arquétipos já inseridos no sistema jurídico. Tais seriam o que Teubner chama de subcódigos, que teria a função de facilitar as demais interações do sistema, introduzindo o ato e o bifurcando, para manter a unidade. Seriam eles:

- normas jurídicas/normas positivas;
- legislação/jurisprudência;
- jurídico/antijurídico;
- codificação binária/programação.

Para Teubner, a autorreprodução do Direito nada mais é do que sua juridificação, ou seja, quando as normas jurídicas hipotéticas têm a sua concreção através das decisões judiciais (atos judiciais) e vice-versa, produzindo nova norma que será reinserida no sistema. Nesse mesmo sentido, outra possibilidade ocorreria quando as normas procedimentais e a doutrina se sobreponham. É este processo de autorreconhecimento, autorreprodução e circularidade que dá ao sistema estabilidade.⁹⁶

---

⁹⁵ TEUBNER, Gunther. Introduction of Autopoietic Law. In TEUBNER, Gunther (ed.) **Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society**. Berlin, New York: Gruyter, 1987, pp. 217-241, p. 227.

⁹⁶ Nas palavras de Luhmann “*Distinto a lo que exigen los lógicos y distinto a lo que opinaba Kelsen, la unidad del sistema jurídico no es premissa operativa del sistema. La unidad del derecho no puede ser concebida ni como principio ni como norma. Ninguna sentencia debe mencionar, y mucho menos comprobar, la unidad del sistema. Ninguna ley nombra la unidad como parte constitutiva de las regulaciones jurídicas. La unidad se reproduce en cualquier operación como resultado- así como la unidad de un organismo se reproduce por el intercambio de células. La unidad no puede ser ella misma una operación, entre otras, del sistema, porque una operación de este tipo cambiaría aquello que pertenece a la unidad por el solo hecho de llevarse a efecto. Por eso el derecho no requiere tampoco, para su ejecución operativa, de ninguna estructura jerárquica que tuviera la función de garantizar la unidad del derecho a través de una norma superior (Grundnorm), o a través de una ley preeminente (a Constitución), o una instancia suprema. Tales representaciones tienen sentido como descripciones del sistema dentro del sistema (...), pero no depende de ellas el que se logre la comunicación en el sistema del derecho; es decidir, que la comunicación sea comprendida y obedecida. La unidad del sistema no puede ser introducida en el sistema.*” (LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Herder, 2005, p.129). Em tradução livre: Distinto do que o exigem os lógicos e distinto do que opinava Kelsen, a unidade do sistema jurídico não é premissa operativa do sistema. A unidade do direito não pode ser

Como um subsistema unitário dentro de um sistema social, o sistema jurídico sofre interação e interferência intersistêmica. Embora o sistema seja autônomo, que opera de modo fechado, ele cognitivamente aberto às interferências vindas de outros sistemas, para transformá-las em seu próprio código binário.⁹⁷ Ou seja, ele apenas sofre intervenções indiretas através da observação sistêmica mútua e articulação pela interferência.

É em Teubner, também, que iremos encontrar a primeira menção de reflexividade. Utilizando-se, para explicar o fenômeno jurídico, de variáveis históricas sociais e políticas, ele expõe o processo de "juridificação". Em decorrência, surge o conceito de "reflexividade", onde se demonstram as condições da comunicação, no caso concreto, da interação entre o sistema jurídico e os subsistemas social, político e econômico.

Para Teubner, o objetivo principal da juridificação não é a redução do poder, nem um aumento na participação individual no sentido enfático de "democracia participativa", mas uma boa estrutura organizacional interna que fizesse as instituições envolvidas – empresas, associações públicas, sindicatos, mídia e instituições educacionais - sensíveis para os efeitos sociais que suas estratégias maximizam em cada racionalidade específica. A principal função dessas estruturas internas reflexivas seria substituir o controle estatal intervencionista por um controle interno eficaz. As mínimas condições estruturais para a criação de uma "consciência organizacional", que refletisse o equilíbrio entre a função e o desempenho do sistema social - isso, na definição de Teubner, seria o papel integrador do direito reflexivo.

---

concebida nem como princípio, nem como norma. Nenhuma sentença deve mencionar, e muito menos comprovar, a unidade do sistema. Nenhuma lei constitui a unidade como parte constitutiva das relações jurídicas. A unidade se reproduz em qualquer operação como resultado – assim como a unidade de um organismo se reproduz pelo intercâmbio das células. A unidade não pode ser ela mesma uma operação, entre outras do sistema, porque uma operação deste tipo mudaria aquilo que pertence à unidade, pelo só direito de levar-se a efeito. Por isso, o direito não requer, tampouco, para sua execução operativa, de nenhuma estrutura hierárquica que tiver a função de garantir a unidade do direito através de uma norma superior (*Grundnorm*), ou através de uma lei proeminente (a Constituição), ou uma instância suprema. Tais representações têm sentido como descrição do sistema dentro do sistema (...) mas não depende delas para que se logre a comunicação no sistema de direito, é dizer que a comunicação seja compreendida e obedecida. A unidade não pode ser introduzida no sistema.

⁹⁷ TEUBNER, Gunter. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 139-140.

Uma segunda possibilidade de regulamentação no contexto descentralizado, consistiria em aceitar plenamente o encerramento e a não transparência dos sistemas sociais complexos como "caixas pretas", e concentrar a regulamentação legal unicamente nas relações externas, as relações interativas entre os subsistemas. As chances de eficácia jurídica, então, estariam no fato de que a lei não teria de impor, necessariamente, seu modo de operação, mas apenas o seu "acoplamento estrutural". A necessária consequência do fenômeno social da autorreferência e autorreprodução é o ajustamento da teoria e prática do direito a tais conceitos.

Adverte, Teubner, que as esperanças exageradas devem ser afastadas. Deve-se supor que a mudança de controle jurídico direto à regulação indireta de autorregulação traria novos problemas graves. "Inexatidão" da regulação legal e aumento dos custos de coordenação seriam quase inevitavelmente efeitos da procedimentalização da lei.

Deve-se enfatizar que a questão não é de se ajustar totalmente a lei para novas formas de regulação. Assim como a lei formal clássica não é substituída, mas, no máximo, sobreposta, por processos de materialização, também nesse caso, é apenas uma questão de predominância relativa. O máximo que se pode esperar é uma mudança de ênfase na regulação legal para as estratégias mais flexíveis.

Estas estratégias não irão resolver todos os problemas da juridificação, nem inverter o processo de juridificação como tal. Pelo contrário, a regulamentação legal da autorregulação pode ser vista como uma continuação da tendência de juridificação, mas - e isso seria o passo crucial para a frente - que ajudaria a orientar o processo em canais mais socialmente compatíveis.⁹⁸

Por fim, outra questão relevante está diretamente ligada à autorregulação dentro de cada subsistema (político, econômico, etc). Exatamente por serem subsistemas sociais, no modelo autopoietico, a clausura operacional ou binômio, de cada um deles, atuaria no sentido de tornar efetivamente impossível a participação de um sistema na autopoiesis de outro sistema. Ainda

---

⁹⁸ TEUBNER, Gunther. Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions. In TEUBNER, Gunther. **Juridification of Social Sphere**. A Comparative Analysis in The Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law. Berlin/NewYork: Gruyter, 1987, pp. 39-40.

que o direito “regule” a conduta humana, ele o fará através de atos dentro do seu próprio sistema. O ato comunicativo próprio jurídico, ou ato jurídico, não interferirá na autopoiesis, por exemplo, do subsistema econômico, ainda que interfira na forma de observação mútua ou realize uma interferência ou ruído.

2.2.2 Os Sistemas Autopoiéticos e o conceito do Contrato de Aliança

Sabemos, como acima já expusemos, que o contrato de aliança foi fruto de uma tomada de estratégia. Retomando a teoria dos jogos, a sua concepção foi idealizada a partir da mudança do jogo competitivo, para o jogo cooperativo.

Isto fez com que o contrato fosse realizado e estruturado de forma a transformar toda a sua arquitetura jurídica em algo único. Explico.

Os contratos existentes até a estruturação do *Project Alliancing*, eram, em sua grande maioria, de competição.

Vale dizer, analisados sob o ponto de visto econômico e matemático, possuíam estratégias que os levavam ao ponto de sela, ou ao Equilíbrio de Nash.

Assim, num contrato de compra e venda de insumos, por exemplo, com um fornecedor, o preço estabilizado para o fornecimento da matéria prima corresponderia ao ponto de sela entre os interesses do vendedor e do comprador. O comprador faria suas estratégias para obter o máximo de lucro com a venda, enquanto o vendedor, no sentido oposto, tentaria comprar pelo menor preço possível.

Um dos principais contratos, na área de grandes empreendimentos, era, e ainda é, uma das formas de contrato de *engineering* que serão expostas logo à frente. Seja pelo método da empreitada total e integral, ou pelo projeto, ou ainda, na forma de administração dos recursos do dono da obra, os interesses continuavam antagônicos. Os donos da obra não buscavam parceiros. A

estratégia era a maximização do lucro, com o menor dispêndio de capital, não para o grupo, mas para cada uma das partes individualmente consideradas.

Diríamos então, também para este caso, que a busca seria pelo Equilíbrio de Nash. As partes fariam seus *inputs* para negociarem o preço, a partir do que conheciam do mercado e das possibilidades existentes. Os jogos teriam informações incompletas, e muitas das vezes, imperfeitas.

Verificando que os custos de transação⁹⁹ neste caso envolveriam não só as questões inerentes aos contratos, como também as informações estruturais, e estando as partes em competição, a resultante sempre seria um jogo perde-ganha.

Assim, o contrato de aliança foi, primeiramente, alicerçado em razões econômicas de estratégia: diminuir os custos de transação, garantindo a simetria de informação. Unir esforços para realizar um jogo ganha-ganha.

Mas precisamos, então, pautar-nos por algumas diferenciações. O contrato de aliança não é simplesmente uma aliança estratégica. Num mundo cooperativo, sem barreiras estatais e interligado, a competição pura e simples, em grandes negócios, não sobreviveria.

Alianças estratégicas, sob vários aspectos e conteúdos, são firmadas em todos os setores empresariais. Falaremos, assim, de alguns conceitos dessas “alianças”.

---

⁹⁹ “Consideram-se custos de transação aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custo de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito; a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas as tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes. Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e o cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes. Também devem ser incluídos movimentos que se sigam à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito.” (SZTAJN, Raquel. A Incompletude do Contrato de Sociedade. **Revista de Derecho Comercial**, v. 3, p. 113-131, 2008).

Para Karl Morash, Professor da Universidade de Munique, no mercado de oligopólios, as alianças estratégicas por contrato podem ser definidas como a cooperação de pelo menos dois concorrentes reais ou potenciais em um oligopólio, em um mercado com interdependência, no qual os investimentos estratégicos são coordenados e a aliança é usada como uma estratégia para mudar os investimentos durante as etapas de produção ou distribuição/vendas.

Neste tipo de “aliança estratégica” que pode ser realizada através de uma *joint venture*¹⁰⁰ (*corporate* – com uma nova pessoa jurídica, ou *non corporate* – mediante contrato) ou de um contrato específico, o principal aspecto sempre é a manutenção da concorrência entre elas, com parcial cooperação. Apenas, para determinado aspecto a ser desenvolvido em conjunto, como acerto de preço, há um acordo de interesses comuns. Tanto assim o é que o que se pretende, nesse caso, é o equilíbrio de Stackelberg.¹⁰¹

Como se trata de uma “aliança” para estabilização de preço e eliminação da concorrência, este modelo é rechaçado por muitos ordenamentos jurídicos.^{102 103}

Por outro lado, Yoshino e Hagan definem alianças estratégicas empresarias como sendo uma parceria comercial que aumenta a eficácia das

¹⁰⁰ “Os contratos de *joint venture* são criados a partir de um acordo-base em torno do qual gravitam os contratos satélites, sendo seus objetivos realizados por um órgão de gestão e controle que pode ser uma pessoa física ou jurídica, mandatária, formal como uma sociedade por ações, ou informal, como o gerente de um consórcio”. (MAGALHÃES, José C.; BAPTISTA, Luiz O. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 59).

¹⁰¹ MORASH, Karl. Strategic Alliances as Stackelberg Cartels – Concept and Equilibrium Alliance Structure. **International Journal of Industrial Organization**. v.18, pp. 257-282, 2000.

¹⁰² A Lei 12.529/2011, atenta às novas formas e modalidades de alianças “estratégicas”, mudou o artigo 4º, da Lei 8137/90, com o fito de adequar a redação, expressamente prevendo, em seus incisos, que constitui crimes contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

¹⁰³ Ainda, como bem assinala a Paula Forgione, para que não haja a formação de cartéis, num mercado de oligopólios, a defesa da concorrência tornou-se um instrumento necessário de políticas públicas realizadas pelo Estado, no intuito de combater o abuso do poder econômico e permitir a livre iniciativa. (FORGIONI, P aula. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23)

estratégias competitivas das partes, propiciando o intercâmbio mútuo e benéfico de tecnologias, qualificações ou produtos baseados nesta.¹⁰⁴

Por esta definição, não estamos mais falando sobre acordos de preços. Aqui é exigido um pouco mais para a elaboração da aliança, qual seja, o intercâmbio mútuo de *know-how*.

Ainda nessa assertiva, Dussauge e Garrette afirmam que as alianças são ligações formadas entre dois ou mais *partners*¹⁰⁵ independentes que optam por executar, em conjunto, um projeto ou uma atividade específica, coordenando as habilidades demandadas e os recursos necessários. A intenção direta deles é afastar a execução do projeto ou atividade que fariam por conta própria, assumindo os riscos e enfrentando a concorrência sozinhos; e evitar a fusão não desejada das suas operações ou se desfazer de unidades de negócios inteiras, após um investimento fracassado.¹⁰⁶

Nessa definição, observamos que mais dois caracteres são introduzidos: a necessidade da partilha de riscos e a diminuição de investimentos.

O motivo de tantos aspectos diferenciados nas alianças reside exatamente do modelo de estratégia e do jogo que as partes querem fazer. Dessa forma, existem alianças: *pró-competitivas*, chamadas de vertical, em geral, formada por fornecedores e fabricantes, com o intuito de aperfeiçoar produtos e processos nos quais as partes não sejam concorrentes diretas; alianças *não-competitivas*, em que as partes realizam o mesmo tipo de negócio, mas nem por isso se encaram como concorrentes diretos entre si, e acordam com o fito de melhorar as condições gerais do negócio, exigindo, portanto, um grau maior de confiança; e *alianças competitivas*, nas quais os atores empresariais são concorrentes diretos, mas se interagem, por exemplo, para melhorar um determinado produto ou serviço, em benefício de ambos.¹⁰⁷

---

¹⁰⁴ YOSHINO, Michael Y.; RANGAN, U. Srinivasa. **Alianças estratégicas: Uma Abordagem Empresarial à Globalização**. São Paulo: Makron Books, 1996, p. 5.

¹⁰⁵ Utilizei-me da palavra em inglês por traduzir empresas e outros tipos de pessoas físicas ou jurídicas.

¹⁰⁶ DUSSAUGE, Pierre; GARRET, Bernard. **Cooperative Strategy: Competing successfully Through Strategic Alliances**. West Sussex: Wiley, 1999, p.03.

¹⁰⁷ YOSHINO, Michael Y.; RANGAN, U. Srinivasa. **Alianças estratégicas: Uma Abordagem Empresarial à Globalização**. São Paulo: Makron Books, 1996, p. 20.

Como muito bem apontou Walker e Hampson, as “redes” empresariais, tais como *joint ventures*, alianças estratégicas, ou regime de parceria, fornecem um mecanismo para partilha de riscos e otimização de recursos escassos que podem ser difíceis (se não impossível) para uma única entidade obter ou realizar sozinha no projeto. Dessa forma, a motivação crítica para realizar esses contratos é uma resposta em como lidar melhor com turbulências externas ao ambiente – frequentemente como uma resposta à incerteza, outras vezes às forças do mercado ou exigências do cliente, e uma necessidade de fornecer conjuntamente habilidades necessárias, recursos e competências para satisfazer as necessidades de um consumidor proporcionando, assim, melhores oportunidades de negócio.

Os propósitos principais dessas alianças são incluir a cooptação, a co-especialização, a aprendizagem e a internalização. A Cooptação ajuda a neutralizar potenciais rivais ou trazer para dentro do projeto organizações com bens ou serviços que preencham uma difícil lacuna. A co-especialização cria valor através da sinergia de recursos únicos e diferentes, que se tornam mais valiosos quando colocados juntos do que quando mantidos separados. Ao invés de apenas acrescentar apenas mais um elo, os produtos co-especializados fornecidos como parte de uma aliança são oferecidos de forma única e especial em que o conhecimento, experiência e *know-how* técnicos são muitas vezes implicitamente incluídos ao negócio.

Por outro lado, aprender o modo como se faz a internalização das competências acima narradas, fornece uma avenida para as organizações aprenderem, interiorizarem e desenvolverem novos produtos ou características. O objetivo ou motivação para cooptação, co-especialização, aprendizagem e internalização fornecem os princípios e argumentos básicos para formar uma aliança.¹⁰⁸

Para o contrato de aliança, em si, algumas dessas habilidades foram extraídas das alianças estratégicas. Mesmo que haja essa desambiguação

---

¹⁰⁸ DERECK, Walker; HAMPSON, Keith. Project Alliancing Member Organisation Selection. In DERECK, Walker; HAMPSON, Keith (coord). **Procurement Strategies. A relationship-based Approach**. Oxford: BlackWell Science, 2003, pp. 74-75.

realizada acima, foram exatamente os tipos de alianças estratégicas que culminaram com o modelo do *Project Alliancing*. Este estaria baseado nas estratégias pró-competitiva e cooperativa. E teriam como núcleo contratual a cooptação, a co-especialização, a internalização e a aprendizagem.

Embora estivessem presentes nessas alianças estratégicas a cooperação, e, em alguns casos, a partilha de riscos, faltava a união de todo o conjunto estratégico que envolvesse as definições acima aventadas, com um gestor central, de informação simétrica, com núcleo decisório. Um *Project Alliancing*.

Para tanto, houve a necessidade de se montar uma estrutura jurídica em que as partes (que eram concorrentes, ou tivessem relações de negócios competitivos até então): a) se dispusessem a abrir todas as informações privilegiadas que possuíam, transformando o jogo em informação completa e perfeita; b.) partilhassem know-how; c.) tivessem um método de comunicação próprio, interno; d.) fossem premiados pelo bom desempenho, e assumissem as consequências do não cumprimento de metas; e.) resolvessem seus problemas *interna corporis*, sendo as decisões reinseridas no sistema contratual como normas contratuais. A intenção era obter o ótimo de Pareto.

Não é por menos que os conceitos econômicos dos contratos de aliança partem das premissas do que o caracteriza. Vejamos, então, alguns deles.

O primeiro conceito que tomaremos para análise é o previsto no inciso 2.3.i do Decreto 2475/98, que regulamenta o Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS.¹⁰⁹ Diz a norma que:

Contratos de alianças são aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços "meta" e

---

¹⁰⁹ O Decreto foi expedido para regulamentar um procedimento simplificado para contratação com a Petrobrás, e cumprimento ao artigo. 67 da Lei nº 9.478/97. Lei essa que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional após a Emenda Constitucional 09/95, que acabou com o monopólio do Petróleo no Brasil.

"teto", para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado.

A definição aqui não é sistêmica. É casuística clausular. No entanto, alguns de seus caracteres principais estão presentes: a estratégia de cooperação na soma de esforços e gerenciamento comum, o método de recompensa com “bônus e penalidades” e os parâmetros de negociação com “preços meta e teto”.

Um conceito difundido, e um pouco mais técnico, é o elaborado por Jim Ross. É um conceito descritivo. Assim:

O Contrato de Aliança é o lugar onde um proprietário (ou proprietários) e um ou mais prestadores de serviços (*designer*, construtor, fornecedor, etc.) trabalham como uma equipe integrada para oferecer um projeto específico no âmbito de um quadro contratual em que os seus interesses comerciais estão alinhados com os resultados reais do projeto. De acordo com as formas tradicionais de contrato, as responsabilidades e riscos são atribuídos às diferentes partes com consequências comerciais e/ou jurídicas para cada parte individualmente, onde elas não conseguem gerenciar seus riscos ou realizar devidamente as suas obrigações contratuais/ legais. Sob uma pura aliança, os participantes: (A) assumem a responsabilidade coletiva para a entrega do projeto; (B) tomam posse coletivamente de todos os riscos (e oportunidades) associadas com a entrega do projeto; e (C) participam na "dor" ou "ganho" dependendo de como os resultados reais do projeto saem comparados com o pré-acordado de metas que eles façam em conjunto para alcançar. Sob uma aliança pura, os riscos são alocados de uma forma precisa - mas isso é feito por meio da operação do risco/arranjos de recompensa, e não através de responsabilidade legal.¹¹⁰

O primeiro aspecto importante desse conceito vem no termo “aliança pura”. Isto porque existem contratos de engeneering, com gerenciamento

¹¹⁰ “A “project alliance” is where an owner (or owners) and one or more service providers (designer, constructor, supplier, etc.) work as an integrated team to deliver a specific project under a contractual framework where their commercial interests are aligned with actual project outcomes. Under traditional forms of contract, responsibilities and risk are allocated to different parties with commercial and/or legal consequences for the individual parties where they fail to manage their risks or properly discharge their contractual / legal obligations. Under a “pure” alliance the alliance participants: (a) assume collective responsibility for delivering the project; (b) take collective ownership of all risks (and opportunities) associated with the delivery of the project; and (c) share in the “pain” or “gain” depending on how actual project outcomes compare with the pre-agreed targets that they have jointly committed to achieve. Under a pure alliance, risks are allocated in quite a precise manner - but this is done through the operation of the risk /reward arrangements, not through legal liability.” (ROSS, Jim. **Introduction to Project Alliancing (on engineering and construction projects)**. Disponível em: < https://iccpm.com/sites/default/files/kcfinder/files/Alliancing_30Apr03_D_PCI.pdf > . Acesso em 14 de março de 2011).

conjunto, fornecimento de materiais e partilhas de riscos e prejuízos, que não deixam de ser empreitada, ou seja, embora haja colaboração, os interesses são antagônicos. Exemplo seria o *Design Build* que veremos abaixo. Vale dizer, a forma de contratação contínua sendo pelos mecanismos de competição. Os interesses e estratégias, tanto do dono da obra, quanto dos demais participantes, são de maximizarem o lucro individual. Daí, as consequências são as regras gerais de responsabilidade civil e inadimplemento contratual. Voltaremos a isso.

O ponto forte desse conceito descritivo, além da colaboração e das metas pré-definidas, é o fato de que precisamente introduz um conceito diferenciado de responsabilidade: uma solução interna de risco/arranjos de recompensa, afastando a “responsabilidade legal”.

Outro conceito foi o elaborado pelo método. Fernandes, Lahdenperä, e Costa dizem que :

O contrato de aliança é um método de entrega de projeto com base em um contrato conjunto entre as “partes-chave” para um projeto em que as partes assumem conjuntamente a responsabilidade para a concepção e construção do projeto a ser implementado através de uma organização conjunta, e onde as partes partilham os riscos, tanto positivo quanto negativo, e observam os princípios de abertura no acompanhamento de custos e acessibilidade da informação na busca de uma estreita cooperação.¹¹¹

Neste conceito, temos o que nos contratos de aliança se chamam de partes-chaves. Essas partes-chaves são as partes do contrato de aliança, ou seja, aqueles que serão responsáveis por desenvolver pessoalmente quase a totalidade do contrato. Digo ‘quase’ porque muitas das vezes é necessário o fornecimento de um produto ou serviço que não possa ser realizado pelas partes-chaves.

---

¹¹¹ “PA is a project delivery method based on a joint contract between key parties to a project whereby the parties assume joint responsibility for the design and construction of the project to be implemented through a joint organization, and where the parties share both positive and negative project’s risks and observe the principles of openness in cost monitoring and information accessibility in pursuing close cooperation.” (LAHDEMPERÄ, Pertti et al. **Suitability of Project Alliancing for a Customary Apartment Renovation – A Case Study**. Disponível em < <http://www.cib2014.org/proceedings/files/papers/547.pdf> > . Acesso em 23 de janeiro de 2015).

Ademais, nesta definição se tem um dos principais aspectos do contrato, não observado nos demais: a questão da abertura no acompanhamento de custos e a acessibilidade da informação. Veremos que a informação será a “comunicação” no contrato de aliança.

Greg Rooney, a seu turno, destaca o método de solução de conflitos como o coração do contrato. Nas suas palavras:

*Projeto Alliancing é um relacionamento baseado num sistema de entrega do projeto, idealizado para projetos de infraestrutura complexos. Uma característica única de seu processo de arquitetura é que todas as partes, incluindo o proprietário, expressamente concordam em resolver todos os conflitos internamente, no próprio local e sem recurso a processos judiciais ou de arbitragem. Suas fundações são construídas sobre a seleção de pessoas que têm a capacidade de desenvolver uma robusta relação de trabalho e que podem prosperar em uma equipe sem a integração da cultura da culpa. A seleção da equipe está no cerne da abordagem do Projeto Alliancing.*¹¹²

Podemos dizer que encontramos nessa definição o que Teubner falaria sobre juridificação. Rooney percebeu que o contrato de aliança tem um método único e diferenciado de ajuste de soluções: a internalização na solução e o afastamento da culpa.

Em outras palavras, os problemas gerados dentro do contrato são resolvidos dentro do contrato. Não há a chamada sequer da arbitragem para a solução desses conflitos.¹¹³

Por outro lado, a forma de “realização” desses contratos é através de vários contratos interligados. Cada parte não empreendedora terá um núcleo

---

¹¹² “*Project Alliancing is a relationship based project delivery system designed for complex infrastructure projects. A unique feature of its process architecture is that all parties including the owner expressly agree to resolve all conflict internally, on the spot and without recourse to litigation or arbitration. Its foundations are built on selecting people who have the ability to develop a robust working relationship and who can thrive in a no blame integrated team culture. Team selection is at the heart of the Project Alliancing approach.*” (ROONEY, Greg. **Project Alliancing – The Process Architecture of a Relationship Based Project Delivery System for Complex Infrastructure Projects**. março, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1809267>> . Acesso em 12 de fevereiro de 2013).

¹¹³ Trataremos sobre a questão da inafastabilidade da jurisdição quando falarmos do inadimplemento.

contratual específico para sua área, com uma remuneração citada pelos critérios dela. Mas também fará parte de um outro sistema clausular específico da aliança, qual seja, aos relacionados com cooperação, partilha de lucros, bônus, índices de performance, e divisão de prejuízos, boa-fé, confiança, etc..

Muitas das vezes o núcleo contratual é formado por vários contratos “coligados”. E aqui precisamos fazer uma explicação e diferenciação.

Como bem diferencia Marino, os

Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca. Da noção apresentada podem-se deduzir os dois ‘elementos essenciais’ da coligação contratual juridicamente relevante: (i) pluralidade de contratos, não necessariamente celebrado entre as mesmas partes; (ii) vínculo de dependência unilateral ou recíproca. A existência de dois ou mais contratos distingue a coligação contratual de algumas figuras de contrato único que podem com ela se confundir (contratos complexos, mistos e plurilaterais), contribuindo para delimitá-la de modo adequado. Já o vínculo contratual possui aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, o que diferencia a coligação em relação pluralidade de contratos independentes.¹¹⁴

Assim, essa operação econômica seria o método necessário para compensar a relativa rigidez dos tipos contratuais tendo em vista à plasticidade da realidade econômica, permitindo uma superior representação do conjunto dos múltiplos interesses envolvidos em contratos de certa complexidade.¹¹⁵

Dessa noção, poderíamos enfatizar que o contrato de aliança possui vários contratos *celebrados entre as mesmas partes*, que só podem ser entendidos com a dependência de vínculo *bilateral e recíproco*. Portanto, sob esse aspecto, o contrato de aliança poderia ser um contrato coligado.

Entre os contratos de coligação, por outro lado, existem aqueles contratos que são conexos através de uma operação econômica, que os une. Tais contratos possuem uma complexidade determinada através de uma união

---

¹¹⁴ MARINO, Francisco P. C. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99

¹¹⁵ Idem, *op. cit.*, p. 24

realizada por um nexo funcional-econômico que implica consequências jurídicas.¹¹⁶

Ainda, na concepção de Leonardo, diferenciam-se os contratos coligados em: a.) contratos coligados em sentido estrito, onde a causa concreta é a lei; portanto, sua eficácia é paracontratual, ou seja, alguma eficácia ao lado daquela que se desenvolve ao contrato, com o reconhecimento de uma operação econômica unificada que se sobrepõe àquela pertinente a cada um dos contratos que se encontram coligados;¹¹⁷ b.) contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelos contratantes, onde, por força da autonomia da vontade, os contratantes firmam cláusulas que vinculam uma relação jurídica contratual a outra¹¹⁸ e c.) contratos conexos, que têm como principal diferença o caráter econômico, funcional e sistemático, permitindo uma interligação coordenada de relações contratuais em função de objetivos. Neste último caso, ocorre o aparecimento de uma causa sistêmica, produzindo uma unidade de operação econômica.¹¹⁹

Entre os contratos conexos existem aqueles que são destinados a operações não voltadas ao mercado de consumo mas que se funcionalizam através do artigo 421 do Código Civil, ou seja da função social do contrato. Para esses contratos, os efeitos jurídicos se dariam nos planos da validade e da eficácia. Portanto, seriam orientados pelos deveres laterais de conduta, entre eles os decorrentes da boa-fé, para que seu núcleo contratual não fosse afetado com invalidades.

Esse processo de *contagiação de invalidades* poderia afetar todo o conjunto contratual, ampliando de forma extensiva o conteúdo normativo do artigo 184 do Código Civil, para, através da concepção funcionalista, atingir não só o contrato propriamente dito, mas ser transmitida aos demais contratos que participassem do vínculo contratual, ainda que fossem realizados através de

---

¹¹⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p.129.

¹¹⁷ LEONARDO, Rodrigo X. Contratos Coligados, Redes Contratuais e Contratos Conexos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351-356.

¹¹⁸ Idem, *op. cit.*, p. 343.

¹¹⁹ Idem, *op. cit.*, p. 359-361.

estruturas autônomas, desde que estivessem ligados teleologicamente a uma operação econômica.¹²⁰

Ainda, entre os contratos conexos, existiram aqueles destinados à implementar as relações de consumo. Como acentua Leonardo: as redes contratuais “pressupõem dois ou mais contratos interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático que se destina à oferta de produtos e serviços ao mercado para consumo.”¹²¹ Portanto, para que houvesse “rede contratual” a destinação econômica final deveria ser o mercado consumidor.¹²²

Se, portanto, tivéssemos que enquadrar o contrato de aliança entre os aspectos acima apontados, ele seria um contrato coligado, conexo, não voltado ao consumo.

Ocorre que, embora haja sistematicidade¹²³ na elaboração dos contratos coligados conexos, inclusive com os deveres laterais de conduta, de colaboração e de informação, esta teoria não explica a questão do coração do contrato de aliança, ou seja, a solução interna dos conflitos, como meio de juridificação entre as partes. Não explica a questão da autorreflexividade.

¹²⁰ LEONARDO, Rodrigo X. Contratos Coligados, Redes Contratuais e Contratos Conexos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 373-377.

¹²¹ Idem, *op. cit.* p. 351.

¹²² Famosa é a construção do modelo elaborada por Lorenzetti para explicar a rede contratual. Nas suas palavras: “*Pero si arma una red de distribuidores, todos deben actuar coordinadamente y, si son contratos individuales, autónomos, hay algo que los une y que requiere que funcionen conjuntamente. Por otra parte, la red es oscura y compleja en sus relaciones: los productos y servicios pueden circular a través de ella sin que existan transferencias dominiales utilizando-se contratos de comodato o suministro.*” (LORENZETTI, Ricardo. Redes Contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos frente a Terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 28, pp.24, out./dez. 1998). Em tradução livre: Então se há uma rede de distribuidores, todos devem atuar coordenadamente e, se são contratos individuais, autônomos, há algo que os une e que requer que funcionem conjuntamente. Por outro lado, a rede é obscura e complexa em suas relações: os produtos e serviços podem circular através dela sem que existam transferências dominiais utilizando contratos de comodato ou fornecimento.

¹²³ Conforme explica BRUCH, “para Lorenzetti, o nível contratual tem como objeto o contrato e baseia-se no ato jurídico bilateral. Ele deve ser observado sob três perspectivas: interna, externa e temporal. A perspectiva interna abrange os elementos, efeitos e responsabilidades contratuais. A perspectiva externa ocupa-se dos efeitos para terceiros e da influência dos terceiros nos contratos. A perspectiva temporal considera os efeitos e responsabilidades pré-contratuais, pós-contratuais e nos contratos de longa duração.” (BRUCH, Kelly Lissandra. O contrato sob a abordagem da teoria sistêmica. **Cadernos de Direito, Piracicaba**, v. 11, p. 75, jul/dez. 2011).

É fato que a núcleo contratual cria uma unidade de operação econômica. Mas essa unidade de operação econômica também se autogere, se autodelimita e se autoajusta durante o cumprimento das obrigações.

Amadurecendo, portanto, todos esses conceitos acima verificados, colocaremos o que entendemos sobre o que seria o contrato de aliança.

Em primeiro lugar, o *Project Alliancing* é um subsistema autopoiético contratual. Por suas peculiaridades, ele foi sendo construído e realimentado pelas informações presentes na sociedade e nos demais subsistemas, entre eles o econômico, o administrativo e o direito, até atingir a sua individualidade, como unidade. Foi o contexto histórico, ou seja, um momento de grande concorrência, com quebra de monopólios, o contexto econômico, com a necessidade de mudar o método de realização de contratação, para atingir uma melhor performance, e a maturidade do pensamento no modo de estratégias a serem tomadas, com a mudança do jogo competitivo para o colaborativo, que culminou com o seu aparecimento.

Embora aparentemente seja um subsistema artificial, ele tem base nos sistemas que lhe deram origem: o econômico, o social e o direito.

Um interessante estudo elaborado por Gunther Teubner, sobre a organização de um grupo empresarial como exemplo de sistema autopoiético, pode ser paralelamente transposto para explicar o que ocorre dentro do contrato de aliança.

Para ele, existe uma diferenciação básica entre o contrato que formaliza um processo de troca, e que organiza a reprodução autopoiética do sistema econômico, e as organizações que realizam a formalização da cooperação, como outra das formas básicas de ação social. Nas suas palavras,

As organizações não constituem meros contratos reforçados por estruturas de governo ou direitos de decisão, mas sim formas fundamentalmente diversas de construção sistêmica no seio do sistema econômico. Trata-se de sistemas autopoiéticos elas também, cujos elementos não são, todavia, atos de pagamento mas decisões.¹²⁴

---

¹²⁴ TEUBNER, Gunther. "Unitas Multiplex": A organização do Grupo de Empresas como Exemplo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, pp. 77-110, jun-dez, 2005.

Para que as relações organizacionais se diferenciasssem dos contratos do processo de troca econômico, um aspecto chave seria uma estrutura em que houvesse a capacidade de produzir normas, reger-se por elas, com um órgão decisório hábil em decidir e executar suas decisões. Ainda, que essas decisões fossem reinseridas na organização, como normas, sendo respeitadas como tal. Seria uma juridificação interna, interna e aceita na sociedade.¹²⁵

Como muito bem disse Teubner

Se a confiança na norma privada sobre a autonomia social e acoplamento estrutural são aplicados não só para o sistema econômico, mas também para a multiplicidade de discursos sociais, ela pode se tornar um modelo para novas formas em que a lei, ao invés de depender exclusivamente de sua legitimação política e sua eficiência econômica, abra-se para a dinâmica da "sociedade civil".¹²⁶

¹²⁵ *"In a firm, hierarchical patterns of decision making, roles of supervision and control, and rules of competence are law-free organizational routines that guide the self-production of ongoing social processes. Whenever the quaestio juris is raised, for example in an internal disciplinary action, a subtle but decisive shift of meaning occurs. The firm's internal legal process, the system of "private justice"-not the official law of the State- rereads, reinterprets, reconstructs, reobserves these routines under the code legal/illegal and constitutes them a new as integral part of intraorganizational law. This is a mere fiction because organizational routines were meant as something else. The intraorganizational legal discourse misreads organizational self-production as norm production and thus invents a new and rich "source" of law. And it is the famous "legal affinity" of formal organizations that supports law's subtle misreading of organization. Since organizational routines tend to be "formalized" (that is, they shift from a mix of cognitive and normative expectations to purely normative expectations), it needs only a minute shift of meaning to read them as legal norms that had already existed before."* (TEUBNER, Gunther. Two Faces Of Janus. Rethink Legal Pluralism. In **Cardozo Law Review**, v. 13, pp. 1443-1462, p. 1453-1454, 1991-1992

Disponível em: <
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo13&div=95&id=&page=>>
 Acesso 23 de março de 2014). Em tradução livre: Em uma empresa, padrões hierárquicos de decisão, papéis de supervisão e controle, as regras de competência são rotinas organizacionais livres das leis que norteiam a autoprodução de processos sociais em curso. Sempre que o *juris quaestrio* é levantada, por exemplo, em uma ação disciplinar interna, uma mudança sutil, mas decisiva, de significado ocorre. O processo legal interno da empresa, o sistema de "justiça privada", não a lei oficial do Estado - relê, reinterpreta, reconstrói, reobserva essas rotinas sob o código legal/ilegal e constitui-lhes uma nova como parte integrante do direito intraorganizacional. Esta é uma mera ficção, porque rotinas organizacionais foram feitas como algo mais. O discurso jurídico intraorganizacional interpreta a autoprodução organizacional como a produção de norma e, portanto, inventa uma nova e rica "fonte" de direito. E é a famosa "afinidade legal" de organizações formais que suporta uma leitura sutil da lei organizacional. Rotinas organizacionais tendem a ser "formalizadas" (ou seja, elas mudam a partir de uma mistura de expectativas cognitivas e normativas às expectativas puramente normativas), sendo que só precisam dessa mudança de significado para minutos depois lê-los como normas legais que já existiam antes.

¹²⁶ *"If private law's reliance on social autonomy and structural coupling is applied not only to the economic system but also to the multiplicity of social discourses, it may become a model for new ways in which law, instead of relying solely on its political legitimation and its economic efficiency, opens up to the dynamics of "civil society."* (TEUBNER, Gunther. Two Faces Of Janus. Rethink

É exatamente isso que ocorre no contrato de aliança. Ele não é, simplesmente, um contrato atípico, envolvendo uma coligação de contratos conexos, que, por mais complexa que seja a sua estrutura, não deixam de ser contratos que formalizam um processo de troca econômico. Ele é mais.

O contrato de aliança é um subsistema autopoietico estruturado a partir da relação de cooperação entre pessoas (jurídicas ou físicas), com o fito da realização de um projeto em comum, com acordos econômicos prévios, alicerçado em informações simétricas, na condição de produção de normas e na capacidade de solução de conflitos *interna corporis*.

O código binário necessário, que trabalhará dentro do subsistema contratual, para a autorreprodução e reflexividade será válido/inválido,¹²⁷ levando-se em conta os critérios de informação aberta, cooperatividade e manutenção dos acordos econômicos.

Legal Pluralism. In **Cardozo Law Review**, v. 13, pp. 1443-1462, p. 1453-1454, 1991-1992 . Disponível em: <
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo13&div=95&id=&page=>> .
 Acesso 23 de março de 2014. p. 1462).

¹²⁷“*I should hasten to add: The binary code legal/illegal is not peculiar to the law of the State. This is not at all a view of “legal centralism”. It refutes categorically any hierarchically superior position of the official law of the State, but invokes rather the imagery of hierarchy of diverse legal discourses.*” (TEUBNER, Gunther. Two Faces Of Janus. Rethink Legal Pluralism. In **Cardozo Law Review**, v. 13, pp. 1443-1462, p. 1462 e p. 1451, 1991-1992 . Disponível em: <
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo13&div=95&id=&page=>> .
 Acesso 23 de março de 2014). Em tradução livre: Eu deveria apressar e acrescentar: O código binário legal/illegal não é peculiar à lei do Estado. Ele não é de toda uma visão de "centralismo legal". Ele refuta categoricamente qualquer posição hierarquicamente superior da lei oficial do Estado, mas invoca a imagem da hierarquia dos diversos discursos jurídicos.

Figura 3 - O sistema autopoietico do contrato de aliança

2.3 Diferenciação dos contratos para a realização de grandes obras

Para que possamos entender a complexidade do contrato de aliança, como surgiu e está sendo utilizado, faremos uma breve digressão no tema de contratos de grandes obras e infraestrutura, diferenciando-os.

Para a construção de uma grande obra, a conjunção de fatores que responda às perguntas sobre quem executa, financia e gerencia são relevantes.

Vimos acima que a BP, antes mesmo de fechar o contrato, analisou detidamente as possibilidades que possuía, para, somente a partir daí, fazer o seu diagnóstico estratégico.

Para isto, de maneira bem ampla e resumida, podemos evidenciar que, para a realização de uma determinada obra de grande porte, o empreendedor, proprietário do negócio, possui as seguintes alternativas:

- a) se responsabiliza pela concreção integral da obra, realizando-a em sua inteireza;
- b) contrata alguém que a faça, administrando-a e assumindo os riscos;
- c) contrata um terceiro, transferindo a ele a responsabilidade pela concreção da obra;
- d) contrata um terceiro para o gerenciamento da obra; ou
- e) encontra um parceiro para compartilhar em conjunto a execução da obra, o seu gerenciamento, os lucros e as perdas.

Vejamos, então, as possibilidades de uma forma um pouco mais detalhada.

2.3.1 O empreendedor empreiteiro

No primeiro sistema, o empreendedor realiza todas as etapas. Desde o processo inicial, com o projeto, a contratação de mão de obra, o gerenciamento de compras dos materiais, e se for o caso, a venda dos produtos e a execução da obra. Não é o comum.

São inúmeros os custos de transação para o empreendedor. É ele quem deverá buscar todos os profissionais das áreas envolvidas, calcular o custo financeiro do projeto, os riscos e assumir, para si, os resultados infrutíferos.

Não há um partilhamento de responsabilidade, seja civil ou tributária. É o proprietário ou empreendedor que está pessoalmente empenhado em seu projeto.

Diríamos que os contratos firmados sob este auspício seriam, na linguagem da teoria dos jogos, de competição e quase todos soma zero.

2.3.2 O *Design Bid Build*

No segundo método, o projeto para a execução da obra, encontra-se nas mãos da pessoa contratada, mas todo o restante como compra de materiais e gerenciamento estão ao encargo do contratante.

Em primeiro lugar, enquadra-se em uma das modalidades de um contrato de *engeneering*¹²⁸, ou seja, nas palavras de Maria Helena Diniz, um contrato em que “um dos contraentes (empresa de engenharia) se obriga não só a apresentar o projeto para a instalação de indústria, mas também a dirigir a construção dessa indústria e pô-la em funcionamento, entregando-a ao outro (pessoa ou sociedade interessada), que, por sua vez, se compromete a colocar todos os materiais e máquinas à disposição da empresa de engenharia e a lhe pagar os honorários convencionados, reembolsando, ainda, as despesas feitas”¹²⁹. Seria um contrato que teria a seguinte natureza jurídica: bilateral, consensual,

---

¹²⁸ Vale ressaltar que, tratando-se de grandes obras, o contrato de empreitada, para Hely Lopes Meireles, é abarcado pelo tema como contrato de construção, uma vez que “toda construção exige as inversões econômicas dos empreendimentos comerciais e os conhecimentos especializados dos profissionais da Engenharia e da Arquitetura. Daí resultam duas espécies de contratos: os de *construção* (por empreitada ou por administração) e os de *serviços profissionais* (projeto – fiscalização). Até mesmo a obra pública, quando confiada a particulares, dá lugar a certas modalidades de contratos de construção (empreitada – regime de tarefa). Além destes, outros ajustes subsidiários gravitam em torno da construção particular e pública, ora para fornecer recursos financeiros (contrato de financiamento), ora para recrutar mão de obra (contrato de trabalho para obra certa), ora para propiciar a edificação e facilitar a aquisição (contrato de incorporação de condomínio). (MEIRELLES, Hely L.; et. al. **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros, 2005, p 228

¹²⁹ DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 736, vol. 3

oneroso, não solene, comutativo, de duração continuada ou execução diferida e **impessoal**^{130 131}.

Entre os contratos de grandes obras, que se inserem aos de labor, está o *Design Bid Build (BBD)*¹³², que nada mais é do que um método de entrega de projeto em que o proprietário faz um contrato com uma empresa de arquiteto/engenheiro para que este preste serviços de design com base nos requisitos previstos pelo proprietário¹³³. A entrega do trabalho inclui planos e especificações para a construção do projeto.

Os principais pontos fortes desse método são:

- O BBD começa a partir de um relatório de viabilidade técnica e, atualmente, no Brasil, envolvendo também a questão relacionada com sondagem de solo, de recursos hidrominerais e de impacto ambiental^{134 135}

¹³⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade**. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.279

¹³¹ “É um contrato atípico, pois não está regulado por nosso direito positivo; misto, pois nele temos também características de vários contratos típicos, como empreitada, compra e venda, Know How e outros, embora com eles não se confunda; bilateral e oneroso, pois envolve duas pessoas que têm direitos e obrigações recíprocas” (MALUF, Carlos A. B. D; MONTEIRO, Washington de B; SILVA, Regina B. T da. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. 2ª Parte. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.517).

¹³² “Design/bid/build is a project delivery method in which the owner enters into a contract with an architect/engineer _A/E_ firm that provides design services based on the requirements provided by the owner. The A/E deliverables includes plans and specifications for the construction of the project.” (HALE, Darren R. et al. Empirical Comparison of Design/Build and Design/Bid/Build Project Delivery Methods. **Journal Of Construction Engineering And Management**, pp 579 – 585, july 2009). Em tradução livre: Design/bid/build é um método de entrega de projeto em que o proprietário faz um contrato com uma empresa de arquiteto / engenheiro que presta serviços de design com base nos requisitos previstos pelo proprietário. As entregas do trabalho inclui planos e especificações para a construção do projeto ”.

¹³³ Artigo 610, parágrafo segundo do Código Civil

¹³⁴ Principalmente para grandes obras, quase sempre há necessidade do EIA-Rima, ou seja, o Estudo De Impactos Ambientais e o Relatório de Impacto Ambiental. O artigo 10 da Lei 6938/81, determina que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. Tal legislação tem amparo no artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV , da Constituição Federal, na Lei 12.651/2012, na Lei Complementar 140/2011, na Resolução CONAMA 237/97, entre outros.

¹³⁵ “Portanto, resta claro que diante de um empreendimento de grande proporções ocupando um espaço de 200 (duzentos) hectares, como é o caso do Complexo Pitimbu Resort, nas proximidades do Rio Pitimbu, um manancial de tamanha relevância para o abastecimento humano, tem se imprescindível o estudo prévio de impacto ambiental, mesmo que a área licenciada seja apenas de uma unidade do empreendimento, até porque como mencionado, está evidente que o empreendedor pretende instalar todo o Complexo e não apenas o hotel. Sobre o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), podemos citar que o seu objetivo maior é a prevenção do dano, antes de sua manifestação, razão da

- faz um levantamento prévio dos custos, mediante orçamento detalhado, muitas das vezes até com planilhas individualizadas para cada item;
- um projeto básico: com todos os percalços da obra, incluindo os itens 1 e 2;
- e um projeto executivo, com as etapas de concreção da obra.

Este modelo é um dos utilizados pela Lei 8666/93¹³⁶, onde a licitação determina que o vencedor seja aquele que apresente o menor ou o melhor preço.

Os problemas neste sistema são:

- desde o início, o proprietário é quem detém o gerenciamento integral da obra, contratando, separadamente, os serviços de engenharia, a aquisição de equipamentos e materiais e a construção propriamente dita;

---

criação pelo legislador do EIA. Portanto, demonstrado está a necessidade de que o EIA seja elaborado no momento certo, antes da execução ou mesmo antes de atos preparatórios, só assim será cumprido o seu destino básico que é a prevenção do dano ambiental. De fato, a única forma de assegurar e prevenir danos ao meio ambiente e principalmente avaliar as medidas de correção dos impactos negativos que um empreendimento poderá trazer ao meio ambiente, é a exigência do Estudo de Impacto Ambiental (...).(TJRN, Vara da Fazenda Pública de Parnamirim/RN Processo 124.00.000577-3 - Sentença - Ação Civil Pública – DJRN publicação 12/02/2008. p.443)

No mesmo sentido: "Embora tenha havido a expedição do Alvará de nº 0443 / 96,26 e posterior expedição do Alvará de nº 0514/OI, 2 7 em 19.12.2001, para construção de hotel em área de 15.867,09 m2 pela Municipalidade de Guarujá, expedição do Ofício CPRN/DAIA197/200028 da Coordenadoria de Licenciamento Ambiental e de Proteção de Recursos Naturais - CPRN (Secretaria de Estado do Meio Ambiente) no sentido da dispensa do Licenciamento Ambiental Prévio, mostra-se necessária a realização de estudo prévio de impacto ambiental para a obra potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, como afirmado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. A análise de todo material fotográfico produzido, tiradas desde meados de 1990 até 2008, somada às constatações dos Assistentes Técnicos do Ministério Público acerca destas imagens, permite a conclusão de que a área sofreria degradação ambiental com a realização de intervenções, como já sofreu com a supressão de parte da vegetação, em nítido desrespeito às normas protetivas. Dúvidas não restam sobre a necessidade de realização de estudo prévio de impacto ambiental para a obra potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, de acordo com o artigo 225 da Constituição Federal." (TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Apelação Cível nº 990.10.119966-1 – Guarujá, Rel. Renato Nalini, j. 16/12/2010, Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4874382&cdForo=0> >)

¹³⁶ Artigo 7º, inciso I da Lei 8666/93

- as partes envolvidas na construção, como os projetistas e os construtores, não agem, necessariamente, de forma integrada;
- A não ser que previsto de forma diferente, a conclusão põe fim ao contrato existente entre projetistas e construtores, sendo certo que a operação e responsabilidade pela manutenção ficam com o dono da obra;
- nessa modalidade de negócio, o risco maior é atribuído ao dono da obra/proprietário do empreendimento, que também deve assumir a responsabilidade pelo projeto executivo, inclusive a definição e execução de todas as normas técnicas e procedimentos de implantação.

Os custos de transação, neste contrato, são altos, pois o projeto básico, o projeto executivo, e demais responsabilidades, deixarão o dono da obra à mercê do planejado em um determinado momento da técnica. Ficará, portanto, limitado aos aspectos referentes à qualidade do empreendimento (na modalidade menor preço), uso de novas tecnologias nos projetos, implicando em maiores custos de manutenção e operação.¹³⁷

---

¹³⁷ “As clients sign contracts individually with designers and contractors, there is no contractual bond between designers and contractors, except the channels for coordination and communication. The designer prepares a design package, including contract documents; next the owner submits the package for bidding and selects the best contractor to undertake construction of the project. This system is common method used and is found to suit clients of all types, particularly government institutions. Due to the feature of linear progression, this system provides better management for the client, but it gives little considerations to the designing, information communication and construction delivery.” (TSAI, Tsung-Chieh; YANG, Min-Lan. **Risk Assessment of Design Bid Build and Design Build Projects**. Journal of the Operations Research Society of Japan. vol. 53, nº. 1, pp. 20–39, March 2010. Disponível em: < http://www.orsj.or.jp/~archive/pdf/e_mag/53-1-20-39.pdf> Acesso em: 13 de junho de 2013). Em tradução livre: Na medida em que os clientes assinarem contratos individuais com projetistas e empreiteiros, não há nenhum vínculo contratual entre projetistas e empreiteiros, exceto os canais de coordenação e comunicação. O designer prepara um pacote de design, incluindo o caderno de custos/encargos; seguinte, o proprietário envia o pacote para licitação e seleciona o melhor empreiteiro para realizar a construção do projeto. Este sistema é um método comum usado e é encontrado para atender clientes de todos os tipos, em particular as instituições governamentais. Devido à característica de progressão linear, este sistema proporciona uma melhor gestão para o cliente, mas dá poucas considerações para a entrega da concepção, comunicação de informações e construção.

Como mesmo se pode observar, é caso claro de um jogo de competição, tipo soma-zero, pois cada parte arcará na medida do que contribuir, em sentido opostos.

Figura 4 - O método do *Design Bid Build*

2.3.3 Design-Build

Na terceira opção, trata-se de contrato de *engineering*¹³⁸⁻¹³⁹, disponível ao dono da obra para empreender seu negócio, o empreendedor detalha os limites da obra, com prazos escalonados ou não, e contrata uma

¹³⁸ Contrato atípico, misto, bilateral, oneroso e impessoal.

¹³⁹ Desambiguação. Vera Helena de Mello Franco distingue entre os contratos de obra ou *engineering*, dois modelos básicos (i) o *consulting engineering*; e o (ii) *commercial engineering*. Para ela, no primeiro modelo, o objeto é a consultoria para a elaboração do projeto da obra, bem como o planejamento financeiro para viabilizar a construção do empreendimento. Ou seja, o que vimos como *Design Bid Built*. Já o *consulting engineering* tem por escopo a construção e execução propriamente dita do empreendimento. É o EPC e suas modalidades. (FRANCO, Vera H. De M. **Contratos. Direito Civil e Empresarial**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 385).

pessoa para realizá-lo em sua inteireza, que o gerenciará, responsabilizar-se-á nos termos contratuais assumidos e pela entrega da obra.¹⁴⁰ Em geral é utilizada em obras para construção de hotéis, hospitais, etc.¹⁴¹

No modelo Desing – Build (DB), como destaca Bueno,

Uma única entidade jurídica contratada (a construtora ou um consórcio) responsabiliza-se perante o empreendedor pelos serviços e fornecimentos necessários e suficientes à entrega do empreendimento em condições operacionais, com segurança e para o fim a que se destina. Trata-se da garantia de *fit for the purpose*¹⁴² do Direito inglês,

¹⁴⁰“A empreitada pode ser realizada de duas maneiras: a) o empreiteiro contribui somente com o seu trabalho; b) além do trabalho, ele concorre também com o fornecimento de materiais. Estabelece realmente o art. 610 do Código Civil de 2002 que “o empreiteiro de uma boa obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais”. No primeiro caso, o empreiteiro assume apenas obrigação de fazer (a execução do serviço), no segundo, contrai não só a obrigação *in faciendo*, como também a de dar (fornecimento de materiais). Saliente-se, todavia desde logo, que, embora com fornecimento de materiais, a empreitada é contrato de índole civil. A importância dessa discriminação assume singular importância no tema das construções. Distinguem-se então duas modalidades: contrato de empreitada propriamente dito e contrato de empreitada sob administração. Nesta, incumbem ao proprietário o fornecimento dos materiais e o pagamento da mão de obra, a medida que os trabalhos se desenvolvem; ao empreiteiro a quem tocam a direção e fiscalização, cabe uma remuneração determinada, em regra, certa porcentagem sobre o valor global das somas dispendidas pelo dono da obra. Naquela, tudo compete ao empreiteiro: materiais, mão de obra, direção e supervisão; o preço ajustado entre os contratantes cobre todas essas verbas; o empreiteiro não tem direito a qualquer acréscimo, ainda que o material encareça ou suba o salário dos empregados, sendo inadmissível a invocação da *clausula rebus sic stantibus* para isentá-lo de suas de suas obrigações; ele só tem direito a acréscimo se houver alteração do plano primitivo.” (MALUF, Carlos A. B. D; MONTEIRO, Washington de B; SILVA, Regina B. T da. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. 2ª Parte. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 265).

¹⁴¹ O *design-build* tem se popularizado entre os clientes, especialmente em obras industriais e comerciais. As organizações têm dissolvido as equipes internas de engenharia e focalizado as competências centrais. Muitos clientes não desejam mais se envolver na administração dos contratos, coordenação e arbitragem do empreendimento. Empregado usualmente por clientes experientes, em obras com programas simples e prazo reduzido, o *design-build* tem se difundido na construção de escolas, hotéis e edifícios comerciais.” (GRILO, Leonardo; MELHADO, Silvio. Tendências para a Gestão do Processo de Projeto e do Empreendimento no segmento de Obras por Encomenda: Estudo Exploratório Em São Paulo – SP. **III Simpósio Brasileiro de Gestão e Economia da Construção**. Disponível em: <<http://www.infohab.org.br/acervos/buscaautor/codigoAutor/2678/page/1#>> Acesso: 26 de março de 2013).

¹⁴² A garantia de “*fit for the purpose*” ou “*fit for purpose*” é uma garantia do *common law* que viabiliza a obra do início ao fim do empreendimento com a entrega da obra como prometida, em geral padronizada pela FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) ou pela UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). Ou seja, é uma cláusula de responsabilidade geral de entrega da coisa perfeita e acabada, pronta para uso. Em geral, as empresas possuem seguros integrais dessas obras no mesmo esquema, encarecendo o empreendimento. Dessa forma: “*Traditionally, a general contractor, similar to a manufacturer, is responsible for delivering a building “fit for the purpose”, as the general contractor’s liability is judged by the end result. For professional service including architectural/engineering design, the professionals are encouraged to explore new frontier by exercising their professional judgment with their best endeavor. Their liabilities are judged by the process and their duties are discharged with “due care and skill”, not guarantee for a result. In the UK and many common law jurisdictions, the main role of a D/B contractor is comparable to that of a manufacturer and shall be responsible for*

incluindo-se entre as obrigações da contratada o projeto, a aquisição de materiais e equipamentos, a construção, a montagem, o desenvolvimento do programa de testes e comissionamento e a garantia da qualidade e operacionalidade do empreendimento.^{143 144 145}

Vale aqui lembrar, que o projeto básico e de execução também é feito, mas dessa vez pelo empreiteiro. Contudo, seguem os parâmetros acima do DDB quanto, por exemplo, à questão ambiental.

São, em regra, os contrato de EPC – ou seja, *Engineering, Procurement and Construction – EPC*, no Brasil conhecidos como Empreitada Integral de Preço Global ou Empreitada Integral de Preço Global e de Chave na mão (*EPC Turnkey Lump Sum*).

O arranjo *turnkey*, (também conhecido como o "pacote", "projetar e construir", "*clé-en-main*" ou "*design and construct*") coloca o dever de projetar e

---

delivering a building that is "fit for the purpose". This type of liability was also imposed upon D/B contractors in Hong Kong in the first draft of the government's standard conditions for D/B contract. Upon request and protest from Hong Kong general contractors, the liability was reduced to the standard of exercising "reasonable skill and care" as that required of consultants." (CHAN, Edwin H. W. **Contract Strategy for Design Management in the Design and Build System**. Disponível em:

<[http://repository.lib.polyu.edu.hk/jspui/bitstream/10397/102/3/Contract%20strategy%20\(IJPM\)%207-5-2005-EC-2.pdf](http://repository.lib.polyu.edu.hk/jspui/bitstream/10397/102/3/Contract%20strategy%20(IJPM)%207-5-2005-EC-2.pdf) > . Acesso em 13 de maio de 2013). Em tradução livre: Tradicionalmente, um empreiteiro geral, semelhante a um fabricante, é responsável pelo fornecimento de um construção "apta para a finalidade", como a responsabilidade do empreiteiro julgada pelo resultado final. Para serviços profissionais, incluindo a concepção arquitetônica/engenharia, os profissionais são encorajados a explorar novas fronteiras ao exercer trabalho profissional, esforçando-se com o seu melhor. Suas responsabilidades são julgadas pelo processo e suas funções são analisadas de acordo com o "devido cuidado e habilidade", e não pelas garantias por um resultado. Nas jurisdições de *commom law* do Reino Unido e muitos outros, o papel principal de um empreiteiro DB é comparável a de um fabricante e deve ser responsável pela entrega de um edifício que está "apto para tanto". Também foi imposto este tipo de responsabilidade para os engenheiros de DB em Hong Kong, no primeiro esboço das condições padrão do governo para contratos do tipo DB. A pedido e protesto dos empreiteiros gerais de Hong Kong, a responsabilidade foi reduzida para o nível de exercício "habilidade e cuidado razoável" que é o exigido de consultores."

¹⁴³ BUENO, Julio C. Melhores Práticas em Empreendimentos de Infraestrutura: Sistemas Contratuais Complexos e Tendências num Ambiente de Negócios Globalizado. In. SILVA, Leonardo T. **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

¹⁴⁴ No mesmo sentido: "A perspectiva de escopo pode ser inferida pela própria sigla EPC (do inglês, *engineering, procurement and construction*), que se refere à atribuição em um único agente de toda a responsabilidade pelo escopo de implantação do empreendimento, desde a fase de engenharia e suprimento até a total construção, montagem (quando for o caso) e o início de operação do empreendimento, em conformidade com os requisitos técnicos de qualidade, segurança e desempenho estabelecidos pelo dono da obra. Evita-se, dessa forma, que falha de uma fase de implantação, especialmente a fase de engenharia, impacte o custo e o cronograma de implantação das fases seguintes, as quais são (a ela, engenharia) intrinsecamente vinculadas." (SILVA, Leonardo T. Os Contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico Contratual. In SILVA, Leonardo T. **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24).

¹⁴⁵ É praticamente a mesma redação do inciso I do art. 2º da Lei nº 12.462.

construir unicamente nas mãos do empreiteiro. Não existe uma definição única em termos de construção. O termo "*turnkey*" tende a significar a forma mais extrema de projeto e coloca toda a responsabilidade de construção nas mãos do empreiteiro, de tal forma que, após conclusão, o dono da obra só precisa virar a chave para começar o funcionamento da instalação construída.¹⁴⁶

Comparativamente ao contrato anterior, a fase de planejamento de aquisição para DB e DBB é a mesma, exceto que, no caso do DB, o processo relativo ao projeto é feito uma única vez. Para um projeto DBB, a equipe projetista realiza dois projetos: um referente à arquitetura e outro para a construção. O processo de planejamento de aquisição em um projeto DB inclui todo o pessoal envolvido, desde a concepção até a conclusão. A equipe permanece unida durante toda a vida do projeto. Por outro lado, em um projeto DBB a equipe se reúne para o projeto inicial, mas pode se dispersar em qualquer uma das fases. Por exemplo, o pessoal envolvido no planejamento inicial (projeto básico e executivo) pode não ser o mesmo do envolvido na administração do contrato, dificultando, muitas das vezes, sua execução. O DB resolve essa questão.¹⁴⁷

Em geral, pela extensa responsabilidade que o construtor assume, o dono da obra ou o próprio empreiteiro possui seguro que cobre integralmente ou parte dos prejuízos, em caso de inadimplemento. Outras vezes, como no caso da incorporação imobiliária, tal garantia é decorrente do patrimônio de afetação¹⁴⁸

¹⁴⁶ "The "*turnkey*" arrangement, (also known as the "*package deal*", "*design and build*", "*clé-en-main*" or "*design and construct*") places the duty to design and construct solely on the contractor. There is no accepted definition for each of these terms in the construction field. The term "*turnkey*" tends to mean the most extreme form of placing design and construction responsibility on the contractor, such that after completion the employer need only turn the key to commence operation of the constructed facility", (HUSE, Joseph A. **Understanding And Negotiating EPC Contracts**. London: Thonsom, Sweet & Maxwell, 2002, p. 5).

¹⁴⁷ ALLEN, Linda N. **Comparison of Design-Build to Design-Bidbuild as a Project Delivery Method**. Dissertação. (Master of Cience). Naval Postgraduate School. California, 2001, 99 p, p. 5.

¹⁴⁸ O artigo 31-A e seguintes da Lei 10.931/2004 possibilita que o incorporador pode realizar um patrimônio de afetação, enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação. Assim, a afetação alcança o patrimônio do incorporador "envolvido na construção, e necessário para a finalidade da contratação. Se a incorporação visa à construção de prédio de conjuntos para escritório, os bens suscetíveis de ficarem vinculados ao cumprimento do contrato resumem-se no terreno, nas unidades não transferidas, nos materiais de construção adquiridos, e nas prestações que vão sendo pagas. Esse será o patrimônio apartado, ou segregado. Não abarca os outros imóveis do incorporador, ou os valores de suas contas bancárias, e nem os créditos que tem a receber". (RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edílio e Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.345).

realizado especialmente para isso. Neste caso, o empreiteiro recebe por partes do projeto, de acordo com sua evolução, pelo método de medição.

Muitas das vezes, esses contratos envolvem a confecção de vários outros contratos, que estarão ligados aos projetos, entre eles: Licenças de usos de marcas ou patentes, transferência de tecnologia (*know how*),¹⁴⁹ contratos de prestações de serviços de vários gêneros (elétricos, montagens, orçamentistas, etc), contratos de empreitadas,¹⁵⁰ contratos de assistência técnica, fornecimento de materiais, contrato de operação (como no caso do Build-Operate-Transfer - BOT¹⁵¹) e demais necessidades.

São benefícios desses contratos para o dono da obra:

- a existência de um único contrato com um empreiteiro geral;
- diminuição de risco do investidor com relação a subcontratados;
- gerenciamento nas mãos do empreiteiro quanto à obra e fornecimento de materiais;

¹⁴⁹ “Nesse tipo de contrato atuam duas figuras, o transmitente e o licenciado. O transmitente pode ser pessoa física ou jurídica que tenha descoberto um novo processo tecnológico ou que possua um conhecimento técnico original e que queira, mediante pagamento, transmiti-lo a outrem, e o licenciado, que também pode ser pessoa física ou jurídica, que é quem adquire o processo tecnológico recém-descoberto ou conhecimento técnico novo para aplicar em suas atividades profissionais”. (MALUF, Carlos A. B. D; MONTEIRO, Washington de B; SILVA, Regina B. T da. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. 2ª Parte. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.513).

¹⁵⁰ Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, empreitada é um contrato em que “uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado.” (PEREIRA, Caio M. S.; PEREIRA, Regis F. **Instituições de Direito Civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 315). Cuida-se, portanto, de contrato oneroso, sinalagmático, comutativo e consensual. É oneroso porque exige dispêndio de ambas as partes; é sinalagmático porque dele emergem obrigações recíprocas e interdependentes (a obrigação de pagar o preço e a de executar a obra); é comutativo porque as obrigações são de plano conhecidas dos contratantes no momento da conclusão da avença (nada impede, porém, que as partes o estabeleçam sob a modalidade aleatória); é consensual porque a lei não estabelece forma determinada e não depende da entrega de coisa, aspecto esse que é de sua fase executória.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos Em Espécie**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2009, p.216).

¹⁵¹ “Nesse caso, a empreiteira aporta recursos financeiros particulares, tecnologia e estrutura próprias, explora o empreendimento e, ao término do prazo contratual, devolve o empreendimento ao proprietário, mediante ou não uma taxa de reversão. É como um mecanismo de financiamento privado para obras públicas de infraestrutura.” (MOHAMAD, N. W. B. **Built Operate and Transfer Method (BOT) New Philosophy in Construction Industry Kuantan Malásia**: University Malaysia Pahang, 2009. Disponível em: < <http://fka.ump.edu.my/article.cfm?id=521> > Acesso em: 17 de abril de 2014).

- cláusulas de performances por etapas ou ao final do empreendimento.
- conhecimento prévio dos custos, podendo ou não haver cláusula de reajuste econômico.

As vantagens principais, então, estão ligadas à questão da responsabilidade e transferência do risco do empreendimento.

São desvantagens nesse modelo:

- requer o conhecimento preciso do que o dono da obra necessita;
- demanda prazo para a estipulação exata de todos os termos necessários para que possa avaliar todas as propostas;
- riscos e custos podem ser fatores que diminuam o número de concorrentes;
- por ficar o empreiteiro com toda a responsabilidade, em geral há um custo extra pela gerência, e, em países como o nosso, pela previsão de inflação ou desestabilização econômica.¹⁵²

Um dos principais problemas, no Brasil, sobre o tema é a questão do desequilíbrio da base desse contrato e se pode ou não ser aplicada a Teoria da Imprevisão.

Em interessante julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que analisou o contrato com preço fixo para empreitada global, assim decidiu sobre a quebra da base objetiva do negócio jurídico, a teor da onerosidade excessiva nos contratos de *engineering*:

Incontroverso que as partes firmaram contrato de subempreitada envolvendo construção de escola municipal, bem como, posteriormente, pacto aditivo. Contudo, por aduzir que gastou na obra valor superior àquele que recebeu no contrato, pugna a apelante pelo recebimento da

---

¹⁵² FERRARI, Onevair. **Fatores de Influência na Definição de Modalidades em Contratação de Projetos**. 218 p. Tese (Doutorado em Engenharia). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2011, pp. 92-98.

diferença. Note-se, preliminarmente, que não existe vício ou deficiência na fundamentação exarada na r. sentença recorrida. A insatisfação quanto ao seu conteúdo não se confunde, em absoluto, com a falta de requisito essencial. No mérito, é de se notar que o contrato dispõe de modo claro que a forma de contratação da empreitada é por 'preço fechado', denominada pela doutrina como 'empreitada de preço fixo absoluto', conclusão que se chega da análise das cláusulas IV e V do pacto (fl. 302) e também do aditivo (fl. 305), que tratam de preço global e vedam expressamente o reajuste. Nesta espécie de contrato, pactua-se o pagamento de determinado valor para a conclusão da obra globalmente, não cabendo ao empreiteiro o direito de exigir acréscimos no valor. Neste sentido, confira-se o ensinamento de Flávio Tartuce: 'O art. 619 do Código Civil em vigor trata da empreitada com preço fixo absoluto e da empreitada com preço fixo relativo. Prevê este comando legal que salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço (empreitada com preço fixo absoluto). Isso, mesmo que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra (empreitada com preço fixo relativo)'. (Direito Civil, vol. 3, 9ª edição, p. 490, Método, 2014). Desta maneira, descabe a cobrança de qualquer valor adicional àqueles inicialmente pactuados por escrito. Nem soa razoável e com influência que a apelante se alegue hipossuficiente, por isso postulando intervenção judicial para o reequilíbrio contratual, pois é de se notar, estando-se frente contrato civil, não ostenta a qualidade de consumidora, sendo imanente, e que fica apanhado, que só veio a ser contratada e envolvida nessa empreitada exatamente por ser empresa especializada no ramo da construção civil. Sob esta perspectiva, incabível pretender agora reaver prejuízo advindo de mau negócio que realizou, se o foi. Eis quê, já agora, em face de contrato cumprido e encerrado, a ponderação que fica é a de que sua fora a análise do preço e fixação do custo de sua mão de obra. E como tudo em tratativa da espécie, com sobrepreço de seu lucro. A despeito dessa convicção, é bem verdade que a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico permite a revisão do pacto, a fim de evitar a onerosidade excessiva. Contudo, no presente caso não há evento imprevisível ou extraordinário levantado à revisão do contrato, que a este tempo, com o contrato cumprido e resolvido, admitir a modificação do pacto sem elementos que apontem com clareza a imprevisão que gerou a suposta onerosidade excessiva, atentaria em face da segurança jurídica e prejudicaria as finanças daquele que contratou a empreitada por preço fechado. E certamente, considerando o orçamento 'pronto' apresentado de início. Do mesmo modo, não procedem os questionamentos quanto às formas dos pagamentos, que se deram em parcelas, tendo em vista que, também aqui, verifica-se que houve previsão contratual expressa neste sentido regulando as etapas de solvê-los. E porque assim combinado, se fora obrigada a contratar empréstimos bancários para pagar os funcionários da obra, tal circunstância se deu unicamente em razão da falta de planejamento da apelante, por risco seu'. (TJSP, 22ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9144266-15.2009.8.26.0000 – Santo André, Rel. Hélio Nogueira. DOE 04/09/2014. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7815401&cdForo=0> >).

Pondera, ainda, Fabio Coutinho de Alcântara Gil sobre a questão da não alteração do preço, que este não equilíbrio gera prejuízo para ambas as partes.

Diz ele que os

Contratos de *engineering* tipicamente vivem o dilema da cooperação versus o interesse individual, dada a continuidade no tempo da relação contratual e a circunstância de que o pagamento do preço inicialmente fixado em contrato não constitui o único dever do dono da obra do ponto de vista da execução ótima do contrato. No exemplo acima, caso o dono da obra não proceda ao reequilíbrio contratual dado o súbito aumento de preços de certa matéria prima, abre-se campo para comportamentos que fogem ao melhor interesse deste último na medida em que o empreiteiro tenderá a reduzir custos de outros itens envolvidos na construção, redução essa que pode não atender ao interesse do dono da obra. Ao mesmo tempo em que interessa ao empreiteiro a redução de custos globais, com consequente aumento da margem de lucros, para o dono da obra, redução de custos pode representar decréscimo de qualidade, com reflexos na utilidade que pretendia extrair da obra, a posteriori. Se fica claro que nem sempre atende ao melhor interesse do dono da obra pagar o menor preço, ao empreiteiro também nem sempre interessa a redução de custos em prejuízo da qualidade final da obra, visto que eventuais garantias contratuais podem gerar demandas por reparos custosos e o dano à reputação do empreiteiro pela má consecução da obra de grande porte é facilmente verificável por outros possíveis clientes.¹⁵³

Contudo, devemos ressaltar que a Teoria da Imprevisão deve ser utilizada com cautela no caso de contrato utilizando o método da empreitada global de preço certo e chave na mão. Isto porque cabe ao engenheiro responsável a realização de todos os levantamentos de seus riscos, inclusive aqueles advindos dos custos de inflação, variação cambial, aumento de salários, etc. Não há como o dono da obra, durante o processo do cumprimento da obrigação, fiscalizar passo a passo o trabalho do empreiteiro. Significa que a má-gestão e o cálculo mal realizado do empreiteiro não podem recair sobre os ombros de quem optou por não correr esse risco, cedendo do método Design Bid Build para o Design Build. A Teoria da Imprevisão deverá ficar restrita, para aplicação nesse caso, a fatores realmente imprevisíveis ou extraordinários,¹⁵⁴

¹⁵³ GIL, Fabio C. A. **A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering**. 143 p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 88.

¹⁵⁴ Artigo 478 do Código Civil.

tendo como parâmetro o mercado especializado, não as relações individuais comuns.

Assim, não restam dúvidas que nestes contratos a estratégia ainda é de competição, baseados nos jogos soma zero.

Figura 5 - O método do *Design Build*

2.3 4 EPCM - *Engineering, Procurement and Construction and Management*

Ainda como contrato de *engineering*, no quarto caso, o empreendedor contrata uma pessoa especializada em gerenciamento do projeto. Contratará, também os demais agentes necessários para a todo o percurso necessário para início, meio e fim da empreitada. Só que o gerenciamento destes participantes será realizado pela contratada, especialista no assunto. Seria o EPCM - *Engineering, Procurement and Construction and Management*.

Sob o modelo de EPCM, o gestor não faz a construção - ao contrário, ele desenvolve o projeto e gerencia a execução processo em nome do Proprietário.

O que é exigido do empreiteiro gestor é a administração e condução dos trabalhos,¹⁵⁵ sendo certo que receberá sua remuneração estipulada que poderá ser sobre porcentagem da obra,¹⁵⁶ cabendo ao proprietário o fornecimento de materiais, sendo apenas deste todos os riscos da obra¹⁵⁷⁻¹⁵⁸, a não ser por culpa do empreiteiro.¹⁵⁹ Neste último caso, o empreiteiro gestor terá que restituir o que recebeu.¹⁶⁰

Assim, as principais responsabilidades potenciais EPCM gestor dizem respeito à violação ou negligência:

- (a) no desempenho do trabalho de design;
- (b) na preparação da estimativa de custo de orçamento;
- (c) na preparação de uma estimativa da duração do trabalho;
- (d) na gestão, aquisição e administração dos contratos comerciais.

---

¹⁵⁵ O artigo 58 da Lei 4591/64, determina que nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra.

¹⁵⁶ Artigo 614 do Código Civil

¹⁵⁷ Artigo 612 do Código Civil

¹⁵⁸ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Contratos Em Espécie**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 217.

¹⁵⁹ Embora o art. 617 mencione como causa para a indenização apenas a imperícia e a negligência, a inutilização do material em virtude de qualquer das modalidades de culpa, inclusive a imprudência, gera a obrigação do empreiteiro. Conforme leciona José de Aguiar Dias (**Da Responsabilidade civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 143), todas as modalidades de culpa possuem um elemento comum e essencial, qual seja, a falta de cuidado, de diligência e de prevenção. Ao que parece, para efeitos do artigo em tela, a distinção entre essas modalidades de culpa é irrelevante, cabendo verificar tão-somente se o empreiteiro deixou de cumprir com o elemento afeito a todas elas. (ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sydney; ANDRIGHI, Vera; TEIXEIRA, Sálvio de F. (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil: das Várias Espécies de Contratos, do Empréstimo, da Prestação de Serviço, da Empreitada, do Depósito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 312, V. IX).

¹⁶⁰ Artigo 617 do Código Civil.

(e) na coordenação do projeto e construção entre os contratantes comerciais.¹⁶¹

Mas, da mesma forma que o DBB, no EPCM, todos os riscos continuam por conta do empreendedor, valendo, aqui as mesmas observações lá feitas. Ainda, o único risco que o empreiteiro gestor corre, de fato, perante o dono da obra, nesse tipo de contrato seria se a coisa perecesse antes de entregue, sem que nenhuma das partes incorresse em mora ou culpa, pois, nesse caso, ele perderia a remuneração,¹⁶² a não ser que fosse pago por etapa, ou que houvesse contrato estipulando o contrário, ou ainda, que provasse que os materiais fornecidos foram os causadores dos problemas que levaram ao perecimento.¹⁶³

¹⁶⁴

Vale lembrar, contudo, que o empreiteiro gestor sempre responde solidariamente com o dono da obra, pela solidez desta, perante terceiros, inclusive consumidores.¹⁶⁵

Desta forma, também no EPCM não existe o que poderíamos chamar de estratégia de cooperação. Age o gestor e o empreendedor como competidores.

¹⁶¹ “Accordingly, the principal potential liabilities of the EPCM contractor relate to breach or negligence in: (a) the performance of the design work; (b) the preparation of the budget cost estimate; (c) the preparation of the estimated duration of the work; (d) managing the procurement and administration of the trade contracts. (e) co-ordination of the design and construction between the trade contractors.” (LOOTS, Phil; HENCHIE, Nick. **Worlds Apart: EPC and EPCM Contracts: Risk Issues and Allocation**. Novembro, 2007. Disponível em < http://m.mayerbrown.com/files/Publication/fe15bba4-fbe2-4eb0-804e-17911edb0b15/Presentation/PublicationAttachment/ecb7569b-e0ef-4aee-9ff9-a7c4e853aac6/ART_EPC_EPCM_5DEC07.PDF > Acesso: 17 de dezembro de 2014).

¹⁶² Embora, para Pamplona e Gagliano, a regra aparentemente seja injusta, “uma vez que retira a retribuição pelo labor dispendido, sem que o empreiteiro tenha tido qualquer culpa no perecimento da coisa”. (GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. Tomo II).

¹⁶³ Artigo 613 do Código Civil

¹⁶⁴ “Através da aplicação do dispositivo em análise são partilhados os prejuízos derivados da perda da coisa antes de entregue ao dono. Afinal, se o empreiteiro não agiu com culpa, o dono também assim não obrou, motivo pelo qual cada um suportará uma parcela do ônus. O empreiteiro não receberá a retribuição avençada, ao passo que o dono da coisa suportará o prejuízo resultante do perecimento.” (MATIELLO, Fabrício Z. **Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2013, p. 392).

¹⁶⁵ Artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor

Figura 6 - O método de contratação do EPCM

O quinto modelo seria o contrato de aliança como veremos abaixo.

2.4 O contrato de aliança como solução

Verificando os modelos acima, há várias questões sobre como reduzir custos e agilizar a execução, que não se resolvem por conta da estratégia da estrutura envolvida nos contratos de *engineering*, ou seja, competitiva. Poderíamos, entre outros aspectos, evidenciar:

- nos modelos de autogestão, pode ser que a complexidade da obra extrapole a competência técnica do empreendedor;

- quando a assunção de risco é feita só pelo empreendedor, a possibilidade de se deparar com um orçamento maior e um prazo mais dilatado é mais comum, uma vez que o contratado apenas está executando a obra;
- ainda que seja de maneira globalmente transferido, como no EPC acima, a questão do preço fechado para o contrato de *engineering* sempre esbarra nas cláusulas de revisão, entre elas a onerosidade excessiva. E quando não, o encarecimento da obra durante a execução reflete diretamente na sua qualidade;
- quando cabe a um terceiro gerenciar a obra como um todo, o empreendedor se distancia do projeto, escapando-lhe as fases e a possibilidade de estar presente nas tomadas de decisões importantes. Não realizadas no momento correto, os ajustes necessários posteriores encarece o processo através da revisão, aumentando os custos de transação.

Pensando em todos estes fatores, os agentes deste mercado encontraram uma forma que possibilitasse um ajuste de interesse entre os participantes: o *Project Alliancing* ou contrato de aliança, que como vimos é um sistema autopoietico contratual.

O empreendedor necessita realizar um projeto complexo. Poderia fazê-lo das formas comuns de *engineering* acima sucintamente expostas. Mas prefere outro caminho. O de encontrar uma pessoa que o ajude a realizar o projeto, dando-lhe a possibilidade de estar presente na tomada de decisões, como também, partilhando os riscos do negócio e dando-lhe a recompensa pela boa condução, com a partilha de lucros.

A grande diferença entre este e os outros contratos é esta: não existe dualidade estanque de obrigações. Como, por exemplo, na empreitada, na qual um tem a obrigação de dar (pagar o preço) e o outro de prestar (construir a obra, com ou sem o fornecimento de materiais).

No contrato de aliança, os vários participantes estarão realizando em conjunto o núcleo do objeto contratual: formatando o projeto, contratando a mão de obra, verificando os custos, planejando os lucros e limitando os riscos.

2.4.1 A fase do pré-contrato: as tratativas

Como bem ensina Roppo, para que um contrato tome sua forma, é necessário que se dê os termos e condições deste negócio, procurando um ponto de equilíbrio entre as respectivas “posições de interesses” para depois “atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça a exigência de ambas”, e que seja por elas aceita.¹⁶⁶

Negociar é ato livre. Popp pondera que

A principal característica desta fase de negociações preliminares é a não obrigatoriedade. Isto porque realizar negociações é um direito concedido pelo ordenamento, de natureza constitucional, que autoriza a livre celebração de negócios jurídicos. Optar pela celebração ou não é um direito que assiste a cada um dos negociantes. Este direito, volta-se a dizer, é cada vez mais limitado, limitação esta diretamente proporcional ao incremento de boa-fé objetiva nas relações jurídicas. Não celebrar o negócio jurídico é um direito que assiste ao tratante, desde que aja dentro dos limites da boa-fé e não viole a confiança alheia.¹⁶⁷

No contrato de aliança, há um convite a negociar. O empreendedor convida seus potenciais parceiros, a partir de relacionamentos anteriores ou informações no mercado sobre eles.¹⁶⁸ Muda, dessa forma, um método comum

¹⁶⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina. 2009, p. 105.

¹⁶⁷ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial**: O Rompimento das Tratativas. Curitiba: Juruá, 2002, p. 230.

¹⁶⁸ “Firms relying on existing, strong, and long-term relationships search for partners based primarily on personal relationships or recommendations. The firms focus on relational criteria while selecting partners for cooperation, treating cooperation as a necessity. They represent reactive positions in creating cooperation, searching for partners as necessary or waiting for partners’ initiative. The main factor for avoiding cooperation is the fear of risk (...) and the lack of trust. This results in a limited number of alliances in an alliance portfolio; they are mostly strong alliances whose purpose is exploitation. Alliance portfolios are usually limited to trusted partners—namely, acquaintances and recommended allies. In this situation, the existing (mostly personal) relationships imply the directions of firms’ development.” (GOLONKA, Monika. **Interfirm Cooperation and Uncertainty**: a Study in the Ict Industry. 11th International Academic Conference, Reykjavik 24 June 2014, Disonível em : <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.iises.net%2Fproceedings%2F11th-international-academic->

de abordagem, qual seja, a apresentação de projeto e a espera aleatória de proponentes. Começa o método da cooperação.

Não é por menos. O primeiro passo para a criação de um *Project Alliancing* é a seleção, entre os potenciais parceiros preferidos pelo empreendedor. É, sem dúvida, o passo mais importante. É absolutamente crítico para o sucesso global do projeto. Isto é devido ao fato de que o *Project Alliancing* é um contrato relacional que exige dedicação absoluta e uma mudança comportamental entre os participantes do projeto, a fim de ser bem sucedido. Portanto, além de habilidades técnicas típicas, os contraentes da aliança são escolhidos com base em sua vontade de “comprar” completamente as ideias de repartir os riscos, de ter comunicação aberta e honesta, de criar uma cultura “sem culpa”, que incentiva a colaboração e inovação.¹⁶⁹

Após a aceitação por parte dos convidados, o empreendedor analisa o perfil de cada um deles. É válido lembrar que cada “convidado” pode ser uma pessoa jurídica ou um grupo de pessoas. Após essa análise, em geral são selecionados dois convidados para começar a estabelecer os planos de cursos e a forma com que cada um deles cuidariam do projeto, assinando com eles um

---

conference-reykjavik%2Ftable-of-content%3Fcid%3D3%26iid%3D15%26rid%3D971&ei=sX8IVfKT MojHsQSvzILwCw&usg=AFQjCN F6GjJrdrgLIi9IBmZKo4zSubUYfg&bvm=bv.88198703,d.cWc > Acesso em 23 de dezembro de 2014). Em tradução Livre: As empresas que dependem de fortes laços relacionais de longo prazo procuram parceiros com base principalmente em relações pessoais ou recomendações. As empresas se concentram em critérios relacionais ao selecionar parceiros de cooperação, tratando a cooperação como uma necessidade. Eles representam posições reativas na criação de cooperação, em busca de parceiros como necessidade ou à espera para a iniciativa dos parceiros. O principal fator para evitar a cooperação é o medo do risco (...) e a falta de confiança. Isso resulta em um número limitado de alianças em um seu portfólio; são principalmente alianças fortes, cujo objetivo é a exploração. As carteiras de aliança são normalmente limitadas a parceiros em quem confiam, ou seja, com conhecidos e aliados recomendados. Nesta situação, as relações existentes (principalmente pessoais) implicam as direções de desenvolvimento das empresas.”

¹⁶⁹ “*The first step in setting up a Project Alliance is the selection of the preferred non owner participants. Selection of the right participants is the most important step (...) It is absolutely critical to the overall success of the project. This is due to the fact that the Project Alliancing contract is a relational contract that requires absolute dedication to a step change in behavior between the project participants in order to be successful. Therefore, besides typical technical skills, alliance proponents are chosen based on their willingness to buy-in completely to the ideas of sharing risk, open and honest communication, and creating a “no blame” culture that encourages collaboration and innovation.*” (SAKAL, Matthew W. *Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects*. **Lean Construction Journal** 2005, Vol 2, pp. 67-79, April 2005. Disponível em: <http://www.leanconstruction.org/media/docs/lcj/LCJ_05_005.pdf>. Acesso em 10/05/2010).

interim project alliance agreement IPAA,¹⁷⁰ que nada mais é do que um acordo prévio para discussão dos trabalhos, contendo quase todos os termos substantivos: os acordos econômicos, as cláusulas de riscos, etc.

Nessa fase é esperado o que chamam de “*open book*” ou livro aberto. Todas as contas são abertas e podem ser auditadas.

Ainda que o participante vier a ser contratado tenha *know how*, e por isto possa ser-lhe conferido maior flexibilidade e autonomia na tomada de decisões, o empreendedor estará, ombro a ombro, acompanhando os passos realizados.

Aqueles que quiserem participar da proposta de parceria deverão apresentar não só a forma de execução do projeto, mas suas críticas, dizer sobre a sua viabilidade ou não, informar quais obstáculos podem ser encontrados, entre eles, ambientais, fiscais, trabalhistas, previdenciários, etc., delimitando o custo da obra, e também o lucro. A clareza e exatidão da proposta e os métodos de colaboração é que será o fator da escolha pelo parceiro.

O que se busca nessa fase é a simetria perfeita de informações. Ou, na linguagem da Teoria dos Jogos, a informação completa e a informação perfeita.

A informação perfeita aqui é essencial para se entender a estrutura do Project Alliancing. Como todos os proponentes estão juntos *desde o início*, todos os *payoffs* são conhecidos. Vale dizer, cada etapa, cada estratégia, plano e meta é analisada e aberta.

---

¹⁷⁰ *In the first instance, the participants enter into an interim project alliance agreement (IPAA). All the substantive terms of the project alliance agreement, apart from the details of the performance targets and finer details of the pain/gain arrangements, are generally agreed before entering into the IPAA.* (ROSS, JIM. **Project Alliancing Practitioners Guide**. Brisbane: Department Treasury and Finance, 2006. Disponível em <<http://www.exner.com.au/News/images/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf>> . Acesso em 23 de setembro de 2014). Em tradução livre: Num primeiro momento, os participantes fazem um acordo de projeto de aliança interino (IPAA). Todas as condições de fundo do acordo de aliança do projeto, além dos detalhes sobre as metas de desempenho e detalhes mais finos do regime dor/ganho, são consensualmente estabelecidos antes de entrar no IPAA.

O parceiro não aceitará apenas um pacote de instruções e um valor para a realização de seus trabalhos. A sua posição no contrato tomará a forma ativa: caberá a ele demonstrar o porquê do seu orçamento, o que entende necessário para realizá-lo, quais as flutuações no mercado e no preço do produto que poderiam inferir no projeto, o custo da obra, a forma de gerenciamento, as estimativas de lucro e as possibilidades de prejuízo.

Também caberá ao empreendedor dar a maior gama de informações possíveis sobre o objeto a ser realizado. Estas servirão de base para os proponentes à parceria. O que se quer evitar aqui é a seleção adversa ou *screening*, em decorrência da assimetria da informação.

Se necessário, as discussões poderão ser realizadas entre os proponentes, inclusive com palestras em conjunto, com mesas de debates, *workshops*, etc. Tudo na busca de desenvolver as ideias, clarear as dificuldades e atingir o parceiro ideal para aquele específico objeto contratual.

Nessa fase são assinados os acordos de confidencialidade, ou *non disclosure agreement*. A intenção é partilhar as informações de forma segura.

A discussão da cláusula econômica, também, é essencial. São nas tratativas que se delimitarão o que chamaremos o preço meta e o preço teto.

Outrossim, nessa fase a boa-fé, como norma do sistema jurídico brasileiro, é essencial para moldar o núcleo obrigacional.

Explico. Vimos que o Contrato de Aliança é um sistema autopoiético. Contudo, antes da sua formação em unidade, antes da sua estruturação, todo um conjunto legal/econômico lhe influencia diretamente, e lhe serve de base, de sustentáculo. Somente sob esta forma de estruturação do conteúdo que poderemos dizer que está sendo discutido um contrato de aliança, independentemente do nome que lhe será dado. Não é o *nomem datum* ao contrato que lhe dirá a natureza jurídica.

Assim, ainda que durante todo o contrato, à posteriori, a presença da boa fé deverá estar presente, imantada no sistema autopoiético contratual,

cuja base ajudou a construir, são nas tratativas que ela irá orientar as condutas e que o sistema jurídico irá sobepesar.

A boa-fé objetiva, transformada em norma cogente através do artigo 422 do Código Civil, é uma regra de comportamento. Ao contrário da anterior boa-fé subjetiva, prevista no Código Civil de 1916, a objetiva não é um estado de espírito, ou mesmo, uma investigação da subjetividade de alguém. Está além do sujeito. Perfaz um *standart*,¹⁷¹ ou seja, um padrão que o jurista se utiliza para dizer que o comportamento deve ser de acordo com a moral da sociedade na qual as partes se inserem.¹⁷²

A boa-fé objetiva, a seu turno, é comportamental. As partes devem cumprir alguns deveres, chamados de deveres laterais ou anexos de conduta.

Entre eles podemos citar os deveres de lealdade para com o outro contratante e os de *manter sigilo de informações*. As partes no contrato devem se comportar de acordo com a probidade – levando em consideração a parte contrária e o que se espera pela sociedade como correto. A intimidade ou o seu ânimo não é questionado e sim a atitude.

Ainda, uma coisa é o que foi escrito e combinado, independentemente da vontade interna da parte. Outra, que também integra o contrato, embora não seja explícito, é a informação.

---

¹⁷¹ “Por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da ‘*common law*’ – modelo de conduta social, arquétipo ou ‘*standart*’ jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do ‘*standart*’, de tipo meramente subsuntivo.” (COSTA, Judith H. M. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 410).

¹⁷² “*Interpretare secondo buona fede una dichiarazione significa allora <<mettersi nella disposizione di chi debba prenderne cognizione>>. Questa spiegazione, se elevata a regola generale, lascia insoddisfatti: il contratto non é, infantti, l’isolata dichiarazione di una persona ad un’altra, ma é uma coppia di due dichiarazioni reciproche perfettamente uguali; o meglio, é um texto unitário, cui prestano la loro adesione estraparte le parti.*” (SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio de. **Il Contratto**. 3ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 407). Em tradução livre: Interpretar, segundo a boa-fé, é colocar uma regra de que se deva tomar conhecimento. Esta explicação, se elevada a uma regra geral, deixam insatisfeitos: o contrato não é, realmente, a declaração isolada de uma pessoa para outra, mas é um par de duas declarações, de um ao outro, perfeitamente igual, ou melhor, é um texto unitário, que emprestam seu apoio de ambos os lados.

Como explica Ferreira da Silva:

Quando se afirma que os deveres laterais possuem fontes normativas e fáticas diversas dos deveres de prestação, tem-se uma decorrência desta distinção ora focalizada. No que toca à *fonte normativa*, já foi visto que os deveres laterais fundam-se preponderantemente no *princípio da boa-fé, especialmente no vetor confiança*, quando este não se destina a impor uma dada prestação, mas a impedir que danos venham a ser provocados à pessoa ou aos bens da outra parte, ou a determinar que o adimplemento se dê da forma qualitativa e objetivamente mais satisfativa aos interesses do credor e de forma menos onerosa ao devedor.¹⁷³

Ruy Rosado de Aguiar afirma que a boa fé produz deveres anexos de condutas. Na etapa da formação do contrato, os deveres são de informação, segredo e custódia. No momento da celebração, a seu turno, a boa-fé garantirá a equivalência das prestações, a clareza e a explicitação. Durante o cumprimento do contrato, ela estará presente no dever de recíproca cooperação para garantir a realização dos fins do contrato e a satisfação contratual e, após a extinção do contrato, com o dever de reserva, dever de segredo e de garantia da fruição do resultado do contrato.¹⁷⁴

A intensidade dos deveres irá variar de acordo com as situações. Contratos de longa duração como os de *engineering*¹⁷⁵ e o contrato de aliança, exigem vigilância quanto aos deveres laterais de conduta. Tolerância e compreensão dos direitos da outra parte.

¹⁷³ SILVA, Jorge C. F. **Da A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 95.

¹⁷⁴ A aproximação dos termos ordem econômica — boa-fé serve para realçar que este não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio (AGUIAR JR, Ruy R. A boa-fé na Relação de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol 14, p. 20-27, Abril/junho 1995. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24695-24697-1-PB.pdf> > . Acesso em 14 de dezembro de 2014).

¹⁷⁵ “A regra objetiva da boa-fé, como critério exegético das convenções mercantis, faz pressupor que no comércio domina a regra da lealdade recíproca, destinada a lhes imprimir segurança jurídica.” (BOITEUX, Fernando N. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 59).

A boa-fé se aplica nas fases pré e pós-contratual,¹⁷⁶ além de permear o contrato na sua execução.

Boa-fé e alianças estratégicas são faces de uma mesma moeda. Ela será a norma, junto com os deveres anexos de conduta, a base e o sustentáculo do contrato de aliança, posteriormente, durante as decisões do órgão decisório.

Embora a redação dada ao artigo 422 do Código Civil de 2002 esteja incompleta,¹⁷⁷ pois se refere ao contrato feito, a norma de concretude nos indica que se aplica às demais fases contratuais.

Estaríamos, então, em face de uma boa-fé “fundada na honestidade, na retidão, na lealdade,”¹⁷⁸ em que o dever de conduta cinge-se com os “determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura.”¹⁷⁹

Seriam os requisitos para se exigir a aplicação dos efeitos da boa-fé como integração de obrigações, na fase pré-contratual: expectativa da outra parte, por força de uma atitude concreta do agente; seriedade do comportamento do contratante e prejuízo de uma das partes.

---

¹⁷⁶ A baliza deste ensinamento consubstanciaria que a boa-fé, considerada objetivamente, integraria o conjunto de obrigações que comporiam o núcleo obrigacional, independentemente da vontade das partes, por ser baseada na ordem pública. Sendo desta forma, após o adimplemento da obrigação principal, se houvesse qualquer dano posterior ao contrato, decorrente do rompimento destes deveres laterais de conduta, estaríamos em face não da responsabilidade civil extracontratual, mas sim na contratual. “*Lorsque Le contrat n'existe plus, parce qu'il a achevé sés effets, a été résilié ou résolu, La responsabilité qui pourrait être postérieurement engagée entre les anciens contractants ne peut plus être que délictuelle . La frontière n' est pas toujours nette (par ex. il a été jugé qu' un locataire n' ayant pas rendu les clés est redevable de l' article 1382, alors que La restitution peut aussi être vue comme une obligation résultant du contrat). Em outre, les contractants peuvent envisager de régler la situation post-contractuelle; le manquement aux engagements ainsi souscrits donnera lieu à des dommages et intérêts contractuels.*” (TORNEAU, Philippe. **Le Droit De La Responsabilité Et Des Contrats**. 7^a ed. Paris: Dalloz Action, 2008, p. 325). Em tradução livre: Quando o contrato não existe porque completou os seus efeitos, foi denunciado ou resolvido, a responsabilidade que poderia ser acoplada posteriormente entre à antiga já não pode ser de contratação e de responsabilidade civil. A fronteira não é sempre líquida (ex.: Foi decidido que um inquilino não ter retornado as chaves é responsável pela seção 1382, enquanto a restituição também pode ser visto como uma obrigação decorrente do contrato). Além disso, os contratantes podem considerar o ajuste decorrente da violação pós-contratual dos compromissos assumidos e dar origem a danos contratuais.

¹⁷⁷ Art. 422 do Código Civil. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁷⁸ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 412.

¹⁷⁹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

Já na fase pós-contratual, adimplida a obrigação principal de forma completa, o vínculo obrigacional estaria extinto. Contudo, algumas obrigações, decorrentes dos deveres laterais de conduta que defluem da boa-fé continuariam arregimentar as partes, gerando entre elas uma eficácia posterior ao cumprimento da obrigação principal e, se houver, das acessórias.

Este efeito é chamado por Menezes Cordeiro de pós-eficácia, uma vez que embora surja do contrato celebrado entre as partes, a verificação do rompimento da estrutura dos deveres laterais de conduta são posteriores ao próprio adimplemento da obrigação principal.¹⁸⁰

A boa-fé completaria o contrato, através de sua função supletiva e de integração.

Dessa forma, é a boa-fé quem dará a base para a realização das tratativas no contrato de aliança, afastando informações assimétricas e equilibrando as partes, para formarem o núcleo contratual.¹⁸¹

---

¹⁸⁰ CORDEIRO, Antonio M. **Da pós-eficácia das obrigações**. Estudos de direito civil. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 1984, p. 72.

¹⁸¹ “Porém, economistas, como Ronald Coase, George Akerlof e Oliver Williamsom contribuíram para o reconhecimento de que as relações econômicas não são necessariamente iguais, dotadas da mesma capacidade de decisão e de raciocínio, em ambientes em que uma das partes sabe mais do que outra, isto é em estado de informação assimétrica. Essa situação gera os denominados “custos de transação”, que estão presentes em todas as operações econômicas, afetando a máxima eficiência destas. São custos de transação aqueles decorrentes da aquisição de informações, da negociação e negociação de contratos (estudos, viagens, pesquisas, perícias, auditoriais), custos de monitoramento e cumprimento do contrato (entregas, conferências, administração de prazos), custos de rediscussão do contratos (custos com advogados, despesas processuais e a incerteza da decisão judicial) e burocracia. A partir desse reconhecimento, a releitura das situações em que há problemas relacionados a boa-fé torna-se mais simples, por ser agora possível observar o “denominador comum” entre os casos aparentemente dispares: a boa-fé destina-se a correção do estado de informação assimétrica entre as partes e redução dos custos de transação nas relações jurídicas. Essa correção dá-se mediante a imposição de deveres de coerência de informação e de cooperação. Portanto, quem age de boa-fé e coerente, mantém a palavra dada, transmite informações corretas e relevantes, e coopera, facilitando a vida das pessoas com quem a vida das pessoas com quem se relaciona. Quem viola o princípio da boa-fé age de má-fé, voltando atrás do que disse, mentindo, omitindo, dificultando, procrastinando, sem se importar com as consequências do exercício irresponsável de sua liberdade.” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Boa Fé no Código Civil Brasileiro: Dez Anos de Experiência*. In CASSETARI, Christiano (coord). **10 anos de Vigência do Código Civil de 2002**. Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 311-312).

De outro lado, a função social¹⁸² do contrato empresarial é baliza a todo o subsistema autopoiético contratual do Project Alliancing. Como explica Perlingieri,

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (...) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social.¹⁸³

Na verdade, a função social do contrato empresarial, em suas múltiplas facetas, não é só um gerador de deveres em face aos participantes. Ela promove o equilíbrio entre o estado, às partes e a sociedade, como norma estabilizadora.

Ela atende aos requisitos do artigo 170 da CF/88. As partes, durante as tratativas deverão verificar todas as ações positivas para a implementação do projeto, incluindo o meio ambiente. Dependendo do tamanho da obra, deverá ter planos para as populações vizinhas, lidando com a sociedade de maneira correta, honesta e valorizando os princípios da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a função social do contrato empresarial garantiria a segurança aos parceiros econômicos, nas relações patrimoniais que venham a ajustar.¹⁸⁴

No mesmo sentido, Godoy afirma que a norma da função social é instrumento teleológico para os contratos empresariais, mesmo que massificados. Na opinião dele, sem dúvida,

¹⁸² “O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os indivíduos, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana. Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contrastes com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua.” (GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24, vol. 3).

¹⁸³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

¹⁸⁴ STAJN, Raquel. Função Social do Contrato e Direito da Empresa. In TIMM, Luciano B. **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.300.

Importa é considerar que o contrato em hipótese alguma pode ser indiferente à sociedade em cujo seio se insere. A nova teoria contratual impõe se o compreenda como voltado à promoção de valores sociais e, mais, se impõe se compreenda sua interferência alheia.¹⁸⁵

Ora, não seria diferente do que preconiza Comparato,¹⁸⁶ ao dizer que a idéia de função está ligada ao poder de dar a um determinado objeto da propriedade uma finalidade específica, de modo que a socialidade dessa função deva sempre atender a um imperativo de ordem social e não individual.

É exatamente no momento das tratativas que os parceiros decidem quais os melhores passos a serem dados para cumprir a regra da função social em relação à sociedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e aos trabalhos do projeto.

É certo que, na atualidade não se pode furtar a essas contudas de *correteza* e dignidade.

Portanto, nos modelos de Project Building estes aspectos também são levados à discussão, como pautas sociais, trabalhistas¹⁸⁷ e ambientais e seus custos também fazem parte do orçamento global do contrato.

¹⁸⁵ GODOY, Claudio L. B. **Função Social do Contrato**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

¹⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.

¹⁸⁷ Um estudo comparativo foi realizado entre trabalhadores que estavam fazendo um Project Alliancing na área de Wivenhoe, Austrália. Os pesquisadores queriam diferenciar a qualidade de vida e trabalho num projeto de aliança em comparação a um projeto normal de engenharia pelo método competitivo. O resultado foi que, por estarem incorporados dentro do método de aliança, esses trabalhadores tiveram melhor qualidade de ambiente no trabalho, sofreram menor pressão e reduziram suas horas de trabalho. A cooperação foi maior e o resultado melhor ao final do percurso. Em conclusão, salientaram que: *"Alliance employees were very satisfied with the compressed work week and reported a number of benefits, including increased physical and psychological well-being, greater motivation, improved productivity, increased job commitment, and increased involvement in home/family activities. These results suggest that strategies designed to improve employees' work-life balance may be a key component of high-performance work systems in the Australian construction industry. Further, the collaborative nature of project alliances, in particular the sharing of risks and rewards and the focus on "best for project" decision-making, appear to provide a supportive work environment in which innovative work-life balance initiatives can be implemented."* (LINGARD, Helen, et al. Improving Employees' Work-Life Balance in the Construction Industry: Project Alliance Case Study. **Journal of Construction Engineering and Management**, v. 133, pp. 807-815, out/2007). Em tradução livre: Funcionários da Aliança ficaram muito satisfeitos com a semana de trabalho reduzida e relataram uma série de benefícios, incluindo aumento do bem-estar físico e psicológico, uma maior motivação, melhoria da produtividade, aumento do compromisso de trabalho, e maior envolvimento em atividades

Figura 7 - Demonstra a fase de interação nas Tratativas

lar/familiares. Estes resultados sugerem que as estratégias para melhorar o equilíbrio entre vida e trabalho dos funcionários pode ser um componente-chave dos sistemas de trabalho de alto desempenho na indústria de construção australiana. Além disso, a natureza colaborativa de contratos de aliança, nomeadamente a partilha de riscos e benefícios e o foco no "melhor para o projeto" na tomada de decisões, parecem oferecer um ambiente de trabalho favorável em que iniciativas inovadoras para o equilíbrio trabalho-vida possam ser implementadas.

2.4.2 O resultado das tratativas e a formalização do acordo

Desta forma, o empreendedor e proponentes escolhidos¹⁸⁸ desenvolveram, durante as tratativas, princípios inerentes ao contrato de aliança, e que nortearão a gestão administrativa e decisória, quais sejam:

- atingiram a melhor proposta para o projeto – envidaram esforços no sentido de compreenderem-se e sofisticarem as informações na busca do “melhor para o projeto” ou “*best for project*”;
- alinharam suas vontades através do princípio da boa-fé ou “*good faith*”;
- colocaram com clareza todos os aspectos relevantes da obra, verificando-se o máximo sentido do dever lateral de conduta decorrente da boa-fé objetiva, qual seja, o dever de informação, conduzindo a discussão para a “política do livro aberto” ou “*open and honest communication*”;
- encontraram uma forma de gestão necessária – graduando os poderes relativos à tomada de decisão de cada um dos participantes (e de grupos e subgrupos criados para esta função), de forma que estes possam gerir dentro de suas responsabilidades, com a concorrência de opinião dos demais, através da “suficiência de poderes”;
- chegaram à cumplicidade necessária para que a tomada de decisão seja feita pelo “consenso”, ou “*equal say*” a não ser que, expressamente quanto a determinado objeto discutido, dê-se a possibilidade de que um dos participantes assuma a competência de, ouvidos os demais, definir a conduta a ser seguida;

---

¹⁸⁸ Em inglês *essential non owner participants* (NOP's)

- encontraram um sistema de solução de problemas, através de níveis de autoridade, com prazos pré-estabelecidos, bem como sua competência e limite, com intenção de flexibilizar e encontrar a “resolução apropriada” para as dificuldades que terão durante a confecção do objeto, sem perda necessária de energia, tempo e dinheiro;
- definiram as metas, prazos e os preços a serem atingidos, através de uma política que beneficie o alto desempenho das partes, ou que repartam os prejuízos, com uma “partilha de ganhos e de perdas” ou “*share pain and gain*”;
- estabeleceram que, dentro da aliança firmada, não haverá a busca da “culpa” ou “*no blame*” por parte de seus agentes e prestadores de serviços, uma vez que as partes aceitam que os erros e fatores humanos existem e que foram envidados esforços para evitá-los, salvo dolo ou expressa previsão contratual em sentido contrário e pontual sobre qual objeto irá incidir. Ademais, que as partes tentarão buscar a solução de seus conflitos dentro do próprio contrato, produzindo a juridificação, renunciando ou prevendo os limites da atuação da justiça ou dos tribunais arbitrais.¹⁸⁹

---

¹⁸⁹ “For success of a project alliance should have all of the following features: (a) The parties are collectively responsible for performing the work and generally assume collective ownership of all risks associated with delivery of the project. (b) The owner pays the non-owner participants (“NOPs”) for their services in accordance with the following “3-limb” 100% open-book compensation model: Limb 1 Project costs and project-specific overheads reimbursed at cost based on audited actual costs. Limb 2 A fee to cover corporate overheads and “normal” profit. Limb 3 An equitable share of the “pain” or “gain” depending on how actual project outcomes compare with the pre-agreed targets which the parties have jointly committed to achieve – based on the guiding principle that “we all win or we all lose”. Typically the downside risk to the non-owner participants is limited to the loss of their entire limb 2 fee.” (ROSS, Jim. Introduction to Project Alliancing (on engineering & construction projects). **Alliance Contracting Conference** – Sydney, 2003. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCoQFjAB&url=https%3A%2F%2Ficcpm.com%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fkfinder%2Ffiles%2FAlliancing_30Apr03_D_PCI.pdf&ei=Q9IIVdjvN8LZsATQvYLoBQ&usg=AFQjCNEaYpPO16s0z1Y4rajGzqEuvNpIRg&bvm=bv.88198703,d.cWc> Acesso: 12 de março de 2012) Em tradução livre: Para que se tenha sucesso, um contrato de aliança deve ter as seguintes características: a) as partes deverão ser coletivamente responsáveis por realizar o trabalho e geralmente devem assumir de forma coletiva todos os riscos associados com a entrega do projeto; b) O proprietário pagará os não-acionistas participantes (“PON”) para os seus serviços de acordo com 3 níveis que corresponderão a 100% no modelo de compensação de livro aberto: 1: Os

É nesse momento, quando todas as metas estão acordadas, que se assina o *Project Alliance Agreement* (PAA), ou seja, o contrato de aliança.¹⁹⁰

Desta forma, quando assinado o contrato de aliança entre o empreendedor e seus parceiros, a base contratual será uma sistêmica e estruturada rede de obrigações, entrelaçadas, que não poderão ser dissecadas de forma unitária, e sim, como um conjunto íntegro e indissociável, autorrefencial e autopoietico.

É por este motivo, que as tratativas acabam por integrar o contrato de aliança.

2.5 A base do contrato

Nas palavras de Roppo,

Determinar o regulamento (ou conteúdo) contratual, significa, substancialmente, definir que composição, que arranjo recíproco receberão os interesses das partes, coenvolvidos na operação econômica e a que o contrato é chamado a dar veste e vinculatividade jurídica.¹⁹¹

Acima, descrevemos o processo de formação do contrato de aliança que culminou com a assinatura e a estruturação do sistema.

---

custos do projeto e os encargos gerais específicos do projeto serão reembolsadas pelo custo baseado em auditada real de custos; - 2: Uma taxa para cobrir as despesas gerais e corporativos o lucro "normal", - 3 Uma repartição equitativa do "dor" ou "ganho" dependendo de como os resultados reais do projeto se saíram em relação com as metas pré-acordadas que as partes comprometeram-se em conjunto a alcançar com base no princípio orientador que "todos nós ganhamos ou todos nós perdemos". Normalmente a desvantagem do risco para os não-acionistas participantes é o nível 2.

¹⁹⁰ *Once all performance targets are agreed (and assuming the owner still wishes to proceed to implementation based on those targets) the participants then enter into a project alliance agreement (PAA).* (ROSS, Jim. **Project Alliancing Practitioners Guide**. Brisbane:Departament Treasury and Finance, 2006. Disponível em <<http://www.exner.com.au/News/images/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf>> .Acesso: 23 de setembro de 2014). Em tradução livre: Uma vez que foram acordadas todas as metas de desempenho (e supondo que o proprietário ainda deseja proceder à execução com base nessas metas) os participantes, em seguida, assinam um contrato de aliança.

¹⁹¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**.Coimbra: Almedina,2009, p. 126.

Falaremos, então, agora do núcleo contratual. A primeira ressalva é a de que, por ser um contrato que está ligado ao projeto que o originou, o seu núcleo econômico pode possuir vários contratos agregados. São as cláusulas econômicas de desenvolvimento.

Daremos ênfase, então, às cláusulas que chamaremos de núcleo necessário, para a configuração do contrato de aliança e de seu sistema autopoiético.

Poderíamos, então, destacar as seguintes cláusulas:

2.5.1 Do objeto a ser desenvolvido

Claramente se viu acima, que as partes desenvolveram em conjunto um projeto durante as tratativas. Esse projeto estaria ligado a um contrato de *engineering*, ou seja, à construção, entrega e desenvolvimento de uma indústria ou gêneros similares, com a diferença que será gerido por todos. Portanto, ao estabelecer este projeto, as partes já fizeram um projeto básico, um projeto de execução, um projeto de viabilidade e um projeto ambiental. Já sabem ou não da necessidade de transferência de tecnologia, de subcontratação para empreitadas, da forma de gestão, etc.

Todas essas fases foram exaustivamente discutidas nas tratativas. A novidade aqui é que cada um dos contratados terá seu núcleo individual de obrigações a cumprir, fora as obrigações gerais do contrato, que descrevemos acima como os “princípios” da estrutura. Tais obrigações são interdependentes com os demais participantes.

Assim, o mal desempenho de um dos participantes pode gerar a piora em todo o sistema contratual.¹⁹²

---

¹⁹² ROSS, Jim. Introduction to Project Alliancing (on engineering & construction projects). **Alliance Contracting Conference** – Sydney, 2003. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&cad=rja&uact=>

2.5.2 Do preço

O preço, num contrato de aliança, não é um valor certo, mas está previsto dentro de um parâmetro pré-definido entre as partes. Este parâmetro é usado como critério para a partilha de ganhos e perdas entre os participantes.

Consistiria num valor global estimado, ou Orçamento Total da Aliança ou TOC (*Target Outturn Cost*), que conteria a estimacção sobre o preço total do projeto que incluem os custos diretos, *over heads* e margens de lucro. Seria o total dos custos de transacção estimados para o conjunto do contrato.¹⁹³

De maneira geral, os participantes não-proprietários (NOP) são normalmente compensados de acordo com o seguinte modelo "3-fases" ou "3-limb":

- limb 1: 100% do que eles gastam diretamente no trabalho, incluindo despesas gerais específicas do projeto ("*direct project costs*" e "*project overhead*").¹⁹⁴
- limb 2: Uma taxa ("*Fee \$*") para cobrir as despesas gerais corporativas e lucro ("*corporate overhead*" e "*profit*").¹⁹⁵
- limb 3: uma partilha equitativa entre todos os participantes do ganho/dor ou "*gain/pain*", dependendo da comparação entre os

---

8&ved=0CCoQFjAB&url=https%3A%2F%2Ficcpm.com%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fkfinder%2Ffiles%2FAlliancing_30Apr03_D_PCI.pdf&ei=Q9IIVdjvN8LZsATQvYLoBQ&usg=AFQjCNEaYpPO16s0z1Y4rajGzqEuvNpIRg&bvm=bv.88198703,d.cWc > . Acesso: 12 de março de 2012).

¹⁹³ Gostaria de deixar uma diferenciação de termos aqui. No *National Guide to Alliance Contract* australiano de 2011, o limb 2 está dentro do TOC (NATIONAL ALLIANCING CONTRACTING GUIDELINES. Department of Infrastructure and Transport, Australian Government, 2011, p. 53. Disponível em: <<http://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/nacg/index.aspx>> . Acesso em 22 de março de 2014). No entanto, no anterior guia, elaborado por Jim Ross em 2006, o limb 2, não faz parte do TOC. (ROSS, Jim. **Project Alliancing Practitioners Guide**. Brisbane: Department Treasury and Finance, 2006, p. 5. Disponível em <<http://www.exner.com.au/News/images/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf>> . Acesso em 23 de setembro de 2014).

¹⁹⁴ Estão retratados os repasses dos custos para cada um dos participantes não proprietários, ou ainda, a remuneração individual pelos trabalhos prestados, de acordo com as cláusulas econômico-financeiras pré-estabelecidas. Seria o *overhead*.

¹⁹⁵ Esta taxa seria a participação de cada uma das partes no intuito da realização de um caixa único para partilha posterior dos benefícios do contrato.

resultados reais com o que ficou pré-acordado nas metas de custo¹⁹⁶ e os vários resultados de performance de cada área do projeto ou “*non cost key*” (KRAS),¹⁹⁷ sujeitos aos princípios primordiais que: (a) todos os pagamentos são 100% livro aberto (ou “*open book*”) e sujeito a validação por auditoria independente; (b) o risco máximo para os não-acionistas participantes sob membro 3 seria a perda de sua taxa de limb 2 - em outras palavras, o pior resultado seria que eles receberiam apenas como limb 1 (ou valor de remuneração), sem qualquer margem de participação no todo.¹⁹⁸

No limb 1, a política de livro aberto significa que tudo deverá ser planilhado e exposto para o pagamento, podendo ser auditado interna ou externamente, dependendo do acordo estabelecido na aliança. Vale lembrar que nesta fase o que se reembolsa é o valor real dos custos (mão-de-obra, materiais, etc).

No limb 2 é concentrado uma parte do lucro esperado no projeto e uma taxa pela administração do contrato pelo parceiro não proprietário. É no limb 2 que há o pagamento da diretoria do projeto, através da taxa para administração do projeto, se houver êxito, e uma parte do lucro bruto previamente estabelecido.

No limb 3 são pagos os bônus de performance e punidas eventuais penalizações por não cumprimento de metas, previamente estabelecidas.

¹⁹⁶ (preço meta/prazo meta).

¹⁹⁷ Cada área possui metas individuais a serem cumpridas – projeto, *design*, fornecimento, etc.

¹⁹⁸ “*The non-owner participants are typically compensated in accordance with the following “3-limb” model: Limb 1 100% of what they expend directly on the work including project-specific overheads. Limb 2 A fee (“Fee\$”) to cover corporate overheads and profit. Limb 3 An equitable sharing between all Alliance Participants of gain/pain depending on how actual outcomes compare with pre-agreed targets in cost and various non-cost key result areas (KRAs), subject to the overriding principles that: (a) all payments are 100% open book and subject to validation by independent audit; (b) the maximum risk for the non-owner participants under limb 3 is the loss of their limb 2 fee – in other words the worst outcome would be that they recover limb 1 costs only without any margin at all.*” (ROSS, Jim. **Project Alliancing Practitioners Guide**. Brisbane: Department Treasury and Finance, 2006. Disponível em <<http://www.exner.com.au/News/images/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf>> . Acesso em 23 de setembro de 2014).

2.5.3 Preço meta

Levando-se em consideração todas as variações possíveis do projeto, haveria um valor ótimo, onde os resultados garantiriam um bônus ao parceiro contratado, ou ainda a partilha de lucros. Este preço meta seria o custo do gasto com o contrato, garantindo a eficiência do projeto, e bonificando ao parceiro responsável pelo êxito. Valores que fossem significativamente melhores do que a meta, poderiam ter, ainda, bonificações extras.

2.5.4 Preço teto

Este seria o limite dos valores a serem pagos dentro do contrato, sem que haja risco de perda. Seria um valor pré-qualificado como limítrofe que foi concebido entre as partes como tolerável para o empreendimento.

Se, de um lado, o preço meta não levanta muitas questões, a não ser quanto à forma de bônus e divisão de lucros, o preço teto pode vir a ser a pedra de toque do contrato. Explico.

O preço teto é quem definirá se haverá o lucro no empreendimento. Ou ainda, se todo o trabalho de projeto e organização foi bem elaborado a princípio. Se os riscos do negócio foram dimensionados com prudência, se a gerência se deu na forma de se buscar o “melhor para o projeto”.

Da extrapolação do preço teto, questões como: onerosidade excessiva, desequilíbrio contratual, culpa, partilha de riscos poderiam ser levantadas por “participantes insatisfeitos”. Mas, como vimos, todos teriam aderido ao esquema “*no blame*”.

Desta forma, a quantificação do preço teto é de extrema relevância para otimização do projeto.

Contudo, Ross questiona a questão do que se convencionou dizer como GMP ou “*guaranteed maximum price*”. Nesse esquema, os participantes garantem o preço máximo do TOC, sob pena de perderem integralmente o limb 3 da operação, como uma arma contra os participantes não proprietários. Na opinião dele, o risco geral do negócio é exatamente do proprietário, quanto ao projeto.

Em outras palavras, no momento em que o limb1, ou o limb 1 mais o limb 2, atingem o preço teto previamente estabelecido, não há mais que se falar em lucro. Neste momento, as partes começam a perder e dividir os prejuízos.

No entanto, vários projetos estão adotando o GMP exatamente para que não haja flexibilidade ao ponto de não haver consequências pelo não cumprimento de metas.¹⁹⁹

2.5.5 Do Prazo

Se, por um lado, o preço é um dos aspectos econômicos contratuais relevantes, o outro, com certeza, é o prazo.

O prazo está relacionado diretamente com o dispêndio em relação ao custo. Cada dia ganho no projeto infere diretamente a favor dos custos de transação. O contrário também é verdadeiro.²⁰⁰

¹⁹⁹ ROSS, Jim. **Project Alliancing Practitioners Guide**. Brisbane: Department Treasury and Finance., 2006, p. 23. Disponível em <<http://www.exner.com.au/News/images/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf>> . Acesso em 23 de setembro de 2014.

²⁰⁰ GOLONKA, Monika. **Interfirm Cooperation and Uncertainty: a Study in the ICT Industry**. 11th International Academic Conference, Reykjavik, June 2014. Disponível em : <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.iises.net%2Fproceedings%2F11th-international-academic-conference-reykjavik%2Ftable-of-content%3Fcid%3D3%26iid%3D15%26rid%3D971&ei=sX8IVfKTMojHsQSvzILwCw&usg=AFQjCNF6GjJrdrgLIi9IBmZKo4zSubUYfg&bvm=bv.88198703,d.cWc>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

2.5.6 Prazo meta

Da mesma forma como o preço, seria o tempo necessário para que o objeto contratual fosse realizado, com a melhor *performance* possível, garantindo uma melhor distribuição dos ganhos aos parceiros eficientes.

2.5.7 Prazo teto

Seria o prazo máximo, sem risco de incidir em mora relativa. Veja que inadimplemento relativo somente se daria se houvesse a extrapolação do prazo teto e não o da meta.

2.5.8 Da conjugação entre preço e prazo

As partes buscariam, no contrato de aliança, as metas: tanto do preço, quanto do prazo.

É certo que a base do contrato deve ser gerida como um todo: não adianta uma gestão centrada no preço, mas desvinculada do prazo, e vice-versa.

O equilíbrio exato da boa governança contratual residiria no denominador que encontrasse as duas metas: preço e prazo.²⁰¹

---

²⁰¹ ROONEY, Greg. **Project Alliancing** – The Process Architecture of a Relationship Based Project Delivery System for Complex Infrastructure Projects. (março, 2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1809267>> . Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

2.5.9 Do lucro

Um fator preponderante no contrato de aliança é a distribuição do lucro, mediante prévio estabelecimento entre as partes.

Como se trata de um contrato de parceria, as partes podem definir escalonamento de repasse do lucro. Ambas gerem o negócio e diligenciam pelo resultado ótimo. A cooperação no contrato de aliança é diretamente estreita e relacional com os resultados no esquema ótimo de Pareto na teoria dos jogos.

Portanto, o empreendedor pode oferecer a partilha do lucro advindo do contrato, como uma forma de prêmio ao contratado.

Para se achar o valor razoável para o empreendimento e quantificar o que seria lucro, a melhor forma seria decidir isso como sendo nos parâmetros do *Business as Usual* - BAU, para aquela determinada área em desenvolvimento. O problema é verificar o quanto de “usual” seria o lucro para determinada empresa ou seguimento, num determinado período. Ou mesmo, a partir de qual valor seria considerado lucro para fins de partilha. Contudo, como tudo no contrato de aliança, também este lucro deve ser discutido durante as tratativas, durante a fase “comercial”, em que se discutem as cláusulas econômicas financeiras do contrato.²⁰²

2.5.10 Do Bônus (Limb 3)

Embora possa haver contratos que coloquem sobre a mesma rubrica partilha de lucros e bônus, de fato, trata-se de coisas diferentes.

---

²⁰² ROSS, Jim. **Project Alliancing Practitioners Guide**. Brisbane: Department Treasury and Finance, 2006. Disponível em <http://www.exner.com.au/News/Images/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2014.

Pode haver lucro num contrato, sem que sequer esteja previsto a sua partilha, como, por outro lado, o bônus pode ser atribuído ao parceiro, não havendo, ainda, a verificação do saldo positivo contratual.

O bônus está ligado à *performance* das partes. Assim, se o contratado, na busca pelo melhor ao projeto, cumpre suas metas, o contrato pode prever uma gama de bônus (limb 3) que este receberá, além do próprio preço ou remuneração do serviço (limb 1).

Enquanto o lucro está relacionado ao sucesso final do contrato, e ao saldo positivo advindo da empreitada, o bônus está vinculado à realização de um trabalho eficiente do contratado.

Uma das formas de se estabelecer o bônus, por exemplo, seria na partilha do resultado a menor entre o confronto do Orçamento Total da Aliança e o custo final na concretização do projeto.

O bônus é uma cláusula comum na aliança. Por ela, os agentes se sentem motivados a realizar todo um esforço no sentido da busca das metas.

2.5.11 Índices de Performance (*Keys of Performance*)

O método adequado para se medir como está sendo realizado o contrato, e se os parâmetros estão sendo observados, seria a aposição de índices de *performance*.

O projeto poderia sofrer cortes em áreas delimitadas, para gerência e controle das partes. Estas áreas são comumente chamadas de Áreas de Resultado Chave. Para cada área, haveria um índice de *performance*, no qual as partes buscariam verificar se o contrato está sendo cumprido de acordo com as metas.

Entre as áreas mais comuns, poderíamos evidenciar: a relativa aos custos e orçamentos (preço), ao prazo, custo final do projeto, etc.²⁰³

Um dos parâmetros para o índice de *performance* é o preço atual do custo (*Actual Outturn Cost- ACO*) em confronto com o TOC.²⁰⁴

2.5.12 Distribuição de poderes e tomada de decisão

Se as partes gerem o contrato, é fato que deverá haver cláusula prevendo como se dará a tomada de decisão por elas, bem como a distribuição de poderes inerentes a cada fase contratual e sua execução.²⁰⁵

Pode haver, também, escalonamento de decisões e competências, entre órgãos dos participantes, ou ainda, a delegação de análise por terceiro, técnico na área sob análise.

Esta cláusula é de extrema relevância. Se as partes estão ombro a ombro na busca do melhor para o projeto, devem ter a possibilidade de expor sua opinião e ter voz ativa nas determinações.

²⁰³ SAKAL, Matthew W. Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects. **Lean Construction Journal** 2005, Vol 2, pp. 67-79, April 2005. Disponível em: <http://www.leanconstruction.org/media/docs/lcj/LCJ_05_005.pdf>. Acesso em 10/05/2010.

²⁰⁴ “The paper shows that: (i) the optimal gainshare/ painshare arrangement in alliances is linear in the project outcome; (ii) the optimal gain/pain share to the contractor should decrease with increasing contractor level of risk aversion and/or decreasing owner level of risk aversion; and (iii) the outcome uncertainty has no influence on the optimal gainshare/painshare. A designed exercise, based on engaging a sample of owners and contractors, validated the theoretical model and propositions.” (LU, Shaokai; YAN, Hong. A Model for Evaluating the Applicability of Partnering in Construction. **International Journal of Project Management**, v. 25, pp 164–170, 2007). Em tradução livre: “O trabalho mostra que: (i) o arranjo *gainshare/painshare* é o que retrata linearidade no resultado do projeto; (ii) a quota de *gain/gain* ideal para o contratante deve diminuir com o aumento da aversão ao nível do risco ou redução da aversão ao risco nível do proprietário; e (iii) a incerteza do resultado não tem nenhuma influência sobre o ótimo *gainshare/painshare*. Um exercício concebido, com base numa amostra de proprietários e empreiteiros, validou o modelo e proposições teóricos.

²⁰⁵ ROSS, Jim. Introduction to Project Alliancing (on engineering & construction projects). **Alliance Contracting Conference** — Sydney, 2003. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCoQFjAB&url=https%3A%2F%2Ficcpm.com%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fkfinder%2Ffiles%2FAlliancing_30Apr03_D_PCI.pdf&ei=Q9IIVdjvN8LZsATQvYLoBQ&usg=AFQjCNEaYpPO16s0z1Y4rajGzqEuvNpIRg&bvm=bv.88198703,d.cWc>. Acesso em 12 de março de 2012.

O consenso seria a melhor solução das questões, ou mesmo, o princípio da “*unanimous decision making*” .

É fato que o contrato pode prever que em determinadas situações, uma das partes, ouvida a outra, poderá ter a decisão final.

Mas se uma das partes não puder participar das escolhas e das possibilidades, nem da solução dos problemas, durante a execução do contrato, com certeza, não se tratará de contratação na forma de aliança. Na verdade, assemelhar-se-á aos contratos que vislumbramos quando tratamos das tratativas, tais como o EPC, EPCM, *Design Bid Build*, etc.

2.5.13 Gerência ou administração

A execução contratual estará a cargo das partes, ainda que haja divisão de tarefas.

Desta forma, gerenciar as etapas, administrar os custos, a mão de obra, insumos, alocar recursos materiais e humanos, etc., deverá ser de atribuição aos participantes.

Assim como na distribuição de poderes, a agência ou administração das fases contratuais deverá ser prevista no contrato, garantindo que o conjunto de fatores integrantes do processo do cumprimento da obrigação seja de responsabilidade de ambos os gestores, mesmo que através de competência subdividida ou escalonada entre os órgãos dos envolvidos.²⁰⁶

---

²⁰⁶ ROSS, Jim. Introduction to Project Alliancing (on engineering & construction projects). **Alliance Contracting Conference** – Sydney, 2003 . Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCoQFjAB&url=https%3A%2F%2Ficcpm.com%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fkfinder%2Ffiles%2FAlliancing_30Apr03_D_PCI.pdf&ei=Q9IIVdjvN8LZsATQvYLoBQ&usg=AFQjCNEaYpPO16s0z1Y4rajGzqEuvNpIRg&bvm=bv.88198703,d.cWc> . Acesso em 12 de março de 2012.

2.5.14 Da culpa

A questão da culpa é emblemática neste contrato. Se estamos desenvolvendo uma estrutura em que ambos gerem e tomam decisões, no sentido do melhor para o projeto, como culpar um dos integrantes por falha humana, ou outro evento que venha acontecer no curso do cumprimento das obrigações?

Os contratos preveem que não será perquerida a culpa entre as partes. Como os participantes estão conduzindo o projeto com total transparência, e sendo o poder exercido de igual forma, não há como identificar em quem houve a falha, ou um erro capaz de gerar prejuízos (que possam ser tanto monetário, quanto de não cumprimento de prazos e metas), ainda que se possa identificar a pessoa responsável pelo ato desabonador.

Vale dizer: como se trata de cogestão, ambos assumem e relevam os erros dos prestadores de serviços uns dos outro. É a cultura do “*no blame*”.

2.5.15 Da administração de conflitos

Os conflitos, como vimos nos princípios da aliança, devem primordialmente ser resolvidos dentro do próprio contrato. Ou pelo consenso, ou ainda por uma forma pré-determinada.

Há contratos com cláusula firme no sentido que as partes dão-se previamente quitação quanto às obrigações e renunciam ao direito de recorrer à justiça ou à arbitragem, uma vez que possuem a obrigação de encontrar a saída *intra muros*. Seria o *very limited right of action*, ou cláusula do direito restrito à ação.

Essa cláusula é fincada no sistema “*no blame*”, sem culpa, em que não perquirirão os culpados, e sim solucionarão, o mais rápido possível, as pendências internas.

Além da cultura do “*no blame*”, é essencial a do “*open book*” para afastar o que chamam de “*moral hazard*” ou informação assimétrica após o fechamento do contrato.

Para tanto, como vimos, criaram um órgão, com variados níveis de autoridade, com prazos pré-estabelecidos para decisões, bem como sua competência e limite, para flexibilizar e encontrar a “resolução apropriada” para as dificuldades que terão durante a confecção do objeto. Ou seja, o contrato possui um órgão gestor para a solução de conflitos internos.

Contam, ainda, com a figura do *alliance facilitators*, que são, em último caso, conciliadores, ou *coachs*, com a tentativa de manter as partes unidas e cooperativas aos princípios do *Project Alliancing*.²⁰⁷

Contudo, em casos muito restritos, como não pagamento, ou não cumprimento grave e sistemático das obrigações contratuais, e já não havendo mais alternativas para a solução interna, há uma possibilidade de se levar a questão para uma solução por arbitragem.²⁰⁸⁻²⁰⁹ Em geral é realizada uma Cláusula Compromissória Arbitral²¹⁰⁻²¹¹ Cheia²¹², indicando o Tribunal onde serão

²⁰⁷ ROSS, Jim. Introduction to Project Alliancing (on engineering & construction projects). **Alliance Contracting Conference** – Sydney, 2003. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCoQFjAB&url=https%3A%2F%2Ficcpm.com%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fkcfinder%2Ffiles%2FAlliancing_30Apr03_D_PCI.pdf&ei=Q9IIVdjvN8LZsATQvYLoBQ&usg=AFQjCNEaYpPO16s0z1Y4rajGzqEuvNplRg&bvm=bv.88198703,d.cWc> . Acesso em 12 de março de 2012.

²⁰⁸ “A Arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e Processo, um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20).

²⁰⁹ No Brasil a matéria é regulada pela Lei 9.307/96

²¹⁰ A lei de arbitragem englobou, sob o nome genérico de “convenção de arbitragem” dois institutos tradicionais: o compromisso e a cláusula compromissória. Enquanto o compromisso é negócio jurídico bilateral, tendo por objeto submeter à decisão arbitral controvérsia já existente, a cláusula compromissória é um pacto de firmar um compromisso futuro, pacto de compromitendo, tendo por objeto submeter controvérsias ainda não concretizadas e, portanto, eventuais, à decisão arbitral. (AZEVEDO, Antonio J. **A Arbitragem e o Direito do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67337>> Acesso em 13 de março de 2015).

²¹¹ “No Brasil, onde a matéria não tem sido abordada na jurisprudência, pode-se também concluir ser essa (caráter independente da cláusula compromissória) a tendência predominante, uma vez que há consenso de que a cláusula arbitral, em contratos internos, encerra um pactum de contrahendo, enquanto que as demais disposições contratuais fogem a obrigações definidas. Trata-se, portanto, diferentemente a cláusula compromissória das demais, não obstante integrante de um único instrumento. Essa distinção decorre da natureza especial e peculiar da cláusula, que tem objetivo específico e inconfundível, qual seja, o de prever meio de solução de litígios,

julgadas as questões, as normas aplicáveis, e principalmente, quais as matérias que poderão ser objeto de discussão, haja vista a prevalência da cláusula *very limited right of action*, para as outras matérias.

2.5.16 Dos riscos e prejuízos

Fato é que as partes entendem que qualquer negócio pode resultar em saldo negativo. O risco do negócio, portanto, no contrato de aliança, é de ambos os participantes. É claro que o contratante/empreendedor poderá sofrer os efeitos do mau resultado diretamente.

Contudo, suportar os riscos pode ser também uma forma de partilhar de prejuízos.

Se os participantes, inclusive o contratado, partilham as benesses de uma administração eficiente e de um projeto bem elaborado, com todos os riscos devidamente sistematizados e quantificados, o oposto, ou seja, o fracasso, mesmo que parcial, pode ser suportado por ambos, de acordo com uma previsão contratual que sistematize a participação de cada um.

Ainda, é interessante notar que o risco associado a um projeto afetará o preço proposto para o proprietário. A identificação e avaliação de risco do projeto é um exercício subjetivo baseado na experiência e nos conhecimentos das partes envolvida. Não há certo ou errado em nenhuma fórmula para verificar. Na contratação tradicional (ou seja, no contrato de *engeneering* como vimos acima), os proponentes serão chamados a propor um preço mais elevado para um projeto de alto risco, de modo que eles estão confiantes de que farão seu retorno requerido nesse projeto (já embutindo os riscos). Eles vão equilibrar a

---

alternativos do judiciário.” (MAGALHÃES, José C. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988, p. 32).

²¹² “Reputa-se cheia a cláusula em que as partes, valendo-se da faculdade prevista no art. 5º da Lei de Arbitragem, reportam-se às regras de um órgão arbitral ou entidade especializada, caso em que a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras; reputa-se vazia a cláusula que não se reporta às citadas regras, nem contenha as indicações para a nomeação de árbitros, de forma a possibilitar a constituição do juízo arbitral” (ALVIM, José E. C. **Direito Arbitral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 184).

resultante preço '*premium*' com outros fatores, incluindo a força da concorrência para o trabalho, o ambiente econômico e seu desejo de "ganhar" o projeto. Na contratação do *Project Alliancing*, o proprietário deve ser capaz de participar efetivamente neste processo de identificação e avaliação de risco, porque eles irão partilhar as consequências do arranjo para a avaliação de riscos no âmbito da partilha de risco coletivo (e de fato assumir todas as consequências de uma vez a quando o máximo de "*pain share*" é ultrapassado).²¹³

2.5.17 Outras cláusulas necessárias

Se por um lado, as cláusulas acima são o que se chama de núcleo duro contratual, sem as quais não podemos dizer que haja contrato de aliança, outras cláusulas seriam necessárias para a boa *performance* do contrato. Poderíamos mencionar: seguro, direito de propriedade material e intelectual, transferência de *Know how*, contratos de fornecimento, de operação, de financiamento, etc.

2.5.18 Das partes

Visto as cláusulas, delimitaremos as partes.

Como fartamente visto, poderíamos dizer que uma das partes, ou parceiro, é o empreendedor. É a pessoa a quem a realização do objeto do contrato interessa. Em geral, o empreendedor pode ser um Estado ou uma sociedade de grande porte pública, privada, ou mista.

---

²¹³ "The risk associated with a project will affect the price tendered to the Owner. The identification and assessment of project risk is a subjective exercise based on the experience and expertise of the individuals involved. There is no 'right' or 'wrong' and no formula to check. In traditional contracting, proponents will propose a higher price for a higher-risk project so that they are confident they will make their required return on that project. They will balance the resulting price '*premium*' with other factors including the strength of competition for the work, the economic environment and their desire to 'win' that piece of work. In alliance contracting, the Owner must be able to participate effectively in this process of identification and assessment of risk, because they will share the consequences of that risk assessment under the collective risk-sharing arrangements (and indeed bear all the consequences once the maximum *painshare* for the NOPs is exceeded)". (NATIONAL ALLIANCING CONTRACTING GUIDELINES. Department of Infrastructure and Transport, Australian Government, 2011. Disponível em: <<http://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/nacg/index.aspx>> . Acesso em 22 de março de 2014).

Por outro lado, os parceiros contratados seriam pessoas *experts* em determinado ramo de atividade necessário para o desenvolvimento do objeto contrato. Ou ainda, perito em gestão e gerenciamento de obras de grande porte.

Insta lembrar, ainda, que é comum que o contrato de aliança seja firmado entre o empreendedor e vários parceiros, formando um único contrato final, mesmo que a atribuição das etapas seja direcionada a um parceiro específico.

Portanto, o empreendedor é o proprietário da concreção final do objeto contratual, e é quem deverá fornecer os meios financeiro/econômico ao contrato. É a ele que interessa a obra ou a prestação de serviços. Já os parceiros contratados serão aqueles que executarão o objeto do contrato.²¹⁴

---

²¹⁴ **National Alliancing Contracting Guidelines.** Department of Infrastructure and Transport, Australian Government, 2011. Disponível em: <<http://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/nacg/index.aspx>> Acesso: 22 de4 março de 2014.

3 O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE ALIANÇA

O dilema inexorável posto nas livres relações, principalmente as que envolvem a relação econômica, não são seus custos. Muito menos o equilíbrio econômico. Ou a base negocial. A dificuldade, o impasse está na nossa vontade e a exteriorização dela. Mas não no sentido teleológico-filosófico da palavra. No sentido puramente ligado às construções jurídicas.

Quem, com muita propriedade, afirmou isto foi Kelsen ao dizer que

A ordem jurídica pode conferir mais peso à declaração do que à vontade efetiva, ou, inversamente, conferir mais peso à vontade real do que à declaração. A resposta à questão de saber qual das duas soluções do presente problema deve ser preferida depende dos princípios de política jurídica que determinam o legislador. O ideal da segurança do tráfico pode conduzir a uma solução, o ideal da liberdade individual pode conduzir à outra.²¹⁵

Ainda. Quanto mais protetor for o direito, quanto mais ele estiver alinhado às políticas estatais protecionistas, à ordem pública no vetor confiança, menos será relevante a vontade individual. Quando estamos diante de um sistema protetivo, a vontade está mais ligada aos aspectos que o direito protege do que à vontade propriamente externada.

E o que isto tem a ver com inadimplemento? No caso do contrato de aliança, absolutamente tudo. Senão vejamos.

3.1 Das cláusulas: *very limited right of action* e de quitação antecipada

Exaustivamente foi exposto que o contrato de aliança é um sistema autopoiético, fincado no método cooperativo, em que as partes, abandonam a causuística da culpa, para assumir a cultura do “*no blame*” e mais, para ter um

---

²¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 275.

comitê gestor que resolverá internamente às pendências envolvendo os participantes.

Através deste comitê, com inclusive um coach especializado no assunto de reaproximação das partes ao método da aliança, as partes buscarão a harmonia necessária para a produção de uma solução não litigiosa. As partes adotarão a estratégia da cooperação. Com ela, resolvem-se pelos próprios gestores, em decisão interna, as pendências contratuais, servindo de parâmetro para as partes (jurificação, reflexividade).

Mas, e se uma das partes, não satisfeita, procurar o judiciário sob o argumento da nulidade da cláusula de inafastabilidade de jurisdição por afronta ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”?

Abordaremos, essa questão por partes.

3.1.1 Da cláusula *very limited right of action*

Primeiramente, verificaremos a “vontade” do parceiro ao declarar que queria adotar a *very limited right of action*, ou a cláusula de restrição ao acesso à jurisdição, como requisito de validade.

Diz Junqueira que a declaração de vontade deverá ser resultante de um processo volitivo, querido com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade, deliberada sem má-fé.²¹⁶

Não poderia ser diferente no contrato de aliança. Para que um parceiro seja convidado a contratar, ele deverá fazer parte, como visto, de pessoas de possuam grande *expertise* na área convidada. Ou seja, alguém que conheça o produto. As operações são baseadas pela boa-fé. São operações *open book*, de informações simétricas, e, como dito na teoria dos jogos, perfeitas e completas. Desta forma, a vontade real e a vontade externada praticamente se equivalem. É um jogo de cooperação. A pessoa fez parte de uma extensa

---

²¹⁶ AZEVEDO, Antonio J. **Négócio Jurídico**: Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

negociação prévia e teve todas as escolhas às suas mãos. Ela decidiu fazê-lo. Teve plena realidade e escolheu com liberdade. Se há má-fé, esta é por força do declarante parceiro, que aceitou os princípios do contrato, para depois refutá-los. Ou mais, ninguém pode *venire contra factum proprium* e ser beneficiado por isso.

Como muito bem explica Cordeiro, no plano dogmático o *venire* é decorrente da proteção na ordem pública, no vetor confiança. Ou seja, o comportamento não pode seria ser contraditado quando tenha suscitado a confiança dos sujeitos envolvidos.²¹⁷

A não ser que a vontade do parceiro desgostoso tenha sido viciada pelo critério da informação, antes da assinatura do contrato. Quer dizer, que houve o que se chama de *adverse selection*, ou informação assimétrica antes da assinatura do contrato, durante as tratativas.

Assim,

Potenciais parceiros de cooperação podem deturpar as competências, habilidades e outros recursos que eles trariam para uma aliança. Esta forma de trapaça, chamada de *seleção adversa*, existe quando um parceiro de aliança promete trazer a uma aliança certos recursos que ou não controla ou não pode adquirir. Por exemplo, uma empresa local se engaja numa seleção adversa quando promete disponibilizar aos parceiros da aliança uma rede de distribuição local que não existe.^{218, 219}

²¹⁷ “O *venire contra factum proprium*, porque dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa atenta, necessariamente, contra a boa-fé, conceito portador de representação cultural apreciativa e que, para mais, está na tradição romanística do '*Corpus Iuris Civilis*', num estado de diluição que a torna onnipresente. O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões, torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas, e não permite, por si, solucionar casos concretos novos”. (MENEZES CORDEIRO, Antonio M. R. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, pp.740-742).

²¹⁸ “Potential cooperative partners can misrepresent the skills, abilities, and other resources that they will bring to an alliance. This form of cheating, called *adverse selection*, exists when an alliance partner promises to bring to an alliance certain resources that it either does not control or cannot acquire. For example, a local firm engages in *adverse selection* when it promises to make available to alliance partners a local distribution network that does not currently exist.” (ZÁBOJ, Marek. **Strategic Alliances as a Competitive Instrument of SME's**. Disponível em: <<http://www.icabr.com/fullpapers/Z%E1boj%20Marek.pdf>> . Acesso em 12 de janeiro de 2015).

²¹⁹ Nesse mesmo sentido: “*Adverse selection exists when an alliance partner misrepresents the resources and capabilities they can bring to an alliance*” (LAWRENCE, Tom et. al. **The SAGE Handbook of Organization Studies**. 2ª ed. London: Sage, 2006, p. 139) Em tradução livre: A seleção adversa existe quando um parceiro deturpa os recursos e capacidades que ele pode trazer para uma aliança

De fato, nesse caso, a questão não está pautada na nulidade da cláusula de não acesso à jurisdição, mais no defeito na vontade ao contratar. Ou seja, ou em um erro substancial,²²⁰ ou em dolo,²²¹ ambos geradores de nulidade relativa ou anulabilidade.

Ruggiero esclarece que o erro substancial se caracteriza de cinco formas diferentes: o *error in negotio*, ou seja, o erro quanto ao negócio jurídico celebrado; o *error in corpore*, quando o dissenso entre a vontade real e a declarada se refere à identidade do objeto do negócio, o *error in substantia*: a parte identifica corretamente a natureza do vínculo estabelecido, bem como o objeto em função do qual se opera o negócio, todavia, desconhece algumas qualidades ou características essenciais; o *error in persona*: o erro recai sobre as qualidades ou a identidade da pessoa com quem a parte faz o negócio e o *error juris* ou erro de direito, que consiste no desconhecimento das implicações jurídicas trazidas pelo negócio jurídico realizado, sendo que este último é mitigado pela jurisprudência.²²²

No caso, só seria erro se o parceiro na aliança, provocador da *seleção adversa*, agiu com culpa ao dizer sobre as suas habilidades, ou absteve-se de dar todas as informações sobre as capacidades que disse que possuía. Ou ainda, comprometeu-se a fornecer um produto ou serviço que não cumpria os requisitos necessários ao contrato.

Ainda, o dolo adviria quando intencionalmente o parceiro na aliança usasse de artifícios ou manobras com o intuito de induzir a outra em erro com a finalidade de tirar proveito para si ou para outrem na realização do negócio jurídico.²²³

Assim, o acesso à jurisdição, se não houvesse forma de ser reparado *interna corporis*, seria não para anular a cláusula *very limited right of action*, mas o negócio como um todo, haja vista que a parte, ao agir em *seleção adversa* feriu um dos pilares do contrato, ou seja, a good faith, ou boa-fé. E mais,

---

²²⁰ Artigo 139 do Código Civil.

²²¹ Artigo 145 do Código Civil.

²²² RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 2ª ed. Campinas: Bookselles, 2004, pp.341-342.

²²³ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 411-412 , vol.I

sendo este um contrato cujas cláusulas em conjunto são consideradas como uma unidade em relação ao seu meio, não haveria a possibilidade de anulá-lo por partes. A anulação do contrato seria integral.

Ocorre que, embora plausível como hipótese, ela se torna quase impossível de fato.

Como vimos, durante as tratativas há uma intensa troca de informações. E mais, é assinado um contrato anterior, um pré-contrato, chamado de *interim project alliance agrément*, ou IPAA. Nesse momento, há a *total disclosure* ou total abertura de informações, não havendo como a parte esconder um fato de tamanha relevância. Também não seria por parte do empreendedor, porque os projetos desenvolvidos são exatamente aqueles que serão arquitetados pelos parceiros. Precisaria, ainda, não existir uma cláusula compromissória arbitral. Como vimos, para algumas matérias ela está presente.

Verificado isto, passamos à segunda análise sobre a cláusula em discussão. E esta se firma sobre dois tripés: a disponibilidade dos direitos envolvidos no contrato de aliança, ou seja, um acordo empresarial econômico, e a inafastabilidade da jurisdição.

A primeira discussão que se trava é se a Constituição, ao dizer Poder Judiciário, o disse de forma literal ou estava afirmando jurisdição, podendo esta última ser delegada ou não.

Porto e Ustároz defendem que a Constituição foi literal e quis dizer Poder Judiciário. Nas palavras deles, “o comando constitucional representa a inviabilidade de serem criados obstáculos ao cidadão de buscar seu direito junto ao Poder Judiciário. Posta a questão nestes termos, emerge, com clareza invulgar, que a Constituição franqueou, sem restrições, o direito de ação, sempre que houver lesão ou ameaça a direito, pois é exatamente através desse direito que o cidadão exige do Estado à prestação jurisdicional. Por decorrência, para a

satisfação de interesses individuais, coletivos ou difusos, está o Poder Judiciário disponibilizado ao exame das mais diversas questões”²²⁴

Ou seja, a questão sobre o direito e a sua indisponibilidade seria irrelevante, pois neste caso, o comando de inafastabilidade estaria em cláusula pétrea, como um direito *fundamental*, e, portanto, inafastável por acordos entre as partes, mesmo que econômicos.

Contudo, outros doutrinadores afirmam que o sentido da palavra Poder Judiciário não é literal. Ela advém do conceito de jurisdição. Contudo, mesmo assim, tem o caráter de indisponibilidade.

Dinamarco ensina que

Assumido que o sistema processual é impulsionado por uma série de escopos e que o Estado chama a si a atribuição de propiciar a consecução destes, uma das funções estatais é a de realizar os escopos do processo. Tal é a jurisdição, função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supraindividuais e aos demais escopos do sistema processual. Entre esses escopos está o de atuação do direito material, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos. Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Falar em solução imperativa é pressupor a presença do poder estatal.²²⁵

Toda essa questão sobre literalidade, jurisdicionalidade e indisponibilidade veio à tona quando o STF, ao decidir sobre a homologação de sentença estrangeira arbitral que dirimiu o conflito entre duas sociedades comerciais “inquestionavelmente disponíveis”, resolveu, como questão de constitucionalidade incidental, julgar sobre a constitucionalidade ou não da Lei de Arbitragem, ou seja, Lei 9307/96. A questão foi por maioria, mas consagrou a

---

²²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil**. O conteúdo Processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49-50.

²²⁵ DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 329-30, v. 1.

disponibilidade da parte escolher uma forma de solução de conflitos diferente do Poder Judiciário.

Diz o voto do Ministro Carlos Velloso:

Com efeito, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). Dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador. É dizer: este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, data vênua, a afirmativa de ser atentatório à Constituição art. 5º, XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis. Posta assim a questão, parece-me correta a afirmativa, contida no parecer do Procurador-Geral da República, no sentido de que 'direito de ação' não quer dizer 'dever de ação judicial'. Nada impede exercer a pessoa, física ou jurídica o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional. O art. 33 assegura aos interessados o acesso ao Judiciário, no caso de alegação de nulidade da sentença arbitral e também prevê a possibilidade de ser arguida a nulidade em embargos do devedor (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/96, c/c o art. 741 do Código de Processo Civil), conforme registra, aliás, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em trabalho de doutrina, 'A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro'. Em suma, Sr. Presidente, a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante à arbitragem. “ (STF. Plenário. SE 5.206-AgR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 30/04/2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2015)

Asseverando sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, Carmona afirma que ela não fere a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois a norma constitucional é uma proibição dirigida ao legislador e não aos particulares que tentam solucionar um litígio. A solução, portanto, de conflitos resolvidos pelos árbitros não afasta do judiciário, lesão ou ameaça a direito, mas cria mais uma alternativa para resolução de litígios.²²⁶

²²⁶ CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 313-314.

Portanto, o cidadão poderia se decidir por outra forma de solução de conflito que não fosse a jurisdição estatal. Em tese, bastaria que fosse o direito disponível.²²⁷

Quanto à disponibilidade do direito sujeito à arbitragem, e portanto, que as partes podem transacionar, diz Nunes que, os

Direitos patrimoniais devem ser entendidos como aqueles que possuem por objeto um determinado bem, inerente ao patrimônio de alguém, tratando-se de bem que possa ser apropriado ou alienado. Patrimônio indica o complexo de bens, materiais ou não, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa ou empresa e seja suscetível de apreciação econômica. Não se fez restrição sob quais seriam os direitos patrimoniais, pelo que é de se entender que os direitos patrimoniais relativos a imóveis, móveis, semoventes, veículos etc., podem ser objeto da arbitragem, dentre outros. Os direitos a serem objeto da arbitragem devem ser aqueles tidos como disponíveis, ou seja, suscetíveis de livre disposição pelas partes. Os direitos tidos como indisponíveis, ou seja, impossíveis de serem vendidos, doados, cedidos, negociados, serão assim insuscetíveis de arbitragem.²²⁸

Verificado que o direito fincado em cláusulas econômicas é “inquestionavelmente disponível”, retomamos a cláusula de restrição do direito a ação.

A principal questão reside em saber se, assim como a arbitragem, o órgão decisório do contrato teria a incumbência de, mesmo sendo um órgão meramente contratual, ser comparado a um Tribunal Arbitral, ou fazer as vezes desse.

Para tanto, teremos que enfrentar a natureza jurídica do Tribunal Arbitral.

²²⁷ “A Interpretação falaciosa de que a arbitragem reduziria a abrangência do Poder Judiciário, pelos efeitos de impedir o exame pelo juiz das demandas a ela submetidas, levou no Brasil, a sustentar-se a tese de que a arbitragem seria inconstitucional, por ferir a norma tradicional no Direito brasileiro de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’ (CF, art.5º, XXXV). Ora, a prevalecer tal entendimento, qualquer ato de resolução de controvérsia (uma renegociação, uma transação extrajudicial, uma confissão, uma cessão de direitos...) somente seria válido se validado pelo juiz! Na verdade a jurisprudência do STF já admitiu, conforme examinado no presente trabalho, que a solução pela via arbitral de pendências de caráter patrimonial e transigíveis não apresenta qualquer violação da norma constitucional.” (SOARES, Guido F.S. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil: Vicissitudes. **Revista dos Tribunais**, vol. 642, pp. 38-97, março/89).

²²⁸ PARIZATTO, João R. **Arbitragem**. Comentários à Lei 9.307 de 23-09-96. São Paulo: LED, 1997, p. 16.

Três são as teorias em que se dividem o assunto:²²⁹

a.) Teorias Privatistas, no qual a arbitragem é um acordo, fundado na autonomia da vontade, com origem na Roma antiga, onde se renuncia a jurisdição. Nesse caso, o poder atribuído pelas partes ao árbitro não é de cunho jurisdicional, por faltar-lhe investidura (não cumprir os requisitos necessários previstos no artigo 93, inciso I da Constituição Federal) e não ter *imperium* (não poder executar suas decisões), sendo sua explicação meramente contratual (teoria esta defendida na *commom law*), mas tem como finalidade a pacificação social;²³⁰

b.) a Teoria Jurisdicionalista ou Publicista: a arbitragem é um ato de vontade do próprio Estado, que, através da lei, outorga poderes ao juiz²³¹ e ao árbitro, para que estes resolvam conflitos. No caso da arbitragem, incumbem às partes a escolha dos árbitros. Portanto, há igualdade das funções de árbitro e juiz redundando na sua função jurisdicional - inércia, substitutividade e definitividade (teoria aceita nos sistemas de direito continental)²³² e

c.) Intermediárias ou mistas: fundada na jurisdição convencional, originada na vontade dos particulares, e, dessa forma, com feições

²²⁹ ALVIM, José E. C. **Direito Arbitral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 250-254.

²³⁰ CARNELUTTI afirma que a solução de litígio por meio da arbitragem não possui caráter público tendo em vista que os árbitros não fazem parte do Poder Judiciário, nem mesmo temporariamente. Assim, a função que ele exerce é de ordem privada, sendo sua natureza contratual. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 47).

²³¹ “Fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **A Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 104). Humberto Theodoro Júnior sustenta a teoria do “equivalente jurisdicional”

²³² “Único elemento necessário da jurisdição seria o *iudicium*, pois ele englobaria, de certa forma, a notio e a vocatio e poderia existir mesmo sem a coertio e a executio. Já essas duas últimas não poderiam existir mesmo sem o *iudicium*. Assim, o peder de dizer o direito seria o traço marcante da jurisdição e estaria presente na arbitragem.” (RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da Arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 56) Ranzolim defende a teoria da “jurisdição”. No mesmo sentido: “É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de auto regramento (autonomia privada).” (DIDIER, Fredie Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 123, Vol. 1).

contratuais em suas origens, mas se desenvolve em bases jurisdicionais, na busca de justiça, nos seus efeitos.²³³

Observando a formação do nosso contrato de aliança, o que mais se coaduna com a discussão acima é a teoria contratual. Na verdade, as partes, ao se decidirem por dirimirem seus conflitos, através de terceiros particulares, que não o Poder Judiciário, renunciaram aos seus direitos de acesso à justiça, em defesa de outras soluções particulares, muitas das vezes mais ágeis e mais especificadas no assunto.

Ainda, Scavone afirma que o Tribunal Arbitral possui as seguintes características próprias:

- especialização: na arbitragem é possível nomear um árbitro especialista na matéria submetida à análise ou no objeto do contrato entre as partes;
- rapidez: o procedimento escolhido e adotado pelas partes é mais célere que o judicial; irrecorribilidade:
- a sentença arbitral tem a mesma eficácia que uma sentença judicial transitada em julgado e não é passível de recurso, a não ser por nulidade;
- informalidade: o procedimento arbitral não é formal e as partes podem decidir sobre a escolha dos árbitros e do direito material e processual que serão utilizados na solução do conflito; e, por fim,
- _ confidencialidade: a arbitragem é sigilosa em razão do dever de discrição do árbitro.²³⁴

---

²³³ “Rendemo-nos à tese que defende a natureza mista da Arbitragem, na medida em que evidencia características privatistas muito contundentes, ao mesmo tempo em que detém traços reais de natureza pública em sentido lato.” (AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem: O Acesso à Justiça e a Efetividade do Processo. Uma Nova Perspectiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 349).

Em paralelo, o órgão decisório é especializado, rápido, as decisões são tomadas por órgãos hierarquizados escolhidos desde as tratativas, sua decisão é imediatamente aplicada nos critérios financeiros e acertos entre os parceiros e desburocratizada. Não há sigilo *interna corporis*, mas há sim, dever de sigilo, com cláusula de *non disclosure* perante terceiros.

O parceiro dissidente, contudo, poderia dizer que lhe falta o principal: a imparcialidade,²³⁵ uma vez que também os demais parceiros, que estão em litígio, serão chamados a decidir sobre o objeto da discussão. Ou seja, seria dar nas mãos da parte contrária o direito de se manifestar sobre a questão litigiosa, com poder de decisão. Mas não se pode esquecer que o parceiro desgostoso também terá voz na solução do conflito. E mais, que haverá sempre um terceiro na solução, ou mesmo um comitê para assegurar a decisão, previamente constituído desde as tratativas.

Poderíamos, então, dizer que as partes, ao assinarem o contrato de aliança, com cláusula de restrição ao acesso à ação, e se comprometendo a resolver os conflitos internos, através dos métodos de solução criados no contrato, nada mais fizeram do que criar um Tribunal Arbitral permanente dentro do próprio sistema contratual. Seria o *Alternative Dispute-Resolution Method*.

Ademais, o que se deve levar em conta é que foi a parte quem decidiu os métodos de solução de conflito de seus direitos *disponíveis*. Vale dizer, foi ela quem aceitou os termos de como seria realizado o órgão decisório. Ela buscou o ótimo de Pareto.

Mais. Foi ela quem aceitou o modelo cooperativo pleno. Aceitou os princípios e a jogar com as regras existentes desde o início. Ela se colocou dentro de um sistema autopoietico, que faria suas normas e se regeria por elas. Ela levou a crer para os demais parceiros que estaria embuída da boa-fé, como dever lateral de conduta.

---

²³⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz A. **Manual de Arbitragem**: Mediação e Conciliação. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 19-20.

²³⁵ “Os principais requisitos de um árbitro são: a imparcialidade, a independência, e a competência para analisar e decidir um caso concreto, tendo como imperativo legal de que o número desses julgadores seja ímpar.” (CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e Processo, um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009, p.32).

Ora, no momento em que se viu insatisfeita com a solução encaminhada pelo órgão decisório, durante a execução do contrato, em plena atividade do jogo, ela pretende romper com as regras e voltar ao modelo competitivo, porque, assim, poderá “revisar” as decisões tomadas pela aliança através de um terceiro, estranho a toda a relação desenvolvida até aquele momento, e que, pela complexidade da obra, não terá condições de ter todas as informações dos *pays offs*, e decidirá, em último caso, baseado em informações incompletas e imperfeitas, além de assimétricas. O que poderá causar prejuízo para os envolvidos.

Dessa forma, pelo critério da boa-fé, não há, assim, invalidade nessa cláusula.

Por fim, trago como exemplos de Project Alliancing que tiveram cláusulas restritivas de acesso à justiça, três casos bem-sucedidos de grandes projetos:

- *The Acton Peninsula Alliance*: realizada para construir o Museu Nacional da Austrália, em Camberra. Neste caso, ninguém levou suas pendências para solução extracontratual, por força da *no-blame* cause. Embora no decorrer do contrato houve vários problemas, inclusive graves, ao final todos eles foram solucionados dentro da aliança;

- *The Waardse Alliantie*: um projeto para a construção de uma ferrovia no sul da Holanda. Neste projeto foi criado um pequeno tribunal (mini trial), com peritos ou conselho de sábios (wise men). Assim, havendo problemas, o caso era levado para este pequeno tribunal, que decidia sobre a questão, emitindo uma resolução. Se uma das partes não aceitasse, ela poderia recorrer ao Conselho da Aliança, ou procurar um tribunal arbitral pré-definido. No entanto, havia cláusula específica de que, se o participante não cumprisse suas obrigações após um prazo razoável previsto para resolvê-la, o contrato em relação a ele seria resolvido. Nenhuma disputa saiu de dentro da Aliança, ou se procurou o tribunal arbitral externo;

- *The Petrochemical Installation Project*: um projeto de instalação de uma Petroquímica na Holanda. Neste caso também foi criado um pequeno tribunal, a exemplo da *Waardse Alliantie*. Contudo, a decisão deste tribunal tinha efeitos de decisão, e era juridicamente vinculante no caso. As questões se resolveram dentro da aliança.²³⁶

3.1.2 Da cláusula de quitação antecipada

No entanto, a mesma coisa não se pode dizer da cláusula de quitação antecipada entre as partes.

Conforme leciona Lobo “a obrigação é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, em que uma delas (o credor) pode exigir da outra (o devedor) uma prestação”.²³⁷

Ademais, a quitação faz parte da extinção da obrigação. Para ser válida, necessita haver: o vínculo obrigacional, a intenção de solvê-lo, o cumprimento da prestação, a pessoa que efetua o pagamento e a pessoa que o recebe.²³⁸

Embora o devedor tenha o direito potestativo de quitar uma prestação ainda não vencida, no presente caso, isto não seria possível. Duas seriam as razões: ao se darem a quitação mútua *ab initio*, as obrigações, por si, se

²³⁶ “In the three presented cases, many different ADR methods can be part of the project alliance agreement to keep the alliance parties working together to achieve the same goals. These ADR methods have proved to be effective in preventing disputes from reaching the court or the council of arbitration. There are, however, clauses that can be part of an alliance contract, that can cause problems in the future. A good example of this is the willful default clause that was used in the Acton Peninsula Alliance. Because these clauses can pose a threat to future alliances, these clauses should be closely reexamined and modified where needed to minimize potential problems.” (KOOLWIJK, J. S. J. Alternative Dispute Resolution Methods Used in Alliance Contracts. **Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice**, v. 132. pp. 44-47, january 2006). Em tradução livre: Nos três casos apresentados, vimos que muitos métodos ADR diferentes podem ser parte do acordo do contrato de aliança para manter as partes da aliança trabalhando em conjunto para alcançar os mesmos objetivos. Estes métodos de ADR provaram ser eficazes na prevenção de litígios atingindo o tribunal ou o conselho de arbitragem. Há, no entanto, as cláusulas que podem fazer parte de uma aliança contrato, que pode causar problemas no futuro. Um bom exemplo de esta é a cláusula de incumprimento doloso que foi usado na Península Acton Alliance. Porque estas cláusulas pode representar uma ameaça para o futuro alianças, estas cláusulas devem ser cuidadosamente reexaminados e modificado onde for necessário para minimizar possíveis problemas.

²³⁷ LÓBO, Paulo L. N. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

²³⁸ MALUF, Carlos A. B. D; MONTEIRO, Washington de B; SILVA, Regina B. T da. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. 2ª Parte. 38ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 288.

extinguiriam no momento da própria celebração do contrato. Vale dizer, antes mesmo das partes implementarem a execução do contrato. Seria um contrato *que nasceria morto*.

Ademais, naquele momento, a vontade declarada era diversa da vontade real. Ou seja, as partes não queriam dar fim ao contrato. As partes queriam cumpri-lo. A intenção era executá-lo e não solvê-lo.

Por este motivo é clara a nulidade parcial, por invalidade, da cláusula de quitação mútua *ab initio*.

3.2 Das possibilidades de Inadimplemento no Contrato de Aliança

Como vimos acima, com a afastabilidade da solução de litígios por terceiros, entre as partes, imaginarmos o inadimplemento deste contrato, parcial ou total, é hipótese de digressão analítica. Passaremos a ela.

A noção de inadimplemento está ligada à bilateralidade. À contraprestações recíprocas.

Araken de Assis, diz que a noção de contrato bilateral está ligada ao dever de prestar para que outro ou outros lhe contraprestem. No seu entendimento

A contraprestação constitui, precisamente, a prestação do outro figurante. Há, portanto, na figura (a) duas prestações e (b) interdependência de prestações respeitante a própria conformação do negócio e perpassada, dinamicamente, a todo seu desenvolvimento e a sua eficácia. Em geral, o interesse predominante dos parceiros implica o cumprimento simultâneo das prestações, ou seja, trato a trato. Mas pode suceder e o sistema jurídico pátrio o permite, que um dos contratantes cumpra ou tenha de adimplir antes do outro, resultando a sucessividade das prestações. A distinção interessa aos problemas de acesso a via resolutiva.²³⁹

---

²³⁹ ASSIS, Araken. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 23

Vejamos. No contrato de aliança, várias prestações se contrapõem. Algumas de cunho econômico-financeiro, portanto de dar. Outras, decorrentes de obrigações de fazer ou não fazer ligadas ao núcleo principiológico do contrato de aliança, derivados da boa-fé, do regime cooperativo e da ausência da culpa.

Falaremos, a princípio, das prestações de cunho econômico. Vimos que o empreendedor realiza núcleos contratuais com os parceiros. Cada núcleo contratual, observado apenas pelo aspecto isolado, sem contar com a cooperação, muitas das vezes pode ser equiparado, apenas para entendimento, como um dos contratos de *engeneering analisados*. Assim, o gestor administrativo do projeto pode ser equiparado ao empreiteiro no EPCM, o designer do projeto ao engenheiro do Desing Bid Build, e assim por diante. A diferença seria que todos gerem junto o contrato, só que possuem obrigações individualizadas.

Assim, cada uma das partes possui obrigações pré-definidas e uma remuneração em relação a elas, que também estão quantificadas nos limbs 1 e 2. São obrigações decorrentes de trabalho, fornecimento de materiais, etc. À medida que os parceiros cumprem suas tarefas, eles recebem a contraprestação do empreendedor.

Duas, então, seriam as hipóteses de indimplemento nesse caso. A do não cumprimento do trabalho pelo parceiro ou a de não pagamento pelo empreendedor.

Embora, em geral, exista um caixa e um fluxo de administração coletiva, por certo, poderá haver impontualidade nos dois casos. Mas que tipo de impontualidade seria essa?

Como bem nos explica o Professor Dabus Maluf, duas situações distintas ocorrem para que haja a inadimplência das obrigações do artigo 389 do Código Civil em vigor: “a) o devedor não cumpre a obrigação; b) o devedor deixa de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos.”²⁴⁰

---

²⁴⁰ MALUF, Carlos A. D.; MONTEIRO, Washington de B.; SILVA, Regina B. T. da. **Curso de Direito Civil. Direitos das Obrigações**. Primeira Parte. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363.

Passaremos ao estudo delas. Leciona Rizzardo que entre as espécies de incumprimento, existe:

O voluntário, ou por culpa do devedor. Este é o contemplado no art. 475 (parágrafo único do art. 1.092 do código revogado), e que acarreta as perdas e danos, seja nas obrigações de dar, de fazer ou não fazer. No pertinente ao 'involuntário', também resolve-se a obrigação, podendo ocorrer por vários fatores, todos alheios a vontade do devedor, como a superveniência de caso fortuito ou força maior, da impossibilidade de cumprimento em face do surgimento de uma situação imprevisível, da quebra da base objetiva existente quando da contratação, da onerosidade excessiva. Unicamente isenta-se o devedor do ressarcimento das perdas e danos. Não se afasta a consequência de se compelir a restituição da prestação recebida. Mesmo que haja a ocorrência de um fator de impedimento de se cumprir o estipulado, não deixa de se resolver o contrato, isto é, de desconstituir-se, retornando as partes a situação anterior, e restituindo-se aquilo que foi recebido. Mas encontrando-se o devedor em mora no cumprimento, não se insenta das perdas e danos.²⁴¹

Dessa forma, no voluntário, é a culpa quem determina a solução. Por outro lado, Pedrotti esclarece que a culpa em sentido estrito, pode ser definida como a “própria negligência, imperícia ou imprudência, que difere do sentido lato, que pode compreender a ação ou omissão, desde que não haja na conduta o dolo, ou ânimo de prejudicar”.²⁴²

Ou ainda, consistiria na omissão de diligência exigível, cujo emprego pudesse haver impedido o resultado não querido. Ou, como disse Acquaviva, no “ânimo de agir ou de se omitir sem o intuito de lesar, mas assumindo tal risco. Inobservância de uma norma sem intenção deliberada de causar dano, mas sob o risco de produzi-lo.”²⁴³

Se de um lado há o incumprimento. De outro lado, há a repercussão. Tal viria através das perdas e danos ou da multa contratual.

Perdas e danos têm sentidos equivalentes em nosso ordenamento. Assim, na fala de Azevedo “a palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representando o resultado de qualquer espécie de lesão (moral, religiosa,

²⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 263-264.

²⁴² PEDROTTI, Irineu A. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: LEUD, 1999, p. 22, Vol. 1.

²⁴³ ACQUAVIVA, Marcus C. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 9ª ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 413.

econômica, política etc); entretanto, no prisma jurídico, o dano circunscreve-se a detrimência econômica ou moral.”²⁴⁴

Se não há previsão de multa pelo inadimplemento, incidem as perdas e danos. Contudo, estas podem ser previamente estipuladas, como Cassetari nos ensina. Para ele, a cláusula penal pode ser definida como sendo

Uma convenção acessória inerida em negócio jurídico unilateral ou bilateral, em que o devedor da obrigação se compromete, para o caso de inexecução completa da obrigação, de inexecução de alguma cláusula especial, ou simplesmente de mora, a uma sanção de natureza econômica, que pode ser dar, fazer ou não fazer, nos limites fixados em lei.²⁴⁵

Percebe-se, então, que a cultura da culpa e seu contraponto multa ou perdas e danos está ligada intimamente à questão dos jogos competitivos de soma zero. Cada estratégia tomada por uma das partes reflete numa consequência igual e contrária. Não cumpriu por culpa, a resposta é proporcional ao ato: responderá com o pagamento das perdas e danos.

Contudo, na cultura contratual do “*no blame*”, em que todos estão envidando esforços para a cooperação, a primeira coisa que salta aos olhos é que não há a possibilidade da “culpa”, ou ainda, do incumprimento voluntário.

Todos estão trabalhando juntos e cada um é ajudado a cumprir sua obrigação pelo grupo. O ânimo volitivo está afastado. Havendo atraso, portanto, não se perquire sobre “perdas e danos”, porque de “culpa” não se trata, e sim, sobre as *taxas de performance* da parte. Sobre o limb 3.

Não há multa pela impontualidade. Há incentivo para o cumprimento com a partilha dos *fees*. O parceiro não proprietário apenas não cumpriu metas, portanto não receberá os bônus de participação. Ou os receberá de forma diminuída. A lógica é outra. Não é punição pela negligência, imprudência, ou

²⁴⁴ AZEVEDO, Alvaro V. **Curso de direito Civil: Teoria geral das obrigações**. 7ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 238.

²⁴⁵ CASSETARI, Christiano. **Multa Contratual. Teoria e Prática da Cláusula Penal**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 52.

imperícia. Muito menos está se procurando restituir o empreendedor ao *status a quo ante*.

De outro lado, o empreendedor que não repassa ao parceiro sua contraprestação ou limbs 1 e 2, também poderá afetar o desempenho no contrato. Por isso, existem cláusulas de compensação. Tais cláusulas avançam sobre a parcela do limb 3 pertencente ao empreendedor. O valor delas e a forma de quantificação estarão alinhadas no Project Alliancing.

Ainda, no *caso fortuito e força maior*, em que o regime não é de culpa, os riscos das partes continuam os mesmos. Ou seja, as metas não foram cumpridas, portanto, as *chaves de performance* serão aplicadas para a redução do bônus de participação. Haverá a divisão dos riscos dentro do contrato de cooperação. Se de um lado não se perquire a culpa, do outro lado, se assumem os riscos. É a cultura *pain/gain*.

Portanto, a impontualidade relativa se resolve com *pain/gain*. Mas e o inadimplemento absoluto?

Como se tratam de contratos de grande porte, a parte financeira, em geral, está reservada mediante créditos ou financiamentos por etapas cumpridas. O risco do parceiro não proprietário não receber, é pequeno.

Contudo, se hipoteticamente não receber o valor, seria o seu direito um dos poucos casos em que se admite o caimento da cláusula de restrição de acesso à jurisdição.

E o que ele poderia receber, mediante tutela jurisdicional ou arbitral? Apenas o que dispendeu pelo seu trabalho, ou limbs 1 e 2 (este último se ainda dentro do TOC), a não ser que já estiver terminado o contrato, ou que já houver bônus ou lucros pendentes a receber ou previamente já acertados por cláusula de performance cumprida. Nada mais.

Por outro lado, se o parceiro não cumprir metas e reiteradamente comprometer o trabalho do projeto, com atitudes inadequadas aos princípios do contrato, o comitê gestor, em consonância com o comitê decisório e o

empreendedor, poderão desligá-lo, após consulta em que ele puder se manifestar. Muitos dos contratos prevêm que, nesse caso, a decisão deverá ser unânime, sem a contagem do voto do parceiro que não cumpriu as metas. Ainda assim, ele receberá os limbs 1 e 2, e em caso de ter pendentes bônus, os bônus não recebidos. A regra é a mesma. Aplica-se a cultura do *pain/gain*.

Vale, por fim, ressaltar que as obrigações descumpridas em decorrência dos princípios do contrato de aliança, e os deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé que forem observados durante o contrato pelas partes, e que interferirem no bom andamento do projeto, com influência na performance, poderão ser objeto de sustentação para afastamento do parceiro não empreendedor que deu causa, pelo comitê, valendo as mesmas regras acima para a solução da questão.

Faremos, então, uma tabela demonstrativa, utilizando-se da Teoria dos Jogos, para demonstrar que é fulcral entendermos a diferença desses contratos, antes de aplicarmos as regras do Código Civil (artigos 389, 395, 400, 405, 611 entre outros).

Figura 8 - Demonstra a solução de inadimplemento relativo ou total

Contrato	Jogo	Culpa	Multa/ Perdas e Danos/ Juros Equilíbrio de Nash	Força Maior	Gain/Pain Ótimo de Pareto
Empreitada	Competitivo	Sim	Sim	Sim	Não
DBB	Competitivo	Sim	Sim	Sim	Não
DB	Competitivo	Sim	Sim	Sim	Não
EPC/ EPCM	Competitivo	Sim	sim	Sim	Não
Contrato de Aliança	Cooperativo	Não	Não	Não	Sim

Por fim, resta ainda evidenciar a questão do dolo. Como vimos, dolo é a vontade de agir, causando prejuízo ao outrem, com efeitos nas esferas cíveis e penais, dependendo do caso. Os jogos cooperativos partem do pressuposto da boa-fé. Contudo, não toleram o dolo. Havendo dolo no contrato, embora seja aplicada a regra do gain/pain, na verdade o doloso perderá os limbs 2 e 3, e nesse caso, dependendo da extensão do dano, será demandado a repor as perdas e danos, aplicando-se, nesse caso, as regras da culpa pelo método competitivo.

Isto é plausível, uma vez que, rompida a cooperação com o dolo, as partes voltam ao sistema de competição e suas regras.

3.3 A Teoria da Imprevisão e o Contrato de Aliança

Como se trata de um contrato enquadrado por vários doutrinadores como sendo um contrato de *engineering*, há que se perquirir se a Teoria da Imprevisão incidiria ou não sobre esse contrato.

Como nos ensina Dabus Maluf,

A onerosidade excessiva está lastreada na teoria da imprevisão, que serve de mecanismo de efetivo reequilíbrio contratual, quer recompondo o *status quo ante* que animou o contrato ao tempo de sua formação (efeito da teoria da condição implícita, a *implied condition* do direito inglês) quer o ajustando à realidade superveniente por modificações equitativas, e, como tal, deve representar, em princípio, pressuposto necessário da revisão contratual e não de resolução do contrato²⁴⁶, ficando esta última como exceção.²⁴⁷

Desse conceito, algumas características se podem tirar. Primeiro, são contratos de prestações proporcionais e equivalentes. De trato sucessivo, ou com execução diferida no tempo. Há uma base negocial, portanto, um equilíbrio econômico financeiro que impôs essa equivalência ao início do contrato e um evento posterior que o desequilibrou e que, por questões de equidade, cada parte deve manter o equilíbrio.²⁴⁸

A situação também é apontada, nos mesmos termos, por Lopes ao afirmar que

A imprevisão consiste, assim, no desequilíbrio das prestações sucessivas ou diferidas, em consequência de acontecimentos ulteriores à formação do contrato, independentemente da vontade das partes, de tal forma extraordinários e anormais que impossível se tornava prevê-los razoável e antecedentemente. São acontecimentos supervenientes que alteram profundamente a economia do contrato, por tal forma perturbando o seu equilíbrio, como inicialmente estava fixado, que se torna certo que as partes jamais contratariam se pudessem ter podido antes antever esses fatos. Se, em tais circunstâncias, o contrato fosse mantido, redundaria num enriquecimento anormal, em benefício do credor, determinando um empobrecimento da mesma natureza, em

²⁴⁶ Artigo 475 do Código Civil.

²⁴⁷ MALUF, Carlos A. D.; MONTEIRO, Washington de B.; SILVA, Regina B. **Curso de Direito Civil. Direitos das Obrigações**. Segunda Parte. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 106-107.

²⁴⁸ Artigo 474 do Código Civil.

relação ao devedor. Consequentemente, a imprevisão tende a alterar ou excluir a força obrigatória dos contratos.²⁴⁹

Da leitura dessas fundamentações, é inequívoco, como já vimos quando tratamos dessa mesma questão nos contratos Design Bild, que há duas forças iguais e equivalentes, que mantém esse contrato estável. A perda de uma é ganho direto da outra parte. As duas forças se equivalem, em sentidos opostos.

Portanto, mais uma vez, estamos falando sobre contratos que se regem pelos jogos competitivos, de soma zero. O equilíbrio que se propõe aqui é o de Nash. Não há nenhuma dúvida sobre a competição na forma deste contrato.

Portanto, eles se aplicam aos contratos de *engineering* que forem formados pelo método da competição.

No entanto, não é o caso do Contrato de Aliança. Nele a fundamentação do TOC, que é o preço do orçamento total do contrato e, dessa forma, perfaz a relação econômico-financeira da base contratual, foi decidido entre todas as partes. Foi debatido em extensas tratativas. Todos os participantes geriram o contrato no sistema *open book*. Não há forças opostas. O que há é a aplicação da cláusula *gain/pain*. Se o contrato tivesse dado lucro, a parte teria participado dele. Como não foi possível, ela arcará com os prejuízos.

Dessa forma, não se aplica a Teoria da Imprevisão ao Project Alliancing.

3.4 Caso para estudo: Petrobrás/Citepe x CNO

3.4.1 Descrição do caso

Para fins de estudo sobre os requisitos de um contrato de aliança e o seu enquadramento nos princípios aqui estudados, traremos à discussão, o caso analisado pelo Tribunal de Contas da União, envolvendo a Petrobrás e a Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco – Citepe de um lado e de outro, em que é aliada não proprietária, a Construtora Norberto Odebrecht – CNO. (TCU

---

²⁴⁹ LOPES, Miguel M. S. **Curso de Direito Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 78, vol 3.

– Plenário do Grupo I, proc nº TC 014.754/2011-8 – Rel. Weder de Oliveira, DJ 16/10/2013)

Trata-se de uma fiscalização nas obras de implantação do Complexo Poliéster e Resina PET em Ipojuca/PE, no ano de 2011 (Fiscobras), decorrente do Acórdão 564/2011-TCU-Plenário, a cargo da Companhia Integrado Têxtil de Pernambuco (Citepe). À época, a equipe de fiscalização do TCU, a quem cabia realizar análise da obra, encontrou 8 (oito) indícios de irregularidades, sendo 4 deles classificados como graves (IGC) e os outros 4, classificados como 'outras irregularidades' (OI), entretanto, sem a recomendação de bloqueio orçamentário, ou seja:

- (i) Adoção de regime de execução contratual inadequado ou antieconômico (IG-C)
- (ii) Contratação irregular por dispensa ou inexigibilidade. (IG-C)
- (iii) Sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado. (IG-C)
- (iv) Existência de atrasos injustificáveis nas obras e serviços. (IG-C)
- (v) Adiantamento de pagamento sem a apresentação das garantias contratuais. (OI)
- (vi) Falta de exigência de garantia contratual. (OI)
- (vii) Fiscalização ou supervisão deficiente ou omissa. (OI)
- (viii) Execução de serviços com qualidade deficiente. (OI)

Tais irregularidades poderiam ser verificadas através dos seguintes indícios:

- a) indícios de sobrepreço, no valor de R\$ 154.198.171,90, no contrato CNO 14/2010;
- b) celebração de contrato de aliança com a empresa CNO (contrato CNO 14/2010) sem que estivessem caracterizados os interesses convergentes entre as partes e a soma de esforços

para o gerenciamento conjunto de empreendimento, em desacordo com o que dispõe o item 2.3, i, do Decreto 2.745/1998;

c) contratação da empresa CNO (contratos CNO 14/2010 e 17/2009) por inexigibilidade de licitação, com base na celebração de contrato de aliança, e amparada por parecer jurídico da Citepe (evidência 4), sob o fundamento de que o fato de a empresa CNO estar executando a obra do PTA em terreno lindeiro ao local onde o novo empreendimento seria realizado inviabilizaria a licitação, uma vez que a CNO teria clara vantagem em relação às demais possíveis licitantes devido à redução de custos relacionados à mobilização da obra, em desacordo com o que dispõe o art. 25 da Lei 8.666/1993;

d) realização de adiantamentos no âmbito da execução do contrato Tequimar 16/2009, sem que esteja demonstrado estar este procedimento consonante com as práticas de mercado, conforme reiteradas decisões deste Tribunal (Decisões 1.662/2002-Plenário e 1.552/2002-Plenário, Acórdãos 51/2002-Plenário, 629/2003-1ª Câmara, 918/2005-2ª Câmara, 2.565/2007-1ª Câmara, 1.619/2008-2ª Câmara, 2.427/2009-1ª Câmara e 918/2009-Plenário);

e) inexistência de previsão de garantias quanto aos adiantamentos previstos no contrato Tequimar 16/2009, condição para concessão de adiantamentos, conforme reiteradamente tem decidido este Tribunal (Decisões 1.662/2002-Plenário e 1.552/2002-Plenário, Acórdãos 51/2002-Plenário, 629/2003-1ª Câmara, 918/2005-2ª Câmara, 2.565/2007-1ª Câmara, 1.619/2008-2ª Câmara, 2.427/2009-1ª Câmara e 918/2009-Plenário);

f) ocorrência de atrasos não justificados na execução das obras e serviços referentes ao contrato Tequimar 16/2009, potencialmente geradores de ônus adicional por ampliação dos custos indiretos da obra e de prejuízos à Citepe, em decorrência do retardamento da entrada em operação da planta industrial;

- g) inexistência de exigência de cláusula de garantias no contrato CNO 14/2010, em desacordo com o que dispõem o art. 56 da Lei 8.666/1993 e o item 7.3.2 do Decreto 2.745/1998;
- h) constatação de fiscalização ou supervisão deficiente ou omissa no âmbito da execução do contrato CNO 14/2010;
- i) execução de serviços com qualidade inferior à especificadas no contrato CNO 14/2010, conforme especificado no item 3.8 do relatório de auditoria.

Após as partes (Citepe e CNO) se manifestarem sobre a legalidade da forma de contratação e explicarem “que tipo de contrato de aliança foi firmado entre elas”, o TCU decidiu:

- considerar parcialmente elidido o indício de irregularidade qualificado como "adoção de regime de execução contratual inadequado ou antieconômico";
- considerar elididos os indícios de irregularidades qualificados como: a) "contratação irregular por dispensa ou inexigibilidade"; b) "existência de atrasos injustificáveis nas obras e serviços"; c) "fiscalização ou supervisão deficiente ou omissa"; d) "execução de serviços com qualidade deficiente";
- dar ciência à Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco (Citepe) e à Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), que:
  - o contrato aliança 14/2010 não observa todos os requisitos estabelecidos no item 2.3.i do Decreto 2.745/1998, bem como outros requisitos inerentes a esse tipo de contrato descritos em bibliografia internacional, visto que: (i) não foi estabelecido o preço teto; (ii) não há previsão para ressarcimento dos custos reais para todos os itens de serviços da planilha que compõe o preço da obra; e (iii) não foi adotado o conceito de “*open book*” para todos os custos estimados;
  - o contrato 16/2009, firmado entre a Citepe e a Terminal Químico de Aratu S/A (Tequimar), autoriza a antecipação de pagamentos, sem, contudo, exigir garantias pertinentes, o que contraria o disposto no artigo 38 do Decreto 93.872/86;

- no contrato 14/2010, firmado entre a Citepe e a Construtora Norberto Odebrecht não há cláusula concernente a garantias de execução contratual, contrariando jurisprudência deste Tribunal, tais como as constantes dos Acórdãos 100/2008, 858/2011, 892/2002, 160/1997, 163/1997, 301/2005, 1981/2009, 1159/2008 e 1481/2007, todos do Plenário desta Corte de Contas;
- considerar como sigilosos os documentos apresentados pela Citepe, com fundamento nos arts. 4º, § 2º e 18, da Resolução TCU 254/2013, a fim de garantir a confidencialidade das informações apresentadas pela Companhia, e atender ao disposto no § 3º, do art. 2º, da Portaria TCU 124/2010;
- determinar à SecobEnergia que, após concluídas as comunicações processuais decorrentes desse Acórdão, apense os presentes autos ao TC 009.967/2012-5 (Fiscobras 2012), para que o indício de sobrepreço detectado no contrato aliança 14/2010 seja apurado de maneira conjunta e uniforme naquele processo, levando-se em consideração as manifestações apresentadas pela Citepe e CNO e o novo preço meta estabelecido para o referido contrato;
- comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que não foram detectados indícios de irregularidades que se enquadram no disposto no inciso IV do §1º do art. 94 da Lei 12.309/2010 (LDO 2011) nas obras de construção de Implantação de Complexo de Poliéster e Resina PET, em Ipojuca/PE.
- enviar cópia desta deliberação à Citepe, à CNO, à Petrobras S/A, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional e ao Ministério de Minas e Energia.

Portanto, havia flagrantes irregularidades a serem sanadas.

3.4.2 Análise

Vimos que o contrato de aliança é um sistema autopoietico, cujo “coração contratual” está no seu método de juridificação e gestão. É um contrato

eminentemente principiológico, realizado no jogo de cooperação, que prima por informações simétricas, completas e perfeitas.

Observamos, também, que são nas tratativas o momento em que se discutem todas as cláusulas inerentes ao contrato, cláusulas estas que fazem parte do núcleo distintivo desse contrato, baseados no princípio da boa-fé. É nesse momento que há a chamada para a parceira, com apresentação de projetos, discussões, debates, etc.

No caso estudado, a fase das tratativas foi praticamente inutilizada, sob o argumento de que “o fato de a empresa CNO estar executando a obra do PTA em terreno lindeiro ao local onde o novo empreendimento seria realizado inviabilizaria a licitação, uma vez que a CNO teria clara vantagem em relação às demais possíveis licitantes devido à redução de custos relacionados à mobilização da obra”.

Mesmo que houvesse nas partes, em decorrência de estreito vínculo colaborativo em outros empreendimentos, interesse em realizar a aliança, o último motivo para isto deveria ser o fato da CNO estar fazendo obras no terreno ao lado, ainda que, de fato, pudesse trazer uma redução de custo, que só se saberia se seria significativo ou não se houvessem outros projetos. Veja, há um erro de argumentação, que é o custo de mobilização da obra em face de “inviabilização de licitação”, como se estivéssemos tratando de contrato de competição. Aliás, se fosse por licitação, aí sim, o argumento não seria válido de forma alguma.

Ora, no contrato de aliança o que se busca são soluções ótimas. Soluções que são analisadas pelo empreendedor em face da chamada de alguns participantes para a discussão dos projetos. Não havendo outros projetos e não sendo discutidos os pontos fulcrais, esse contrato, já nasceu manco, tanto pelo método da competição (ausência de licitação), como pelo da cooperação (ausência de chamada de outros possíveis parceiros para a discussão do projeto). Ainda que durante a longa explicação da CNO e da Citepe, no corpo do acórdão, tenham demonstrado o quanto as duas empresas já haviam negociado anteriormente e possuíam afinidades e habilidades “sobre as demais concorrentes”, a sequer oitiva delas impediu a elaboração de outras possibilidades.

Diz, ainda, a decisão, que: (i) não foi estabelecido o preço teto; (ii) não há previsão para ressarcimento dos custos reais para todos os itens de serviços da planilha que compõe o preço da obra; e (iii) não foi adotado o conceito de “open book” para todos os custos estimados.

Analisaremos, então, esses fatos. Durante a discussão, no corpo do acórdão, para eleger a questão da gerência conjunta, diz o relator que as duas empresas (Citepe e CNO) “acompanhavam em conjunto as obras”, mas que:

Para a definição do preço meta, ambos (contratante e contratado) realizam esforços conjunto para sua definição, baseado no conceito 'open-book', ou seja, os custos da obra devem ser discutidos, sendo que a contratada, que é uma construtora/executora, abre seus custos ao conhecimento da contratante, para que se possa chegar a um valor coerente para a composição do orçamento e definição, com a melhor precisão possível, do preço meta da obra. Logo, a contratante (Citepe) deveria ter acesso, desde o início dos trabalhos, aos custos da contratada (CNO) para o desenvolvimento do projeto e o estabelecimento do preço meta do contrato aliança n. 14/2010. Ou seja, foram solicitados documentos que justificassem os valores adotados como premissas para a elaboração do preço meta, que, na modalidade de contratação 'aliança', deveria ser de conhecimento de todos os envolvidos, ou seja, a CNO deveria ter 'aberto' seus bancos de dados de preços para que a Citepe tivesse esse conhecimento, antes de se obter o preço meta do contrato, bem como para que houvesse questionamentos específicos, caso os preços fossem muito divergentes dos que a Citepe entende como adequado.

Administração conjunta, com o conceito de “open book”, como já vimos, é princípio basilar do contrato de aliança. Sem o regime da cooperação, lado a lado, não há como o empreendedor saber os passos, as estratégias, quais as melhores tomadas de decisão. Principalmente, no momento em que a parte, como aconteceu com a CNO, se recusou a entregar parte dos custos sob a argumentação de que “havia cláusula restrita a isso e eram pagos por estimativas”. Não há nenhuma possibilidade de, num verdadeiro contrato de aliança, haver cláusula de “restrição” sobre gastos como “alimentação, transporte de pessoal, exames médicos, despesas com SMS, hospedagens etc,” e que representavam aproximadamente 23% do preço meta, ou cerca de R\$ 700 milhões.

Open book é um sistema auditável, limpo, claro, onde ambas as partes possuem total conhecimento de todos os *pay offs* envolvidos. E se não

havia *open book*, também, por óbvio, não havia gestão nenhuma conjunta. O empreendedor estar presente, acompanhando as obras no local, não é administração conjunta. É cautela. E vale para qualquer obra e jogo. Quem administra conjuntamente, no entanto, toma parte nas estratégias dos custos de transação totais, não parciais.

Assim, percebe-se que, neste caso, a ausência do princípio basilar do contrato, ou seja, o coração, que é a gestão administrativa e decisória conjunta, praticamente extinguiu a possibilidade de que contrato de aliança fosse.

Continuando, durante os trabalhos, a Citepe e a CNO elaboraram “dois preços metas”, por que os custos e prazos da obra “foram majorados em virtude da ocorrência de mudanças de projeto, bem como pela ocorrência de chuvas e greves superiores ao inicialmente previsto”.

Chuva e greve são eventos previsíveis em qualquer contrato de grandes obras. Não importa o método: cooperativo ou competitivo. É básico. Mas ainda que não o fosse, estamos no método cooperativo, no esquema *pain/gain*. Calculado errado o orçamento meta, ambos deveriam dividir o prejuízo. É nisso que está alicerçado, como vimos, a base contratual. Se o preço meta tivesse que ser revisado, seria apenas para os custos de adequação do projeto, nunca por eventos conhecidos em cálculos de risco para a atividade em questão.

Ademais, não havia preço teto no contrato, ou seja, não havia limite para se estabelecer o limb 3. Aumentando o preço meta em cada intercorrência, sem um preço teto, não haveria margem para saber se caberia ou não a divisão de bônus ou participações.

Ainda, não haveria como aplicar as penalidades de perda do limb 2 (que ocorre em caso de superfaturamento da obra aliançada, por não ter o parceiro não proprietário cumprido suas metas), sem o preço teto, pois faltaria parâmetro contratual.

Diz a CNO que este método de ausência de preço teto é possível em contrato de aliança, sob o argumento de que em alguns países, como Austrália,²⁵⁰ é utilizado. Na verdade, o que se permite, em casos específicos, é

---

²⁵⁰ NATIONAL ALLIANCING CONTRACTING GUIDELINES. Department of Infrastructure and Transport, Australian Government, 2011. Disponível em:

que não se tenha um teto máximo garantido. Mas todos os projetos aliançáveis têm metas a serem cumpridas, entre elas o preço. Senão, não haveria como quantificar os bônus de performance.

Por esses motivos, a meu ver, o contrato submetido à análise do TCU não era, e nunca foi, um contrato de aliança. O sistema autopoiético, como estudado, se forma na contratação. Não há como remendá-lo, posteriormente, acrescentando a conta gotas os seus princípios basilares, como o *open book* e o preço teto. Ou seja, criar um Frankstein, dando-lhe um coração mediante decisão do Tribunal de Contas, porque o “método cooperativo” não existiu em momento algum.

Então, o que seria este contrato? Seria um contrato de *engeneering*, provavelmente um EPCM, revestido de cláusulas de contrato de aliança, realizado pelo método da competição e não cooperação, com a agravante de que não se estabeleceu o “preço” em regime de competição, deixando-o aberto para aumentos e revisões internas, sem o devido controle.

Dessa forma, embora realmente o contrato de aliança seja autorizado por nosso ordenamento, e não seja, em hipótese alguma, um método inadequado ou antieconômico, não são as cláusulas formais que lhe dão a natureza jurídica. Ou a nominação do contrato. Ou ainda, páginas de doutrina sobre o tema, justificando-o, como fizeram a Citepe e a CNO no caso. É o seu *modus operandi*. É a forma como é executado desde as tratativas, de acordo com os princípios basilares do sistema, que lhe garantem a natureza jurídica.

No meu entender, errou o r. Tribunal de Contas ao decidir pela elisão dos indícios de irregularidades na contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação, porque isto só seria possível, se de contrato de aliança o fosse, no método cooperativo. O que não aconteceu.

Portanto, vimos acima que, para analisarmos o contrato de aliança e seu sistema principiológico e autopoiético, o *modus operandi* é essencial, além de suas cláusulas. Não bastam as cláusulas formais redigidas. Não havendo gestão comum pelo *open book*, muito menos preços como parâmetros para a definição do limb 3, não há como dizer que se formou a estrutura do sistema, pois ausentes

a gestão conjunta, as chaves de performance e as informações: simétrica, completa e perfeita.

CONCLUSÕES

1 O Project Alliancing é um audacioso modelo cooperativo, ainda em fase de desenvolvimento, que agrupa a Teoria dos Jogos, a Teoria das Estratégias, e a Teoria dos Sistemas autopoieticos.

2 Através da Teoria dos Jogos e das Estratégias sistematizamos o conjunto que deu origem ao Contrato de Aliança. Para tanto, foi necessário introduzir os significados de jogos competitivos, cooperativos, de equilíbrio de MinMax, Nash e Pareto, estratégias, e informações completas e perfeitas.

3 Abordamos as figuras decorrentes das informações assimétricas, ou seja, a *adverse selection* e o *Moral Hazard*, para demonstrarmos que tais figuras, podem gerar, num jogo de competição, um acréscimo nos custos de transação, e assim, pressionar os agentes empresariais a formarem alianças estratégicas, para diminuir a assimetria na informação e conseguirem melhorar o desempenho no mercado. Desses modelos de alianças se desenvolveu o Project Alliancing;

4 Como estrutura, está fundado no Sistema Autopoietico idealizado por Gunther Teubner. Através de seus corpos decisórios, ele realiza a juridificação do contrato, cujas normas realimentam o sistema, garantindo a autorreflexibilidade, autorreferenciabilidade e a unicidade, distinguindo-o do meio onde está.

5 Ainda por força desse sistema, há métodos que não permitem a entrada de *inputs* externos, entre eles, a cláusula de *very limited right of action*, cláusula de restrição de acesso à jurisdição.

6 Seus ciclos contratuais, em decorrência do modo fechado que atua, com gestores administrativos e decisivos, produzem decisões que servem de baliza para os parceiros aliados.

7 A forma de escolher o parceiro no projeto é uma das pedras chaves para entender o sistema contratual, uma vez que eles não mais são escolhidos pelos critérios de competição (preço) mas por virtudes, entre elas a de se adaptar ao método da cooperação e ao *open book*.

8 Durante as tratativas, fase extremamente importante do contrato, são discutidas todas as cláusulas contratuais, desde o núcleo econômico, como também as

cláusulas aliançáveis praticamente ditas, estruturando os Comitês Gestores e Decisórios. É neste momento que se realizam os projetos e os discutem. Esta fase é alicerçada nos princípios da boa-fé e da função social do contrato. Assina-se um pré-contrato, o *interim project alliancing agreement*, com cláusula de *non disclosure*, ou seja, sigilo absoluto contratual.

9 Para que um contrato seja denominado de aliança, ele deve seguir os seguintes princípios: busca do “melhor para o projeto”, da boa-fé ou “*good faith*”; da política do livro aberto” ou “*open and honest communication*”, da “suficiência de poderes; da tomada de decisão pelo “consenso”, ou “*equal say*”; da “resolução apropriada”; da partilha de ganhos e de perdas” ou “*share pain and gain*”; da não assunção da busca da “culpa” ou “*no blame*”.

10 Durante as tratativas se estabelecerão os planos para concretizar a função social do contrato empresarial, entre elas a do meio ambiente equilibrado inclusive o do trabalho e políticas assertivas em relação à população que for lindeira ao projeto.

11 O seu núcleo contratual é composto de cláusulas econômico financeiras baseadas num orçamento meta em que todas as partes ganham se cumprirem suas performances. E perdem, se não conseguirem atingi-las. É o sistema gain/pain. Sistema esse que norteará também os casos de conflitos e a questão do inadimplemento.

12 Firma-se na cultura do “no blame” e por isso, os parceiros trabalham em conjunto para solução dos problemas. A culpa é afastada inclusive para o caso de inadimplemento total ou parcial.

13 A política de compensação pelas melhores performances norteiam o sistema, garantindo bônus e partilha de lucro.

14 Não há multa pela impontualidade. Há incentivo para o cumprimento com a partilha dos *lucros*

15 Sua forma de remuneração é fixada em 3 fases ou 3 limbs: limb 1 (100% das despesas diretas); limb 2 (Uma taxa para cobrir as despesas gerais corporativas e lucro) e limb 3 (uma partilha equitativa entre todos os participantes do ganho/dor

ou “*gain/pain*”). Assim, ele é metodicamente diferente dos demais contratos de *engineering* em regime de competição.

16 É um sistema fundado na boa-fé. Portanto, atitudes dolosas são altamente reprovadas durante os trabalhos, podendo determinar a resolução do contrato.

17 O coração do contrato é seu núcleo gestor/decisório. Sem ele não há juridificação. É isto que o diferencia de contratos coligados conexos.

18 Ausentes os princípios basilares do sistema autopoietico do contrato de aliança, tais como: gestão conjunta, as chaves de performance e as informações: simétrica, completa e perfeita, não podemos classificar o contrato como Project Alliancing.

19 É o *modus operandi* principiológico, muito mais que cláusulas formais, que irá nortear a natureza jurídica desse contrato.

20 A assunção de responsabilidade é realizada por todos os partícipes do acordo, ou seja, eles dividem e gerenciam os riscos, de forma integrada.

21 As obrigações são interlaçadas, e as metas são cumpridas, muitas das vezes, em conjunto. Por isso, há a cooperação e a ajuda mútua entre os parceiros não proprietários durante a realização do projeto.

22 O contrato de aliança é um subsistema autopoietico estruturado a partir da relação de cooperação entre pessoas (jurídicas ou físicas), com o fito da realização de um projeto em comum, com acordos econômicos prévios, alicerçado em informações simétricas, na condição de produção de normas e na capacidade de solução de conflitos *interna corporis*.

23 É um contrato em fase de transformação e adaptação, mas já faz parte arraigada de alguns países, entre eles: Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos e Holanda.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

ACQUAVIVA, Marcus C. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 9ª ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

_____. **A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento do Devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

_____. O Acesso do Consumidor à Justiça no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 16, p.22-28, out./dez.1995.

_____. A boa-fé na Relação de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol nº 14. p. 20-27, Abril/junho 1995. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24695-24697-1-PB.pdf> > Acesso: 14 de dezembro de 2014).

AKSHI, Ash. **Alliances & Partnerships. Alliance Changes Economics of Andrew Field Development**. Offshore Magazine. Disponível em: <<http://www.offshore-mag.com/articles/print/volume-55/issue-1/news/general-interest/alliances-partnerships-alliance-changes-economics-of-andrew-field-development.html>>. Acesso em 17 de março de 2014.

ALLEN, Linda N. **Comparison of Design-Build to Design-Bidbuild as a Project Delivery Method**. 99 p. Dissertação. (Master of Cience). Naval Postgraduate School. California, 2001.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Recusa de Cumprimento Declarado Antes do Vencimento (estudo de direito comparado e de direito civil português). In SANTOS, António Marques dos, ET. Alii. **Estudos em memória do Professor Doutor João de castro Mendes**. Lisboa: Lex, pp. 289-317, [s.d.].

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 8ª. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Noções Fundamentais de Direito Civil**. 4ª. ed. rev. e. atual. Coimbra: Almedina, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Romano**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999. Vol.1.

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: Introdução ao Jogo e a Suas Regras. 13ª ed. São Paulo: Loyola, 2000.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda, 1965.

ALVIM, José E. C. **Direito Arbitral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMADO, Juan A. G. **A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 836, p.733-63, jun. 2005.

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sydney; ANDRIGHI, Vera; TEIXEIRA, Sálvio de F. (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**: das Várias Espécies de Contratos, do Empréstimo, da Prestação de Serviço, da Empreitada, do Depósito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. V. IX.

ANSOFF, H. Igor. **Do Planejamento Estratégico à Administração Estratégica**. São Paulo: Atlas, 1990.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. 10ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2005. Vol.I.

_____. **Das Obrigações em Geral**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. Vol.II

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ATYIAH, P.S. **An introduction to the Law of contract**. 5ª ed. Oxford: Claredon Press, 1995.

AZEVEDO, Alvaro V. **Curso de direito Civil: Teoria geral das obrigações**. 7ª ed. São Paulo: RT, 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a Codificação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. v. 94. p.3-12, 1999.

_____. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, 2002.

_____. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Natureza jurídica do contrato de consórcio classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função social do contrato. (parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 113-137, fev. 2005.

_____. **A Arbitragem e o Direito do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67337> > .Acesso em 13 de março de 2015.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. I.

_____. O significado da expressão *willful misconduct*, e a sua aplicação nos casos de responsabilidade civil por acidentes aéreos. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça SP**, v. 128, p. 9-12, 1990.

_____. Aspectos da interpretação das expressões. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 389, p. 32-38, 1968.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZULAY, Fortunato. **Do Inadimplemento Antecipado do Contrato**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1997/Editora Brasília/Rio, 1977.

BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert, PICKER, Randal C. **Game Theory And The Law**. Harvard University Press: 2003.

BAKER, John Hamilton. **An Introduction to English Legal History**. London: Butterworths, 1979.

BAMFORD, James D.; GOMES-CASSERES, Benjamin; ROBINSON, Michael S. **Mastering alliance strategy: a comprehensive guide to design, management, and organization**. San Francisco: Jossey Bass, 2003.

BARBERO, Ricardo. **Formação de Estratégias: Uma Contribuição Através de Um Modelo Multidimensional**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2008, 248 p. Disponível em: <<https://www.google.com/url?q=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-08102014-171811/pt-br.php&sa=U&ei=sF72VMO2NYOyggSQu4OoDg&ved=0CAYQFjAA&client=internal-uds-cse&usg=AFQjCNG18cynmWBmurFebIniK93Mv2qMTw>> . Acesso em 24 de fevereiro de 2015.

BAREA, Margarita Castilla. **La imposibilidad de cumplir los contratos**. Madrid: Dykinson, 2001.

BARNEY, Jay B.; HESTERLY, William. Organizational economics: understanding the relationship between organizations and economic analysis. In: _____; CLEGG, Stewart R.; HARDY, Cynthia.; NORD, Walter. (Orgs.) **Handbook of organization studies**. London: Sage Publications, 1996.

BARON, Jonatham. **Thinking and Deciding**. 4ª ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed.rev.atual.e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

BASAR, Tamer; OLSDER, Geert J. **Dynamic Noncooperative Game Theory**: Second Edition. New York: Academic Press, 1998, Vol. 18, Nº. 1, 2009. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1069063>>.

BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol.12, pp. 68-77, out./dez.2004.

BELLHOUSE, David. The Problem of Waldegrave. **Journal Electronique d'Histoire des Probabilités et de la Statistique**. Vol. 3. Numero 2. Dez/2007. Disponível em: <<http://www.jehps.net/Decembre2007/Bellhouse.pdf>> .Acesso em 07 de fevereiro de 2015.

BERNI, Duílio de A. **Teoria dos Jogos**: Jogos de Estratégias, Estratégias Decisória, Teoria da Decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso LTDA, 2004.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. **Do Contrato**. Teoria Geral. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1997.

BETTI, Emílio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milão: Giuffrè, 1953. Vol.I.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953. V. II e IV.

BIANCA, Massimo C. **Inadempimento delle obbligazioni**: art. 1218-1229. 2ª. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1979.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. São Paulo: Forense Universitária, 2010.

BOBBIO, Norberto. Principi generali di diritto. In **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Unione Tipografica, s.d. T. XIII.

_____. **Teoria della norma giuridica**. Torino: G. Giappichelli, 1958.

_____. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos De Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

BOITEUX, Fernando N. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001.

BRUCH, Kelly Lissandra. O contrato sob a abordagem da teoria sistêmica. **Cadernos de Direito, Piracicaba**, v. 11, p. 75, jul/dez. 2011.

BUENO, Julio C. Melhores Práticas em Empreendimentos de Infraestrutura: Sistemas Contratuais Complexos e Tendências num Ambiente de Negócios Globalizado. In. SILVA, Leonardo T. **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, Seus Elementos e Suas Fontes. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. O Novo Direito das Obrigações na Alemanha. **Revista de Direito da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol.7, n. 27, pp. 108-124, 2004.

CARMO, Lie Uema do. Contratos de construção de grandes obras. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. 279 p.

CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e Processo, um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Editor Calvino Filho, 1934. Vol.III.

_____. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Editor Calvino Filho, 1935. Vol. XI.

_____. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. Vol. XII.

CASCIO, Salvatore Orlando. **Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo**. Milano: Giuffrè, 1938.

CASSETARI, Christiano. **Multa Contratual. Teoria e Prática da Cláusula Penal**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

CATALAN, Marcos Jorge. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. Tese (Doutorado em Direito). 347 p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CHAN , Edwin H. W. **Contract Strategy for Design Management in the Design and Build System**. Disponível em: <[http://repository.lib.polyu.edu.hk/jspui/bitstream/10397/102/3/Contract%20strategy%20\(IJPM\)%207-5-2005-EC-2.pdf](http://repository.lib.polyu.edu.hk/jspui/bitstream/10397/102/3/Contract%20strategy%20(IJPM)%207-5-2005-EC-2.pdf) > . Acesso em 13 de maio de 2013.

CHAVES, Antônio. Resolução de Contrato por Descumprimento. Distinção entre Mora e Inadimplemento, entre Rescisão e Resolução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 416, pp. 37-50, junho 1970.

CHENG, Shih-Fen et al. **Notes on Equilibria in Symmetric Games**. University of Michigan Artificial Intelligence Lab. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Paula/Documents/doutorado%20pesquisa/symmetric%20games.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2014.

CHENUT, Charles-Henry. **Le contrat de consortium**. Paris: L.G.D.J., 2003.

CHILD, John; FAULKNER, David. **Strategies of Co-operation: managing alliances, networks, and joint ventures**. New York: Oxford University Press, 1998.

COLANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de Meios, de Resultado e de Garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 386, p. 26-35, dez. 1967.

_____. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CONSTANZA, Maria. **Il Contratto Atipico**. Milano: Giuffré, 1981.

CONTE, Giuseppe. Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatória e di risoluzione anticipata del contratto. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**. Padova, vol. 88, n. 3-4, pp. 162-174, 1990.

CORBIN, Arthur L. **Corbin on contracts**. California: West Group, 2001.

CORDEIRO, Antonio M. **Da pós-eficácia das obrigações**. Estudos de direito civil. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1984.

CORDOVA, Maria J. W. **Talcott Parsons e o Esquema Conceitual Geral da Ação**. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4024326>> . Acesso em 23 de julho de 2013.

COSTA, Elieser A. **Gestão Estratégica Fácil - Construindo o futuro de sua empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Matriz de Jogos Estratégicos: Novo Modelo Para Representação e Estudo de Conflito de Interesses.** 2008. Doutorado. Faculdade de Engenharia Elétrica e Computação da Universidade de Campinas. pp. 34-35. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=vtls000440766>. Acesso em 17 de novembro de 2014.

COSTA, Eliezer A.; BOTTURA, Celso P. A. Matriz de Jogos Estratégicos Como Uma Nova Ferramenta Para Gestão Estratégica Via Teoria dos Jogos. **Sistemas & Gestão**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em <file:///C:/Users/Ana%20Paula/Documents/doutorado%20pesquisa/problema%20de%20controle.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2014.

COSTA, Judith H. M. **A Boa-fé no Direito Privado.** São Paulo: RT, 2000.

COUTO e SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: teoria geral.** 3ª ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino et. alli. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo.** Trad. Herminio A. de Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DEL NERO, João Alberto Schützer. O significado jurídico da expressão "função social da propriedade". **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.** São Bernardo do Campo, v. 3, p. 79-97, 1997.

DERECK, Walker; HAMPSON, Keith. Project Alliancing Member Organisation Selection. In DERECK, Walker; HAMPSON, Keith (coord). **Procurement Strategies. A relationship-based Approach.** Oxford: BlackWell Science, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIDIER, Fredie Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUARTE, Adriana Dardengo. **A Quebra do Contrato por Repúdio Antecipado no Direito Brasileiro**: proposta de aplicação de uma teoria. Dissertação. (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

DUSSAUGE, Pierre; GARRET, Bernard. **Cooperative Strategy**: Competing successfully Through Strategic Alliances. West Sussex: Wiley, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Talking rights seriously**. 6ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. Tradução Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona Bosch, 1944. T. 2. Vol. I.

E o H2 – É MAIS HISTÓRIA. Disponível em <<http://www.seuhistory.com/canalh2>> . Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2001. Vol. II.

FARNSWORTH, E. ALLAN. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

FAVALE, Rocco. Presentazione. STAUB, Hermann. **Le violazioni positive del contratto**. Tradução Giovanni Varanese. Napoli: ESI, 2001. pp. 7-34.

FERRARI, Onevair. **Fatores de Influência na Definição de Modalidades em Contratação de Projetos**. 218 p. Tese (Doutorado em Engenharia). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Boa-fé objetiva e segurança jurídica** - Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. Efeitos. Barueri: Manole, 2007. p. 75-107.

FERRAZ JUNIOR, Tercio S. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FORGIONI, P aula. A. Os Fundamentos do Antitruste. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. O Conceito de Inadimplemento Fundamental do Contrato no Artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 9, pp. 127-145, ago./dez. 1996.

_____. Quebra positiva do contrato. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, p. 144, 1988.

_____. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 19, pp. 109-119, jul./set. 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos Atípicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. **Contratos. Direito Civil e Empresarial**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

GABRIELLI, Enrico. Storia e dogma dell'oggetto del contratto. **Rivista di diritto civile**. Padova, ano L, n. 2, p. 327-348, mar./abr.2004.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 4. Tomo II.

GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico**. Tradução Francisco de P. Blasco Gasgó e Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

GIL, Fabio C. A. **A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering**. 143 p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GILMORE, Grant. **La Morte del Contratto**. Milão: Giuffrè, 1988.

GIORGIANNI, Michele. **Obbligazione** (Diritto Privato). Novissimo digesto italiano Torino: UTET, 1965. Vol. XI.

_____. **L'obbligazione**: La parte generale delle obbligazione. Milano: Giuffrè, 1968. Vol.I.

_____. **L'inadempimento**: corso di diritto civile. 3ªed. Milano: Giuffrè, 1975.

_____. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 747, pp. 35-55, jan.1988.

GODOY, Claudio L. B. **Função Social do Contrato**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOLONKA, Monika. **Interfirm Cooperation and Uncertainty**: a Study in the Ict Industry. 11th International Academic Conference, Reykjavik 24 June 2014, Disponível em : <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.iises.net%2Fproceedings%2F11th-international-academic-conference-reykjavik%2Ftable-of-content%3Fcid%3D3%26iid%3D15%26rid%3D971&ei=sX8IVfKTMOjHsQSvzILwCw&usg=AFQjCNF6GjJrdrgLII9IBmZKo4zSUbUYfg&bvm=bv.88198703,d.cWc> > Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). **Curso de Direito Civil: Contrato**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Balanço Resumido do Direito civil. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. pp. 26-39.

_____. A Função do Contrato. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. pp. 101-109.

_____; BRITO, Edvaldo (coord.) **Obrigações**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Contratos**. 26ª ed. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino (atualizadores). Rio de Janeiro : Forense, 2007.

GOMERSALL, S. D. et al. Andrew Well-Engineering Alliance: A New Industry Model. **Society of Petroleum Engineers**. (1999, June 1). Disponível em: <<https://www.onepetro.org/journal-paper/SPE-56872-PA>>. Acesso em 27/04/2011.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORLA, Gino. Sull'onore del creditore di non aggravare la responsabilità del debitore. **Estrato da Temi Emiliana**. Minalo, ano XVII, fac. 7-8, 1ª parte, pp. 3-7, 1940.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRILO, Leonardo; MELHADO, Silvio. Tendências para a Gestão do Processo de Projeto e do Empreendimento No segmento de Obras por Encomenda: Estudo Exploratório Em São Paulo – SP. **III Simpósio Brasileiro de Gestão e Economia da Construção**. Disponível em:<<http://www.infohab.org.br/acervos/buscaautor/codigoAutor/2678/page/1#>> Acesso em 26/03/2013.

GROSSO, Giuseppe. **Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche**. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1966.

GUERRA FILHO, Willis S. **Autopoiese Do Direito Na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a Uma Teoria Social Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HALE, Darren R. et al. Empirical Comparison of Design/Build and Design/Bid/Build Project Delivery Methods. **Journal Of Construction Engineering And Management**, pp 579 – 585, july 2009.

HANEKE, Uwe; SADDI, Vitoria. Premio Nobel de Economia de 1994: Contribuições de Nash, Harsanyi e Selten à Teoria dos Jogos. **Revista de Economia Política**, vol 15, nº 1 (57), janeiro-março 1995, pp. 55-69. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/57-3.pdf>>. Acesso em 23 de novembro de 2014.

HARBISON, John R; PEKAR JÚNIOR, Peter. **Alianças estratégicas: quando a parceria é a alma do negócio e o caminho para o sucesso**. São Paulo: Futura, 1999.

HARSANYI, John C.; SELTEN, Reinhard. A Generalized Nash Solution For Two-Person Bargaining Games With Incomplete Information. **Management Science**. Vol.18, Nº. 5, January, Part 2, 1972, p. 80-106. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/2661446?sid=21106001567903&uid=2&uid=4>>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

HARSANYI, John C . Approaches to the bargaining problem before and after the theory of games: a critical discussion of Zeuthen's, Hick's, and Nash's theories. **JSTOR: Econometrica**, Vol. 24, Nº. 2 (Apr. 1956), pp. 144-157. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1905748?sid=21105987655673&uid=2490557443&uid=2490557433&uid=60&uid=70&uid=2134&uid=3&uid=2>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

HARTMANN, Luiz F. **Planejamento Estratégico**. Lajeado: Grafochem, 1999.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. 2ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América Ltda, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Obrigações: o caráter de permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela Lei Civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações futuras. In _____. (Org.). **Novo Código Civil - Interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 51-56. V. 1.

_____. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUSE, Joseph A. **Understanding And Negotiating EPC Contracts**. London: Thonsom, Sweet & Maxwell, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
_____. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KONCHAR, Mark; SANVIDO, Victor. **Comparison of US project delivery systems**. Journal of construction engineering and management, v. 124, n. 6, p. 435-444, 1998. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.1061/\(ASCE\)0733-9364\(1998\)124:6\(435\)>](http://dx.doi.org/10.1061/(ASCE)0733-9364(1998)124:6(435)) Acesso: 24 de março de 2013

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A Funcionalização das Relações Obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 265-297. Vol. II.

KOOLWIJK, J. S. J. Alternative Dispute Resolution Methods Used in Alliance Contracts. **Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice**, v. 132. pp. 44-47, january 2006.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Obrigações**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916.

LAHDEMPERÄ, Pertti et all. **Suitability of Project Alliancing for a Customary Apartment Renovation – A Case Study**. Disponível em <

<http://www.cib2014.org/proceedings/files/papers/547.pdf> > . Acesso em 23 de janeiro de 2015.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. T. 1.

LAWRENCE, Tom et. al. **The SAGE Handbook of Organization Studies**. 2ª ed. London: Sage, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

_____. Contratos Coligados, Redes Contratuais e Contratos Conexos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LETO, Angelo Piraino. **Contratti atipici e innominati**. Torino: Editrice Torinese, 1974.

LEWIS, Jordan. **Partnerships for profit: structuring and managing strategic alliances**. New York: The Free Press, 1990.

_____. **Alianças estratégicas: estruturando e administrando parcerias para o aumento da lucratividade**. Tradução de Nivaldo Montigelli. São Paulo: Pioneira, 1992.

LINGARD, Helen, et al. Improving Employees' Work-Life Balance in the Construction Industry: Project Alliance Case Study. **Journal of Construction Engineering and Management**, v. 133, pp. 807-815, out/2007.

LÔBO, Paulo L. N. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Miguel M. S. **Curso de Direito Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. vol 3.

LONDON: The Macmillan Company: 1897, p. 171. Disponível em: <<http://www3.nd.edu/~tgresik/IO/Cournot.pdf>>. Acesso em 23 de janeiro de 2014.

LOOTS, Phil; HENCHIE, Nick. **Worlds Apart: EPC and EPCM Contracts: Risk Issues and Allocation**. Novembro, 2007. Disponível em <<http://m.mayerbrown.com/files/Publication/fe15bba4-fbe2-4eb0-804e-17911edb0b15/Presentation/PublicationAttachment/ecb7569b-e0ef-4aee-9ff9->

a7c4e853aac6/ART_EPC_EPCM_5DEC07.PDF > Acesso: 17 de dezembro de 2014.

LORANGE, Peter; ROOS, Johan. **Alianças estratégicas: formação, implementação e evolução**. São Paulo: Atlas, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Redes Contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos frente a Terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 28, pp.24, out./dez. 1998.

LU, Shaokai; YAN, Hong. A Model for Evaluating the Applicability of Partnering in Construction. **International Journal of Project Management**, v. 25, pp 164–170, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeiner Theorie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.

_____. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. **Revista Sequência**, nº 28, pp. 15-29, junho/94. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15871/14360> > . Acesso em 13 de junho de 2014.

_____. **Sistemas sociales: Lineamientos Para Una Teoría General**. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. **El Derecho de La Sociedad**. México: Herder, 2005.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACEDO, Luiz Otávio Baú. **Perfil de Governança e a Coordenação de Alianças Estratégicas do Sistema Agroindustrial da Carne Bovina Brasileira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado em Ciências). Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2009.

MAGALHÃES, José C. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____; BAPTISTA, Luiz O. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAIORCA, Sergio. **Il Contratto**. Torino: G. Giappichelli – Editore- Torino, 1981.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Curso de Bioética e Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus et ali. **A transação no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Multa por inadimplência**. *Revista Tribuna do Direito*, São Paulo, ano 10, n. 115, p. 11, nov. 2002.

_____. Renúncia à propriedade. *Revista Tribuna do Direito*, São Paulo, v. 15, n. 173, set. 2007.

_____. A propriedade no Código Civil de 2002 - principais limitações e renúncia. In DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords). **Questões controvertidas no novo Código Civil**: direito das coisas. São Paulo: Gen: Método, 2008. p. 69-71.

_____. Responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos. In SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord). **Responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 35-63.

_____. Do caso fortuito e da força maior excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. In NERY, Rosa Maria de Andrade; DOMINI, Rogério (coords). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo de Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81-102.

_____; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 1ª Parte**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 2ª Parte**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Limitações ao Direito de Propriedade**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; MONTEIRO, Washington de B.; SILVA, Regina B. T. da. **Curso de Direito Civil. Direitos das Obrigações**. Primeira Parte. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; MONTEIRO, Washington de B; SILVA, Regina B. T da. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. 2ª Parte. 38ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARKY, Thomas. **Curso de Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Maria Beatriz Loureiro de Andrade. **Novas figuras contratuais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito). 112 p. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2005.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 391, ano 103, pp. 159-188, mai./jun.2007.

MARTINS, Camila Rezende. **O princípio da relatividade dos contratos a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. Tese (Doutorado em Direito). 189 p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. V, T. 2.

_____. O Fenômeno da Supracontratualidade e o Princípio do Equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 26, pp. 213-249, abr./jun.2006.

MARTINS JR, Izidoro. **História do direito nacional**. Recife: Cooperativa Editora de Cultura Intelectual, 1941.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 22 p. Disponível em: <
http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em 14 de junho de 2014.

MATIELLO, Fabrício Z. **Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2013.

MCKINSEY, John Charles C. **Introduction to the Theory of Games**. New York: McGraw-Hill, 1952.

MEIRELLES, Hely L. et al. **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcelo P. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social** – Revista de Sociologia. São Paulo, USP, v. 18, n.1, pp. 351-373, junho.2006.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes et alli. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António. Violação Positiva do Contrato. **Estudos de Direito Civil**, Vol. I, 2. reimp., Coimbra: Almedina, 1994. pp. 115-142.

_____. Os Dilemas da Ciência do Direito no Final do Século XX. In CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direito das Obrigações**. 1ª reimp. 1980, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. Vol. I.

MEZZALIRA, Samuel. **Conexão contratual no direito civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). 228 p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 1988.

MINTZBERG, Henry et al. **O Processo da Estratégia: Conceitos, Contextos e Casos Seleccionados**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

MOHAMAD, N. W. B. **Built Operate and Transfer Method (BOT) New Philosophy in Construction Industry Kuantan Malásia**: University Malaysia Pahang, 2009. Disponível em: < <http://fka.ump.edu.my/article.cfm?id=521>> Acesso em: 17 de abril de 2014.

MONTEIRO, Claudia Sevilha. **A decisão Racional na Teoria dos Jogos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em 07 de janeiro de 2015.

MONTEIRO, Washington de B; MALUF, Carlos A. B. D; SILVA, Regina B. T da. **Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações**. 2ª Parte. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 309, pp. 33-59, jan./mar. 1999.

_____. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A Causa dos Contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 21, pp. 95-119, jan./mar. 2005.

MORASH, Karl. Strategic Alliances as Stackelberg Cartels – Concept and Equilibrium Alliance Structure. **International Journal of Industrial Organization**. v.18, pp. 257-282, 2000.

MOSCO, Luigi. **La risoluzione del contratto per inadempimento**. Napoli: Casa Editrice Dott/ Eugenio Jovene, 1950.

MOTTA, P. R. Razão e Intuição: Recuperando o Ilógico na Teoria da Decisão Gerencial. **Revista de Administração Pública**, v. 22, n. 3, p. 77-94, 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/9403/8467>>. Acesso em 15 de novembro de 2013.

MURARO, Giovanni. L' inadempimento prima del termine. **Rivista di diritto civile**. Padova, ano XXI, 1ª parte, pp. 248-301, 1975.

_____. L' inadempimento prima del termine. **Rivista di diritto civile**. Padova, ano XI, 2ª parte, pp.140-149, 1965.

MYERSON, Roger Bruce. Nash Equilibrium and The History of Economic Theory. **Journal of Economic Literature**, 36:1067-1082 (1999). Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/rmyerson/research/jelnash.pdf>>. Acesso em 13 de dezembro de 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem Causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASH JR., John F. The Bargaining Problem. **JSTOR: Econometrica**, Vol. 18 , Nº. 2, apr., 1950, pp.155-156. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1907266?sid=21105987655673&uid=60&uid=2134&uid=2490557443&uid=3&uid=2490557433&uid=70&uid=2>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

_____. Non-Cooperative Games. **Annals of Mathematics**. Vol. 54, Nº.2, September, 1951, pp. 286-294. Disponível em: <<http://www.cs.upc.edu/~ia/nash51.pdf>>. Acesso em 14 de dezembro de 2014.

_____. Two-Person Cooperative Games. **JSTOR: Econometrica**, Vol. 21, Nº.1 (Jan. 1953), pp. 128- 140. Disponível em : <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1906951?sid=21105987655673&uid=2490557433&uid=2490557443&uid=70&uid=3&uid=2134&uid=60&uid=2>>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

_____. **Equilibrium Points in N-Person Games**. Vol.36, 1950. Disponível em: <<http://web.mit.edu/linguistics/events/iap07/Nash-Eqm.pdf>>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

NATIONAL ALLIANCING CONTRACTING GUIDELINES. Department of Infrastructure and Transport, Australian Government, 2011, p. 53. Disponível em: <<http://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/nacg/index.aspx> > . Acesso em 22 de março de 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O Princípio da Boa-fé Contratual. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos; OLIVEIRA, Rogério Alvarez de; FRANCO, Eloísa Virgili Canci (Org.). **Questões de direito civil e o novo código**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - IMESP, 2004. p. 46-75. V. 1.

_____. **Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. **Sixtieth Anniversary Edition**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Vol. I.

_____. **Curso de Obrigações**. 2ª parte. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Vol. I.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVARES, José Enrique Louffat. **Análise da Estrutura Organizacional em Rede e suas negociações no Contexto de Alianças Estratégicas**. 2003. Tese (Doutorado em Administração), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

OSBORNE, Martin J., RUBINSTEIN, Ariel. **A Course in Game Theory**. Cambridge: MIT Press, p. 255-256. Disponível em <http://bib.convdocs.org/docs/2/1142/conv_1/file1.pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. **Novas Figuras Contratuais. Homenagem ao Professor Washington Luiz de Trindade**. São Paulo: LTR, 2010.

PARIZATTO, João R. **Arbitragem**. Comentários à Lei 9.307 de 23-09-96. São Paulo: LED, 1997.

PEDROTTI, Irineu A. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: LEUD, 1999. Vol. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Vol. II.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. III.

PEREIRA, Caio M. S.; PEREIRA, Regis F. **Instituições de Direito Civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora?, 2012. Vol. III.

PERLINGIERI, Pietro. **Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi**. Napoli: ESI, 1990.

_____. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **IL fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni**. Napoli: ESI, 2004.

_____. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 2005.

_____. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*. **Rassegna di diritto civile**, Napoli, vol.1/05, pp. 188-216, 2005.

PERSICO, Giovanni. **L'eccezione d'inadempimento**. Milano: Giuffrè, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. T. 22.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. T. 5.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. (reimpressão). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. T. 24.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. (reimpressão). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. T. 25.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. 2. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. T. 26.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas**. Curitiba: Juruá, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil**. O conteúdo Processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POTHIER, Robert. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Trad. José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906. Tomo 1.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da Arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Contratos**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Leo P. Sistemas Autorreferentes, autopoieticos: noções-chave para a compreensão de Niklas Luhmann. **Revista Pensamento Plural**, Vol. 3, p. 105 – 120, julho/dezembro 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito Civil**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. II.

ROONEY, Greg. **Project Alliancing – The Process Architecture of a Relationship Based Project Delivery System for Complex Infrastructure Projects**. março, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1809267>> . Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Milano: Giuffré Editore, 2001.

ROSS, Don. Game Theory. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/game-theory/>>. Acesso em 05 de janeiro de 2015.

ROSS, Jim. Introduction to Project Alliancing (on engineering & construction projects). **Alliance Contracting Conference – Sydney, 2003** . Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCoQFjAB&url=https%3A%2F%2Ficcpm.com%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fkcfinder%2Ffiles%2FAlliancing_30Apr03_D_PCI.pdf&ei=Q9IIVdjvN8LZsATQvYLoBQ&usg=AFQjCNEaYpPO16s0z1Y4rajGzqEuvNpIRg&bvm=bv.88198703,d.cWc> Acesso: 12 de março de 2012.

_____. **Project Alliancing Practitioners Guide**. Brisbane: Department Treasury and Finance., 2006, p. 5. Disponível em <<http://www.exner.com.au/News/images/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf>> . Acesso em 23 de setembro de 2014.

RUBIN, Paul H. Law and Economics. In **The Concise Encyclopedia of Economics**. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html>> . Acesso em 13 de abril de 2012.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 2ª ed. Campinas: Bookselles, 2004.

SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio de. **Il Contratto**. 3ª ed. Torino: UTET, 2004.

SACCO, Rodolfo et al. **Il Contratto**. 3ª ed. Torino: Editrice Torinese, 2004.

SAKAL, Matthew W. Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects. **Lean Construction Journal** 2005, Vol 2, pp. 67-79, April 2005. Disponível em: <http://www.leanconstruction.org/media/docs/lcj/LCJ_05_005.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2010.

SARTINI, Brigida Alexandre et al. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <www.uspleste.usp.br/rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013.

SCAVONE JUNIOR, Luiz A. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHELLING, Thomas C. **The Strategic of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

SCHREIBER, Anderson. A tríple transformaçã do adimplimento: adimplimento substancial, inadimplimento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 32, pp. 3-27, out./dez. 2007.

SELTEN, Bielefeld R. Reexamination of the Perfectness Concept for Equilibrium Points in Extensive Games. **Journal of Games Theory**, Vol. 4, Issue, pp. 25-55. Disponível em: <<http://wwwhomes.uni-bielefeld.de/imw-wp/files//imw-wp-23a.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2014.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Exceções Substanciais**: exceção do contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SHENKAR, Oded; REUER, Jeffrey. **J. Handbook of strategic alliances**. United States: Sage, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa fé e a Violação Positiva do Contrato**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Inadimplemento das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Leonardo Toledo (org.). **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Os Contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico Contratual. In SILVA, Leonardo T. **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIMÃO, José Fernando. A boa-fé objetiva: nova disciplina de um velho instituto. **Revista da Faculdade de Direito**, Fundação Armando Álvares Penteado, v. 3, p. 162- 178, 2005.

SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior: A Study of Decision Making Processes in Administrative Organizations**. 4ª ed. New York: Free Press, 1997.

_____. Satisficing. In EATWELL, J. et al. (editors). **The New Palgrave**. London: Macmillan, 1987.

SOARES, Guido F.S. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil: Vicissitudes. **Revista dos Tribunais**, vol. 642, pp. 38-97, março/89.

STAJN, Raquel. Função Social do Contrato e Direito da Empresa. In TIMM, Luciano B. **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

STRAFFIN, JR., Phillip D. Changing The way We Think About The Social World. In TUCKER, Albert W. **The Mathematics of Tucker: A Sampler**. Disponível em: <http://personal.stthomas.edu/csmarcott/ec355/tucker_two-person_dilemma.pdf>. Acesso em 23 de novembro de 2014.

SZTAJN, Raquel. A Incompletude do Contrato de Sociedade. **Revista de Derecho Comercial**, v. 3, p. 113-131, 2008.

_____. **Função Social do Contrato e Direito da Empresa**. In TIMM, Luciano B. **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TARTAGLIA, Paolo. Dichiarazioni di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine. **Rivista di diritto civile**, Padova, ano XXIII, 2ª parte, pp. 20-29, 1977.

TAVARES, Mauro C. **Gestão Estratégica**. São Paulo: Atlas, 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral**. 3ª ed. (reimpressão). Lisboa: Lex, 1995.

_____. **Direito das Obrigações**. 7ª ed.rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: Duro Golpe na Recente Experiência Constitucional Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n.7, pp. lii-v, jul./set.2001.

_____; _____. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

_____et alli. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I.

_____et alli. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Vol II.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. pp. 309-320.

_____. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. T.1.

_____. **O Direito Civil-constitucional e suas Perspectivas Atuais**. Direito civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; SCHREIBER, Anderson; AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil Comentado**: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEUBNER, Gunther. Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions. In TEUBNER, Gunther. **Juridification of Social Sphere**. A Comparative Analysis in The Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law. Berlin/NewYork: Gruyter, 1987.

_____. Introduction of Autopoietic Law. In TEUBNER, Gunther (ed.) **Autopoietic Law**: a New Approach to Law and Society. Berlin/New York: Gruyter, 1987.

_____. Two Faces Of Janus. Rethink Legal Pluralism. In **Cardozo Law Review**, v. 13, pp. 1443-1462, p. 1453-1454, 1991-1992 . Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo13&div=95&id=&page=>> . Acesso 23 de março de 2014.

_____. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. “Unitas Multiplex”: A organização do Grupo de Empresas como Exemplo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, pp. 77-110, jun-dez, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 15, pp. 16-37, jan./fev. de 2002.

_____. **A reforma da execução do título extrajudicial**: Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 84, n. 715, p. 87-107, maio. 1995.

_____. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 41, n.126, p.123-7, abr./jun. 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato: Conceito e Critérios de Aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, p. 197- 213, 2005.

_____. Boa-Fé na Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais. In: Naiara Posenato. (Org.). **Contratos Internacionais** - Tendências e Perspectivas. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 187-201.

_____. Boa Fé no Código Civil Brasileiro: Dez Anos de Experiência. In CASSETARI, Christiano (coord). **10 anos de Vigência do Código Civil de 2002**. Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

TORNEU, Philippe. **Le Droit De La Responsabilité Et Des Contrats**. 7^a ed. Paris: Dalloz Action, 2008.

TREITEL, G.H. **The law of contract**. 6^a. ed. London: Stevens and Sons, 1983.

TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Termine (Diritto Civile). **Novissimo digesto italiano**, vol. XIX, pp. 95-117, Torino: UTET, 1957.

TRÍPOLI, César. **História do direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1936-1947. 2 v.

TUNC, André. **A Distinção entre Obrigações de Resultado e Obrigações de Diligência**. Tradução Véra Jacob de Fradera. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 778, pp. 755-764, ago. 2000.

VARELA GARCÍA, Francisco J.; MATURANA ROMESÍN, Francisco J. **De Maquinas y Seres Vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo**. 3ª ed. Santiago: Editorial Universitária, 1995

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de. **O contrato de consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas**. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

VAZ, Ernesto Luiz Silva, Consórcio de empresas regime jurídico. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. II.

_____. **Direito Civil: Contratos Em Espécie**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANA, Ulisses S. **Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**. 2013. 238 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VILLELA, João Baptista. **Sanção por Inadimplemento Contratual Antecipado**. Subsídios para uma Teoria Intersistemática das Obrigações. Belo Horizonte: [s.n], 1966.

_____. Por uma nova Teoria dos Contratos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 74, pp. 27-35, jan./mar. 1978.

WALKER, Paul. **An Outline Of The History Of Game Theory**. Disponível em: <http://www.econ.canterbury.ac.nz/personal_pages/paul_walker/gt/hist.htm>. Acesso em 13 de setembro de 2014.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

YOSHINO, Michael Y.; RANGAN, Srinivasa. **Alianças estratégicas: uma abordagem empresarial à globalização**. São Paulo: Makron Books, 1996.

ZÁBOJ, Marek. **Strategic Alliances as a Competitive Instrument of SME's**. Disponível em: <<http://www.icabr.com/fullpapers/Z%E1boj%20Marek.pdf>> . Acesso em 12 de janeiro de 2015.