LEONARDO TOLEDO DA SILVA

Contratos de Aliança.

Direito empresarial e ambiente cooperativo

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Titular Dra. Paula Andrea Forgioni

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2014

LEONARDO TOLEDO DA SILVA

Contratos de Aliança.

Direito empresarial e ambiente cooperativo

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 Direito Comercial, sob a orientação da Professora Titular Dra. Paula Andrea Forgioni.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2014

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Se há alguma coisa que o processo de elaboração da presente tese pôde demonstrar, na prática, é que o ser humano pode se mostrar altamente colaborativo, mesmo quando não há qualquer garantia de que receberá algo em troca. Nesta tese, o paradigma do *homo economicus*, com uma racionalidade egoística, de curto prazo, sucumbiu ao homem solidário, que pode oferecer sua cooperação, mesmo quando não havia, aparentemente, qualquer indício de reciprocidade. Recebi a cooperação genuína e altruística de um número incontável de pessoas. Algumas delas merecem especial menção, embora, reconheço, talvez por minha *racionalidade limitada*, é possível que esqueça outras pessoas igualmente relevantes.

O meu agradecimento inicial vai à minha orientadora, Professora Paula A. Forgioni, cuja seriedade, carisma e paciência, nas horas mais críticas, foram fundamentais para me inspirar e guiar no duro processo do doutorado. A Professora Paula transmitiu-me ainda um *insight* fundamental: fazer uma tese é mais do que descrever um contrato.

Agradeço aos membros de minha banca de qualificação, Professores Doutores. Rodrigo Octavio Broglia Mendes e Wanderley Fernandes, com os quais tive a oportunidade de manter um proveitoso debate não somente durante a banca, como em muitas outras ocasiões informais.

Aos meus colegas do escritório Porto Lauand Advogados, o agradecimento por toda a compreensão diante das minhas ausências. Um obrigado, em especial, a Rodrigo Porto Lauand, sócio e amigo de longa data, e aos colegas Vinícius Mancini Guedes e Flávia Paulino Pereira Spadano, pelo auxílio na revisão do questionário de pesquisa empírica e da tese em si.

Aos meus colegas de pós-graduação, com quem tive um convívio extraordinário. Embora muitos outros pudessem ser citados, guardo com carinho: Maria do Céu Marques Rosado, Ruy Pereira Camilo Jr., André Okumura, Raphael Drews, Leandro Saito, Diego Faleck, Cláudio Valença, Hugo Yamashita e Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado.

Aos amigos, advogados e acadêmicos, com quem tive inúmeras trocas de conhecimento sobre os Contratos de Aliança, inclusive em longos processos de negociação de contratos, em âmbito profissional. Merecem especial menção, Caio Farah Rodrigues, Fábio Coutinho de Alcântara Gil, Lie Uema do Carmo, Júlio Cesar Bueno e José Virgílio Lopes Enei.

Aos colegas, Marcelo Guedes Nunes e Julio Trecenti, da Associação Brasileira de Jurimetria-ABJ, que foram muito solícitos e pacientes diante de minhas limitações metodológicas relacionadas ao estudo empírico.

Agradeço ainda a Rodrigo Maluf, Rodrigo de Carvalho Pinto Bueno, Marcelo V. Marchetti, Daniela Câmara Maurer, Walner Júnior, Mauro Bardawil Penteado, Ricardo Medina Salla, Fernando Marcondes, Gustavo Rodrigues Zaitune, Carla Caroli, Márcia Kodaira Cruz e Leonardo Canabrava Turra. Além de terem participado do estudo empírico, alguns destes experientes colegas têm mantido discussões há anos sobre o tema dos Contratos de Aliança.

De fora do Brasil, algumas pessoas merecem especial menção.

Especial menção a Jim Ross, que, além de ter excelentes textos sobre Contratos de Aliança, foi muito colaborativo e solícito em discutir questões tratadas no questionário de pesquisa empírica, além de me sugerir respondentes relevantes ao questionário. Se não fosse deselegante, o ideal seria gravar todas as conversas mantidas com Jim, sobre contratos de aliança.

Aos colegas da extinta *Alliancing Association of Australasia*, especialmente Allain Mignot, que foi extremamente colaborativo em me auxiliar, quando estive na Austrália, discutindo o tema, e a Ann Dodd, pela brilhante revisão da versão, em inglês, do questionário de pesquisa empírica e pelas sugestões de respondentes.

Agradecimento a Matthew Bell, da Melbourne University, pelas indicações e sugestões de colegas australianos para discutir o tema. Agradeço ainda a Doug Jones, Arent Van Wassenae, Fernando Tiglio, Warren Galbraith, Annette Pitman, Robert Plummer, Michael Ward, Andrew Chew, David Wilkie, Ian Deck e Dr Robert F Care.

Como se pode notar, esta tese é inegavelmente o resultado de um processo coletivo de colaboração.

Dedico esta obra a MARIA RITA, por formar comigo a mais relacional das alianças, cujos frutos, CECILINHA, CHICO e ELISA, fazem a vida mais leve e colorida.

Dedico-a, ainda, a JOÃO e SUELI, que continuam me mostrando que pais são os seres mais colaborativos que habitam a terra. Contrariam todas as teorias sobre reciprocidade. Pais não se importam com *tit-for-tat*, *assimetria informacional*, *crowding out*, *fairness* ou coisa que o valha. Cooperam incondicionalmente.

*“Um sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só,
mas sonho que se sonha junto é realidade.”*

RAUL SANTOS SEIXAS

“Colaboração é a nova Revolução.”

Slogan publicitário da Bliive, plataforma colaborativa inovadora que permite a troca de serviços, na rede, sem pagamentos em dinheiro.

RESUMO

TOLEDO DA SILVA, Leonardo. *Contratos de aliança*. Direito empresarial e ambiente cooperativo. 2014, 384 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

A presente tese realiza uma análise interdisciplinar dos contratos de aliança, arranjos colaborativos desenvolvidos a partir do início da década de 90, cujo objetivo é a implantação de projetos complexos industriais e de infraestrutura. Este trabalho investiga a percepção do autor de que o modelo proposto pelos contratos de aliança, em regra, promove um esvaziamento voluntário da função do contrato como ferramenta de aplicação, ainda que potencial, de sanções a comportamentos culposos, justamente com o fim de não prejudicar a construção natural de uma relação cooperativa. Busca-se ainda compreender a função desempenhada pelo contrato e pelo direito contratual, nesse contexto colaborativo, e qual a relação entre os mecanismos formais e informais de garantia de cumprimento contratual. Sustenta-se que, nesse universo, o aparato formal do contrato auxilia as ferramentas informais de *enforcement*, fornecendo o arcabouço de troca de informações essencial à criação endógena de confiança. Ademais, a fim de não prejudicar o ambiente cooperativo, sustenta-se a aplicação de sanções contratuais formais somente em situações excepcionais, geralmente caracterizadas pelo elemento de quebra de confiança. Sugere-se, ao longo da tese, que uma abordagem “processual” de regulação do contrato – a qual permite sanção de comportamentos que descumpram o *procedimento contratual* acordado – seria mais adequada do que uma abordagem estritamente “substantiva” – que proteja a relação inicial de troca. Ao final, amparada pelas percepções construídas ao longo da pesquisa, é realizada uma reflexão jurídico-dogmática, na qual, após a contextualização jurídica dos contratos de aliança, lhes são sugeridas interpretações de aplicação de conceitos da teoria obrigacional, e de ferramentas de organização de interesses intracontratuais, como a boa-fé, o conflito de interesses e os deveres fiduciários.

Palavras-chave: Contratos de aliança. Contratos. Construção. Cooperação. Contratos colaborativos. Contratos relacionais. Governança contratual. Compartilhamento de riscos. Boa-fé. *Crowding out*. Sanções informais. Obrigações comuns.

ABSTRACT

TOLEDO DA SILVA, Leonardo. *Alliance Contracting*. Commercial Law and Cooperative Environment. 2014, 384 f., Thesis (Doctorate) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

This thesis conducts an interdisciplinary analysis of project alliancing, collaborative arrangements developed as of the beginning of the 90s, whose goal is the implementation of complex industrial and infrastructure projects. This work investigates the perception of the author that the model proposed by alliance contracts, in general, promotes a voluntary emptying of the role of the contract in punishing, even potentially, unintentional contractual defaults, as a means of not harming the natural construction of a cooperative relation. The work seeks to understand the role played by the contract and the contractual law, in such collaborative environment, and what is the relation between formal and informal mechanisms of contractual enforcement. It argues that, in this universe, formal contractual apparatus supports informal contractual enforcement mechanisms, providing a governance framework that allows information exchange, which is essential to the endogenous creation of trust. Moreover, in order not to jeopardize the cooperative environment, this thesis suggests the suitability of formal contractual punishment only in exceptional circumstances, often characterized by the breach of trust. It is suggested, along the thesis, that a “procedural” approach of contract regulation – which allows punishment of behaviors that deviates from agreed contractual procedures – may be more suitable than a strictly “substantive” approach – that protects the initial exchange relation. At the end, supported by the perceptions constructed along the research, some legal-dogmatic considerations are made, in which, after legally qualifying the alliance contracts, it is suggested to it some applicative interpretations of concepts of obligational theory, and organizational tools of intracontractual interests, such as good faith, conflicts of interest and fiduciary duties.

Keywords: Alliance contracts. Contracts. Construction. Cooperation. Collaborative contracts. Relational contracts. Contractual governance. Risk sharing. Good-faith. Crowding out. Informal enforcement. Joint responsibility.

RIASSUNTO

TOLEDO DA SILVA, Leonardo. *Contratti di alleanza di progetto*. Diritto commerciale e ambiente cooperativo. 2014, 384 f., Tesi (Dottorato) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

La presente tesi è dedicata all'analisi interdisciplinare dei contratti di alleanza, accordi di collaborazione sviluppati sin dai primi anni '90, il cui obiettivo è la realizzazione di progetti industriali e di infrastrutture complessi. Questo lavoro indaga la percezione dell'autore che il modello proposto dai contratti di alleanza, di regola, promuova uno svuotamento volontario della funzione del contratto come strumento di applicazione, ancorché potenziale, delle sanzioni verso comportamenti colposi, proprio al fine di non danneggiare la costruzione naturale di un rapporto cooperativo. Si cerca di comprendere la funzione svolta dal contratto e dal diritto contrattuale in tale contesto collaborativo e quale sia il rapporto tra meccanismi formali e informali di garanzia dell'osservanza del contratto. Si sostiene che in questo universo l'apparato formale del contratto aiuti gli strumenti informali di *enforcement*, provvedendo alla struttura di scambio di informazioni essenziale per la creazione endogena di fiducia. Inoltre, per non compromettere l'ambiente cooperativo, si sostiene l'applicazione di sanzioni contrattuali formali soltanto in casi eccezionali, in genere caratterizzati dagli elementi di abuso di fiducia. Si suggerisce nel corso della tesi che un approccio "procedurale" di regolamentazione del contratto – che consenta la sanzione di comportamenti che si discostano dalla *procedura contrattuale* concordata – sarebbe più adatto di un approccio strettamente "sostanziale" – che protegga la relazione iniziale di scambio. Infine si effettua una riflessione giuridico-dogmatica sostenuta dalle percezioni costruite durante la ricerca, nella quale, dopo la contestualizzazione giuridica dei contratti di alleanza, vengono suggerite alcune interpretazioni di applicazione di concetti della teoria delle obbligazioni e di strumenti di organizzazione degli interessi intracontrattuali, come la buona fede, il conflitto di interessi e i doveri fiduciari.

Parole chiavi: Contratti di alleanza. Contratti. Costruzione. Cooperazione. Contratti collaborativi. Contratti relazionali. Governance contrattuale. Condivisione di rischi. Buona fede. *Crowding out*. Sanzioni informali. Obblighi comuni.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. Delimitação de campo e esclarecimentos terminológicos	17
2. Questões principais e hipóteses de trabalho	18
3. Divisão do trabalho	24
CAPÍTULO 1 – OS CONTRATOS DE ALIANÇA SOB A PERSPECTIVA DAS CONVENÇÕES DO MERCADO	26
1.1 Características dos modelos tradicionais de contratação e gerenciamento de projetos	27
1.1.1 Modelos tradicionais de contratação e gerenciamento de projetos.....	27
1.1.2 Organização de projetos e a visão dos financiadores internos e externos ..	31
1.1.3 Principais fatores de ineficiência dos projetos tradicionais	32
1.1.3.1 Problemas de alocação de riscos	32
1.1.3.2 Assimetria informacional	39
1.1.3.3 Dificuldade de lidar com mudanças das condições de execução das obras	40
1.1.4 Realidade dos projetos: pleitos	42
1.2 O surgimento de modelos cooperativos de organização de projetos	43
1.2.1 O caso paradigmático de aliança de projeto: “Andrew Field”	43
1.2.2 O amadurecimento dos contratos de aliança, na Austrália e Nova Zelândia	47
1.2.3 O surgimento dos modelos de parceria (Project Partnering)	49
1.3 Definição de aliança de projeto	51
1.4 Dinâmica de funcionamento das alianças de projeto.....	52
1.4.1 A escolha do modelo: motivações para uso da aliança e projetos adequados.....	53
1.4.2 Fase de seleção dos participantes não proprietários (“NOPs”).....	56
1.4.2.1 Modalidades de seleção dos NOPs.....	57
1.4.2.2 Competição de preços vs. Competição sem preços.....	61
1.4.3 Etapas da aliança de projeto: desenvolvimento e execução	65
1.5 Ferramentas e princípios da aliança.....	66
1.5.1 Compartilhamento coletivo de riscos, de benefícios e de responsabilidades (Pain Share /Gain Share Mechanism).....	66
1.5.2 Gerenciamento e governança integrada com decisões tomadas por unanimidade e no melhor interesse do projeto	69
1.5.3 Compromisso com a cultura no blame, no dispute	72
1.5.4 Regime total de transparência (open book)	75
1.6 Modelo de remuneração e de incentivos	76
1.7 Possíveis benefícios associados à utilização dos contratos de aliança	80
1.8 Fatores de sucesso da aliança de projeto	82

CAPÍTULO 2 – OS CONTRATOS DE ALIANÇA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA ECONÔMICA CONTRATUAL	85
2.1 A cooperação além do <i>homo economicus</i>	85
2.1.1 Motivação heterogênea à cooperação	87
2.1.2 As alavancas de design cooperativo e os contratos de aliança	88
2.2 Custos de transação, <i>hold up</i> e contratos relacionais e governança contratual (entre mercado e hierarquia)	98
2.3 A relativização da função contratual: ferramentas formais e informais de <i>enforcement</i> contratual.....	103
2.3.1 Stewart Macaulay e o “não uso” do contrato: a prevalência dos mecanismos informais	103
2.3.2 A relação entre as sanções formais e as sanções informais	108
2.3.2.1 Crowding-out: antagonismo entre a aplicação de sanções formais e informais.....	108
2.3.2.2 O uso complementar das sanções contratuais e ferramentas informais.....	112
2.4 A teoria relacional dos contratos	119
2.4.1 Considerações sobre as formulações teóricas de Ian R. Macneil	121
2.4.2 O direito contratual relacional e o problema da flexibilização contratual	123
2.5 Conclusões do capítulo	130
CAPÍTULO 3 – OS CONTRATOS DE ALIANÇA SOB UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA	133
3.1 Estudo empírico	133
3.1.1 Objetivo do estudo	134
3.1.2 Modelo de pesquisa	134
3.1.3 Confidencialidade	136
3.1.4 Limitações da pesquisa	136
3.1.5 Módulos do questionário	137
3.2 Apresentação de resultados do estudo	139
3.2.1 Proposição de subgrupos a serem analisados	139
3.2.2 Resultados quanto ao Módulo 1 do questionário: identificação dos respondentes.....	140
3.2.3 Resultados quanto ao Módulo 2 do questionário: Definição da Aliança..	142
3.2.4 Resultados quanto ao Módulo 3 do questionário: contratos de aliança e resolução de conflitos	144
3.2.4.1 Quanto ao número de disputas judiciais ou arbitrais (Questão n.º 8)	144
3.2.4.2 Quanto ao potencial dos contratos de aliança para redução de conflitos (Questão n.º 9).....	145
3.2.4.3 Quanto ao conteúdo das disputas em contratos de aliança (Questão n.º 10).....	145
3.2.4.4 Quanto à condição no dispute (Questões n.º 11 e n.º 12).....	146
3.2.4.5 Quanto à condição no blame (Questões n.º 13 e n.º 14).....	147
3.2.4.6 Quanto aos mecanismos de solução de conflitos mais compatíveis com a realidade dos contratos de aliança (Questão n.º 14)	148

3.2.4.7	Quanto à correlação entre alocação individualizada de riscos e incentivos à cooperação (Questão n.º 16)	150
3.2.4.8	Quanto à correlação entre alocação compartilhada de riscos e incentivos à cooperação (Questão n.º 17)	150
3.2.5	Resultados quanto ao Módulo 4 do questionário: situações de conflitos e interpretação dogmática do contrato de aliança	151
3.2.5.1	Imprevisibilidade, flexibilidade, governança contratual e boa-fé (Questões n.º 18 e n.º 19)	152
3.2.5.2	Conflito de interesses e “melhor para o projeto” (Questões n.º 20 e n.º 21).....	156
3.2.5.3	Culpa e responsabilidade contratual (Questão n.º 22).....	158
3.2.5.4	Sinalagma contratual e contratos de aliança (Questão n.º 23)	160
3.2.5.5	Dever de transparência (Questão n.º 24)	161
3.2.5.6	Alternativas estratégicas de proteção pelo Dono do Projeto (Questão n.º 25)	162
3.2.5.7	Quebra do dever de boa-fé (Questão n.º 26)	162
3.2.5.8	Término imotivado pelo Dono do Projeto (Questões n.º 27 e n.º 28).....	163
3.2.5.9	Situações de descumprimento contratual (Questão n.º 29)	164
3.2.5.10	Hipóteses de reequilíbrio contratual (Questão n.º 30).....	165
3.3	Reflexões sobre resultados	166

CAPÍTULO 4 – REFLEXÃO JURÍDICO-DOGMÁTICA DOS CONTRATOS DE ALIANÇA		168
4.1	Contrato de aliança: contextualização jurídica	170
4.1.1	Proposta de definição jurídica dos contratos de aliança	171
4.1.1.1	Elementos distintivos dos contratos de aliança	172
4.1.1.2	Proposta de definição	176
4.1.2	Qualificação jurídica dos contratos de aliança.....	177
4.1.2.1	Análise de tipos relacionados	177
4.1.2.2	Tipicidade e atipicidade contratual	186
4.1.2.3	Classificação do contrato de aliança à luz da teoria geral dos contratos	189
4.2	Contratos de aliança e teoria obrigacional.....	194
4.2.1	O arranjo obrigacional dos contratos de aliança	194
4.2.2	“Obrigação conjunta” ou “obrigação compartilhada”	200
4.2.2.1	Sujeitos das obrigações conjuntas	202
4.2.2.2	Objeto das obrigações conjuntas	203
4.2.2.3	Vínculo obrigacional	206
4.2.3	Inadimplemento e contratos de aliança.....	209
4.2.3.1	Inadimplemento no sistema de compartilhamento de perdas: cláusula penal	210
4.2.3.2	Condutas excepcionais passíveis de responsabilização individual.....	214
4.2.4	Interpretação jurídica da condição no blame, no dispute.....	218
4.2.4.1	O corolário no blame: cláusula de limitação do dever de indenizar	218
4.2.4.2	O corolário no dispute	222
4.2.5	A flexibilização do pacto contratual	224

4.2.6	Conclusões: contratos de aliança e teoria obrigacional	230
4.3	Ferramentas jurídicas de organização de interesses intracontratuais: o processo contratual	232
4.3.1	O contrato de aliança e o princípio cooperativo: a organização em torno do objetivo comum	232
4.3.2	O dever de boa-fé nos contratos de aliança	235
4.3.3	Contratos de aliança, regras de governança e o tratamento do “conflito de interesses”	239
CONCLUSÃO		243
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		250
ANEXO I – QUESTIONÁRIO DE PESQUISA EMPÍRICA.....		265
ANEXO II – QUESTIONÁRIO DE PESQUISA EMPÍRICA		278
ANEXO III – RELATÓRIO DE RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA		291

INTRODUÇÃO

Em 15 de janeiro de 2001, foi lançada, inicialmente em língua inglesa, uma nova enciclopédia denominada *Wikipedia*, organizada por meio de uma plataforma *on-line*, de acesso gratuito, cujo conteúdo era produzido, coletivamente, por amadores não remunerados, de acordo com normas organizacionais predefinidas. Inicialmente, os seus idealizadores pareciam ter planos pouco ambiciosos para a *Wikipedia*. Ela serviria de complemento à *Nupedia*, uma enciclopédia *on-line* cujo conteúdo era elaborado somente por especialistas. Em pouco tempo, a *Wikipedia* ultrapassou a *Nupedia*, tornando-se um empreendimento global, em muitas línguas, e inspirando a criação de outros modelos semelhantes.

A despeito de críticas eventualmente efetuadas quanto ao conteúdo da *Wikipedia*, o sucesso do empreendimento proposto é inquestionável. Atualmente, ela possui um volume de mais de 33,7 milhões de artigos gratuitos em 287 línguas diferentes.¹

Histórias como essa da *Wikipedia* colocam em xeque a noção de que o comportamento dos agentes é estritamente autointeressado, e que, portanto, os modelos organizacionais mais eficientes necessariamente funcionariam em virtude de punições, recompensas ou hierarquia. Como explica BENKLER:

[...] o *homo economicus* prevê que a *wikipedia* não poderia existir. Dezenas de milhares de voluntários, não pagos, agindo eficientemente, sem linhas claras de autoridade, seria simplesmente impossível. Em um mundo povoado exclusivamente por agentes autointeressados, um *designer* institucional de uma enciclopédia *online* iria se focar em formas de monitorar e recompensar contribuições, ou de identificar e punir desvios.²

De fato, cerca de oito anos antes do surgimento da *Wikipedia*, em 1993, foi criada a *Microsoft Encarta*, uma enciclopédia digital organizada segundo noções tradicionais de incentivo comportamental e que, além disso, era um empreendimento do poderoso grupo

¹ V. Wikipedia, em “history of Wikipedia”. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Wikipedia>. Acesso em: 12 nov. 2014.

² YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 2 (tradução nossa).

Microsoft. Em 2009, a Encarta foi descontinuada, e o seu fechamento é constantemente atribuído à pressão competitiva imposta pelo sucesso estrondoso da *Wikipedia*.³

O sucesso da *Wikipedia* ilustra algo que o mercado, especialmente nas últimas duas décadas, parece ter começado a se dar conta: a cooperação humana pode ser um combustível formidável de promoção de eficiência organizacional. Muitos outros exemplos criativos e bem-sucedidos de arranjos colaborativos podem ser mencionados, como o modelo cooperativo das linhas de produção da *Toyota*, a abordagem comunitária da Polícia de Chicago, o modelo de desenvolvimento do *Linux* e as ferramentas motivacionais da *Southwest Airlines*.⁴

Um desses criativos exemplos de arranjos organizacionais colaborativos será objeto da presente tese. Trataremos dos *contratos de aliança*, também chamados de *alianças de projeto*, modelos contratuais colaborativos, desenvolvidos a partir do início da década de 90, cujo objetivo é a implantação de projetos complexos industriais e de infraestrutura.

As características peculiares dos contratos de aliança, conforme arranjos que vêm se consolidando nas últimas décadas, sobretudo na Austrália e Nova Zelândia, representam um quebra-cabeça, ao mesmo tempo, inusitado e relevante em matéria de direito contratual.

Inusitado, porque, por se tratar de um modelo contratual estruturado a partir da visão de que o relacionamento cooperativo das partes contratantes é um elemento essencial para o sucesso do empreendimento, propõe alterações drásticas de funcionamento, de alocação de riscos e de governança, comparativamente a arranjos contratuais tradicionalmente utilizados na implantação de grandes projetos.

É relevante, pois, por reconfigurar o modelo tradicional de incentivos, baseado, sobretudo, em punições e recompensas, o arranjo contratual utilizado nos contratos de

³ NAOMI ALDERMAN (7 April 2009), Encarta's failure is no tragedy: Wikipedia has succeeded where Microsoft's Encarta failed, and seems to be a reversal of the "tragedy of the commons". *The Guardian*, 29 April 2010.

⁴ YOCHAI BENKLER, *The Penguin and the Leviatan: How Cooperation Triumphs over Self-Interest*, p. 1-3.

aliança parece denotar certo anseio dos agentes por um direito contratual menos sancionador, que vê a relação muito menos por seu viés de troca e muito mais pelos procedimentos que as partes acordaram que seriam observados para que fosse atingido um objetivo comum. Migra-se de um paradigma organizativo de interesses contrapostos para o paradigma da organização de interesses intracontratuais na busca do objetivo comum. A relevância, no caso, é na sugestão de formas mais adequadas de o direito privado ser inserido nesse novo paradigma contratual colaborativo.

1. Delimitação de campo e esclarecimentos terminológicos

Algumas observações e distinções terminológicas iniciais são necessárias para melhor delimitação do universo a ser tratado.

Utilizaremos os termos *aliança de projeto*, *projetos em aliança*, *contratos de aliança* e *modelo aliança* de acordo com seu contexto. Ressalte-se que não se trata de sinônimos. As *alianças de projeto* ou *projetos em aliança* são os empreendimentos complexos implementados mediante uso do modelo organizacional que pode ser designado de *modelo aliança* ou *regime de aliança*. O *contrato de aliança*, por sua vez, pode ser entendido como a relação jurídica existente entre os contratantes ou mesmo como o documento firmado para criação dessa relação jurídica.

A palavra *projeto*, nesse contexto, está ligada à ideia de *empreendimento* ou *obra* e deriva de uma tradução do termo em inglês *project*, amplamente usado pela literatura especializada para designar o contexto em que são adotados práticas e conhecimentos relacionados à implementação de empreendimentos de grande porte. São exemplos dessa utilização as expressões *financiamento de projetos* (*project finance*),⁵ *gerenciamento de projetos* (*project management*) e *aliança de projetos* (*project alliancing*). A tese em curso analisará as *alianças* organizadas no contexto dos *projetos*, modelo que tem sido designado

⁵ Segundo J. VIRGÍLIO LOPES ENEL, no contexto do chamado *project finance*, “o termo está empregado sob uma acepção mais comum, querendo exprimir a ideia de empreendimento, obra. Ou seja, toma-se o termo, que tecnicamente melhor representaria uma proposta, projeção ou plano preparatório, para exprimir a ideia de consequência, do resultado final, ou seja, da obra ou do empreendimento como um todo, operando-se verdadeira figura de linguagem, a metonímia” (*Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos*, p. 15).

internacionalmente como *project alliancing* e que, no Brasil, usualmente tem sido chamada de *aliança de projeto*.

Valem mais alguns esclarecimentos sobre a utilização da terminologia *aliança*. O termo *contrato de aliança* tem sido usado para designar um fenômeno mais amplo, no qual duas ou mais empresas unem esforços para, normalmente por um período indeterminado, cooperarem na busca de um objetivo comum, podendo, inclusive, ser formalizadas por meio de figuras societárias ou de modalidades contratuais associativas diversas.⁶ Tais *alianças* são, em parte da literatura, também denominadas *alianças estratégicas*,⁷ muito se aproximando da designação *joint venture*, utilizada usualmente pelo mercado, em sentido não jurídico. As *alianças estratégicas*, nesse sentido mais amplo, em princípio, não serão objeto da tese de doutoramento em curso, embora, em alguns momentos, façamos uso de literatura que trata das *alianças estratégicas*, as quais possuem muitos aspectos comuns às *alianças de projeto*.

O universo que pretendemos abordar é, portanto, o dos *projetos* organizados pelo regime da *aliança*. E mais especificamente sobre o âmbito contratual privado desse universo socioeconômico.

2. Questões principais e hipóteses de trabalho

O objetivo da presente tese em curso será buscar respostas a duas questões centrais. A primeira delas é: *qual o papel exercido pelo contrato e pelo direito contratual⁸ no contexto dos contratos de aliança?*

⁶ HAMELIN (*Le contrat-alliance*), por exemplo, em recente trabalho, parece utilizar a expressão “contrat-alliance” de forma ampla, como uma designação contratual a se contrapor à categoria de contratos de intercâmbio (*contrat-échange*).

⁷ WANDERLEY FERNANDES e CAIO F. RODRIGUES assim definem as *alianças estratégicas*: “Alianças estratégicas são aquelas por que, formada ou não nova pessoa jurídica, duas sociedades empresárias se associam de forma relativamente contínua ou prolongada, com vistas à exploração de oportunidades econômicas, delimitadas por um tipo de produto (já desenvolvido ou a desenvolver), cliente ou território, em determinado mercado ou submercado (por exemplo, de telecomunicações, tecnologia da informação, óleo e gás etc.)” (Aspectos contratuais da “aliança” em empreendimentos de infraestrutura, p. 138).

⁸ ROPPO inicia sua clássica obra esclarecendo sua visão de que o contrato pode ser visualizado e decomposto em três diferentes perspectivas: operação econômica, contrato e direito dos contratos. Para os fins pretendidos por esta tese, parece adequado visualizar duas dessas perspectivas identificadas por ROPPO – o contrato e o direito contratual –, de forma integrada, como um conjunto sistemático, que, portanto, deve guardar coesão entre suas normas. Assim, as obrigações e responsabilidades atribuídas no

Para que se possa compreender a relevância de responder uma questão tão ampla são necessárias algumas considerações.

Há, na cultura jurídica e econômica ocidental, a assunção de que os incentivos de punição proporcionados pelo contrato e pelo direito contratual são o elemento central que tornam ineficiente o comportamento não cooperativo. Por essa visão, em seu viés sancionador, o contrato seria o elemento central de garantia do adequado funcionamento dos mercados, ao criar os elementos necessários para que o agente – racional e autointeressado – decida que cumprir suas obrigações é mais eficiente do que descumpri-las.⁹

Em nossa percepção, no entanto, o modelo pelo qual os contratos de aliança têm sido estruturados sugere *insights* acerca do papel do contrato que não são consistentes com o modelo clássico antes mencionado.

Os contratos de aliança surgiram em um contexto em que a indústria da construção enfrentava – e ainda enfrenta – um nível epidêmico de conflitos entre as partes contratantes. A aliança despontou justamente como uma das tentativas de capturar toda essa ineficiência que estava inviabilizando economicamente a implementação de alguns empreendimentos de maior risco. O modelo contratual das alianças parte da percepção de que um elemento-chave para a captura de toda essa ineficiência é relacional. Os elementos organizacionais e a dinâmica de funcionamento, no *contrato de aliança*, são estruturados e pensados a partir dessa visão.

As características organizacionais dos *contratos de aliança*, em nossa opinião, denotam uma visão de fundo de que, em projetos em que há grande nível de complexidade e de incertezas e que, portanto, o contrato tem maior grau de incompletude, as ferramentas organizacionais e jurídicas tradicionais de punição a comportamentos individuais não só

contrato se situam no âmbito da autonomia da vontade e somente se tornam eficazes e válidas, diante da existência de ferramentas e princípios do direito contratual que conformam as condições estabelecidas no contrato entabulado (*O contrato*, p. 10-11).

⁹ O ponto é bem explicado por MACAULAY: “In Western culture there is a classic model of the functions of legally enforceable contract. This model rests on common but inconsistent assumptions. One version of the story suggest that in a state of nature we are all selfish, and we are forced to cooperate to gain economic rewards. Law supports our needed interdependence by coercing us to honor our agreements with others. Ideally, it should make no difference whether we perform or breach a contract because legal action will redress any harm resulting from breach. We get performance or a judgment, and one is as good as the other in a world where we can transform everything into a monetary equivalent” (The impact of Contract Law on the Economy: Less than Meets the Eye?, p. 2).

podem não ajudar a garantir soluções eficientes, como podem deixar as partes “armadas” e “polarizadas”, agravando desconfiças e desencorajando comportamentos colaborativos. Em suma, uma vez que mecanismos individuais de punição contratual têm o potencial de prejudicar o comportamento cooperativo das partes – e esse efeito a doutrina econômica denomina de *crowding out*¹⁰ –, parece haver uma certa demanda por um distanciamento do contrato como ferramenta de sanção a comportamentos individuais.

Vale ilustrar o ponto com alguns dos elementos utilizados nos *contratos de aliança* que guardam estrita relação dessa preocupação com a criação do ambiente cooperativo.¹¹

Um desses elementos é o chamado princípio *no blame, no dispute*, muitas vezes declarado de modo expreso pelas partes no clausulado usual da *aliança*. Pela redação usualmente utilizada, dois corolários interpretativos advêm desse princípio. Pelo primeiro deles, nenhuma das partes será considerada culpada por uma falha não intencional na execução do projeto. Ou seja, não cabe ser perquirida a culpa de qualquer das partes na implementação do projeto, mas somente condutas intencionais ou dolosas. Pelo segundo corolário, devem as partes procurar a solução dos eventuais conflitos da aliança, dentro da própria governança da aliança, evitando a intervenção judicial ou arbitral.¹²

Outro elemento que reforça essa percepção e que chama a atenção de um operador do direito que inicia seu contato com os *contratos de aliança* é o mecanismo de compartilhamento de riscos e responsabilidades. Na aliança, o contrato e o clausulado são estruturados de tal forma a estabelecer que o *construtor*, o *dono do projeto*, o *projetista* e outros fornecedores importantes formarão uma equipe integrada, à qual caberá a execução do projeto. Trata-se de arranjo peculiar para um contexto que, tradicionalmente, ainda vê no contrato uma figura típica de intercâmbio, com prestação e contraprestação, tal como uma compra e venda. Dessa forma, nas *alianças*, as partes não criam somente obrigações contrapostas, mas sim obrigações comuns a ambas, tal como num contrato de sociedade.

¹⁰ V. item 2.3.2.1 do Capítulo 2.

¹¹ Tais elementos serão tratados de forma mais detalhada ao longo do Capítulo 1.

¹² Uma explicação mais detalhada desse princípio da aliança é explicado no item 1.5.3 do Capítulo 1.

Além disso, pelo modelo de remuneração acordado, que compartilha os riscos do projeto entre os participantes da aliança, as consequências econômicas de um bom ou de um mau desempenho do time integrado serão partilhadas por todos. Evidencia-se uma percepção dos agentes de que, de fato, em contratos com objeto prestacional muito complexo, o sucesso do cumprimento da obrigação é uma tarefa muito mais coletiva do que individual. E aí a cooperação torna-se mesmo essencial.

Esses elementos impossibilitam que, nos contratos de aliança, as partes possam imputar, umas às outras, a responsabilidade individualizada por uma falha não intencional de execução de suas obrigações contratuais. Ou seja, esvazia-se, em grande medida, a função do contrato como ferramenta de imposição de sanções contratuais, permitindo que, somente em situações excepcionais, uma parte tenha uma demanda contra as demais.

Essa é a hipótese central sobre a qual o raciocínio desta tese é desenvolvido. Nesse contexto, o contrato não exerce a função tradicional que se supõe seja essencial a qualquer contrato. Essa hipótese pode assim ser resumida: *o modelo proposto pelos contratos de aliança, em regra, promove um esvaziamento voluntário da função do contrato como ferramenta de aplicação, ainda que potencial, de sanções a comportamentos culposos, justamente com o objetivo de não prejudicar a construção natural de uma relação cooperativa.*

Na medida em que, portanto, de acordo com tal hipótese de trabalho, não são o contrato e o direito contratual, em seu viés sancionador, os elementos centrais de garantia do comportamento eficiente das partes, e considerando que as partes continuam atribuindo grande importância à negociação e celebração formal de contratos, a primeira questão central desta tese ganha relevância: qual então o papel que o contrato e o direito contratual exercem nesse contexto?

A tese irá formular algumas possíveis respostas acerca do papel que o contrato e o direito contratual desempenham nesse ambiente aparentemente hostil ao aparato estatal de sanção contratual. De maneira geral, tentamos demonstrar que, nesse contexto, o contrato é usado como uma estrutura de governança que funciona como um mecanismo de fomento à cooperação. O aparato formal do contrato funciona, portanto, de modo a auxiliar

as ferramentas informais de *enforcement* contratual, fornecendo o arcabouço de troca de informações essencial à criação endógena de confiança.

Até esse ponto, a tese faz uma incursão contextualizada e questionadora sobre premissas que têm muita importância para o direito contratual, em seu sentido de ciência dogmática, mas que, em si, precedem a ele. As conclusões relacionadas às questões anteriores serão basicamente tentativas de descrição da realidade. Podem ser qualificadas, binariamente, como verdadeiras ou falsas.

A dogmática jurídica, explica FERRAZ, cumpre uma função típica de uma tecnologia, pois é um instrumento que se propõe a atingir um fim.¹³ Dessa forma, consideramos adequado visualizar o direito contratual por um viés dogmático instrumental: como uma ferramenta para atingir determinados objetivos. O direito contratual, assim como seus institutos, vistos por esse prisma, não seriam qualificados como “verdadeiros ou falsos”, mas sim como “mais ou menos úteis”.

Tratando-se do contexto de grandes projetos de engenharia, como são as *alianças de projeto*, seria adequado assumir que, de maneira geral, as partes estarão buscando regular-se de maneira a racionalizar os custos e o prazo para conclusão do empreendimento. A redução dos custos de transação é, por sinal, a explicação central da Nova Economia Institucional para explicar as características dos modelos organizacionais.¹⁴

Se é verdade que o mercado – e esta é a hipótese inicial de trabalho desta tese –, nos contratos de aliança, visualizou que as ferramentas formais de sanção a comportamentos individuais podem se tornar um entrave à cooperação em projetos mais complexos, e, portanto, aumentar custos de transação, então a dogmática jurídica também precisa ser reconfigurada para lidar com essa percepção da realidade.¹⁵

¹³ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 87.

¹⁴ Para uma compreensão mais aprofundada da Nova Economia Institucional, v. OLIVER E. WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics: The Natural Progression*.

¹⁵ Nesse sentido, COLLINS, ao falar das práticas de mercado como fonte normativa do direito privado, faz uma citação interessante e que pode ser útil para explicar a metodologia adotada na tese em curso: “Legal doctrine may then be faced with the choice of either denying any legal force to the Market convention on

Em vista dessa percepção, e considerando a hipótese inicial de trabalho, a tese tenta dar um segundo passo, com a tentativa de resposta à sua segunda questão central: *o que significaria, em termos jurídico-dogmáticos, essa redução da função sancionadora, nos contratos de aliança?* Ou, ainda: *quais ferramentas de caráter jurídico-dogmático poderiam se mostrar mais adequadas e úteis a esse contexto e como devem tais ferramentas ser aplicadas?*

Esse segundo objetivo proposto é bastante desafiador, justamente em razão da hipótese de trabalho anteriormente mencionada. Se é fato que, em certos contextos, como o do contrato de aliança, as regras de punição contratual podem ter o potencial de afastar o comportamento cooperativo das partes, como então aplicar e interpretar o direito contratual em eventuais situações de conflito sem gerar esse efeito anticooperativo?

A dogmática jurídica envolve sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais.¹⁶ Refletir sobre a dogmática jurídica implica necessariamente repensar como conceitos jurídicos podem melhor auxiliar um julgador a resolver conflitos. E, nesse contexto, significa repensar como conceitos jurídicos podem auxiliar um julgador a decidir conflitos, sem que tais conceitos se tornem, em alguma medida, causa do conflito, na medida em que podem dificultar a cooperação natural.

Procuraremos fazer uma reflexão, à luz dos contratos de aliança, acerca de como aplicar as principais ferramentas da dogmática contratual de modo consistente com a hipótese da tese de que o contrato de aliança, dentre outras questões, busca lidar com o fenômeno do *crowding out*. O desafio será, portanto, compreender quais situações se incluem em um quadro reduzido de comportamentos que dão ensejo à proposição de demandas, nos contratos de aliança.

É recorrente a percepção de que a dogmática jurídica contratual tradicional se estrutura a partir do paradigma dos contratos de troca. As definições tradicionais de *obrigação*, construídas com base em uma visão polarizada de declarações negociais, ainda arraigadas em nossa cultura jurídica, podem se mostrar menos adequadas à realidade dos

which the business expectation is grounded, or engaging in a process of reconstruction of doctrine” (*Regulating Contracts*, p. 36).

¹⁶ Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 92.

contratos de colaboração, como já frisaram FORGIONI¹⁷ e SALOMÃO FILHO.¹⁸ De fato, no contexto dos contratos de aliança, alguns conceitos dogmáticos que colocam as partes em situação de contraposição de interesses parecem ser menos profícuos para interpretação de potenciais conflitos advindos dos contratos de aliança.

Uma das linhas de raciocínio desenvolvidas a esse respeito é a de que, no universo dos *contratos de aliança*, as ferramentas jurídico-dogmáticas mais adequadas são aquelas que veem no direito contratual não um garantidor do cumprimento de deveres e obrigações contrapostas das partes, mas, sim, analogamente ao que talvez se verifica no direito societário, como um definidor do *objetivo comum* das partes e um definidor do *procedimento* acordado pelas partes para atingir esse objetivo comum. Dentro dessa visão, ao direito contratual caberia assegurar a sanção de comportamentos que descumprissem esse *procedimento contratual* na busca do *objetivo comum*.

Em vista dessa linha de raciocínio, sugerimos, ao longo desta tese, que uma abordagem “processual” de regulação do contrato – que permite sanção de comportamentos que descumpram o *procedimento contratual* acordado – seria mais adequada do que uma abordagem estritamente “substantiva” – que proteja a relação inicial de troca.

3. Divisão do trabalho

A presente tese dividir-se-á em quatro capítulos.

O Capítulo 1 procurará descrever esse universo pela identificação e descrição das convenções e práticas de mercado, sobretudo a partir da bem-sucedida experiência australiana, e utilizará, primordialmente, material advindo da disciplina de *gerenciamento*

¹⁷ Segundo a autora: “Valendo-nos de terminologia jurídica, diríamos que, diante de novas circunstâncias fáticas, é possível a desestabilização da disciplina do negócio jurídico, ou mesmo sua inadequação ou insuficiência para dirigir a relação das partes, comprometendo o seguimento do negócio. Assim sua ‘adaptação ao longo do tempo’ é questão que requer tratamento jurídico” (PAULA FORGIONI, *Teoria geral dos contratos empresariais*, p. 182).

¹⁸ Segundo CALIXTO SALOMÃO FILHO, “A concepção clássica do contrato sempre viu nele representados interesses contrapostos. A disciplina passou então a ser interpretada em função dessa concepção, de contraposição de interesses” (Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato, p. 14).

de projetos, que, tradicionalmente, terá um viés mais pragmático, orientado à obtenção de melhores resultados econômicos para as partes. Muitos dos textos utilizados no Capítulo 1 não são elaborados com metodologia científica e apresentam uma visão subjetiva baseada na experiência dos seus autores, usualmente profissionais envolvidos no cenário de projetos, no Brasil ou internacionalmente. Esta, embora seja uma limitação, não retira o valor de se recorrer a tais textos.

O Capítulo 2 apresentará algumas linhas de pensamento da teoria contratual e das teorias sobre cooperação, dentro e fora do direito, tentando extrair delas argumentos e *insights* que guardam correlação com a hipótese de trabalho e a linha de pensamento descritas nesta tese. Procuraremos aprofundar a questão dos elementos informais de fomento à cooperação e a sua relação com o aparato contratual formal. Buscaremos ainda nos aprofundar sobre algumas percepções da visão relacional dos contratos, sobretudo relacionadas aos trabalhos de STEWART MACAULAY e IAN R. MACNEIL.

O Capítulo 3 apresentará os resultados da realização de estudo empírico por nós conduzido com o objetivo de investigar a percepção dos agentes envolvidos em contratos de aliança acerca: (a) da veracidade, ou não, da *hipótese de trabalho* sustentada nesta tese; (b) das situações excepcionais em que as partes entendem adequada a possibilidade de aplicação de sanções jurídicas formais; e (c) da interpretação dos agentes acerca das soluções jurídicas mais adequadas a determinadas situações de conflito.

O Capítulo 4 realizará uma reflexão jurídico-dogmática dos contratos de aliança, amparada pelas percepções construídas nos capítulos anteriores. Procuraremos realizar uma contextualização jurídica dos contratos de aliança, analisar o arranjo desses contratos à luz da teoria obrigacional e interpretar algumas ferramentas dogmáticas de organização de interesses intracontratuais, como o dever de boa-fé e a vedação ao conflito de interesses.

CAPÍTULO 1

OS CONTRATOS DE ALIANÇA SOB A PERSPECTIVA DAS CONVENÇÕES DO MERCADO

O regime organizacional da aliança propôs uma visão radicalmente diferente dos modelos tradicionais, relativamente à forma pela qual os agentes envolvidos deveriam interagir para implementação de projetos complexos industriais e de infraestrutura.

Tomadores de decisão perceberam que o sistema organizacional tradicional apresentava grande ineficiência ao lidar com projetos de alta complexidade e com grande nível de incertezas,¹⁹ uma vez que criava um ambiente altamente conflituoso entre os agentes envolvidos. A partir dessa visão, algumas iniciativas surgiram com o intuito de valorizar a cooperação entre as partes. Algumas modalidades contratuais cooperativas foram sendo utilizadas diante de tais desafios, e a *aliança de projeto* foi a iniciativa, a nosso ver, mais bem-sucedida e que levou mais adiante o desafio de criar um ambiente cooperativo.

Nas *alianças de projeto*, a cooperação e, por consequência, o relacionamento das partes passaram a ser encarados como elementos centrais para que o sucesso do projeto pudesse ser atingido. Para obter essa cooperação, foram alteradas, de forma drástica, algumas premissas centrais do modelo tradicional de interação dos agentes envolvidos.

O Capítulo 1 desta tese pretende justamente demonstrar esse processo de transformação organizacional proposto pelo modelo da aliança, adentrando na forma de funcionamento e nas práticas usuais do mercado em relação às alianças.

¹⁹ Esta tese não adentrará a construção de conceitos de “complexidade” e “incertezas”. Para um aprofundamento sobre o tema, v. LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 174-248.

1.1 Características dos modelos tradicionais de contratação e gerenciamento de projetos

Para que se possa compreender qual o tipo de mudança representado pelo modelo *aliança*, optamos por ilustrar alguns elementos de funcionamento dos modelos tradicionais de implantação e de gerenciamento de projetos²⁰. Compreender algumas das mazelas dos contratos tradicionais pode ser uma excelente forma de entender a visão que inspirou a formulação do modelo *aliança*.

1.1.1 Modelos tradicionais de contratação e gerenciamento de projetos

Introdutoriamente, cumpre-nos fazer uma explicação sobre as figuras que, em todos os projetos, desempenham os papéis centrais no desenvolvimento e na implantação de um empreendimento. A primeira figura central é, obviamente, a do *dono do projeto*, também chamado de *empreendedor* ou, na prática internacional, de *owner*. O dono do projeto é, em suma, a pessoa jurídica titular dos ativos e bens que comporão o empreendimento após sua entrega. Há ainda a figura do *projetista*, responsável pela elaboração dos desenhos e dos projetos de engenharia necessários à planificação da obra. Não raro é necessário mais de um projetista em um mesmo projeto. Além disso, há a figura do *construtor* ou *empreiteiro* que tem a *expertise* de construção e de fornecimento do empreendimento. Outras figuras ainda têm papel importante, como o do *financiador*, o das *seguradoras*, o do *fornecedor de tecnologia e de equipamentos*, além de outros *fornecedores-chave*. As responsabilidades de cada um e a forma pela qual os contratos são celebrados variam muito em função da formatação contratual.

Embora haja um grande número de modalidades e de alternativas, as formações mais tradicionais, no cenário nacional e internacional, são as seguintes: *Design-Bid-Build* (DBB), *Design-Build* (DB), *Engineering, Procurement and Construction* (EPC) e *Engineering Procurement and Construction Management* (EPC-M). De maneira simplificada, pode-se afirmar que os modelos em questão basicamente diferem em função

²⁰ A presente tese não pretende se aprofundar sobre os modelos tradicionais, mas somente demonstrar o contexto em relação ao qual se fez necessária a criação de modelos colaborativos de contratos de construção.

da separação ou integração dos diferentes contratos envolvidos no fornecimento pelos diversos agentes e pela alocação de riscos adotada. Vale aqui uma sucinta explicação dos modelos.

No modelo *design-bid-build*, típico dos modelos públicos brasileiros de contratação,²¹ o próprio dono do projeto tem um papel de gerenciador central das interfaces com os diversos agentes do projeto. Assim, será ele responsável pela contratação do projetista que, inicialmente, elaborará integralmente os projetos de engenharia (*design*), até a chamada fase de *projeto executivo*.²² Com o projeto executivo elaborado, o dono do projeto realiza a concorrência (*bid*) e contrata a construtora que executará as obras de construção do empreendimento, de acordo com as condições e com as quantidades previstas no *projeto executivo* (*build*). A contratação do construtor é, portanto, usualmente celebrada pela condição de preços unitários, uma vez que as quantidades já foram estimadas pelo projetista. Nesse contexto, insere-se a visão mais tradicional do mercado ao tipo contratual da *empreitada*, embora, sob a perspectiva jurídica, esse tipo contratual seja muito mais elástico.²³ O dono do projeto também contratará diretamente os principais fornecedores do empreendimento. O modelo pode ser explicado pela ilustração a seguir:

No modelo *design-build*, passa-se a integrar em um único agente a responsabilidade pela elaboração dos projetos de engenharia e pela construção do empreendimento. Ele surge em resposta a um dos principais problemas do modelo DBB,

²¹ V. LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 98.

²² A fase de projeto executivo é aquela em que a engenharia do empreendimento já foi detalhada até o ponto em que todos os elementos técnicos e cálculos estruturais para o desenvolvimento do empreendimento já foram realizados. Segundo o art. 6.º, inciso X, da Lei 8.666/1993, considera-se Projeto Executivo “o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT”.

²³ V. FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 46-57.

que é a dificuldade do *dono do projeto* de identificar o responsável por uma ineficiência de execução do empreendimento.²⁴ Além disso, no modelo DBB havia, por parte dos construtores, pouco incentivo para propor soluções de engenharia que pudessem reduzir os custos e o prazo do projeto.²⁵

Há diversas variações do modelo *design-build*. A mais importante delas é o modelo EPC (*Engineering Procurement and Construction*). No EPC, há um arranjo contratual que visa alocar ao construtor o máximo de riscos relacionados à execução das obras necessárias ao empreendimento. Em decorrência dessa alocação de diversos riscos a um único agente agregador, o EPC distingue-se em função do chamado *single point responsibility* (“ponto único de responsabilidade”),²⁶ o qual é o aspecto que diferencia essa modalidade de contratação.²⁷ Nesse contexto, é usual a constituição de consórcios entre os agentes que, de forma integrada, assumirão a função de *epecista*.

A formulação mais famosa dos contratos EPC é a de preço global com “chave na mão”, denominada pelo mercado de *EPC Turnkey Lumpsum*.²⁸ Conforme explica ENEI, em estruturas de financiamento de projetos, o contrato EPC representa, na visão dos financiadores, uma verdadeira garantia de que o projeto terá um custo e um prazo determinados.²⁹ Com o tempo, foram sendo elaboradas minutas-padrão internacionais que buscavam reforçar essa tecnologia contratual de alocação de riscos na figura do construtor “epecista”. A mais famosa delas, desenvolvida pela Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC),³⁰ é recomendada por algumas instituições financeiras internacionais na estruturação de modelos de *financiamento de projetos*.

Assim pode ser ilustrada a organização do contrato EPC:

²⁴ LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 98-99.

²⁵ LUIS ALBERTO GOMEZ, CHRISTIANNE C.S. REINISCH COELHO, ELO ORTIZ DUCLÓS FILHO, SAYONARA MARILUZA TAPPARO XAVIER, *Contratos EPC Turnkey*, p. 1.

²⁶ JOSEPH A. HUSE, *Understanding and Negotiating*, p. 18.

²⁷ LEONARDO TOLEDO DA SILVA, Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual, p. 24.

²⁸ Para compreensão a fundo do conceito do chamado Contrato EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), na modalidade *turnkey* (chave na mão) *lump sum* (preço global), vide JOSEPH A. HUSE, *Understanding and Negotiating*.

²⁹ JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI, *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos*, p. 198.

³⁰ FIDIC – Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, *Silver Book, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*.

Por seu turno, no chamado modelo EPC-M (*Engineering, Procurement and Construction Management*), o construtor, por vezes denominado de *construtor-gerenciar*, embora deixe de assumir pessoalmente todas as responsabilidades pelo projeto, mantém-se como um gerenciador e integrador das interfaces de implantação do projeto. O EPC-M, como explicam GIL e RODRIGUEZ, é um contrato com algumas variações.³¹ Todavia, seu escopo usualmente engloba somente a prestação de serviços, incluindo serviços de elaboração dos projetos de engenharia, serviços de suprimento e de gerenciamento dos contratos de construção.³² É comum, inclusive, que o construtor-gerenciar adquira os insumos necessários à obra em nome do próprio dono do projeto. Assim ilustra-se a organização do EPC-M:³³

Efetuamos acima um resumo ilustrativo das principais modalidades de contratação e gerenciamento de projetos. Em verdade, há uma infinidade de caminhos para

³¹ FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL e CAIO FARAH RODRIGUEZ, Aspectos do EPCM, p. 129 e ss.

³² PHILIP LOOTS e NICK HENCHIE, Words Apart: EPC and EPCM Contracts: Risk Issues and Allocation, p. 252-270.

³³ JÚLIO CÉSAR BUENO, Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado, p. 72.

tanto. É fato, todavia, que, em todos os modelos contratuais, há um elemento de inter-relação contratual que talvez caracterize uma *coligação contratual* ou mesmo uma *rede contratual*. O adimplemento ou a ineficiência de execução por um dos agentes muito provavelmente impactará as condições de execução de outro agente. Assim, por exemplo, havendo uma falha no *projeto executivo* elaborado pelo projetista, existirá uma modificação das condições de execução da obra pelo construtor, fator que também afetará os subcontratados.

1.1.2 Organização de projetos e a visão dos financiadores internos e externos

As razões pelas quais são adotadas as estruturas citadas são diversas e incluem capacidade inicial de investimento, tempo para execução total do empreendimento, fatores organizacionais internos, entre outros. Usualmente, em nossa visão, o fator financeiro é determinante na definição da estrutura organizacional de implantação de um projeto. Há a tendência de se priorizar a estruturação que melhor atenda aos anseios dos financiadores do projeto, sejam financiadores externos ou os próprios acionistas da empresa ou do grupo controlador da empresa que atuará na condição de dono do projeto.

Ao se analisar uma oportunidade de investimento em novos negócios, os idealizadores do projeto elaboram um plano de negócios que, além de avaliar os riscos principais desse projeto, inclui um *estudo de viabilidade econômico-financeira*. Nessa fase, são definidas as fontes de recursos do empreendimento, que poderão incluir financiamentos externos, por agentes financeiros, e a busca de novos sócios.³⁴ Aos eventuais sócios do empreendimento será informada uma *taxa interna de retorno* (TIR) esperada para o projeto, a qual estima a capacidade de geração de caixa e, consequentemente, de retorno do investimento efetuado. Como o volume de capital para investimento é escasso, há uma tendência de busca dos projetos com maior retorno, comparativamente aos riscos envolvidos.

³⁴ ENEI faz uma descrição precisa e didática quanto à forma como são tomadas as decisões de investimento em novos empreendimentos. V. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos*, p. 16-21.

Os financiadores externos, por sua vez, também efetuam uma avaliação profunda da capacidade financeira do projeto, especialmente quando o volume de garantias dadas pelos acionistas da sociedade empreendedora é baixo. Por vezes, o próprio fluxo de caixa do empreendimento financiado é dado como garantia de financiamentos. Essa é, aliás, a característica principal da modalidade denominada *project finance*, na qual a decisão quanto à concessão do crédito baseia-se, fundamentalmente, nas perspectivas de sucesso do próprio empreendimento.³⁵

Nesse cenário, em que se prioriza a perspectiva dos financiadores do empreendimento, parece haver uma tendência de se utilizar a contratação por modelos que transfiram muito risco aos construtores, como o modelo *EPC Turnkey Lumpsum*, em vista da maior certeza que o modelo, em tese, oferece quanto ao custo do investimento e ao prazo de conclusão das obras.

1.1.3 Principais fatores de ineficiência dos projetos tradicionais

Efetuada essa pequena contextualização, cumpre-nos fazer uma digressão sobre os principais fatores usualmente associados ao insucesso de projetos organizados de acordo com regimes não colaborativos de contratação de obras. Importante ressaltar que tais fatores não necessariamente estarão presentes em qualquer projeto. São, no entanto, a realidade em muitos deles, e foram justamente essas mazelas que pressionaram o mercado à criação de modelos aptos a captura dessas ineficiências.

1.1.3.1 Problemas de alocação de riscos

a) A lógica tradicional de alocação individualizada de riscos

Uma característica dos contratos tradicionais que potencialmente pode ser a raiz de muitos problemas em projetos com muita complexidade e incertezas é o modelo de alocação individualizada de riscos.

³⁵ V. JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEL, *Project Finance*: financiamento com foco em empreendimentos, p. 15-21.

Durante a fase de planejamento de projeto, quando da elaboração do *plano de negócios*, são identificados os principais eventos que poderão potencialmente pôr em risco a implantação do empreendimento dentro do custo e do prazo esperados. Os riscos da construção do empreendimento são inúmeros, e os principais, na visão das partes, são tratados no próprio clausulado contratual. Tais riscos variam conforme a natureza da obra em execução, todavia, podem ser mencionados, a título ilustrativo, os riscos de erros de projeto, os riscos meteorológicos, os riscos geológicos, os riscos hidrológicos, os riscos ambientais, os riscos de não obtenção de licenças, os riscos de variação dos custos dos insumos, os riscos de modificação de lei ou de tributos, os riscos relacionados à interferência na comunidade, entre outros.

Nos modelos tradicionais de contratação, há uma concepção de que um determinado risco do projeto deve ser alocado, de forma individualizada, à parte com a maior capacidade de gerenciá-lo ou de mitigá-lo.³⁶ Essa é uma lógica organizacional que permeia a modelagem tradicional de estruturas contratuais no âmbito dos projetos.

Claro, entretanto, que as relações de poder negocial também tendem a determinar a estrutura final de assunção de riscos e de responsabilidades das partes, independentemente de uma parte ser, ou não, apta a mitigar ou a gerenciar determinado risco, e isso pode se tornar um problema. Nesse contexto, o contrato celebrado entre as partes é visto como um elemento essencial para garantir a alocação de riscos definida durante a negociação.

Essa lógica de alocação individualizada de riscos, em conjunto com a tendência de se priorizarem interesses de financiadores, sintetizada no item anterior, tornou-se um vetor na construção de modelos que transferem, cada vez mais, aos projetistas e aos construtores um nível maior de responsabilidade com o objetivo de estimulá-los a lidar com um risco que, em tese, eles teriam melhores condições de gerenciar. Os construtores, por sua vez, tendem a repassar esse risco para seus subcontratados, que, conforme destaca SAKAL, podem ser os menos aptos a assumir tais riscos.³⁷ Também esse contexto explica a

³⁶ Segundo HUSE: “The parties to a construction contract may decide to allocate risk in accordance with their respective ability to manage the risk in question. The parties need to determine who can best control the circumstances that may result in the loss or damage” (*Understanding and Negotiating*, p. 483).

³⁷ MATHEW W. SAKAL, *Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects*, p. 68.

criação de minutas-padrão de contrato com alto nível de transferência de responsabilidade ao construtor.

Uma consequência natural desse cenário de alto risco às construtoras e demais fornecedores de insumos, além de um alto nível de contingenciamento,³⁸ é a criação de ambiente de pouca confiança e de pouca cooperação. Conforme explica SAKAL, o modelo de alocação de riscos tradicional, com clausulados duros às construtoras, ao contrário do que a lógica intuitiva sugere, não só não previne a ocorrência de pleitos contratuais, mas também cria um ambiente altamente conflituoso entre as partes.³⁹

Ademais, talvez o problema central do método de alocação individualizada de riscos é que, especialmente em contratos celebrados por preço fixo, ele fortalece um desalinhamento de interesses entre dono do projeto e construtor, favorecendo um ambiente de total oposição e de conflito. Conforme explica GIL, há um dilema claro de cooperação *versus* interesses individuais, pois:

Ao mesmo tempo 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*.⁴⁰

Havendo preço fixo, há a preocupação de que o epecista possa aumentar sua margem de lucro, reduzindo a qualidade da obra. É, por tal razão, comum a preocupação do controle rígido de qualidade em contratos celebrados na modalidade *EPC Turnkey Lumpsum*. Ainda para mitigar o risco de queda da qualidade, além do estabelecimento de planos de qualidade bem detalhados em anexos contratuais, são incluídas cláusulas prevendo a ampla fiscalização pelo dono do projeto por si, ou por terceiros por ele indicados. Esse perfil adversarial de fiscalização, por vezes, aumenta a tensão na relação entre as partes, dificultando a construção natural da confiança.

³⁸ Vide item 1.1.3.1, “c”.

³⁹ Idem.

⁴⁰ FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 88.

b) Dificuldades de alocação adequada de riscos

O cenário anteriormente exposto mostra-se mais conflituoso quanto maior a complexidade do projeto em questão. O que se pretende dizer é que a premissa de alocação individualizada de riscos dos contratos tradicionais pode se mostrar pouco eficiente diante de projetos com muitas incertezas.

Tal conclusão baseia-se em dois principais argumentos.

Pelo primeiro argumento, quando da negociação e da celebração do contrato, as partes não terão clareza dos reais riscos do projeto e tenderão a uma alocação inadequada, muito mais baseada em poder negocial do que propriamente em capacidade de gerenciamento do risco. Ao alocarem riscos que a parte, de fato, não pode ou tem grande dificuldade para gerenciar, abre-se caminho para comportamentos oportunistas e para um gerenciamento ineficiente do projeto.

A incompreensão dos reais riscos do projeto pelas partes se agrava na medida em que um planejamento insuficiente é realizado, embora, em verdade, esse fator possa ser uma causa de ineficiência em qualquer modalidade de projeto, não só em modalidades tradicionais de contratação, e independentemente de estarmos ou não diante de um projeto complexo. Ocorre que, em modelos tradicionais, como explica WASSENAER:

Comumente, e especialmente em situações em que o tempo disponível para preparação de projeto de engenharia e documentação da concorrência é limitado e [...] há muito pouca oportunidade para analisar tais riscos e lidar com eles num planejamento de administração de riscos e numa alocação de riscos adequados, isso contribuirá para existência de conflitos.⁴¹

ROSS, por sua vez, sugere que, em projetos com determinadas características que envolvam complexidade e incertezas, “qualquer tentativa de alocação de riscos a partes diferentes, não importa quão bem intencionadas, será nada mais do que uma ilusão e

⁴¹ ARENT VAN WASSENAER, *Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de projetos melhores*, p. 83.

poderá dar margem à criação de uma cultura adversarial capaz de ameaçar o sucesso do projeto”.⁴²

O segundo argumento crítico ao modelo tradicional de alocação de riscos é que, de fato, poucos são os riscos de um projeto altamente complexo que não dependam ou pelo menos possam se beneficiar de alguma interação cooperativa dos principais agentes envolvidos. Esse foi, aliás, um dos principais *insights* dos idealizadores das alianças de projeto do Mar do Norte, como se verá no item 1.2.1 deste Capítulo. O “jogo” de um projeto complexo depende muito mais de jogadas coletivas do que de individuais.

Os contratos tradicionais tendem a transferir ao construtor e fornecedores toda a responsabilidade pela entrega da obra, quando, em verdade, as ações e o envolvimento do dono do projeto são cruciais para que essa obra seja entregue. E mais, quanto maior a complexidade do projeto, menor previsibilidade haverá quanto às interfaces necessárias entre as partes para que haja sucesso na sua execução.

Além disso, por menores que sejam as participações de uma parte no gerenciamento de um determinado risco, tal participação sempre cria um factóide contratual que tende a ser utilizado estrategicamente em um posterior cenário de conflito. Assim, para ilustrar o argumento, um atraso do dono do projeto na aprovação de um determinado desenho de projeto pode ser um argumento jurídico futuro para que o construtor tente se isentar de um atraso na entrega das obras. Por vezes, a alegação terá mérito, outras vezes será simplesmente uma estratégia de defesa que permite a realização de um acordo aceitável.

É justamente por tal razão que, em projetos de maior complexidade, muitos autores recomendam a adoção de modelos cooperativos de implantação, como no caso da *aliança de projeto*. Uma vez que os riscos da aliança, em tese, serão compartilhados, não haverá estímulo para consumir custos com possíveis conflitos entre as partes, existindo ainda um menor receio para adoção de soluções mais criativas para o projeto.

⁴² JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 2.

É possível ainda citar a questão da interpretação do clausulado que procura alocar os riscos às partes, como um fator apto a criação de conflitos. GIL menciona um estudo empírico de 1996 que demonstrou que cada parte é capaz de interpretar o mesmo clausulado de forma significativamente distinta.⁴³ Isso, aliás, dialoga com a noção demonstrada empiricamente pela economia comportamental de que as expectativas efetivamente moldam nossa capacidade de interpretar. Ou seja, por vezes, as pessoas veem o que efetivamente querem ver.⁴⁴

Por fim, ao contrário do que a importância dos megaprojetos sugere, a negociação intensa das minutas contratuais em um curto espaço de tempo, por vezes, gera clausulados cuja compreensão é ambígua, fato aliás não raro percebido pelas partes. Por vezes, no entanto, o clausulado é deixado com lacunas ante a aparente percepção das partes de que não serão capazes de resolver todos os problemas em abstrato, mas poderão ser capazes de solucioná-las diante do caso concreto.⁴⁵

c) Precificação de projetos: complexidade de formulação do preço e alto contingenciamento

Outro traço que vale a pena ser mencionado, no contexto dos modelos de contratação, é relacionado à precificação do projeto. A esse respeito, cabem-nos duas considerações. A primeira delas diz respeito à grande complexidade na formulação do preço em contratos de construção.

A quantidade de variáveis que, se alterada, pode mudar as condições de execução do projeto é, de fato, extensa, e elas são precificadas, conforme informações disponíveis no momento de formulação do preço. Fatores como projetos de engenharia, requisitos de qualidade, regime tributário aplicável, condições climáticas consideradas, condições de acesso ao local, condições de solo, entre outras, estão intimamente ligadas ao preço ofertado pelo construtor.

⁴³ V. FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 90.

⁴⁴ V. DAN ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, p. 199-216.

⁴⁵ Conforme menciona LIE UEMA DO CARMO, essa seria uma das perspectivas de explicação do conceito de *incompletude contratual* (*Contratos de construção de grandes obras*, p. 191-192).

Essencialmente, o que se pretende ilustrar é que, em um cenário de implementação de projetos complexos, “o preço formulado pelo epecista é, basicamente, o resultado da aceitação de uma série de premissas técnicas, comerciais e até jurídicas. Se, durante a execução das obras, o epecista vier a verificar que uma ou mais premissas utilizadas na formulação do preço eram incorretas, ou incompletas, ele poderá ter um sobrecusto não previsto”.⁴⁶

Não se quer dizer, no entanto, que necessariamente o construtor terá direito ao reequilíbrio contratual caso haja mudança de alguma dessas variáveis. São comuns modelos contratuais em que o construtor assume a responsabilidade pela veracidade de muitas dessas variáveis.⁴⁷ Todavia, muitas dessas mudanças serão sim utilizadas como fundamento para que os construtores apresentem pleitos futuros de recomposição de seu preço, uma vez que a quantidade de variáveis de precificação é extensa. Tal fator contribui à criação de um cenário de conflitos.

Ainda no que tange à precificação, cabe-nos uma segunda consideração. Há, nos contratos EPC por preço global e em outros contratos que transferem um grande nível de risco ao construtor, a necessidade de um alto contingenciamento pelo construtor para lidar com os riscos que por ele são assumidos, especialmente em projetos de maior complexidade.

Esse contingenciamento é embutido no preço apresentado pelo epecista. Assim, quanto maior o risco do projeto assumido pelo construtor, maior o nível de contingenciamento e, portanto, maior o custo do empreendimento para o dono do projeto. É verdade também o inverso.

Há, portanto, uma relação entre risco e preço. Embora não se esteja afirmando que esse “sobrecusto” seja necessariamente ineficiente, sob a ótica econômica, dado que é uma compensação pelo risco assumido, ele será a causa de inviabilidade econômica de muitos empreendimentos que, em outras modalidades contratuais, talvez pudessem ser

⁴⁶ V. LEONARDO TOLEDO DA SILVA, Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual, p. 9.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 26-27.

viáveis. Esse, aliás, foi o principal mote que incentivou a estruturação dos primeiros projetos de Aliança, conforme descrevemos nos itens 1.2.1 e 1.2.2. desta tese.

1.1.3.2 Assimetria informacional

Outra característica, usualmente observada na relação entre os agentes envolvidos no projeto, é que muito recorrentemente há uma dupla assimetria informacional entre as partes. O construtor normalmente possui um nível de conhecimento muito superior ao do dono do projeto sobre o orçamento do projeto, bem como sobre os fatores e eventos de natureza técnica que poderão ter impactos negativos ou positivos sobre as obras. Há, inclusive, uma tendência do construtor a não divulgar abertamente tais informações, ante a possibilidade futura de não compartilhar uma eventual economia, ou ainda de repassar eventual custo.

O dono do projeto, por sua vez, também terá um maior nível de conhecimento no que tange a aspectos estratégicos, operacionais e relacionados aos *stakeholders* do empreendimento e ainda sobre condições existentes no local das obras. É usual inclusive que o construtor tenha o receio de, desde o início, informar o construtor a respeito dos riscos de que tem conhecimento, pois isso poderia aumentar o nível de contingenciamento e, portanto, o preço a ser ofertado pelo construtor.⁴⁸

Essa dupla assimetria informacional serve perfeitamente à criação de um ambiente não cooperativo, especialmente se considerarmos o cenário em que os envolvidos podem, por vezes, adotar uma “racionalidade de jogo único”. Aqui, nos referimos à visão de que, diante do grande valor financeiro envolvido e do fato de tais projetos não se repetirem em massa, é factível supor que, muitas vezes, os profissionais envolvidos poderão agir com a racionalidade de quem joga um único jogo, fator que tem muitas consequências do ponto de vista comportamental. Essa dupla assimetria informacional,

⁴⁸ FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL dá o exemplo do dono do projeto que tem conhecimentos sobre riscos de falhas de uma determinada tecnologia e, de maneira oportunista, deixa de compartilhar esse desafio do projeto com o construtor (*A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 87).

aliada ao jogo único, por sinal, parece ilustrar o modelo clássico do comportamento não cooperativo economicamente ineficiente: o *dilema dos prisioneiros*.⁴⁹

1.1.3.3 *Dificuldade de lidar com mudanças das condições de execução das obras*

Em todos os projetos complexos de construção, alguma premissa ou característica relacionada à execução das obras irá se modificar. Essa é uma realidade quase que inevitável de qualquer desses projetos. Não é possível prever como as partes solucionarão todos os problemas que surgirão no decorrer da relação contratual. No entanto, embora a incompletude contratual seja inerente a projetos desta natureza, “a maioria dos contratos tradicionais não aceita a mudança como um fato, mas, ao contrário, trata-a como se fosse uma verdadeira anomalia”.⁵⁰

Segundo SAKAL, tal fato é ilustrado pelo fato de que os contratos tradicionais de construção tentam prever e especificar as possíveis eventualidades e cenários mais pessimistas.⁵¹ Tal tentativa, todavia, é quase sempre imprecisa. Há, em contratos tradicionais de construção, talvez por estarem intimamente ligados à noção de contratos de troca, uma dificuldade grande de lidar com a questão das mudanças. Essas observações, de natureza fática, têm grande relevância jurídica ao longo da presente tese. Conforme observa MCINNIS, “The success of the contractual relationship depends less upon what has been agreed than upon how the parties will agree to handle events in the future”.⁵² Ou seja,

⁴⁹ O dilema é assim explicado por RANDALL PICKER: “We have two prisoners, or, more generally, two players. They both have committed a serious crime, but the district attorney cannot convict either one of them of this crime without extracting at least one confession. The district attorney can, however, convict them both on a lesser offense without the cooperation of either. The district attorney tells each prisoner that if either confesses, they will both be convicted for the lesser offense. Each will go to prison for two years. [...] If, however, one of the prisoners confesses and the other does not, the prisoner who confesses will go free and the other will be tried for the serious crime and given the maximum penalty of ten years in prison. [...] Finally, if both confess, the district attorney will prosecute both for the serious crime, but not ask for the maximum penalty. They will both go to prison for six years” (An introduction to game theory and the Law, p. 32).

⁵⁰ MATHEW W. SAKAL, *Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects*, p. 67.

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 67.

⁵² ARTHUR MCINNIS, *Relational Contracting Under the New Engineering Contract: A Model, Framework, and Analysis*.

é natural e esperado em projetos de construção que novos arranjos e acordos continuem sendo firmados ao longo do desenvolvimento do projeto.

A falta de vocação dos contratos tradicionais para lidar com a flexibilização das condições originais cria uma grande janela para comportamentos oportunistas, como, por exemplo, o problema do *hold up* contratual, no qual uma parte dificulta a realização de um acordo com o objetivo de melhorar suas condições de barganha.⁵³

De maneira geral, os contratos tradicionais estabelecem cláusulas que pretendem lidar com variações das condições de execução do contrato. Parece-nos adequado separar as chamadas “variações de escopo”, que são as modificações em quantidades, características ou especificações das obras a serem executadas, e mudanças de premissas adotadas inicialmente na contratação para formação do preço do contratado. Tanto as variações de escopo quanto as variações de premissa, a depender das condições acordadas, tendem a demandar novas negociações e realização de aditamentos contratuais entre as partes. Nesse contexto, portanto, uma parte pode condicionar um determinado acordo à obtenção de alguma vantagem negocial, especialmente em contextos culturalmente adversariais, como é o caso.

Parece razoável, por exemplo, supor certo sentimento de revanchismo do contratado que tenha eventualmente passado por um longo e árduo processo de concorrência de preços. Diante dos riscos que possa ter assumido, e considerando que sua margem de lucro inicial poderá estar apertada, tentará, se possível, melhorar sua condição comercial ao longo do projeto. Nesse sentido, WASSENAER identifica a “competição acirrada, na fase de apresentação de propostas”, como um dos fatores críticos que podem contribuir para o insucesso do projeto.⁵⁴

⁵³ Esse problema, ilustrado pela Nova Economia Institucional, será novamente tratado no item 2.2 do Capítulo 2. Para uma explicação do problema do *hold up* contratual, v. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria económica do contrato*, p. 632-637.

⁵⁴ ARENT VAN WASSENAER, *Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de projetos melhores*, p. 81.

1.1.4 Realidade dos projetos: pleitos

Outros fatores importantes podem ser adicionados aos elementos supramencionados, como a falta de comunicação aberta entre as partes e o planejamento ineficiente do empreendimento, especialmente na fase de produção dos documentos de engenharia.⁵⁵

Pelas razões que expusemos, a contratação de complexos projetos tem o potencial de criar um ambiente de conflito entre as partes. Há aí uma grande ineficiência que o modelo da aliança se propõe a corrigir. Essa ineficiência se traduz em altos índices de custos excedentes (*cost overrun*) e atrasos (*time overrun*), em excesso de contingenciamentos na precificação, em comunicação ineficiente entre as partes e em um número elevado de pleitos apresentados pelas partes.

As partes, no âmbito desses projetos, passaram a desenvolver práticas que eles denominam eufemisticamente de “administração contratual”. Tal prática nada mais é do que a adoção de técnicas de gestão que buscam melhorar a posição jurídica das partes em relação a futuros pleitos contratuais. Assim, é algo esperado e normal, nesses projetos complexos em que há uma forte “administração contratual” – cujo único objetivo é melhorar a condição jurídica da parte para uma futura contenda arbitral ou judicial –, a troca de inúmeras correspondências buscando transferir à outra parte a responsabilidade por qualquer ato que potencialmente tenha um efeito negativo na execução das obras. É quase inevitável que o equilíbrio comportamental das partes, nesse contexto, tenda ao conflito e à não cooperação.

Muitas iniciativas, ao redor do mundo, foram realizadas com o intuito de quantificar essa ineficiência associada aos conflitos. Segundo WASSENAER, “na Holanda, por exemplo, foi estimado que a ineficiência em construções em 2007 somou 11,4% do volume total anual em projetos de construção. No Reino Unido, foram encontrados percentuais similares ou até mais elevados”.⁵⁶ O fato é que projetos complexos de engenharia e construção tornaram-se endemicamente associados a um grande número de

⁵⁵ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 22.

⁵⁶ ARENT VAN WASSENAER, *Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de projetos melhores*, p. 80.

conflitos entre seus participantes. A redução de conflitos é, de fato, um grande desafio da indústria da construção. Das muitas iniciativas que procuram recapturar toda essa ineficiência, os contratos de aliança ganharam grande notoriedade, como passaremos a descrever.

1.2 O surgimento de modelos cooperativos de organização de projetos

1.2.1 O caso paradigmático de aliança de projeto: “Andrew Field”

A literatura sobre as alianças parece ser unânime em relacionar o surgimento do modelo à celebração de contratos para implementação de projetos *offshore* de óleo e gás, no Mar do Norte, no início da década de 90.

O dono do projeto, na ocasião, era a British Petroleum (BP), que protagonizou a execução de um projeto denominado *Andrew*, o qual veio a se tornar o caso mais paradigmático no universo dos arranjos colaborativos de contratação de projetos de construção. Há, na literatura especializada, um livro denominado *No business as usual*, que trata exclusivamente desse caso e é bastante instrutivo na demonstração do caminho e das condições que levaram os administradores da BP a buscar a quebra de paradigmas que criaria as bases das *alianças de projeto*.⁵⁷

Na ocasião, a BP estava diante de situação de mercado bastante desafiadora. Algumas das reservas de petróleo que se pretendia explorar somente se tornariam economicamente viáveis caso fosse possível reduzir o alto custo de implantação do projeto. Era também necessário iniciar a produção o quanto antes, ante a pressão de alguns concorrentes no mercado.⁵⁸

SCOTT descreve da seguinte maneira a conjuntura que ameaçava a sobrevivência dos campos de exploração de óleo e gás, no Mar do Norte, e que criou a pressão necessária ao desenvolvimento das alianças:

⁵⁷ TERRY KNOTT, *No business as usual: an extraordinary North Sea Result*, p. 156.

⁵⁸ MATHEW W. SAKAL, *Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects*, p. 68.

By the latter half of the 1980s, BP Exploration Europe (BP XEU), along with many other operators, had recognized that reducing costs both of existing operating fields and of new developments was a prerequisite to the continued economic exploitation of the North Sea's oil and gas reserves and indeed, to the survival of the North Sea oil and gas industry. The high cost environment was such that the prospect of oil companies investing significant sums in new developments beyond those already committed was regarded by many as unlikely, particularly given the competition for investment funds from oil provinces elsewhere in the world.⁵⁹

Pressionados por tais desafios, os administradores da BP perceberam a importância de revisar suas práticas de implantação de projetos. Como um teste desafiador à implementação dessas novas práticas, escolheram, para iniciar uma mudança de paradigmas, justamente um campo pouco promissor, denominado *Andrew*, que, por quase vinte anos, não havia sido capaz de se mostrar economicamente viável, embora houvesse sido levado à aprovação do conselho da BP mais de uma vez.⁶⁰ Para viabilizar o *Andrew*, seria realmente necessário um forte compromisso de mudança de métodos e de procedimentos.

Inicialmente, buscaram inspiração em outros projetos da BP. No projeto denominado “Hyde”, começava-se a criar a consciência de que o fomento a um relacionamento cooperativo cliente-construtor poderia ter grande relevância no sucesso do projeto. Em outro projeto, denominado “Bruce”, ficava claro à BP que, na abordagem tradicional de trabalho, ela atingira a situação desequilibrada e ineficiente em que havia mais homens trabalhando no escritório do que na fabricação de estruturas necessárias ao projeto. Esses dois projetos da BP deram *insights* importantes aos idealizadores dos procedimentos adotados no *Andrew*.⁶¹

A partir de suas experiências, os diretores de projeto da BP chegaram também a uma importante visão para o projeto *Andrew*: a BP e os fornecedores mais importantes a serem selecionados deveriam não somente estar alinhados em um objetivo comum, mas também com seus interesses no sucesso do projeto firmemente atrelados à lucratividade

⁵⁹ BOB SCOTT, *Competitive advantage through alliancing*, p. 83-84.

⁶⁰ TERRY KNOTT, *No business as usual: an extraordinary North Sea Result*, p. 156.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 15.

por desempenho. Ademais, todos os participantes, em todos os níveis hierárquicos, deveriam estar fortemente comprometidos com reduções de custo.⁶²

Perceberam ainda que, para reduzir o grande grau de comportamentos adversariais existentes usualmente nesse tipo de projeto, seria importante a integração dos principais fornecedores em um time único de trabalho, com o envolvimento de todos desde o início do projeto. Perceberam que um grande grupo de fiscalização pela equipe da BP, além de custoso, também tendia a diminuir o nível de confiança dos envolvidos, fator que atrapalhava a comunicação e a capacidade de inovação. Optaram então por uma abordagem de que, somente estariam envolvidos no projeto, os membros da BP que pudessem de fato contribuir, em uma filosofia de *“best man for the job”*.⁶³

Após definir as bases do modelo de trabalho, a BP iniciou a seleção dos possíveis contratados, disseminando aos proponentes o chamado por uma “revolução comportamental”. Alterando processos tradicionais de contratação que levavam em conta menor preço, acima de outras variáveis, a BP alterou o modelo de contratação estabelecendo um conjunto de requisitos que seriam considerados para a contratação, em especial, o grau de comprometimento do candidato com os objetivos do projeto de redução de custos. Um a um os participantes da aliança foram se unindo ao time, e os que já estavam contratados contribuíam com o processo de contratação dos novos membros. Aos poucos, a desconfiança inicial com a nova abordagem foi se transformando em um otimismo do grupo.⁶⁴

Após a formação do time, com sete participantes não proprietários (“Non Owner Participants” ou “NOPs”), os participantes trabalharam conjuntamente por alguns meses para originarem um novo orçamento – “custo-alvo” – a ser apresentado à aprovação individual da BP e de seus sócios. Esse processo fortaleceu a relação de confiança dos participantes da aliança. O time conseguiu chegar ao “custo-alvo” de £373 milhões, que

⁶² TERRY KNOTT, *No business as usual: an extraordinary North Sea Result*, p. 15-16.

⁶³ Idem, *ibidem*, p. 15-16.

⁶⁴ BOB SCOTT, *Competitive advantage through alliancing*, p. 19-20.

fora aprovado pela BP, sob forte desconfiança de alguns dos sócios da licença de exploração do campo *Andrew*, pois consideravam que o valor não era factível.⁶⁵

A partir da recomendação de um dos contratados, a Brown & Root, a BP adotou um esquema de divisão de ganhos e perdas baseado no resultado final do projeto, pelo qual todos os participantes da aliança partilhariam o resultado do sucesso ou insucesso do projeto sempre de forma coletiva. Cada um dos NOPs celebrou contrato individual com a BP, no qual havia um valor fixo de lucro e *overhead* do projeto. Em caso de o “custo efetivo” do projeto como um todo exceder o custo-alvo, os NOPs assumiriam parte do custo excedente, até o limite de £27 milhões. Caso o custo final ficasse abaixo do custo-alvo, a economia seria partilhada entre a BP e os NOPs, na proporção de 46% e 54%, respectivamente.⁶⁶

O resultado final do projeto foi um sucesso que excedeu às expectativas de todos. Do ponto de vista financeiro, até quatro anos antes, o custo orçado de implementação do *Andrew* era de £450 milhões, o que inviabilizaria economicamente o negócio. Após a formação da aliança, entre a BP e os sete NOPs, o orçamento pôde ser reduzido para £373 milhões, fator que já possibilitou a aprovação do projeto pela BP e seus sócios. Todavia, em tal ocasião as partes previam em somente 38% a chance de conseguirem atingir o valor então estimado. Ao final, as partes conseguiram reduzir o custo efetivo do projeto para impensáveis £290 milhões.⁶⁷

Segundo KNOTT, para a indústria *offshore*, o projeto *Andrew*

[...] representou a oportunidade de testar o potencial de uma verdadeira aliança de contratados, alinhados a um objetivo financeiro comum e prontos a dispensar o comportamento adversarial do passado. Para os indivíduos, o *Andrew* deu a chance de libertá-los de algumas amarras históricas de métodos de trabalho, para liberar habilidades interiores e desafiar práticas tradicionais.⁶⁸

⁶⁵ BOB SCOTT, *Competitive advantage through alliancing*, p. 27-28.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 29-30.

⁶⁷ TERRY KNOTT, *No business as usual: an extraordinary North Sea Result*, p. 156-157.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 162.

Todos os participantes que participaram do projeto compartilham a clara visão de que, no caso, o elemento-chave para o sucesso foi o comportamento adequado das partes envolvidas.⁶⁹ Segundo um dos diretores do projeto, JOHN MARTIN,

[...] the atmosphere created on Andrew released the team to set its own targets and motivated people to deliver. Problems arose as they do on any Project of this size, but it was the form of response that made the difference – the rate of overcoming difficulties was stunning.⁷⁰

Posteriormente ao *Andrew*, outros projetos igualmente bem-sucedidos foram implementados pela BP, no Mar do Norte, tornando notório o modelo da aliança no cenário da indústria da construção.⁷¹

1.2.2 O amadurecimento dos contratos de aliança, na Austrália e Nova Zelândia

Passadas cerca de duas décadas desde o primeiro caso documentado, anteriormente mencionado, pode-se afirmar que o modelo da *aliança de projetos* tornou-se relativamente amadurecido, a partir de sua utilização reiterada, na Austrália e na Nova Zelândia. Atualmente, tais países tornaram-se as principais referências de sucesso em tal modalidade de projetos, adotando-a em geral no setor público.

Na Austrália, as duas primeiras alianças de projeto foram a *Wandoo Alliance* e a *WMC East Spar Alliance*, em 1994, ambos projetos privados, no setor de óleo e gás. Segundo MACDONALD, tais alianças foram inspiradas pelas alianças anteriores do Mar do Norte, após contatos de executivos australianos com empresas que estavam envolvidas nessas primeiras alianças.⁷² Ambos os projetos tiveram grande sucesso e receberam prêmios e reconhecimento do setor pela excelência no desempenho.

No primeiro de tais projetos, a *Wandoo Alliance*, assim como ocorrera no projeto *Andrew*, no Mar do Norte, o grande motivador para utilização do modelo de aliança era a

⁶⁹ Idem, p. 162.

⁷⁰ Idem, p. 162.

⁷¹ Idem, p. 162.

⁷² CHARLES C. MACDONALD, *Value for Money in Project Alliances*, p. 38.

necessidade de redução de custos, diante das grandes dificuldades técnicas que o projeto apresentava.⁷³ Além disso, o dono do projeto, na ocasião, intentava compartilhar riscos de prazo e de preço, além de minimizar o uso de sua equipe de gerenciamento. Os participantes da aliança foram selecionados por um processo que não envolvia concorrência de preços. Foram aferidos aspectos comportamentais, como boa-fé e confiança, com o objetivo de criar a cultura adequada à cooperação e inovação⁷⁴. A aliança conseguiu concluir o projeto abaixo do orçamento e com importante redução de prazo de entrega.

Após os primeiros projetos, no setor privado, iniciaram-se, a partir de 1998, as três primeiras alianças de projeto australianas no setor público. O Departamento de Águas de Sidney foi o primeiro órgão governamental a dar início a essa tendência, com o *Northside Storage Tunnel Project*, um túnel de 26 quilômetros, no subúrbio de Sidney, que foi entregue dentro do cronograma, a despeito do prazo apertado em decorrência dos Jogos Olímpicos de Sidney, em 2000. Esse projeto foi seguido pelo projeto de construção do Museu Nacional da Austrália, conhecido como *Acton Peninsula Alliance*, primeiro em âmbito federal, e pelo projeto de construção da estação de tratamento de águas de *Woodman Point*, conhecida como *Woodman Point Waste Water Treatment Alliance*.⁷⁵

Entre 1995 e 1998, segundo o *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, os modelos de implementação da aliança se tornaram mais sofisticados. Além do objetivo de garantir um espírito de confiança e de cooperação, os projetos passaram a desenvolver novas ferramentas, como a noção de que o que for melhor para a aliança será também melhor para as organizações envolvidas e a criação da cultura *no blame, no dispute*, entre outros.⁷⁶

A experiência se expandiu por diversos órgãos governamentais australianos e neozelandeses, com muitos casos bem-sucedidos de alianças de projeto reportados ao mercado. Na província de Victoria, o departamento do tesouro e finanças publicou duas versões, em 2006 e 2010, de um guia de melhores práticas à implementação de *alianças de*

⁷³ V. GANG CHEN et al., Overview of alliancing research and practice in the construction industry, p. 106.

⁷⁴ V. *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 23.

⁷⁵ CHARLES C. MACDONALD, *Value for Money in Project Alliances*, p. 38.

⁷⁶ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 23-24.

projeto.⁷⁷ Essa iniciativa foi seguida por outras autoridades, as quais elaboraram alguns estudos e políticas de contratação na modalidade aliança, como o Departamento de Infraestrutura e Transporte do governo australiano, em 2011.⁷⁸

De acordo com estudos estatísticos elaborados pela *Alliancing Association of Australasia*, até 2009, cerca de trezentos projetos de infraestrutura e construção, com um valor total de cerca de noventa bilhões de dólares, haviam sido implementados na modalidade de aliança, na Austrália.⁷⁹

1.2.3 O surgimento dos modelos de parceria (*Project Partnering*)

A seguir, discorreremos sobre um dos modelos mais mencionados na literatura de contratos colaborativos de implementação de projetos, o chamado *partnering* ou *project partnering*, que pode ser traduzido como *parceria* ou *parceria de projeto*.

Um dos primeiros desafios do estudo dos contratos cooperativos, no universo da construção, é terminológico. Por ter uma série de características semelhantes entre a *parceria de projeto* e a *aliança de projetos*, no sentido de ambas as formas buscarem cooperação para atingir um objetivo comum, há na doutrina muita confusão terminológica entre ambas as figuras.⁸⁰ São inúmeros os textos, sobretudo na Europa,⁸¹ que utilizam a terminologia *partnering* para designar qualquer arranjo que tenha objetivos e metas comuns, confiança interorganizacional, mecanismo de resolução de controvérsias e aprimoramento contínuo relacionado a processos de *benchmarking*.⁸²

Embora sejam muito comuns utilizações bastante ampliadas da terminologia, a tendência parece ser a de identificar a *parceria de projetos* para descrever a situação na qual as partes que celebraram um contrato de construção tradicional tentam amenizar suas

⁷⁷ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Project Alliancing Practitioners Guide*; VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*.

⁷⁸ National Alliance Contracting Guidelines, Department of Infrastructure and Transport, Governo Australiano, jul. 2011.

⁷⁹ GANG CHEN et al., Overview of alliancing research and practice in the construction industry, p. 113.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 104.

⁸¹ Veja, por exemplo KONRAD SPANG e STEFAN RIEMANN, Partnering in infrastructure projects in Germany.

⁸² SHAMIL NAOUM, An overview into the concept of partnering, p. 74.

“características adversariais”, estabelecendo parâmetros de conduta por meio da celebração de um *estatuto da parceria* (*partnering charter*), o qual terá caráter não vinculativo e enfatizará o comprometimento das partes em adotar valores como confiança, acordo justo, boa-fé e cooperação, no decorrer da duração da parceria.⁸³

A *parceria*, na visão de WASSENAER, seria assim uma estrutura organizacional conjunta das partes, de caráter meramente gerencial, autônoma à própria celebração do contrato. Para o autor:

Deve-se lembrar que as iniciativas de parcerias em si não mudam a relação contratual entre as partes. O empreiteiro ainda é o empreiteiro, com seus papéis e responsabilidades, enquanto o dono da obra ainda é o dono da obra. O que a parceria faz é focar em uma equipe de trabalho do projeto eficiente, na qual questões como o “fator humano” e “comunicações ineficientes” e “comprometimento” foram efetivamente usadas para aumentar a chance de os projetos alcançarem sucesso.⁸⁴

GANG CHEN et al. exemplificam as seguintes diferenças entre os modelos: (i) aliança seria um contrato eficaz e vinculante, enquanto o *partnering* estaria baseado em elementos não vinculativos, como memorandos, desenvolvidos para guiar e promover cooperação interorganizacional; (ii) enquanto a aliança cria uma situação de “ganha-ganha” ou “perde-perde” entre as partes envolvidas no projeto, não há um real compartilhamento de responsabilidades apto a criar tal situação, de modo que é possível a situação de “ganha-perde” ou “perde-ganha”; (iii) a aliança estabelece e cria um complexo modelo contratual cooperativo com uma detalhada estrutura de governança enquanto, na *parceria*, há somente uma abordagem cooperativa na gestão, e não na estrutura contratual, que, usualmente, adota um modelo tradicional de contrato, como alocação individualizada de riscos.⁸⁵

Embora não pareça haver um claro consenso na literatura, alguns autores sustentam que a *parceria de projeto* teve sua origem nos Estados Unidos e no Japão, no início da década de 1980, inspirada em modelos de gestão que influenciavam a construção

⁸³ DOUG JONES, *Relationship Contracting*, p. 22.

⁸⁴ ARENT VAN WASSENAER, *Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de projetos melhores*, p. 87.

⁸⁵ GANG CHEN et al., *Overview of alliancing research and practice in the construction industry*, p. 104.

de times integrados, de igualdade e de comportamentos cooperativos.⁸⁶ Especificamente no Japão, NAOUM sugere relacionar a criação das parcerias ao modelo de gestão de qualidade denominado “Kaizen”.⁸⁷ Nos Estados Unidos, o modelo de parceria de projetos tem sido utilizado recorrentemente em projetos no setor de transportes, por Departamentos Estaduais de Transportes dos Estados Unidos.⁸⁸

Não temos conhecimento de estudos estatísticos acerca dos resultados efetivos da *parceria de projetos*. NAUM sugere, todavia, que há um número significativo de casos bem-sucedidos de *parceria* reportados na literatura especializada.⁸⁹

1.3 Definição de aliança de projeto

Alguns textos na literatura de *project management* trazem definições sobre os contratos de aliança.

O *The Practitioners’ Guide to Alliance Contracting*, publicado pelo Estado de Victoria, na Austrália, em 2010, identifica na *aliança de projeto* um modelo de contratação de grandes projetos, nos quais a contratante – no caso, agência governamental – atua de forma colaborativa com os agentes privados, devendo as partes trabalhar conjuntamente em boa-fé, agindo com integridade e sempre tomando decisões que respeitem o princípio “melhor para o projeto” (*Best for Project decisions*).⁹⁰ Segundo o referido guia, “a estrutura da aliança se capitaliza nos relacionamentos entre as partes, remove barreiras organizacionais e encoraja efetiva integração com o dono do projeto”.⁹¹

Para Lahdenperä:

⁸⁶ SHAMIL NAOUM, An overview into the concept of partnering, p. 73.

⁸⁷ Idem, ibidem, p. 71.

⁸⁸ ARENT VAN WASSENAER, Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de projetos melhores, p. 86-87.

⁸⁹ SHAMIL NAOUM, An overview into the concept of partnering, p. 75.

⁹⁰ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Project Alliancing Practitioners Guide, Department of Treasury and Finance*; VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners’ Guide to Alliance Contracting*, p. 9.

⁹¹ *The Practitioners’ Guide to Alliance Contracting*, p. 9 (tradução nossa).

A aliança de projeto é um método de implantação de projetos baseado em um contrato conjunto entre os atores-chave do projeto onde as partes assumem responsabilidade conjunta pela engenharia e construção do empreendimento, a ser implementado por meio de uma organização conjunta, e onde os atores compartilham os riscos positivos e negativos associados ao projeto e observam os princípios de acessibilidade de informações ao buscar estreita cooperação.⁹²

Segundo J. ROSS,

[...] a “aliança de projeto” ocorre quando um empreendedor (ou empreendedores) e um ou mais fornecedores de serviço (projetista, construtor, fornecedor, etc.) trabalham em um time integrado para implantar um projeto específico de acordo com um arranjo contratual no qual os seus interesses comerciais estão alinhados com os resultados efetivos do projeto.⁹³

De maneira geral, as definições apresentadas acerca dos contratos de aliança parecem centrar-se em dois elementos principais: (i) o compartilhamento de riscos do projeto, por meio de um mecanismo contratual de incentivos baseado nos resultados do empreendimento; e (ii) trabalho colaborativo e integrado entre dono do projeto e os principais fornecedores (*Non-Owner Participants* ou simplesmente NOPs), que designarão pessoas para formar um único time, integrado, para execução do projeto.

Em geral, no entanto, a literatura não tem propriamente uma preocupação de definir o modelo do contrato de aliança, mas sim de indicar suas ferramentas organizacionais e sua dinâmica de funcionamento. Não nos aprofundaremos, portanto, em uma tentativa de definição, neste momento. O desafio de definir o contrato de aliança, sob uma perspectiva jurídica, será retomado no item 4.1.1 do Capítulo 4 desta tese.

1.4 Dinâmica de funcionamento das alianças de projeto

O objetivo deste item é explicar a dinâmica de funcionamento usualmente utilizada em uma *aliança de projeto*. Descreveremos as etapas de estruturação de uma

⁹² PERTTI LAHDENPERÄ, *Project alliance*, p. 13 (tradução nossa).

⁹³ JIM ROSS, *Introduction to Project Alliances*, p. 1 (tradução nossa).

aliança de projeto, desde sua concepção e escolha, pelo dono do projeto, até sua conclusão, pelo grupo da aliança. Como se verá, trata-se de uma dinâmica de funcionamento profundamente preocupada com o aspecto relacional das partes envolvidas.

De maneira geral, a escolha pelo modelo da aliança parte do dono do projeto, dadas as características e desafios técnicos, operacionais e comerciais que irá enfrentar. No caso das alianças públicas australianas, a escolha deve ser precedida da elaboração de um *business case*, que é o “veículo usado para que o dono do projeto obtenha aprovação e financiamento para iniciar o projeto, conforme necessário pela jurisdição do dono do projeto”.⁹⁴ Após a escolha do modelo da aliança, o dono do projeto iniciará uma etapa de seleção dos participantes da aliança (também chamados de “Non Owner Participants”, ou simplesmente “NOPs”). Escolhidos os NOPs que irão executar o projeto, inicia-se a fase de execução dos trabalhos da aliança, a qual se divide em duas etapas distintas: a etapa de desenvolvimento da aliança, na qual é desenvolvido o “TOC” ou “custo-alvo”, e a etapa de execução propriamente dita.

A seguir, abordaremos com mais detalhes cada uma dessas fases ora sumarizadas.

1.4.1 A escolha do modelo: motivações para uso da aliança e projetos adequados

Após compreender os desafios que deverá enfrentar para atingir seus objetivos comerciais, o dono do projeto passará a se questionar sobre qual modelo de contratação melhor atende às suas expectativas comerciais, em consonância com as características de cada projeto. A escolha do modelo da aliança de projeto passa por compreender as motivações e os projetos que são adequados a esse formato.

Passemos então a identificar, com base na literatura existente, as motivações para uso das alianças e quais projetos são próprios para adoção do modelo. Conforme explicam GANG CHEN et al., a principal motivação para que o mercado entendesse necessário o modelo da aliança foi mesmo a pressão para redução de custos de implantação do projeto.⁹⁵ Essa foi a tônica, por exemplo, do Projeto *Andrew*, no Mar do Norte, no início

⁹⁴ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 109.

⁹⁵ V. GANG CHEN et al., *Overview of alliancing research and practice in the construction industry*, p. 106.

dos anos 90,⁹⁶ e da *Wandoo Alliance*,⁹⁷ na Austrália, em meados da década de 90. Em modalidades tradicionais de contratação de projetos, dados os desafios de redução de custos, nenhum desses projetos estava conseguindo demonstrar viabilidade econômica.

GANG CHEN et al. destacam ainda que a motivação de muitas alianças é ligada à necessidade de lidar com cronogramas apertados de implantação. Citam os exemplos do Museu Nacional da Austrália e do primeiro caso de aliança, no setor público, na Austrália, o *Water Northside Storage Tunnel Project*, que necessitava estar pronto em um prazo apertado, em função dos Jogos Olímpicos de Sidney, em 2000.

Outros motivadores para utilização da aliança, conforme mencionados por GANG CHEN et al. são: (i) flexibilidade para variar modelos de desenvolvimento sem alterar custos e prazo; (ii) necessidade de alta qualidade e inovação, no projeto; (iii) necessidade de início antecipado do projeto, com o envolvimento, desde o início, dos seus participantes.

Outra abordagem dos estudos existentes sobre aliança procura identificar quais projetos seriam adequados a esse modelo. Diz-se que, quanto maior a complexidade e o nível de incertezas do projeto, maior espaço para a redução de ineficiências, e, portanto, mais adaptado ele é para a utilização de um contrato de aliança. Na verdade, a adequação das alianças de projeto parece explicável à luz de algumas dificuldades dos modelos tradicionais de contratação. O gráfico a seguir ilustra a referida afirmação:

⁹⁶ V. Item 1.2.1.

⁹⁷ V. Item 1.2.2.

Fonte: J. Ross, *Introduction to Project Alliancing*, cit. p. 2

Algumas das situações nas quais, segundo ROSS, sugere-se a utilização da aliança são as seguintes: (i) grande nível de interfaces entre partes, especialmente em situações em que o dono do projeto deverá ter participação ou poderá agregar significativo valor; (ii) dificuldade na identificação, na previsão e na alocação dos riscos; (iii) custo proibitivo para transferência de risco; (iv) necessidade de início imediato do projeto, especialmente, quando o escopo não está bem definido desde o início; (v) alta probabilidade de modificações de escopo do projeto; (vi) cronogramas apertados; (vii) ameaças externas complexas; (viii) questões sensíveis perante *stakeholders*, entre outros.⁹⁸

Alguns autores ressaltam que, embora haja muitos projetos bem-sucedidos de alianças de projeto, a decisão de adotar o modelo não deve ser tomada levemente. Segundo PURCELL e ROSS,

[...] embora uma aliança realmente bem estabelecida não deva falhar em entregar bons resultados, é importante compreender o nível de investimento e comprometimento necessário para que as alianças funcionem e as circunstâncias sob as quais elas tendem a apresentar melhor custo benefício, comparativamente a outros modelos.⁹⁹

⁹⁸ V. JIM ROSS, *Introduction to Project Alliancing*, p. 2; e VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, p. 35-39.

⁹⁹ JOHN PURCELL e JIM ROSS, *Project alliancing – not a universal panacea*, p. 1 (tradução nossa).

Tais autores mencionam ainda que

[...] a lógica para usar uma aliança pode parecer tão autoevidente que os participantes tendem a embarcar em uma aliança sem a compreensão ou comprometimento suficientes sobre o que realmente é necessário para fazer uma aliança funcionar. Em tais situações, quando os participantes se defrontam com as questões mais difíceis [...], podem retornar ao modelo totalmente “business-as-usual” de comportamento negocial, em vez da abordagem baseada em princípios, que é necessária para estabelecer a base psicológica correta para uma aliança de alto desempenho.¹⁰⁰

PURCELL e ROSS afirmam que o projeto deve ser grande o suficiente para justificar um investimento inicial significativo de tempo dos administradores seniores do dono do projeto e para a contratação de consultores especializados.¹⁰¹ No entanto, acrescentam que, “acima de tudo, o dono do projeto [...] deve possuir uma compreensão dos princípios e prática de alianças e estar totalmente comprometido com sua escolha do modelo da aliança como a melhor forma de otimizar seus resultados comerciais”.¹⁰²

1.4.2 Fase de seleção dos participantes não proprietários (“NOPs”)

Uma vez que o dono do projeto tenha verificado que a aliança de projeto é o modelo mais adequado aos seus interesses, deverá realizar o procedimento de seleção dos “participantes não proprietários” (ou simplesmente “NOPs”). ROSS entende que a seleção dos participantes adequados à aliança é o passo mais importante para o dono do projeto ao longo do caminho para uma aliança bem-sucedida.¹⁰³

Ao que nos parece, o tema associado aos modelos de seleção dos NOPs é o que, no cenário australiano, tem gerado os mais acalorados debates entre os especialistas e acadêmicos. Tradicionalmente, em *projetos em aliança*, os NOPs eram selecionados por fatores estritamente não relacionados a preço. Mais recentemente, preocupados com eventuais abusos, sobretudo relacionados à dificuldade de se demonstrar que a aliança

¹⁰⁰ JOHN PURCELL e JIM ROSS, Project alliancing – not a universal panacea, p. 1-2 (tradução nossa).

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 1.

¹⁰² Idem, p. 1.

¹⁰³ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 10.

estava atingindo a melhor relação de custo e benefício (“*value for money*”) ao projeto, muitos órgãos governamentais australianos passaram a utilizar como padrão um modelo de seleção de NOPS baseado em competição de preços, fato que foi duramente atacado por especialistas no setor.¹⁰⁴

A seguir, explicaremos sucintamente como é o funcionamento de cada um desses modelos e, em seguida, nos debruçaremos sobre os argumentos favoráveis e contrários a cada formato de seleção dos NOPS.

1.4.2.1 Modalidades de seleção dos NOPS

Existem muitas formas de realizar a seleção dos NOPS, porém alguns autores classificam as formas de seleção do seguinte modo: (i) modalidade sem competição baseada em preços; (ii) modalidade com competição baseada em concorrência do “custo-alvo” ou “TOC”;¹⁰⁵ e (iii) modelos híbridos de contratação.¹⁰⁶

A primeira modalidade mencionada, também designada “single TOC” ou “pure alliance”, foi, historicamente, a mais adotada na Austrália. Nela, os NOPS são selecionados com base em critérios que não consideram aspectos de “menor preço”, sendo levados em conta fatores como reputação, relacionamento prévio, aderência ao modelo aliança, comprometimento com resultados ótimos, capacidade técnica, entre outros. Na segunda modalidade de seleção, também denominada de “dual TOC”, “multiple TOC” ou “competitive alliance”, os NOPS são selecionados usando tanto critérios não relacionados a preço quanto o valor do “custo-alvo” (“TOC”). Por fim, na modalidade híbrida, há uma diversidade de critérios que variam entre as duas formas anteriormente mencionadas. São levados em consideração outros aspectos comerciais ligados a preço, embora não haja uma concorrência especificamente sobre o “custo-alvo”. Podem ser incluídos, por exemplo,

¹⁰⁴ Para uma explicação dessa polêmica, v. JIM ROSS, *Introduction to Project Alliancing*, p. 11, e DOUG JONES, *Relationship Contracting*, p. 27-29.

¹⁰⁵ Aqui cumpre-nos um pequeno parêntese explicativo. O chamado “Custo-Alvo”, ou “TOC” (derivado da expressão inglesa *Target Outturn Cost*), será o principal parâmetro pelo qual as partes irão avaliar, ao final do projeto, o desempenho da aliança. Ele será o parâmetro também para divisão de ganhos e perdas, conforme explicaremos no item 1.6.

¹⁰⁶ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, VICTORIA. *In Pursuit of Additional Value. A benchmarking study into alliancing in the Australian Public Sector*, p. 11.

critérios baseados em margem de lucro e *overhead*, soluções de engenharia, custo de “homem-hora” e custos de equipamentos ou tecnologias relevantes na implantação.¹⁰⁷

Passemos a uma explicação um pouco mais detalhada sobre os primeiros dois formatos de seleção dos NOPs.

ROSS descreve da seguinte maneira um modelo de seleção que considera ideal, não baseado em preços, desenvolvido a partir do modelo utilizado no “Northside Storage Tunnel Project”, em Sidney. Inicialmente, o dono do projeto envia a potenciais proponentes um documento denominado “Solicitação de Propostas”, em que descreve os requisitos de proposta a ser apresentada. Em seguida, os candidatos preparam e submetem ao dono do projeto suas respectivas propostas. Após avaliá-las, o dono do projeto elabora uma lista curta com 3 a 6 proponentes. É realizado meio dia de entrevistas com cada proponente para, além de discutir questões-chave, alinhar o entendimento e a afinidade com o modelo de aliança, avaliar capacidade técnica e operacional e revisar expectativas.¹⁰⁸

Posteriormente, o dono do projeto procede a uma nova triagem, reduzindo os proponentes a somente dois. São realizados dois dias de *workshops* com cada um da lista final de proponentes para alinhar os seguintes aspectos: (i) compromisso com resultados excelentes; (ii) princípios, missão e objetivos; (iii) possíveis membros a serem incluídos na alta governança da aliança; (iv) estruturas e funções do time da aliança; (v) estrutura conceitual de remuneração; (vi) procedimento de desenvolvimento do “custo-alvo”; (vii) sistema de gestão da aliança; (viii) estratégia de início da aliança.¹⁰⁹

Com base em tais *workshops*, o dono do projeto escolhe o proponente vencedor. Nesse sentido, o *workshop* funciona como uma espécie de laboratório para que as partes possam sentir como é trabalhar conjuntamente, razão pela qual se recomenda que os proponentes tragam aos *workshops* os profissionais-chave que estariam envolvidos na

¹⁰⁷ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 85.

¹⁰⁸ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 10.

¹⁰⁹ Idem, ibidem, p. 10.

aliança de projeto.¹¹⁰ Além disso, nesses *workshops*, as partes ainda não entram na discussão comercial sobre percentuais de remuneração de lucro e *overhead*.

Somente após a escolha do proponente vencedor é que serão iniciadas algumas discussões comerciais que envolvem aspectos comerciais mais intrincados. As partes, de boa-fé, deverão definir aspectos como a estrutura de custos diretos, estabelecer o percentual de remuneração de lucro e *overhead*, acordar a estrutura de risco e recompensa, finalizar a minuta de Contrato de Desenvolvimento da Aliança (Interim Project Alliance Agreement ou iPAA), acordar quanto ao plano de início da aliança, incluindo orçamento para a etapa inicial, de desenvolvimento da aliança, acordar os termos gerais e a estrutura do Contrato de Execução da Aliança (Project Alliance Agreement ou PAA).¹¹¹

Se as partes não chegarem a um acordo, o dono do projeto poderá escolher outro proponente. Estabelecendo um acordo quanto a essas questões comerciais mais delicadas, as partes celebram então o Contrato de Desenvolvimento da Aliança e iniciam a etapa de desenvolvimento da aliança. ROSS menciona ainda a importância de, logo após a formação da aliança, as partes realizarem um ritual simbólico: o principal executivo de cada uma das empresas se encontrar para um breve “olho no olho” e “aperto de mãos”.¹¹²

Obviamente, o modelo acima descrito é apenas uma das muitas possíveis formas de procedimento de seleção de NOPs sem adotar parâmetros de preço. Todavia, consideramos importante tê-la descrito para demonstrar o quanto há preocupação dos agentes em criar um procedimento que não mine a capacidade das partes de, posteriormente, durante a aliança propriamente dita, unir-se no trabalho a um objetivo comum. Somente após a escolha do proponente é que aspectos comerciais delicados são tratados, de boa-fé. Trata-se aparentemente de um importante voto de confiança dado pelo dono do projeto com o objetivo de criar as bases da confiança necessária a fomentar uma relação cooperativa.

Já o modelo de seleção “multiple TOC”, também designado de “competitive alliance”, surgiu mais recentemente como resposta à preocupação de que, na ausência de

¹¹⁰ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 10.

¹¹¹ Idem, ibidem, p. 10.

¹¹² Idem, p. 10.

pressão competitiva, os NOPs, conscientemente ou não, pudessem ser injustificadamente conservadores no desenvolvimento do valor do “custo-alvo” e outros parâmetros de *performance*, especialmente ao se considerar que parte do processo de definição de preços e contingências é bastante subjetiva.¹¹³

Curioso notar, por sinal, a mudança de política de recomendação existente entre as versões de 2006 e 2010 do guia de práticas emitido pelo Departamento do Tesouro e Finanças do Estado de Vitória, na Austrália. Enquanto o *Project Alliancing Practitioner's Guide*, de 2006, recomendava predominantemente a utilização do modelo “single TOC”,¹¹⁴ o *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, de 2010, informa que o formato-padrão de seleção dos NOPs, seguindo novas políticas de contratação públicas, é o “multiple TOC”.¹¹⁵

No modelo de competição de “custo-alvo”, a diferença de procedimento é que o dono do projeto seleciona os dois principais proponentes e realiza com ambos tanto a fase de discussões comerciais quanto a etapa de desenvolvimento da aliança. Ou seja, o dono do projeto celebra um Contrato de Desenvolvimento da Aliança (iPAA) com cada um dos proponentes separadamente, sendo os contratados já devidamente remunerados, nessa fase, mediante reembolso de custos ou mesmo mediante uma quantia fixa, conforme vier a ser acordado no contrato.¹¹⁶ Cada um dos proponentes formará um grupo distinto, integrado com a equipe do dono do projeto, para desenvolver o valor do respectivo “custo-alvo” e demais parâmetros necessários para a posterior execução das obras da aliança de projeto.

Após essa etapa, o dono do projeto escolhe um dos proponentes utilizando o critério de menor ou melhor “custo-alvo”, e ainda pode levar em consideração outros critérios não relacionados a preço, com o qual celebrará o respectivo Contrato de Execução da Aliança (PAA) para implantação do projeto.

Há recomendações para utilização do modelo de competição de TOC quando, pela natureza do projeto, ao selecionar o proponente, o dono do projeto tiver que escolher

¹¹³ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 16.

¹¹⁴ *Idem*, p. 16.

¹¹⁵ *Idem*, p. 93.

¹¹⁶ A minuta de *Alliance Development Agreement* sugerida pelo Departamento do Tesouro e Finanças de Victoria sugere o pagamento de uma quantia fixa (*Model Alliance Development Agreement*).

entre diferentes tecnologias “proprietárias”, e a escolha dessa tecnologia possa ter um impacto substancial no custo de implantação ou operação do futuro empreendimento.¹¹⁷

1.4.2.2 *Competição de preços vs. Competição sem preços*

Entendemos adequado sintetizar os argumentos do debate acerca do modelo mais adequado de seleção de NOPs, pois eles evidenciam a grande preocupação dos agentes em não criar quaisquer elementos que possam prejudicar as bases necessárias à criação do ambiente cooperativo almejado na *aliança de projeto*.

Os defensores do modelo “single TOC” entendem que a inserção do elemento de competição de preços na seleção dos NOPs descaracteriza o modelo aliança, daí talvez por que muitos também designam o modelo “single TOC” de “pure alliance” em contraposição ao “multiple TOC”, que também pode ser designado de “competitive alliance”.¹¹⁸ Segundo Jones, há uma polarização de opiniões, no mercado de construção, no qual os NOPs defendem, de forma unânime, o modelo sem competição de preços, e os órgãos governamentais australianos e neozelandeses, principais donos de projeto, têm tendido ao caminho das alianças com modelo de competição de preços.¹¹⁹

Passemos a descrever sucintamente os principais argumentos e contra-argumentos utilizados no debate.

Conforme anteriormente mencionado, os defensores do modelo de seleção competitiva têm a preocupação de que, sem a tensão competitiva no processo de contratação dos NOPs, as alianças de projeto possam não atingir o melhor resultado possível em matéria de custos (“value for money”), pois há o risco de que, durante a fase de desenvolvimento do “custo-alvo”, as partes adotarem premissas excessivamente

¹¹⁷ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 16.

¹¹⁸ DOUG JONES, *Relationship Contracting*, p. 27.

¹¹⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 28.

confortáveis de precificação, algo que poderia resultar em um “custo-alvo” mais caro e conservador, ou, como designado pela literatura, um “soft TOC”.¹²⁰

MACDONALD alega não haver evidências de que a competição de preços tenha efeito positivo sobre o resultado final de relação custo-benefício do projeto, comparativamente às alianças “single TOC”. Segundo o autor, justamente pelo enorme sucesso das alianças de projeto, no cenário da construção, é que algumas agências governamentais passaram a demandar a demonstração da boa relação de custo-benefício das alianças, dado que tal sucesso poderia simplesmente significar que o modelo comercial apresentava um problema intrínseco na sua concepção, indicando parâmetros de desempenho não desafiadores.¹²¹

A crítica central utilizada contra o modelo competitivo de aliança é de fundo comportamental. Sugere-se que a competição de preços em um momento fundamental de criação do ambiente colaborativo, que é a etapa de desenvolvimento da aliança, prejudica a base central para a construção de confiança e de comunicação franca entre as partes. Alega-se que o mesmo nível de colaboração e confiança tende a não ocorrer em um cenário em que grupos diferentes de NOPs concorrem para obter o projeto.

Segundo ROSS, muito do sucesso das alianças se deve justamente ao grande comprometimento dedicado pelo time na etapa de desenvolvimento da aliança. De acordo com o autor, em um contexto de competição de preços,

[...] é difícil de ver como o mesmo nível de comprometimento, colaboração e liderança pode ser desenvolvido com dois times competindo entre si, particularmente quando os líderes seniores do dono do projeto (que normalmente estariam fornecendo uma liderança crucial através do Comitê de Liderança da Aliança) terão de evitar demonstrar qualquer favoritismo para qualquer dos times.¹²²

JONES sugere que tal argumento, de fundo comportamental, talvez seja exagerado. Segundo o autor:

¹²⁰ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 28.

¹²¹ CHARLES C. MACDONALD, *Value for Money in Project Alliances*, p. 61.

¹²² JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 20 (tradução nossa).

Donos de projeto e o governo alegam que concorrência com competição de preços não atrapalha a cultura colaborativa e na verdade entrega melhores resultados em termos de incentivos à inovação. Eles alegam que encorajar competição entre os NOPs tende a promover soluções inovadoras antecipadamente no processo de tal modo que os concorrentes à aliança direcionam o TOC o mais competitivo possível. Os NOPs são incentivados a mostrar reduções de custos em inovação em suas propostas de forma a garantir o projeto para si.¹²³

O argumento supra-apresentado, todavia, não parece contrapor a alegação de que há uma piora no grau de confiança entre as partes, no modelo competitivo, mas sim que essa menor confiança seria potencialmente compensada por benefícios obtidos com a tensão competitiva.

Estudo empírico recente menciona que, no setor público, na Australásia, a tendência seguida pelos principais donos de projeto tem sido a adoção de alianças com competição de preços. O estudo menciona, todavia, que “as vantagens de se mover a um modelo de competição de TOCs não estão claras, assim como não estão claros os sacrifícios associados que terão de ser feitos para a adoção dessa abordagem”.¹²⁴ Em sua conclusão, todavia, sugere o estudo que alguns dos respondentes da pesquisa claramente associavam a transição ao modelo competitivo de preços com o perfil motivacional do projeto, partindo de um modelo “melhor para o projeto” para um modelo de “autointeresse”.¹²⁵

Outro argumento utilizado pelos críticos ao modelo competitivo é relacionado à eficiência de custos. Alegam que, uma vez que a etapa de desenvolvimento da aliança¹²⁶ será realizada com dois proponentes, haverá uma duplicação ineficiente do custo dessa primeira fase da aliança. Dizem ainda que haverá um prolongamento do processo de formação do “custo-alvo”, atrasando o início do projeto. Segundo JONES, esses argumentos não consideram o benefício obtido pela tensão competitiva, em atingir melhor relação de custo-benefício do projeto. Além disso, no modelo competitivo, o dono do projeto teria

¹²³ DOUG JONES, *Relationship Contracting*, p. 28 (tradução nossa).

¹²⁴ D. H. T. WALKER, J. HARLEY E AND A. MILLS, *Longitudinal Study of Performance in Large Australasian Public Sector Infrastructure Alliances 2008-2013*, p. 32 (tradução nossa).

¹²⁵ Idem, *ibidem*, p. 34.

¹²⁶ Vide explicação do item 1.4.3.

algumas reduções de custos relacionados a auditorias independentes, entre outros. Ademais, segundo o mesmo autor, não necessariamente o processo de desenvolvimento do “custo-alvo” paralelamente atrasará o início do projeto.¹²⁷

Sugerem ainda alguns autores que a comparação simplista de preços, que acabaria se tornando a tendência com a adoção do modelo competitivo, não seria adequada a projetos de grande complexidade, podendo não representar o melhor interesse do projeto.¹²⁸ ROSS sugere, aliás, ser bem difícil realmente fazer uma comparação direta entre preços, especialmente ao se considerar a importância de alinhamento das questões relacionadas a eventos de variação de escopo, intimamente ligadas ao “custo-alvo” acordado.¹²⁹

Outro argumento utilizado pelos críticos ao modelo de competição de preços é o de que ele tende a gerar estimativas de “custo-alvo” mais voltadas para o objetivo de “ganhar o projeto” do que o de definir adequadamente o custo real esperado. Segundo ROSS, variações de escopo são tradicionalmente incomuns em alianças de projeto, pois os NOPs tendem a assumir total “senso de propriedade” pela estimativa conjunta do “custo-alvo”. O autor entende que esse processo pode ser prejudicado em um modelo de competição de preços, tendendo à existência de variações e, conseqüentemente, de conflitos.¹³⁰

Um argumento utilizado pelos defensores do modelo de competição de TOCs é o de que ele dá ao dono do projeto a oportunidade de testar, em ação real, o trabalho de mais de um dos proponentes e a sinergia de sua equipe com o time do dono do projeto. Conforme menciona JONES, o contratante teria a oportunidade de “testar antes de comprar”, fator que privilegiaria a escolha do melhor proponente.¹³¹

¹²⁷ DOUG JONES, *Relationship Contracting*, p. 29.

¹²⁸ CHARLES C. MACDONALD, *Value for Money in Project Alliances*, p. 191.

¹²⁹ JIM ROSS, *Introduction to Project Alliancing*, p. 20.

¹³⁰ Idem, *ibidem*, p. 20.

¹³¹ DOUG JONES, *Relationship Contracting*, p. 29.

1.4.3 Etapas da aliança de projeto: desenvolvimento e execução

Embora haja variações, as alianças de projeto têm sido organizadas em duas etapas distintas. Na primeira etapa, há a constituição e o desenvolvimento da *aliança*. Há um forte trabalho de alinhamento corporativo com o objetivo de se constituir uma “quase firma”.

O trabalho desenvolvido na primeira etapa do projeto será, de fato, do ponto de vista da gestão, similar à constituição de uma *sociedade de propósito específico*, embora com contornos próprios do contexto das alianças. Normalmente, serão realizadas as seguintes atividades: (i) *workshops* de alinhamento dos objetivos da aliança e alinhamento de culturas corporativas; (ii) identificação de riscos; (iii) obtenção de aprovações e principais licenças; (iv) desenvolvimento da engenharia e orçamento do projeto; (v) definição de procedimentos relevantes (“Plano de Gestão do Projeto”); (vi) Definição das “Áreas-Chave de Resultado” (KRAs) e Indicadores-Chave de Performance (KPIs).¹³²

Ao final dessa primeira etapa, as partes, no bojo da aliança, apresentarão o “custo-alvo” (“Target Outturn Cost” ou “TOC”), que será levado à apreciação do dono do projeto para que este, fora da governança da aliança, decida, de forma unilateral, se irá ou não partir para a próxima etapa do projeto. Essa etapa de constituição e desenvolvimento da aliança é considerada de extrema importância para consolidação do chamado “espírito da aliança”, necessário para que, posteriormente, as partes trabalhem na busca de um objetivo comum.

Por seu turno, a segunda etapa é a etapa de execução das obras do projeto. Esta é, de fato, a etapa em que haverá o maior custo do empreendimento. O resultado da etapa de execução estará intimamente ligado à qualidade do desenvolvimento da etapa de desenvolvimento da aliança, explicada anteriormente. Ao final da etapa de execução, serão apurados os resultados efetivos do projeto para serem comparados com os KPIs acordados.

Do ponto de vista formal, usualmente é celebrado um contrato entre o dono do projeto e os NOPs exclusivamente para a primeira etapa. Na Austrália, conforme

¹³² Vide explicação no item 1.6.

anteriormente mencionado, ele tem sido chamado de iPAA, acrônimo oriundo da denominação *Interim Project Alliance Agreement*. Na segunda etapa, seria celebrado novo contrato com escopo de execução das obras (*Project Alliance Agreement* ou PAA). Não é incomum, todavia, que seja celebrado um único contrato que tenha como escopo ambas as etapas do projeto. Tal contrato preverá a possibilidade de rescisão contratual pelo dono do projeto ao término da etapa de desenvolvimento da aliança, caso este não aprove internamente o “custo-alvo”.¹³³

1.5 Ferramentas e princípios da aliança

Efetuada uma explicação quanto à origem, aos aspectos conceituais e à dinâmica de funcionamento das alianças de projeto, cumpre-nos abordar as principais ferramentas organizacionais utilizadas usualmente nos projetos da aliança. Alguns textos adotam a expressão “princípios da aliança” para tratar dessas ferramentas.

O objetivo, portanto, será descrever as principais ferramentas que o mercado desenvolveu, no contexto das alianças de projeto, com o objetivo de permitir a criação de um ambiente colaborativo de trabalho. Certamente tais ferramentas e princípios irão variar de acordo com uma série de fatores, como características específicas do projeto e das empresas envolvidas, bem como aspectos culturais e jurídicos da região de implantação do projeto, entre muitos outros. É possível, no entanto, já estabelecer um certo conjunto de práticas mais usuais, sobretudo a partir da bem-sucedida experiência de Austrália e Nova Zelândia.

1.5.1 *Compartilhamento coletivo de riscos, de benefícios e de responsabilidades* (Pain Share /Gain Share Mechanism)

Conforme explicado anteriormente, está no núcleo do contrato de aliança a noção de que os riscos serão assumidos coletivamente e, em contrapartida, os benefícios de uma execução bem-sucedida do projeto também serão partilhados. Ou seja, adota-se a filosofia de “ganhando ou perdendo, ganharemos ou perderemos todos, como um time único”. Esse

¹³³ V. JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 12.

alinhamento de interesses e objetivos é de fato central à ideia de aliança e visa criar um arcabouço comercial apto a não afastar a capacidade das partes de trabalharem cooperativamente.

O objetivo do regime da aliança é não mais definir o relacionamento das partes a partir dos polos individualizados de interesse, mas sim a partir do objetivo comum. Para tanto, as *alianças de projeto* criam mecanismos de incentivo pelos quais necessariamente, ou todas as partes serão negativamente impactadas pela materialização de um risco, ou todas as partes serão beneficiadas pela execução do projeto além dos padrões mínimos acordados. Seria a migração de um jogo de “ganha-perde” para um jogo de “ganha-ganha” ou “perde-perde”.¹³⁴ Esse é um traço essencial dos contratos de aliança.

Consequentemente, a responsabilidade, no sentido jurídico, é também compartilhada entre as partes, no contrato, conforme será aprofundado no item 4.2 do Capítulo 4 desta tese. Em verdade, enquanto em contratos tradicionais de construção desenha-se basicamente uma relação de troca, em que a uma das partes cabe entregar a obra, e à outra, pagar o preço, tal qual em uma compra e venda, os contratos de aliança expressamente atribuem a todas as partes a responsabilidade pela execução da obrigação de fornecer as obras, inclusive o próprio dono do projeto.¹³⁵ Aliás, de forma bastante curiosa, o *Project Alliancing Practitioners Guide*, editado pelo Departamento de Tesouro e Finanças do Estado de Vitória, na Austrália, com o objetivo de reforçar o aspecto coletivo da obrigação assumida, recomenda que o clausulado contratual utilize a designação das obrigações comuns sempre na primeira pessoa do plural (“nós faremos”), e não na terceira pessoa (“o grupo fará”).¹³⁶

Conforme explicamos no item 1.1.3.1, os contratos tradicionais, sobretudo se celebrados por preço fixo, vivem a tensão de interesses contrapostos, em que o dono do projeto objetiva receber o máximo de qualidade da obra pagando o menor preço possível ao construtor, enquanto este, se quiser aumentar sua margem de resultado, tenderá a

¹³⁴ LEONARDO TOLEDO DA SILVA, *Aliança à brasileira*, p.124.

¹³⁵ Vide, a título de exemplo, a minuta-padrão sugerida pelo *Department of Treasury and Finance* do Estado de Victoria, na Austrália (*Model Project Alliance Agreement*, 2010) ou a minuta-padrão elaborada pela *Australian Association of Australasia* (*Project Alliance Agreement Reference Model*, 2010).

¹³⁶ *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 49.

entregar o mínimo de qualidade, recebendo o maior preço possível. É, por sinal, a tensão clássica de um contrato usual de compra e venda.

O modelo proposto pelo contrato de aliança busca mitigar essa tensão, compartilhando entre os seus participantes, de forma coletiva, as consequências, positivas ou negativas, associadas ao aumento ou à redução de indicadores acordados para medir sucesso ou insucesso do projeto, dentre os quais, obviamente, estão prazo e custo de implantação. Esse compartilhamento de riscos e de ganhos se consubstancia por meio de um modelo de remuneração, que cria incentivos comuns. Tal modelo é relativamente complexo e merecerá uma explicação mais detalhada, no item 1.6 deste capítulo.

Aqui valem alguns esclarecimentos.

Primeiro, não necessariamente todos os riscos do projeto serão assumidos de forma coletiva. Conforme explicado anteriormente, há uma correlação entre *risco* e *preço*, nos contratos de construção. Por vezes, o dono do projeto poderá não transferir à aliança – leia-se à coletividade dos participantes – os riscos que entende que pode gerenciar de forma individualizada e que prefere que não ocasionem um possível aumento do orçamento do projeto.¹³⁷ Claro que, na medida em que muitos riscos do projeto passam a ser alocados de forma individualizada, há um risco de prejudicar o ambiente cooperativo que a *aliança* se propõe a obter.

Embora o modelo de riscos compartilhados reduza algumas tensões de oposição de interesses entre o dono do projeto e os demais participantes da aliança, ainda haverá algumas situações importantes em que as partes estarão em situação de contraposição de interesses, por exemplo, quando da fixação do “custo-alvo” e do “prazo-alvo”. Obviamente, o interesse dos NOPS, nessa situação, será o de, em tese, ter o maior “custo-alvo” e “prazo-alvo” possíveis, desde que não inviabilizem economicamente o projeto, ou seja, desde que seja aprovada a continuidade pelo dono do projeto.

Em razão de tais situações de contraposição de interesses, as quais também existirão em alianças de projeto, embora em menor número, torna-se crucial introduzir

¹³⁷ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, p. 13.

outros elementos que sejam aptos a fomentar um ambiente de colaboração entre os participantes da aliança, muito além de questões somente ligadas a preço e prazo, conforme continuaremos ilustrando nesta tese.

Nesse sentido, entendemos que contratos de aliança não devem ser vistos exclusivamente sob a perspectiva de preço e de compartilhamento de riscos – que implica modelo de remuneração baseado em incentivos comuns e desempenho no projeto. Esse aspecto, relacionado ao seu modelo de precificação, embora importante, sozinho, não parece traduzir o quanto se faz necessário para garantir um ambiente de colaboração. Pertinentes, portanto, as críticas à maioria das alianças brasileiras, que parecem reduzir o contrato de aliança ao seu modelo de remuneração.¹³⁸

No Capítulo 2 desta tese apresentaremos estudos que demonstram que muitas alavancas de *design* de estruturas cooperativas não são relacionadas a incentivos de recompensa ou punição. Ainda, como será descrito, algumas sanções punitivas têm o efeito de afastar a confiança e o ambiente de cooperação¹³⁹.

1.5.2 Gerenciamento e governança integrada com decisões tomadas por unanimidade e no melhor interesse do projeto

Os contratos de aliança, usualmente, estabelecem uma detalhada estrutura de governança¹⁴⁰ interna das partes, aproximando-se muito, nesse aspecto, de modelos societários ou consorciais de organização.

Embora tal estrutura varie de acordo com cada projeto, o regime já relativamente amadurecido na Austrália tem previsto três níveis principais de governança/gerenciamento do projeto: (i) a “Equipe de Projeto” (*Project Team*); (ii) o “Comitê de Gestão da Aliança” (*Alliance Management Team* ou AMT); e (iii) o “Comitê de Liderança da Aliança”

¹³⁸ LEONARDO TOLEDO DA SILVA, *Aliança nos projetos*, p. 46-47.

¹³⁹ V. itens 2.1.2 e 2.3.2.1 do Capítulo 3.

¹⁴⁰ A tradução da expressão *governance* tem gerado alguma polêmica entre os doutrinadores, uma vez que a palavra *governança*, no português, pode trazer significado distinto. Utilizaremos tal expressão, no entanto, uma vez que, a despeito da crítica, é a tradução mais utilizada.

(*Alliance Leadership Team* ou ALT). Todos esses níveis de governança serão formados por membros dos NOPs e do dono do projeto.

A *equipe de projeto* é a equipe que propriamente executará as atribuições necessárias ao desenvolvimento do projeto, sob gerenciamento do *Comitê de Gestão da Aliança*. Esta última será, portanto, a equipe com características gerenciais do dia a dia do projeto com divisões de funções entre seus membros e será liderada pelo *gerente de projeto* ou *Diretor de Projeto*. O *Comitê de Liderança da Aliança* será um colegiado estratégico, que define as políticas, monitora o desempenho e resolve conflitos que não puderam ser solucionados nas instâncias anteriores.¹⁴¹ Os membros do *Comitê de Gestão da Aliança* geralmente estarão alocados a um único projeto, enquanto os membros do *Comitê de Liderança da Aliança* são altos executivos das companhias alocados a diferentes projetos.

Efetuando-se um paralelo com a figura da sociedade anônima, a bem da ilustração, é possível ver o *Comitê de Liderança da Aliança* como um colegiado similar ao conselho de administração, e o *Comitê de Gestão da Aliança*, como uma equipe similar à diretoria da companhia. A *Equipe De Projeto* corresponderia ao restante dos funcionários da companhia.

Um aspecto intrigante da governança da aliança, usual na maioria dos arranjos contratuais, é que as decisões colegiadas do *Comitê de Liderança da Aliança* somente poderão ser aprovadas por unanimidade de seus membros. Esse aspecto demonstra o comprometimento desse modelo contratual com o objetivo de fomento a um ambiente cooperativo, na medida em que dá às partes um direito de voz equivalente. Abre-se mão de uma suposta segurança relacionada ao *princípio majoritário* para que se aumente a possibilidade do comportamento cooperativo.

Curioso é que tal mecanismo parece contrariar uma noção egoística da racionalidade dos agentes. De fato, diferentemente do que a prática sobre contratos de aliança sugere, pela noção econômica tradicional de racionalidade, a criação da obrigatoriedade de decisões por consenso criaria o arcabouço ideal para a prática de

¹⁴¹ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 15.

comportamentos oportunistas. Obviamente que, se tais comportamentos oportunistas tivessem ocorrido na prática das centenas de projetos, na experiência australiana, o princípio de decisões por consenso teria caído por terra, e não estaria, ainda hoje, sendo visto como um elemento relevante dos contratos de aliança. O *Project Alliancing Practitioners Guide* menciona que, usualmente, os contratos de aliança não preveem cláusulas de solução a situações de impasses (*deadlock*). Menciona ainda que a ausência de cláusulas de cláusula de solução de disputas é até recomendável, uma vez que, na ausência de tais mecanismos, os membros da governança da aliança sentem-se compelidos a resolverem internamente o problema.¹⁴²

Outro aspecto bastante exaltado na doutrina que trata da aliança é a tomada de decisões segundo o princípio “melhor para o projeto” (*best for project*). Todas as decisões, na governança da aliança, devem colocar em primeiro plano os interesses da aliança, ainda que em detrimento dos interesses de uma das partes. Seria talvez uma construção do mercado similar à regra societária que obriga os acionistas a votar no interesse da companhia.¹⁴³ De todo modo, na *aliança*, o arranjo de remuneração geralmente deverá atuar como um mecanismo que torna o objetivo individual alinhado com o objetivo comum da aliança.

Em verdade, a expressão “melhor para o projeto” é tratada como um verdadeiro mantra motivacional das alianças, no qual as partes são fortemente motivadas a abandonar o interesse exclusivo de suas organizações. Em alianças de projeto, é usual a criação de novas identidades corporativas, com o desenvolvimento de logos, *websites*, cartões de visitas e crachás próprios da aliança.

Vale mencionar ainda, no que tange ao princípio “melhor para o projeto”, que o dono do projeto realiza algumas de suas decisões e aprovações, fora da governança da aliança, não na condição de “participante”, mas na posição de “cliente”. Para as decisões

¹⁴² “Typically, alliance agreements are silent on what happens if the ALT is unable to resolve a disagreement, despite pursuing all reasonable opportunities to remedy it. In such exceptional circumstances, the parties to the alliance may agree to termination. Feedback from alliances with no express deadlock-breaking mechanism suggests that the absence of an independent dispute resolution mechanism is a highly desirable feature, as ALT members are compelled to resolve disagreements themselves. Of course there is nothing to prevent the ALT from engaging external experts and/or facilitators in appropriate circumstances” (VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Project Alliancing Practitioners Guide*, p. 57).

¹⁴³ Na Lei de Sociedades Anônimas brasileira (Lei 6.404/1976) tal condição está contida no art. 115.

tomadas, como cliente, não há a previsão de que a decisão deva ser tomada de acordo com o princípio “melhor para o projeto”, sendo, portanto, uma decisão discricionária do dono do projeto. O contrato deve prever com clareza, no entanto, quais são essas aprovações e decisões tomadas pelo dono do projeto fora da governança da aliança.¹⁴⁴

Ainda no tocante à questão da governança das alianças de projeto, um aspecto também parece digno de nota. Há alguns relatos de projetos que incluíram, dentro da governança da aliança, *stakeholders* interessados no projeto, como representantes da comunidade e autoridades governamentais.¹⁴⁵

1.5.3 *Compromisso com a cultura no blame, no dispute*

Outro elemento intrigante difundido na cultura da aliança e que terá grande relevância jurídica está no princípio *no blame, no dispute*, que, segundo a literatura especializada, é de grande importância ao regime da aliança.¹⁴⁶

A doutrina profissional acerca dos contratos de aliança costuma tratar o princípio *no blame, no dispute* como um conceito único. Por vezes, *no blame* e *no dispute* são tratados como sinônimos. Em nossa visão, todavia, há um sentido lógico para ambas as condições que, embora correlacionadas, são essencialmente diferentes. É fato, no entanto, que o mercado, por vezes, trata os conceitos como sinônimos, fato que, por sinal, ficará claro nos resultados do estudo empírico resumido no Capítulo 3.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Vide, como exemplo, a redação sugerida pela Cláusula 3.3 da minuta-padrão proposta pela *Alliancing Association of Australasia*: “We acknowledge that: (a) the Owner has two roles in our Alliance: as a Participant and as ‘the client’; (b) when any decision or determination or the exercise of an Owner Reserved Power is to be made by the Owner as the client of our Alliance, it will be made by the Owner’s Independent Officer and may be made in a manner which is not necessarily consistent with the interests of our Alliance” (AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model*).

¹⁴⁵ Na Nova Zelândia, foi formada uma aliança cujo objeto era a recuperação da infraestrutura da cidade de Christchurch, devastada por terremotos, em 2010 e 2011. Tal projeto foi considerado muito bem-sucedido e teve de lidar com aspectos sensíveis dos membros da comunidade, afetados pela tragédia. Informações desse projeto podem ser obtidas, em julho de 2013, em <<http://strongerchristchurch.govt.nz/about/structure>>.

¹⁴⁶ V. VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners’ Guide to Alliance Contracting*, p. 16.

¹⁴⁷ V. item 3.2.4.5 do Capítulo 3.

Segundo o aspecto *no blame*, nenhuma das partes poderá ser considerada responsável por uma falha na execução do empreendimento, exceto se houver uma *falta intencional*¹⁴⁸. Assim, havendo um erro ou desempenho insuficiente de qualquer das partes no escopo do projeto, os participantes deverão buscar a melhor solução do problema, em vez de canalizar sua atenção na tentativa de transferência da culpa pelo problema encontrado. Para ilustrar o conceito, vale transcrever a redação de uma minuta-padrão sugerida por uma consultoria especializada em *alianças* na Austrália:

To the extent that any failure by a Participant (the “defaulting Participant”) to perform any obligation or to discharge any duty under or arising out of or in connection with this Agreement does not constitute a Willful Default, apart from any financial impact that may arise under the Compensation Framework set out in Schedule 5, the defaulting Participant will not have any liability to any other Participant, whether in contract or tort (including negligence), or otherwise at Law or in equity.¹⁴⁹

Ou seja, a *aliança de projetos* irá tratar a falha humana como mais um risco do projeto, alocando-o de forma compartilhada entre os participantes da aliança. Essa eventual falha irá potencialmente impactar os custos de execução das obras, e suas consequências serão assumidas coletivamente por todos, ao término do projeto, por meio do modelo de remuneração e de incentivos.

O corolário *no dispute*, em nosso entendimento, refere-se ao comprometimento das partes de resolver seus conflitos e discordâncias sem o recurso ao litígio de qualquer natureza, seja ele arbitral, judicial, ou mesmo relacionado a outras formas de solução de controvérsias, como os chamados comitês de disputa (*dispute boards*). O objetivo é evitar toda a cultura de pleitos que se tornou uma epidemia nos projetos complexos organizados de acordo com modelos tradicionais de contratação.

Importante ressaltar que a cláusula *no dispute* não propõe a inexistência de discordâncias, mas sim que tais discordâncias sejam resolvidas de maneira saudável,

¹⁴⁸ No item 4.2.3.2 do Capítulo 4 detalharemos o conceito de *falta intencional* de acordo com a prática usual de contratos de aliança.

¹⁴⁹ Cláusula 3.2.2 do PCI Group. *Generic form of Project Execution Agreement (PEA)*, 2010.

fazendo uso da própria governança interna da aliança. Um ambiente saudável de debates é sinal de que há um time efetivamente engajado.¹⁵⁰

Além disso, em contratos colaborativos, é normal a utilização dos chamados *facilitadores*. Esses profissionais não agem como meros mediadores de conflitos, mas procuram auxiliar as partes no realinhamento do projeto à filosofia da aliança.¹⁵¹

As minutas de aliança tradicionalmente não possuem procedimentos de resolução de disputas além da própria governança contratual. ROSS entende que seria inapropriada, desnecessária e ilógica a inclusão de cláusulas com procedimentos de soluções de disputas em alianças de projeto.¹⁵² No entanto, é verdade que, na ausência de tais cláusulas, eventuais disputas correlatas deveriam ser resolvidas em via judicial, possivelmente o meio menos apto a solucionar um problema de tamanha complexidade e especificidade como seria um conflito advindo de contratos de aliança.

Uma observação curiosa acerca das alianças de projeto é que, de fato, praticamente não há, na literatura, relatos de casos envolvendo disputas judiciais e arbitrais entre as partes. O resultado do estudo empírico desta tese, descrito no Capítulo 3, evidencia tal fato. É de especial nota o fato de que profissionais com experiência em mais de uma centena de contratos de aliança, na Austrália e Nova Zelândia, reportarem um número quase inexistente de conflitos.¹⁵³

CHEUNG et al. sugerem que o princípio *no blame, no dispute* seria uma tautologia. Para esses autores a criação de um ambiente que não crie disputas litigiosas somente seria possível mediante a aplicação de práticas de gerenciamento relacional. Ou seja, o efeito de redução de disputas teria muito mais a ver com as práticas voltadas a evitar disputas do que propriamente com a cláusula *no blame, no dispute*. A conclusão dos autores, no entanto, se baseia em um estudo de caso isolado.¹⁵⁴

¹⁵⁰ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, p. 15.

¹⁵¹ LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 130.

¹⁵² JIM ROSS, *Introduction to Project Alliancing*, p. 13.

¹⁵³ V. item 3.2.4.3 do Capítulo 3.

¹⁵⁴ CHEUNG et al., *Alliancing in Australia – No-Litigation contracts: a tautology?*, p. 81.

Efetuamos anteriormente uma mera explicação de como o mercado parece interpretar o princípio *no blame, no dispute*. No Capítulo 4, item 4.2.4, da presente tese, retomaremos tal princípio, interpretando-o sob uma perspectiva jurídica.

1.5.4 Regime total de transparência (open book)

Outro princípio de suma importância no contexto da aliança obriga as partes a observar total transparência quanto às informações do projeto, sobretudo quanto a aspectos financeiros. O fato de os profissionais do *dono do projeto* e dos NOPs pertencerem a uma equipe integrada facilita a transparência de informações. Nenhum dos participantes deve ocultar dos demais quaisquer fatores relevantes ao sucesso comum do projeto.

Usualmente, é previsto o direito à ampla realização de auditorias com o objetivo de analisar os pagamentos que serão realizados no bojo da aliança. O regime de transparência deverá ser importante também para que o *dono do projeto* esteja confortável com os valores incluídos no “custo-alvo” (TOC).

O objetivo do princípio de transparência é diminuir a dupla assimetria informacional existente em modelos tradicionais, fator que, em grande medida, contribui com a desconfiança recíproca e, conseqüentemente, com a existência de conflitos. Assim como o dono do projeto passa a compreender os reais desafios de implantação de fatores que usualmente estariam sendo controlados pelos NOPs, estes passam a compreender o racional de muitas decisões tomadas pelo dono do projeto.

Esse tipo de transparência, aliada à maior participação do dono do projeto em decisões do dia a dia do projeto, permite que, em caso de situações que demandem flexibilidade, as partes estejam mais alinhadas para resolver o problema, em um ambiente de confiança mútua. Ademais, a literatura profissional sobre *alianças de projeto* sugere que, nos trabalhos de alinhamento durante a *etapa de desenvolvimento da aliança*, as partes elaborem simulações conjuntas sobre eventos que, se vierem a ocorrer na fase de execução das obras, devem ser considerados “variações” no âmbito dos contratos de

aliança. Eles produzem um “Guia de Variações” que facilitará muito eventual negociação decorrente de modificações ao longo das obras.¹⁵⁵

Além dos princípios e ferramentas organizacionais antes mencionados, tem especial menção na doutrina profissional a criação de um ambiente que encoraja um regime de comunicação aberta e honesta, sem “agendas escondidas” (*open and honest communication*), muitas vezes com a utilização de sistema integrado de tecnologia da informação, entre todos os participantes da aliança.¹⁵⁶

Por fim, menciona-se a importância de se agir com integridade e boa-fé, dever que o *The Practitioners Guide to Alliance Contracting* traduz da seguinte forma: a) uma obrigação das partes de cooperar para atingir os resultados do projeto; b) cumprimento com os padrões razoáveis de conduta esperados; e c) uma obrigação de agir de forma justa, inclusive não obtendo vantagens comerciais em detrimento dos demais participantes.¹⁵⁷ Este tema, no entanto, será retomado, sob uma perspectiva jurídico-dogmática, no item 4.3.2 do Capítulo 4.

1.6 Modelo de remuneração e de incentivos

Essencial para compreensão do contexto da aliança entender seu modelo de remuneração, com incentivos baseados no desempenho coletivo do time da aliança. A nosso ver, o modelo de remuneração criado, embora tenha variações, de maneira geral, tenta criar uma ferramenta de incentivo ao bom desempenho e desincentivo ao desempenho inadequado, mas sempre de forma coletiva.

Se, de um lado, abre-se mão da prerrogativa de busca da proteção, por meio da noção de inadimplemento culposos, por outro, garante-se que essa falha no cumprimento da obrigação seja igualmente compartilhada entre o *dono do projeto* e os NOPs. Daí a razão de ser crucial estudar e compreender esse modelo de remuneração, conforme veremos no item 4.2 do Capítulo 4.

¹⁵⁵ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 9-10.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p. 3.

¹⁵⁷ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, p. 17.

Muitas são as alternativas de estruturação de modelos de remuneração e incentivos possíveis em *alianças de projeto*, contanto que o modelo reflita o alinhamento coletivo de objetivos essencial à aliança. A seguir, vale uma descrição do modelo de remuneração atualmente mais consolidado no universo australiano.

Os contratos de aliança, sobretudo na Austrália, têm sido organizados por meio de um regime de remuneração que possui três componentes: (i) reembolso de custos incorridos (Componente 1 ou *Limb 1*); (ii) taxa de remuneração (Componente 2 ou *Limb 2*); (iii) compartilhamento de ganhos e perdas (Componente 3 ou *Limb 3*).

O Componente 1 da remuneração representa a totalidade do que vier a ser gasto diretamente nas obras, além de custos indiretos das obras. Usualmente, na etapa de desenvolvimento da aliança, as partes estabelecem as regras para definição desses custos indiretos, nem sempre muito simples de serem demonstrados. É muito importante destacar que, diferentemente do que usualmente ocorreria em contratos tradicionais, os custos reembolsáveis do Componente 1 incluirão também custos de “retrabalho” relacionados a falhas de qualquer NOP ou mesmo do *dono do projeto* na execução de suas atribuições no projeto.¹⁵⁸ Tal traço é essencial para compreensão da *aliança*.

Outro aspecto importantíssimo de destacar é que todos os custos incorridos no projeto deverão estar inteiramente sujeitos ao chamado regime *open book*, ou seja, em total transparência, devendo estar disponíveis para realização de auditorias, prática usual nos contratos de aliança, na Austrália.¹⁵⁹

Ainda durante a etapa de constituição e desenvolvimento da *aliança*, anterior ao início das obras, as partes realizarão um trabalho de detalhamento de engenharia, de identificação de riscos, de planejamento, entre outras atividades, que terão como um de seus objetivos estabelecer o “custo-alvo” ou, na língua inglesa, o *Target Outturn Cost* (TOC).¹⁶⁰ O “custo-alvo” basicamente será uma estimativa razoável de todos os custos em

¹⁵⁸ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 5.

¹⁵⁹ Idem, ibidem, p. 4.

¹⁶⁰ V. item a seguir.

que as partes, inclusive o *dono do projeto*, incorrerão para entrega do projeto, em conformidade com as premissas de qualidade, de segurança e de desempenho acordadas.¹⁶¹

O “custo-alvo” será a referência posterior para estabelecimento do Componente 3 de remuneração. Em tese, como explica ROSS, o momento de estabelecimento do “custo-alvo” seria um momento em que o *dono do projeto* e os NOPs encontrar-se-iam em situação de interesses totalmente contrapostos, pois o interesse do *dono do projeto* seria ter o menor “custo-alvo” possível, e o dos NOPs, o maior “custo-alvo” possível. ROSS, no entanto, explica que alguns fatores mitigam essa contraposição. Dentre eles, incluir-se-iam a integração de times, a transparência, o receio de o alto custo do “custo-alvo” inviabilizar a decisão de investimento, a reputação, entre outros.¹⁶²

O Componente 2 representa dois outros componentes de remuneração dos NOPs: uma margem de lucro e uma contribuição ao chamado *overhead*, que são os custos de administração central das empresas. Essa margem de lucro incluída no Componente 2 de remuneração varia de acordo como o arranjo comercial do projeto. Usualmente, em projetos na Austrália, ela tem sido determinada a partir de um percentual aplicado sobre o “custo-alvo”. Assim, torna-se uma soma fixa a ser paga proporcionalmente ao avanço das obras. O componente de *overhead* usualmente é um percentual sobre o custo efetivamente incorrido durante a execução das obras.

O Componente 3 é o componente de incentivo à obtenção de um bom desempenho (*pain/gain mechanism*). De maneira simplificada, na etapa de desenvolvimento da aliança, são acordados *indicadores de desempenho-chave* (*key performance indicators* ou KPIs), aptos a demonstrar se os resultados do projeto foram bons ou ruins. Ao final das obras, o resultado positivo ou negativo é dividido entre o *dono do projeto* e os NOPs, conforme critérios pré-acordados. Usualmente, essa divisão é de metade para o dono do projeto e metade aos NOPs. Obviamente, o principal desses indicadores cria parâmetros de custo e de prazo para conclusão do projeto, mas é possível ainda criar KPIs em matérias variadas, como impactos ambientais, número de acidentes de trabalho e impactos sociais a ele relacionados.

¹⁶¹ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 5.

¹⁶² Idem, ibidem, p. 6.

O KPI relacionado ao custo do projeto, também chamado de *Value for Money*, será o principal item a fazer parte do Componente 3 e terá como parâmetro o “custo-alvo” (“Target Outturn Cost” ou “TOC”), previamente descrito. Assim, se, ao final do projeto, o custo total incorrido for superior ao “custo-alvo”, parte do custo excedente (geralmente, metade) deverá ser arcado pelos NOPs. Nesse caso, desconsiderando outros KPIs, o Componente 3 seria um valor pago pelos NOPs ao *dono do projeto*. Se o custo total incorrido for inferior ao “custo-alvo”, metade dessa economia será paga pelo *dono do projeto* aos NOPs.

Esse mecanismo, associado ao princípio *no blame, no dispute*, altera o jogo do “ganha-perde” ou “perde-ganha”, dos contratos tradicionais, para um jogo de “ganha-ganha” ou “perde-perde”. Na aliança, de pouco adiantará às partes buscar atribuir à outra a culpa por um problema no projeto, já que ambas arcarão igualmente com as consequências. Mais racional será canalizar toda a energia nas soluções efetivas para o problema encontrado, evitando desperdiçá-la com disputas internas ou com processos judiciais ou arbitrais.¹⁶³ É, de certa maneira, um reconhecimento de que a condição humana nos dá margem a erros e que mais eficiente do que buscar culpados será lidar com suas consequências.

Um aspecto a se destacar, no que tange ao Componente 3, é que, usualmente, o máximo de risco incorrido pelos NOPs é a perda de todo o seu lucro e *overhead*. Ou seja, no sistema de remuneração das alianças, o Componente 3, se pago pelos NOPs, normalmente estaria limitado ao valor total do Componente 2. O Componente 1, no entanto, deve ser pago integralmente, independentemente do sucesso ou insucesso do empreendimento.

Essa limitação de risco dos NOPs, embora represente um fator de risco ao *dono do projeto* em certas circunstâncias, usualmente era justificada como proteção pelo fato de os NOPs assumirem, no bojo da *aliança*, riscos que, em projetos tradicionais, não estariam dispostos a assumir. Assim, se inicialmente tal limitação era entendida como elemento essencial da *aliança*, começa-se a ser analisado se essa limitação de risco deve sempre ser

¹⁶³ LEONARDO TOLEDO DA SILVA, *Aliança à brasileira*, p. 124.

aplicada.¹⁶⁴ Os resultados do estudo empírico mencionados no Capítulo 3, no entanto, sugerem que a quase totalidade dos respondentes qualifica tal limitação como essencial, ou pelo menos relevante aos contratos de aliança.¹⁶⁵ De todo modo, como em qualquer projeto, o fato é que há um *trade off* entre risco e preço. Caso a limitação de risco não seja aplicada, certamente haverá um aumento do valor do “custo-alvo”, por meio de mecanismos de contingenciamento.

O gráfico a seguir, bastante citado na literatura especializada, descreve o modelo tradicional de assunção de riscos e recompensas aos NOPs em alianças de projeto:¹⁶⁶

1.7 Possíveis benefícios associados à utilização dos contratos de aliança

Analisar comparativamente a eficiência de modelos organizacionais não é uma tarefa simples. Normalmente, essa análise comparativa se dá sob a ótica da redução de custos de transação. Esse realmente é o fator mais valorizado quando buscamos medir o desempenho de modelos organizacionais empresariais. No entanto, não é o único.

¹⁶⁴ V. VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, p. 60-61.

¹⁶⁵ V. item 3.2.3 do Capítulo 3.

¹⁶⁶ Versão adaptada de *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, p. 9.

Segundo ROSS, os seguintes benefícios podem advir dos projetos adequadamente estruturados pelo modelo da aliança: (i) entrega do projeto dentro ou anteriormente ao prazo previsto; (ii) custo final do projeto dentro do orçamento; (iii) melhor gerenciamento de questões de *stakeholders* do projeto; (iv) melhores práticas de gestão de temas envolvendo “saúde e segurança”, meio ambiente e comunidade; (v) maior transferência de habilidades entre equipes, crescimento profissional e desenvolvimento de pessoal; (vi) melhora reputacional para todos os envolvidos.¹⁶⁷

Um aspecto interessante, exaltado pela doutrina, diz respeito à aptidão da *aliança* para gerar um ambiente de criatividade e inovação.¹⁶⁸ Ao excluir da equação dos NOPs a possibilidade de serem responsabilizados por uma falha de uma solução adotada, cria-se grande abertura para comportamentos inovadores. Nesse sentido, alguns experimentos da psicologia comportamental sugerem que determinados tipos de incentivos financeiros, em tarefas menos simples, podem ter o efeito de reduzir a capacidade criativa dos agentes, uma vez que os torna excessivamente focados, reduzindo sua visão periférica do problema.¹⁶⁹

No que se refere exclusivamente ao aspecto de custo, alguns levantamentos, inclusive estatísticos, na Austrália, procuraram analisar a eficiência dos contratos de aliança, comparativamente a outros modelos. Os resultados apresentados sugerem que, de fato, projetos organizados pelo modelo aliança tendem a ter maior sucesso na entrega do projeto dentro do orçamento previsto.¹⁷⁰ Há, no entanto, forte criticismo no sentido de que esse sucesso pode estar relacionado à elaboração de orçamentos conservadores. Seria o problema do “soft TOC” a que nos referimos no item 1.4.2.2 deste Capítulo 1 e que originou contratos de aliança com critérios de competição de preços.

¹⁶⁷ V. JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 18.

¹⁶⁸ V. GANG CHEN et al., Overview of alliancing research and practice in the construction industry, p. 107.

¹⁶⁹ V. DANIEL H. PINK, *Drive*, p. 46.

¹⁷⁰ “It becomes obvious from the data, that only a minority of alliance projects in the survey did not meet time and cost expectations” (D. H. T. WALKER, J. HARLEY E AND A. MILLS, *Longitudinal Study of Performance in Large Australasian Public Sector Infrastructure Alliances 2008-2013*, p. 34), V. ainda GANG CHEN et al., Overview of alliancing research and practice in the construction industry, p. 107.

1.8 Fatores de sucesso da aliança de projeto

A doutrina que trata do tema dos contratos de aliança costuma abordar os *fatores de sucesso* da aliança, ou seja, os elementos organizacionais dos contratos de aliança que influenciam no resultado bem-sucedido do projeto.

Segundo GANG CHEN et al., os seguintes fatores de sucesso costumam ser geralmente elencados pelos autores que tratam do tema: (i) atitude “melhor para o projeto”; (ii) relacionamento em projetos anteriores; (iii) adequada seleção das pessoas que participarão do time integrado e o processo de construção desse time; (iv) confiança e equidade entre as partes; (v) treinamento adequado sobre a filosofia da aliança; (vi) extensão da filosofia da aliança para as hierarquias funcionais mais baixas; (vii) comunicação aberta e honesta, entre outros.¹⁷¹

Recentemente, foi realizado estudo significativo que busca demonstrar correlação estatística entre elementos formais e informais de governança e o desempenho dos projetos, com informações de cerca de 320 organizações na Austrália.¹⁷² O termo governança aqui é utilizado para se referir a mecanismos formais e informais de incentivos ao desempenho adequado das atividades de implantação do empreendimento. Algo que, ao longo desta tese, por vezes, nos referiremos também como mecanismos de *enforcement* contratual.

Os mecanismos formais, no estudo de CHEN e MANLEY, seriam os incentivos contratuais relacionados à alocação clara e adequada de riscos. Os mecanismos informais compreenderiam incentivos não contratuais para fomentar confiança mútua, permitir a cooperação, facilitar a comunicação e dividir o conhecimento.¹⁷³

O estudo considera três mecanismos de mercado que, no contexto dos contratos de aliança, se poderiam chamar de “governança formal: “(1) estimativa conjunta de custos; (2) regime de repartição de risco e recompensa; e (3) divisão de risco dos fornecedores de

¹⁷¹ GANG CHEN et al., Overview of alliancing research and practice in the construction industry, p. 108.

¹⁷² L. CHEN e K. MANLEY, Validation of an Instrument to Measure Governance and Performance on Collaborative Infrastructure Projects.

¹⁷³ Idem, ibidem, p. 1.

serviço”. E os cinco mecanismos colaborativos que definem o que os estudos chamam de “governança informal”, foram os seguintes: (1) a existência de liderança adequada; (2) a existência de um gerente de relacionamento com autoridade suficiente e recursos para construir e manter a cooperação durante a vida do projeto; (3) *workshops* de equipe para integração, avaliação, inovação etc.; (4) mecanismo compartilhado de comunicação, inclusive por meio de um mecanismo de tecnologia da informação integrado; e (5) integração de engenharia, com a participação de subcontratados, fornecedores e principais contratados.¹⁷⁴

Dentre os resultados do estudo empírico, o mais relevante parece ser a percepção de que, nos contratos de aliança, os mecanismos informais de governança têm maior correlação com o sucesso dos projetos do que os mecanismos formais. Tal resultado evidencia que, muito além do que celebrar um contrato com riscos alocados de modo adequado, o sucesso do contrato de aliança depende muito mais da adequada implementação dessa governança informal. Nesse contexto, o estudo sugere a importância de políticas que reforcem a aplicação dessa “governança informal”, em vez de, como tem ocorrido mais recentemente no cenário australiano, reforçar mecanismos de mercado, como o modelo de seleção dos NOPs com base em critérios de preço:

Client organizations need to shift away from a conventional approach to governance design, which primarily focuses on market mechanisms and specific actions, such as inviting single or multiple team/s to participate in the pricing stage. There is a need to increase emphasis on informal mechanisms, since these are a stronger predictor of performance outcomes. Required actions include making decisions on a ‘best-for-project’ basis, seeking consensus across the supply chain in decision making, and effectively engaging community stakeholders. In addition, a relationship manager with sufficient authority and resources to build and maintain cooperation over the life of the project improves project outcomes.¹⁷⁵

O estudo, no entanto, não afasta a importância dos mecanismos formais de governança. Tal aspecto, por sinal, é muito importante para compreender o papel que o contrato e o direito contratual devem desempenhar nesse contexto. Segundo CHEN e MANLEY, os mecanismos formais fornecem o arcabouço de governança que auxilia a

¹⁷⁴ L. CHEN e K. MANLEY, Validation of an Instrument to Measure Governance and Performance on Collaborative Infrastructure Projects, p. 43-44.

¹⁷⁵ Idem, ibidem, p. 11.

implementação dos mecanismos informais. Conforme explicaremos no item 2.3.2.2 do Capítulo 2, tal percepção é também consistente com alguns estudos recentes sobre mercados tecnológicos e de alta inovação. Inversamente, sustentam CHEN e MANLEY, mecanismos formais só atingirão uma clara e justa alocação de riscos quando capacitados por um contexto colaborativo criado pelos mecanismos cooperativos de governança hierárquica.¹⁷⁶

¹⁷⁶ L. CHEN e K. MANLEY, Validation of an Instrument to Measure Governance and Performance on Collaborative Infrastructure Projects, p. 11.

CAPÍTULO 2

OS CONTRATOS DE ALIANÇA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA ECONÔMICA CONTRATUAL

A análise do arcabouço teórico dos contratos colaborativos mostrou-se, a nosso ver, um enorme desafio durante a elaboração deste trabalho. Em geral, variadas linhas teóricas, sob diferentes vieses, tocam em questões importantes, como “cooperação”, “dificuldades de adaptação”, “modelos de racionalidade”, “incompletude”, “complexidade”, “reputação”, “governança”, “custos de transação”, entre muitas outras.

De fato, diversas linhas teóricas parecem tratar de problemas semelhantes ou interligados, cada uma com sua perspectiva e seu caminho metodológico próprios. Essa miríade de conceitos, de premissas, de modelos e de conclusões, vista por muitas lentes e ângulos, torna particularmente pantanoso o terreno para organização de conteúdo necessário a explicar problemas relacionados a contratos colaborativos. O volume de trabalhos e de informações é muito grande, mas muito pouco organizado.

Por tal razão, é importante destacar que, neste capítulo, não se pretende, nem de longe, descrever, de forma estruturada, todo o arcabouço teórico que explica os contratos colaborativos. Este capítulo se restringe a apresentar algumas linhas de pensamento da teoria contratual e das teorias sobre cooperação, dentro e fora do direito, tentando extrair delas argumentos e *insights* que guardam correlação com a hipótese de trabalho colocada inicialmente e com os objetivos propostos nesta tese.

2.1 A cooperação além do *homo economicus*

Nos círculos acadêmicos, muitos estudos, em diversas linhas teóricas, enfraqueceram a visão de que o comportamento egoísta dos agentes é necessariamente uma estratégia mais eficiente do que o comportamento altruístico. ROBERT AXELROD demonstrou contundentemente, em seu trabalho clássico, através da realização de um torneio entre diversas estratégias, que, em situações em que exista uma razoável

expectativa de nova interação, a estratégia mais eficiente dos agentes era baseada em um conceito comportamental simples: reciprocidade (*tit-for-tat*).¹⁷⁷

Não pretendemos, neste trabalho, nos aprofundar na questão se, de fato, a estratégia colaborativa é mais eficiente do que a não colaborativa. Partiremos da premissa de que, nos contratos de aliança, a estratégia colaborativa foi eleita como um caminho para atingir eficiência. E, no caso, essa eficiência é, acima de tudo, econômica. Não se trata, portanto, de romantizar o comportamento altruístico, mas sim de reconhecê-lo como eficiente.

Nesta tese, interessa-nos compreender os fatores organizacionais que levam as partes a cooperar ou a não cooperar, já que o contrato e o direito contratual, em nossa visão, fazem parte da questão.

Assim, a primeira linha teórica que pretendemos explorar, neste Capítulo 2, foi descrita por YOCHAI BENKLER¹⁷⁸ e parece-nos muito elucidativa quanto ao modelo de funcionamento utilizado nos *contratos de aliança*. BENKLER menciona que, recentemente, um número considerável de exemplos do mercado tem demonstrado o quanto podem ser eficientes os modelos colaborativos de organização. Ele procura compreender o fenômeno da cooperação, no entanto, por um instrumental teórico profundamente interdisciplinar, influenciado sobretudo por estudos de caráter experimental que não se prendem às amarras dos modelos estritos de racionalidade da economia tradicional.

Segundo o autor, nas últimas décadas, um significativo número de correntes e estudos de diversas linhas do conhecimento tem colocado em xeque a hipótese do comportamento racional, estritamente autointeressado, utilizada como ferramenta de análise das relações humanas.¹⁷⁹ BENKLER apresenta uma síntese dos elementos que, em sua visão, influenciam a capacidade das pessoas de agirem cooperativamente, de acordo com seis correntes do conhecimento humano, dentre as quais destacam-se a *economia experimental*, baseada em modelos da *teoria dos jogos*, a psicologia comportamental e até

¹⁷⁷ ROBERT AXELROD, *The evolution of cooperation*, p. 169-205.

¹⁷⁸ YOCHAI BENKLER, *The Penguin and the Leviatan: How Cooperation Triumphs over Self-Interest*, e ainda, *Law, Policy, and Cooperation*.

¹⁷⁹ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 1-2.

a *biologia evolutiva*.¹⁸⁰ Partindo dessa síntese, o autor sugere como esses elementos de *design* cooperativo podem ser utilizados para auxiliar a sistematização de uma abordagem distinta de desenvolvimento de modelos organizacionais e de regulação.

2.1.1 Motivação heterogênea à cooperação

Um primeiro aspecto que pode ser observado em diversos estudos sobre cooperação é o fato de que as pessoas são motivadas de formas diferentes em relação à sua aptidão para cooperar. BENKLER entende que os seres humanos têm perfis de motivação comportamental distintos. “Em experimentos, quase um terço de fato se comporta como previsto pelo modelo egoístico do *homo economicus*. Mas mais da metade age cooperativamente”. Dentre os indivíduos de perfil cooperativo, mais da metade adota reciprocidade, de forma ativa, ou seja, “respondem gentil e cooperativamente a outros que agem cooperativamente e pune, mesmo em seu próprio detrimento, aqueles que se comportam não cooperativamente”. Há ainda os que cooperam de forma incondicional.¹⁸¹ Nem todos, por sinal, são facilmente enquadrados em uma dessas categorias.

Essa visão de BENKLER – de que as partes têm mais ou menos aptidão à cooperação – é consistente com estudos que sugerem que, nos contratos de aliança, há perfis de profissionais que são mais (ou menos) adequados a participarem de projetos organizados pelo regime de aliança, comparativamente ao perfil de profissional participante em projetos tradicionais.¹⁸²

Outro aspecto levantado por BENKLER é que, em muitos estudos sobre cooperação, os padrões de comportamento cooperativo podem se mostrar distintos para diferentes países, o que sugere que a cooperação pode também estar ligada a aspectos

¹⁸⁰ “These fields are: (a) experimental economics, with related cooperative game theory; (b) evolutionary biology and a strand of anthropology dealing with gene-culture co-evolution; (c) psychology of motivation and social psychology of solidarity; (d) organizational sociology and management science work focused on cooperative business processes; (e) observational work on successful common property regimes; and (f) the study of online collaboration and social software design” (YOCHAI BENKLER, Law, Policy, and Cooperation, p. 4).

¹⁸¹ Idem, ibidem, p. 1-2.

¹⁸² D. H. T. WALKER e B. M. LLOYD-WALKER, Profiling Professional Excellence in Alliance Management Summary Study Report, 2011.

culturais.¹⁸³ Essa conclusão também nos parece consistente com o contexto dos contratos de aliança, os quais parecem oferecer maiores dificuldades de implantação em regiões cuja cultura de desconfiança e falta de transparência é fortemente arraigada.

2.1.2 *As alavancas de design cooperativo e os contratos de aliança*

BENKLER então faz um apanhado muito interessante acerca dos elementos que, segundo ele, precisam ser considerados para lidar adequadamente com a questão da cooperação, em contextos organizacionais ou regulatórios. Ele chama tais elementos de “alavancas de *design*”, pois eles são capazes de afetar a dinâmica do sistema social em que estão inseridos. Tais elementos devem considerar tanto os perfis de pessoas cooperativas como os de pessoas não cooperativas, podendo ainda ser complementares ou excludentes entre si.¹⁸⁴

Com base nas principais correntes teóricas que abordam a questão da cooperação, o autor sugere treze *alavancas de design cooperativo*: comunicação, humanização/empatia, solidariedade, equidade (*fairness*), normas, confiança, efetividade (*efficacy*), punição/recompensa, *crowding out*, transparência (reputação), custo, possibilidade de entradas e saídas e, por fim, liderança. Com exceção da *comunicação*, BENKLER divide os elementos entre aqueles que afetam a motivação intrínseca à cooperação e aqueles que afetam a motivação extrínseca à cooperação.¹⁸⁵

Vale elucidarmos alguns elementos tratados pelo autor, pois muitos deles auxiliam a nossa compreensão sobre as ferramentas utilizadas para construção do modelo organizacional do contrato de aliança.

O elemento *comunicação* desempenha um papel importante na literatura sobre cooperação. A criação de adequadas rotinas de comunicação é um dos principais – senão o principal – elementos de mudança necessários à criação de modelos organizacionais

¹⁸³ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 6-7.

¹⁸⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 7.

¹⁸⁵ BENKLER assim descreve a motivação intrínseca: “motivation to act that comes from within, rather than in response to external efforts to affect the behavior through reward and punishment” (*Law, Policy, and Cooperation*, p. 8).

colaborativos.¹⁸⁶ BENKLER, por sinal, sugere que esse é o elemento que, necessariamente, está presente em todos os modelos cooperativos:

[...] nada é mais fundamental à cooperação do que a comunicação. Comunicar não é barato; através da comunicação nós podemos definir nossas preferências, objetivos, e desejos em uma situação; começar a construir empatia mútua; negociar quais normas são apropriadas e quais estratégias de ação são justas; e começar a construir confiança e compreender um ao outro. A comunicação é o elemento que tem o mais claro e dramático efeito cooperativo, tanto em experimentos quanto no mundo. É o elemento que existe onde quer que a cooperação seja praticada de forma bem-sucedida – seja entre construtores de motocicletas nas casas de chá de Chonqing, mediadores em tribunais americanos, ou viajantes regulares buscando dividir um sofá em um ou outro canto remoto do mundo. Sistemas cooperativos ao redor do globo têm uma coisa em comum: Todos eles dependem de comunicação.¹⁸⁷

De fato, em contratos de aliança não é diferente. O elemento comunicação é levado bastante a sério, de tal forma que é usual contratos formalmente consagrarem, no clausulado contratual, o princípio *open communication*, que estabelece a importância de criação de um regime de comunicação direta, honesta e aberta.¹⁸⁸ Ademais, conforme já mencionado, a adoção de um mecanismo compartilhado de comunicação, inclusive através de um mecanismo de tecnologia da informação integrado, é tida como um importante fator de sucesso dos contratos de aliança.¹⁸⁹

Dois outros elementos de *design* cooperativo cuja importante influência sobre o comportamento das partes foi empiricamente comprovada são *solidariedade* e *empatia* ou *humanização*. São conceitos próximos, mas com sutis diferenças.

Em razão do elemento *solidariedade*, os participantes que se julgam como fazendo parte de um grupo ou de uma identidade comum tendem a aumentar sua tendência à cooperação. Trata-se de elemento bastante intuitivo e, de fato, já foi demonstrado experimentalmente por estudos que identificaram a relação entre a formação de uma

¹⁸⁶ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 8.

¹⁸⁷ Idem, *The Penguin and the Leviatan: How Cooperation Triumphs over Self-Interest*, p. 117-118.

¹⁸⁸ JIM ROSS, *Introduction to Project Alliancing*, p. 3.

¹⁸⁹ L. CHEN e K. MANLEY, *Validation of an Instrument to Measure Governance and Performance on Collaborative Infrastructure Projects*, p. 43-44.

identidade social comum e a qualidade da colaboração entre indivíduos em um time. “Indivíduos que assim se definem [como parte de uma identidade social comum] geralmente trabalham especialmente duro para criar e manter uma diferenciação positiva entre o seu grupo e outros grupos.”¹⁹⁰ O elemento de identificação como parte de um grupo também pode auxiliar na explicação de fenômenos socialmente indesejados, como a *xenofobia*.¹⁹¹

A *empatia*, por sua vez, é o elemento que explica a tendência de os participantes se comportarem cooperativamente diante de mecanismos que humanizem a(s) contraparte(s). Estudos experimentais demonstram que jogos realizados com a inserção de mecanismos de humanização das contrapartes – como ver a face ou divulgar informações pessoais da contraparte – aumentam o grau de cooperação e de generosidade tanto das pessoas com aptidão mediana à cooperação como daquelas com pouca aptidão à cooperação.¹⁹²

Ambos os elementos, *solidariedade* e *empatia*, são consistentes com o modelo proposto nos contratos de aliança. De fato, a criação de um objetivo comum, com a constante referência à necessidade de trabalhar pelo melhor interesse do projeto (“melhor para o projeto”), aliado à integração de equipes em um único time, são recursos utilizados nos contratos de aliança. Do ponto de vista jurídico, seria possível a adoção de modelo contratual que alocasse de forma compartilhada os riscos, independentemente da integração de times. Essa integração, no entanto, mais do que um efeito de consequências jurídicas, é um recurso de *enforcement* contratual muito além do ferramental jurídico.

Outra alavanca de *design* cooperativo mencionada por BENKLER é a *confiança*. Esse elemento, explica o autor, já recebeu um número grande de análises com objetivos e implicações distintas. A *confiança* que BENKLER menciona aqui não é a confiança na eficiência de um sistema, mas aquela que se refere a uma atitude do agente em interação com outro. “É a crença de que outros, em um dado sistema, agirão de forma cooperativa em relação ao ‘trusting agent’ ou em relação ao objetivo comum, quando lhes for dada a

¹⁹⁰ YOCHAI BENKLER, Law, Policy, and Cooperation, p. 9.

¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 9.

¹⁹² Idem, p. 9.

chance efetiva de agir de modo prejudicial ou benéfico ao ‘trusting agent’.”¹⁹³ Para BENKLER, a criação de *confiança*, no sentido que ele emprega, pode ocorrer por meio do fatiamento dos comportamentos cooperativos, possibilitando que a parte observe, gradativamente, como a contraparte irá se comportar. Com a sinalização acerca do comportamento da outra parte e a tendência à reciprocidade, serão criadas as bases para que, naturalmente, surja o ambiente de confiança.¹⁹⁴

Essa compartimentação comportamental também está presente no modelo das alianças. De fato, conforme já explicamos no item 1.4.3 do Capítulo 1, os contratos de aliança em geral utilizam a primeira etapa de trabalho para desenvolvimento da aliança e, com ela, fomenta-se o ambiente de confiança, crucial para que ocorra o comportamento colaborativo. Os relatos do projeto Andrew,¹⁹⁵ por sinal, que é o caso paradigmático das alianças de projeto, dão conta de que foi essencial para o sucesso do projeto a criação de um ambiente de confiança durante a etapa inicial de desenvolvimento da aliança e do orçamento do projeto.¹⁹⁶

Outra alavanca de *design* cooperativo que, segundo BENKLER, é particularmente negligenciada pela literatura econômica tradicional baseada no agente racional, é a *equidade* (*fairness*).¹⁹⁷ Estudos experimentais demonstram, com consistência, que muitos agentes preferem assumir prejuízo pessoal caso entendam que a solução proposta pela contraparte representa uma injusta distribuição de resultado.¹⁹⁸ Um número considerável de estudos experimentais sobre *equidade* e *reciprocidade* é realizado a partir de modelos da teoria dos jogos, como o denominado *jogo do ultimato*, bem como sua variação, o *jogo do ditador*.¹⁹⁹

¹⁹³ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 9-10 (tradução nossa).

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 10.

¹⁹⁵ V. item 1.2.1 do Capítulo 1.

¹⁹⁶ TERRY KNOTT, *No business as usual: an extraordinary North Sea Result*, p. 27-28.

¹⁹⁷ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 10.

¹⁹⁸ V. DANIEL KAHNEMAN, JACK L. KNETSCH e RICHARD H. THALER, *Fairness and the Assumptions of Economics*, e ainda VITAL ANDERHUB, SIMON GÄCHTER e MANFRED KÖNIGSTEIN, *Efficient Contracting and Fair Play in a Simple Principal-Agent Experiment*, p. 4.

¹⁹⁹ O jogo do ditador é equivalente ao *jogo do ultimato*, com a diferença de que o segundo indivíduo não tem a opção de rejeitar o valor proposto pelo primeiro. Diferentemente do que seria previsível pelo modelo do agente estritamente racional – oferta equivalente a zero –, estudos experimentais sobre o jogo do ditador

No *jogo do ultimato*, um indivíduo (“A”) recebe uma quantia fixa (\$ 100) para dividir com outro indivíduo (“B”). O indivíduo “A” pode escolher qual será a proporção de divisão. O indivíduo “B” poderá decidir entre aceitar a quantia proposta por “A” ou rejeitá-la, hipótese em que ambos não fariam jus a qualquer valor. Pela adoção do modelo comportamental baseado no agente racional, o indivíduo “B” deveria aceitar absolutamente qualquer valor proposto pelo indivíduo “A”, mesmo que \$ 1, pois estaria diante de situação entre receber algum valor ou não receber nada. Em verdade, mesmo se a proposta de divisão de “A” fosse de \$ 100 para “A” e \$ 0 para “B”, em tese, pelo modelo estritamente racional, o indivíduo B não teria menos incentivo para aceitar do que para rejeitar. O que estudos empíricos demonstram, no entanto, é que, sempre que “B” considerar injusta a proposta efetuada por “B”, ele tenderá a rejeitá-la, mesmo em prejuízo próprio.²⁰⁰ Embora esse tipo de experimento possa ser interpretado de muitas formas,²⁰¹ teorias sobre reciprocidade sugerem que grande parte dos indivíduos demonstra muita aversão a soluções injustas.²⁰² BENKLER sugere que o elemento *equidade* pode variar, no entanto, a depender do contexto cultural. A noção sociológica e psicológica do que é justo não deve ser vista de modo universal, segundo o autor.²⁰³

Nos contratos de aliança, este elemento possivelmente está representado pelo próprio modelo de compartilhamento coletivo de riscos e responsabilidades. Ao adotar o modelo “ganhamos todos ou perdemos todos”, as alianças de projeto parecem trazer um componente importante de reciprocidade.

Outra alavanca de *design* cooperativo são as *normas*. *Normas*, no sentido indicado por BENKLER, não terão necessariamente o sentido jurídico. *Normas*, como referidas aqui, têm o papel de criar a compreensão, pela comunidade, do que deve ser

demonstram que o indivíduo ofertante apresenta propostas superiores a zero, embora menores do que as ofertas efetuadas pelos ofertantes no *jogo do ultimato*.

²⁰⁰ VITAL ANDERHUB, SIMON GÄCHTER e MANFRED KÖNIGSTEIN, Efficient Contracting and Fair Play in a Simple Principal-Agent Experiment, p. 4.

²⁰¹ WELLS e RAND sugerem que os estudos experimentais sobre o *jogo do ultimato* na verdade são consistentes com o modelo do agente racional. V. JORDAN S. WELLS e DAVID G. RAND, Strategic Self-Interest Can Explain Seemingly “Fair” Offers in the Ultimatum Game (March 5, 2013).

²⁰² Alguns estudos experimentais sugerem que chimpanzés têm um senso de justiça semelhante ao dos humanos quando são submetidos a variações do jogo do ultimato (DARBY PROCTOR, REBECCA R. WILLIAMSON, FRANS B.M. de WAAL e SARAH F. BROSNAN, Chimpanzees play the ultimatum game, p. 2070-2075).

²⁰³ YOCHAI BENKLER, Law, Policy, and Cooperation, p. 10.

entendido como um comportamento cooperativo e do que deve ser considerado não cooperação. As *normas* criam um código comunicacional comum que permite às partes ajustar seu próprio comportamento, bem como julgar o comportamento dos demais. As normas funcionariam como *pontos focais* que coordenariam os padrões comportamentais dos participantes nos chamados *coordination games*.²⁰⁴

Essa alavanca de *design* cooperativo claramente pode ter grande influência na compreensão do fenômeno dos contratos de aliança e do papel que o contrato pode exercer nesse contexto. É curioso como o contrato pode servir às partes como esse ponto focal de coordenação de padrões de comportamentos esperados, mesmo que a essas normas não estejam atreladas sanções a comportamentos não cooperativos. Vale lembrar que, na modalidade colaborativa do *project partnering*,²⁰⁵ as partes celebram um contrato tradicional, vinculativo em sentido jurídico, e, posteriormente, um documento – *estatuto da parceria* (*partnering charter*) –, que terá caráter não vinculativo e enfatizará o comprometimento em adotar valores como confiança, acordo justo, boa-fé e cooperação, no decorrer da duração da parceria.²⁰⁶ Ou seja, mesmo quando não tem eficácia jurídica, o contrato pode se mostrar um parâmetro comportamental útil ao fomento dos comportamentos colaborativos.

As *normas*, no sentido mencionado por BENKLER, exercem a função de estabelecimento de *standards*, atuando no auxílio à cooperação, muito além de seu viés jurídico sancionador. BENKLER refere ainda haver estudos que sugerem que as pessoas têm maior aderência a normas às quais tenha deliberado. “[...] normas escolhidas através de um processo de autogovernança podem ser internalizadas como ‘pertencentes’ ao agente que vive de acordo com elas”.²⁰⁷ Essa noção pode auxiliar a compreender a razão pela qual o modelo de governança dos contratos de aliança usualmente é baseado em decisões tomadas por consenso. Ao gerar normas que as partes entendem como “autodeterminadas”, a governança contratual por consenso pode ser um eficiente meio de buscar a aderência cooperativa dos participantes.

²⁰⁴ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 10.

²⁰⁵ V. item 1.2.3 do Capítulo 1.

²⁰⁶ DOUG JONES, *Relationship Contracting*, p. 22.

²⁰⁷ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 11.

Outro elemento motivacional intrínseco, segundo BENKLER, é a *eficiência*²⁰⁸ (*efficacy*). Por esse elemento, as pessoas tendem a se comportar de forma cooperativa quando têm a impressão de que o comportamento, individual e coletivo, está gerando resultados, de forma eficiente.

Um elemento de *design* cooperativo dos mais complexos e ainda controversos é a criação de incentivos de *punição* e *recompensa*. Segundo BENKLER, muitos aspectos da *punição* e *recompensa* são consistentes com o paradigma do comportamento racional autointeressado. Alguns estudos mostram que a criação de mecanismos de punição a “desertores” e recompensa a “cooperadores” pode, de fato, catalisar a cooperação.²⁰⁹ Alguns aspectos comportamentais relacionados a esses elementos de *punição* e *recompensa*, no entanto, não seriam explicáveis à luz do modelo racional autointeressado. Um deles diz respeito ao fato, demonstrado experimentalmente, de que uma parte considerável das pessoas irá praticar atos de punição e monitoramento aos “desertores” mesmo quando o custo desses atos seja maior do que o benefício correspondente. Seria um problema de bem público de segunda ordem.²¹⁰

Outro aspecto “irracional” do comportamento, que mais nos interessa, diz respeito à reação comportamental das pessoas a sistemas de punição. Estudos demonstram que modelos mal definidos de punição tendem a gerar rodadas de retaliação e, em consequência, prejudicar a cooperação. Um dos estudos, mencionado por BENKLER e conduzido por FEHR e ROCKENBACH, realiza o seguinte experimento para testar a confiança em um jogo entre *principal* e *agente*:

In a trust game, experimenters give “principals” a sum. Principals can transfer as much or as little of the endowment to a “trustee” agent. The experimenter then multiplies whatever was transferred to the trustee, and gives the new large endowment to the trustee. The trustee can then go home with the entire multiplied endowment, or transfer as much or as little of it as she wishes to back to the principal.²¹¹

²⁰⁸ Eficiência aqui obviamente não tem o sentido de eficiência econômica adotada pela teoria econômica. Optamos por adotar a expressão eficiência, pois o termo “eficácia” poderia remeter ao conceito jurídico e o termo “efetividade” parecia não traduzir adequadamente *efficacy*.

²⁰⁹ YOCHAI BENKLER, Law, Policy, and Cooperation, p. 11.

²¹⁰ Idem, ibidem, p. 11.

²¹¹ Idem, p. 12.

Pelo modelo racional egoístico, no experimento realizado, o *principal* não deveria transferir qualquer quantia ao *agente*, sabendo que este – também racional e autointeressado – reteria integralmente qualquer valor por ele recebido. No entanto, contrariando esse paradigma, os *agentes*, no experimento, transferem quantias significativas de volta ao *principal*, e esse valor aumenta quando o *principal* sinaliza ter confiança no *agente*, transferindo-lhe um valor maior, no seu movimento inicial.²¹²

O mesmo estudo insere, então, a possibilidade de punição pelo *principal* caso o *agente* não transfira um valor de volta. Ao *principal* é dada a prerrogativa de expressamente declarar sua intenção de punir – ou não punir – o *agente* que não transferir quantia de volta. O resultado, também contrário ao modelo de comportamento estritamente racional, é o de que, quando o *principal* declara sua intenção de aplicar punição ao *agente*, a quantia devolvida pelo *agente* é a menor. Quando o *principal* declara expressamente que não irá punir o *principal*, não obstante tivesse essa prerrogativa, a quantia devolvida pelo agente é a maior. Quando simplesmente não há o elemento punição, a quantia devolvida é em valor intermediário. O gráfico a seguir, elaborado por FEHR e ROCKENBACH, demonstra o ponto:

Fonte: Fehr e Rockenbach²¹³

²¹² Idem, p. 12.

²¹³ FEHR e ROCKENBACH, Detrimental effects of sanctions on human altruism, p. 138.

Basicamente o que esse gráfico demonstra é que, em determinadas situações, a possibilidade ou a ameaça de punição pode ter um efeito claro de redução do comportamento cooperativo da outra parte. O estudo de FEHR e ROCKENBACH sugere que, todavia, o efeito negativo das punições normalmente está associado a punições que são interpretadas como “injustas” pela parte penalizada. Do contrário, sustentam esses autores, o comportamento altruísta do agente ainda seria possível.²¹⁴ Outros estudos seguem a linha de FEHR e ROCKENBACH, como os experimentos realizados por HOUSER, XIAO, MCCABE e SMITH, que também indicam que incentivos punitivos podem ter um efeito de redução ao comportamento altruístico.²¹⁵

Esse efeito negativo é um exemplo de outro elemento de *design* cooperativo, crucial ao raciocínio desenvolvido nessa tese: o *crowding out*.

O *crowding out* está associado, portanto, a situações em que o uso de um mecanismo de incentivos prejudica o ambiente de cooperação, ou, para usar a linguagem de BENKLER, “quando o uso de uma alavanca de design reduz a eficácia de outra”.²¹⁶ Além do exemplo supramencionado, acerca dos efeitos do elemento punitivo ou da ameaça de punição, podem-se citar situações em que a introdução de um incentivo financeiro a uma atividade que, anteriormente, era motivada por motivos intrínsecos de cooperação, pode gerar uma alteração cognitiva da percepção do agente, e diminuir a eficácia de sua contribuição a um determinado sistema. Uma dessas situações, referida por BENKLER, e que gerou um importante debate, na década de 70, entre RICHARD TITMUSS e KENNETH ARROW, diz respeito aos efeitos negativos que a criação de um mercado de doação de sangue poderia ocasionar, na medida em que afasta o comportamento altruístico das pessoas.²¹⁷

O *crowding out* é, possivelmente, o elemento de *design* cooperativo que mais interessa a esta tese, uma vez que o contrato e o direito contratual, tradicionalmente, são ferramentas de aplicações de punição a comportamentos juridicamente não desejados.

²¹⁴ Idem, ibidem, p. 139-140.

²¹⁵ DANIEL HOUSER, ERTE XIAO, KEVIN MCCABE e VERNON SMITH, When Punishment Fails: Research on Sanctions, Intentions and Non-Cooperation.

²¹⁶ YOCHAI BENKLER, Law, Policy, and Cooperation, p. 13.

²¹⁷ Idem, ibidem, p. 13.

Compreender como os aspectos punitivos do direito podem ter um efeito de prejudicar o ambiente de cooperação, em situações de grande incompletude contratual, está no cerne de desenvolvimento deste trabalho. Nossa tese se sustenta na premissa de que o *contrato de aliança* utiliza elementos para lidar com o problema do *crowding out*, e um deles é exatamente a redução do potencial sancionador do contrato. Voltaremos ao tema do *crowding out*, no item 2.3.2.1.

Outra alavanca de *design* cooperativo – e esta é bastante óbvia – é a *transparência*, a qual, segundo BENKLER, está diretamente ligada à noção de *reputação*.²¹⁸ Ela é, de certa forma, um pré-requisito para a eficiência de outros mecanismos de cooperação, como a *confiança*. A *transparência* permite aos agentes identificar as intenções e as ações praticadas pelos demais agentes. É obviamente um elemento central em mecanismos baseados em reciprocidade. A *reputação* é um aspecto importante da *transparência*, pois permite ao agente criar a base inicial para a criação de uma relação de confiança. Nos contratos de aliança, a literatura exalta o quão crucial é o dever de transparência entre os participantes da aliança, que devem operar segundo o princípio que o mercado denominou de *open book*. O dever de transparência aqui, mais do que um dever de cunho moral, é um pré-requisito para o comportamento cooperativo.

Os elementos acima citados, de fato, representam aspectos relevantes na motivação do comportamento cooperativo. Compreendê-los é um caminho importante para a construção do adequado arcabouço jurídico, coerente com a manutenção de um ambiente colaborativo. O direito, de modo geral, também representa elementos de *design* comportamental. O direito contratual é um óbvio mecanismo de punição a comportamentos que representam um desvio do contrato acordado. É preciso, no entanto, compreender que o fenômeno colaborativo vai muito além da aplicação de ferramentas de punição e recompensa. E ademais, em certas circunstâncias, ferramentas de punição podem ter efeitos indesejados sobre outros elementos de fomento à cooperação.

²¹⁸ Idem, p. 12.

2.2 Custos de transação, *hold up* e contratos relacionais e governança contratual (entre mercado e hierarquia)

Outra corrente teórica que fornece um instrumental teórico à compreensão dos contratos colaborativos foi a Nova Economia Institucional e, mais especificamente, a Economia dos Custos de Transação (“ECT”). Cumpre-nos uma sucinta explicação sobre temas da ECT que guardam relação com a presente tese.²¹⁹

A ECT tem como seu maior expoente O. WILLIAMSON e foi desenvolvida, em grande medida, a partir de um fenomenal *insight* de R. COASE em seu clássico texto *The Nature of the Firm*.²²⁰ COASE procurava identificar as razões pelas quais as organizações (*firms*) decidiam entre produzir internamente ou buscar no mercado a contratação de recursos necessários a suas atividades. Resumidamente, explica COASE, o fator determinante para a escolha entre a produção por meio da estrutura interna (“hierarquia”) ou externa à organização (“mercado”) eram os chamados *custos de transação*, os quais, segundo WILLIAMSON, até então eram simplesmente ignorados pela teoria econômica tradicional.²²¹

O *insight* de COASE criou a base para o desenvolvimento de uma frutífera linha teórica que buscava compreender, afinal, as razões e os incentivos relacionados aos diferentes modelos de organização. Em suma, a “Economia dos Custos de Transação” parte da noção de que a forma mais eficiente de organização (em sentido lato) é aquela que implica maior economia de custos de transação, e é esse o fator central considerado pelas partes na escolha das estruturas organizacionais.²²²

²¹⁹ Para uma compreensão mais aprofundada da Nova Economia Institucional, v. OLIVER E. WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics: The Natural Progression*.

²²⁰ RONALD H. COASE, *The nature of the firm*, p. 386-405.

²²¹ OLIVER E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*. Firms, Markets, Relational Contracting, p. 15.

²²² Conforme menciona WILLIAMSON, “Quando os custos de transação são desprezíveis, a forma de organização econômica da atividade é irrelevante, já que qualquer vantagem que um modelo possa apresentar em relação a outro será simplesmente eliminado por contratações sem custos” (Transaction-cost economics: The governance of contractual relations, p. 233).

Segundo WILLIAMSON, os custos de transação podem ser influenciados pela interação entre os *atributos da transação* e as características da natureza humana. Para a Economia dos Custos de Transação, os atributos da transação influenciam diretamente os custos de transação incorridos e, portanto, ajudam a definir o modelo organizacional mais eficiente. Tais atributos, resumidamente, estariam relacionados à *especificidade de ativos*, às *incertezas* e à *frequência da relação*.²²³

O comportamento dos agentes, para WILLIAMSON, é caracterizado por *racionalidade limitada* e *oportunismo*. Pela noção de *racionalidade limitada*, o comportamento do agente é intencionalmente racional, porém limitado por sua capacidade cognitiva.²²⁴ Em virtude da *racionalidade limitada*, diz-se que contratos complexos são intrinsecamente incompletos.²²⁵ A característica do *oportunismo* sugere que, se houver a oportunidade de melhorar estrategicamente sua situação contratual, a parte o fará. Essa oportunidade pode surgir, usualmente, quando as partes, em uma relação contratual, possuem os chamados *investimentos específicos* na relação, que seriam aqueles investimentos cujos custos serão perdidos caso a parte abandone a relação e busque alternativa de mercado.

Racionalidade limitada, oportunismo, incertezas, complexidade e investimentos específicos determinam o arcabouço teórico para a explicação do problema do *hold up*, tratado extensivamente pela ECT, e de suma importância a este trabalho. Em uma situação de *hold up*, uma das partes tenta estrategicamente dificultar a realização de um acordo para melhorar sua condição de barganha.

Nos contratos de construção, o problema do *hold up* é recorrente e é central para compreensão do próprio fenômeno dos contratos colaborativos e, especificamente, do contrato de aliança, uma vez que projetos de infraestrutura são normalmente caracterizados por terem um grande nível de *investimentos específicos*, uma longa duração e um grande nível de incertezas.²²⁶ Muitas vezes, diante da necessidade de adaptação do contrato

²²³ OLIVER E. WILLIAMSON, The economics of organization: the transaction cost approach, p. 548-577.

²²⁴ Idem, The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract, p. 174.

²²⁵ Idem, ibidem, p. 188.

²²⁶ L. CHEN e K. MANLEY, Validation of an Instrument to Measure Governance and Performance on Collaborative Infrastructure Projects, p. 2.

celebrado, em virtude de uma contingência nova ou modificação do escopo das obras, a parte contratada tenta aproveitar a oportunidade para renegociar condições outras que havia já ajustado contratualmente. É, por vezes, a oportunidade que precisa para melhorar uma baixa margem de lucro que lhe foi quase que imposta, em um duro processo de negociação, dado que o dono do projeto poderá ter um alto custo, inclusive de tempo e oportunidade, para contratação de um novo parceiro. Ou seja, o dono do projeto usualmente tem *investimentos específicos* associados aos contratos de construção.

O problema do *hold up* ilustra o que, na verdade, na visão da ECT constitui o maior problema dos contratos em contextos que demandam adaptação, especialmente em contratos de longa duração e de grande nível de incertezas. A ECT prediz, diante de tal cenário, que é natural que a solução do problema passe pela integração vertical, cujos mecanismos de coordenação interna permitem lidar com problemas futuros de adaptação. Essa previsão específica, no entanto, segundo GILSON, SABEL e SCOTT não têm sido a realidade de determinados mercados de grande inovação, que têm observado um movimento de desintegração vertical, dada a dificuldade de manter a inovação tecnológica em vários campos, necessários ao sucesso de seu produto. Esses mercados têm adotado modelos híbridos de governança²²⁷.

A ECT aborda os modelos organizacionais como “estruturas de governança”. A “governança”, no sentido usado por WILLIAMSON, “is the means by which to infuse order, thereby to mitigate conflict and to realize ‘the most fundamental of all understandings in economics,’ mutual gain from voluntary exchange’”.²²⁸ WILLIAMSON trouxe à tona a figura dos híbridos, organizações cujas características de governança fluíam entre dois polos, hierarquia e mercado.²²⁹

²²⁷ “Despite the conventional theory, contemporary practice is moving in the other direction, strongly suggesting that the people doing the work know something that the theorists have yet to figure out. Instead of vertical integration, we observe vertical disintegration in a significant number of industries, as producers recognize that they cannot themselves maintain cutting-edge technology in every field required for the success of their product. Increasingly, companies are electing to acquire by contract components that in the past they would have made themselves. In doing this, the parties are developing forms of contracting beyond the reach of contract theory models” RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, Contracting for innovation: vertical disintegration and interfirm collaboration. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1289428>>; <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1289428>>, p. 2.

²²⁸ OLIVER E. WILLIAMSON, The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract, p. 180.

²²⁹ Idem, Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, p. 269-296.

Estudos recentes da ECT têm se detido na figura dos híbridos, embora muitas questões ainda se mantenham pouco exploradas.²³⁰ Para MÉNARD, embora os híbridos assumam formas muito heterogêneas, alguns aspectos comuns podem ser observados em seus variados exemplos. Por uma dessas características, que o autor chama de *pooling*, os híbridos são sistemas organizados através de um sistema compartilhado de coordenação e cooperação interorganizacionais, de modo que “decisões importantes de investimento devem ser feitas conjuntamente”²³¹. Obviamente essa característica cria a possibilidade de comportamentos oportunistas, razão pela qual a reputação se torna também um elemento importante em organizações híbridas. Uma segunda característica descrita por MÉNARD é que, de modo geral, estruturas híbridas são formalizadas através de contratos, cuja rigidez e incompletude criam os problemas tradicionais de oportunismo em situações de adaptação.²³²

Ele sugere que os híbridos começam a desenvolver mecanismos para lidar com o problema da rigidez contratual, muitos deles de natureza informal, como a adequada seleção de parceiros, e outras de natureza formal, como a adoção de arranjos multilaterais.²³³ Ademais, são estabelecidas relações de longo prazo, e os clausulados, por vezes, são reduzidos a um “framework” que descreve *standards* e procedimentos. O autor entende, ainda, que cláusulas de variação adequadas são cruciais uma vez que incertezas demandarão futuras negociações.²³⁴

Do ponto de vista da ECT, MÉNARD sugere que os arranjos híbridos ocorrem quando “investimentos específicos podem ser divididos entre os parceiros sem perder as vantagens das decisões autônomas, enquanto incertezas são relevantes o suficiente para fazer com que o *pooling* seja uma alternativa vantajosa ao mercado”. Assim, combinações de situações com “investimentos específicos” e “incertezas relevantes” determinam as diferentes formas de híbridos. “Se somente um atributo está presente, a governança tende a

²³⁰ CLAUDE MÉNARD, The Economics of Hybrid Organizations Journal of Institutional and Theoretical Economics, p. 345-376.

²³¹ CLAUDE MÉNARD, The Economics of Hybrid Organizations Journal of Institutional and Theoretical Economics, p. 351-352.

²³² Idem, ibidem, p. 352.

²³³ Idem, p. 361.

²³⁴ Idem, p. 362.

modelos baseados em contratos. Se ambos os atributos estão presentes, a governança se torna mais autoritária.”²³⁵

Os híbridos, segundo MÉNARD, além de buscar a construção de condições para lidar com o *hold up*, costumam adotar mecanismos de divisão dos resultados advindos das atividades conjuntas, e também mecanismos internos de coordenação e resolução de conflitos, coerentes com estruturas “hierárquicas”.²³⁶

A literatura acerca dos contratos de aliança, analisada no Capítulo 1, sugere que, nesse modelo organizacional, há a redução de custos de transação *ex post*, embora talvez até possa existir um acréscimo de custos de transação *ex ante*. De fato, constituir uma *aliança* requer um investimento alto em alinhamento organizacional que somente será compensado por uma redução de custos superior, durante a etapa de execução das obras.

Na prática, os contratos de aliança se enquadram na figura dos híbridos. Há, nos contratos de aliança, estruturas de coordenação compartilhadas típicas de estruturas hierárquicas, embora, por outro lado, haja elementos transacionais claros, já que, ao final do projeto, somente o Dono do Projeto receberá os ativos resultantes. Aos demais participantes (NOPs) caberá a sua remuneração. O contrato de aliança é caracterizado por fornecer uma estrutura de governança que auxilia as partes a lidar com o problema do *hold up*. Essa governança é explicitamente tratada nos contratos.

Ao sugerir, no entanto, que as decisões sejam tomadas sempre por consenso, dos seus membros, as *alianças de projeto* inserem um componente comportamental importante ao quebra-cabeças proposto pela ECT. Ao contrário do que a intuição possa sugerir, o princípio das decisões por consenso, adotado nas alianças de projeto, não agrava o problema do *hold up*. Possivelmente, o contrário. A estrutura dos contratos de aliança pretende fomentar um ambiente de confiança, reciprocidade e comunicação que tira proveito desse tipo de princípio. Claro que, conforme mencionado no item 1.8 do Capítulo 1, o sucesso da aliança depende também da adequada aplicação de outros mecanismos informais de *enforcement* contratual e de sua interação com os mecanismos formais do contrato.

²³⁵ Idem, p. 360.

²³⁶ Idem, p. 360-367.

2.3 A relativização da função contratual: ferramentas formais e informais de *enforcement* contratual

2.3.1 *Stewart Macaulay e o “não uso” do contrato: a prevalência dos mecanismos informais*

Os objetivos da aliança, conforme já explicamos, podem, de fato, advir de mecanismos contratuais formais e informais. É preciso compreender a utilidade dos mecanismos contratuais formais para assim tentarmos entender o papel que o direito contratual pode exercer nos contratos de aliança.

Ao que nos parece, a linha teórica mais citada em matéria de relativização da função do contrato foi aquela construída a partir dos estudos empíricos de STEWART MACAULAY. Em seu clássico artigo, “Non-contractual relations in business. A preliminary study”, publicado em 1963, o autor coloca em xeque a visão de que o contrato é o grande pilar de sustentação das relações de negócio. Ele busca respostas objetivas e práticas para questões simples: “*quão bom é o direito contratual? Quem o usa? Quando e como?*”.²³⁷

Para responder a tais questões, apresenta um estudo empírico qualitativo no qual é entrevistado um grupo de homens de negócio acerca do uso que estes fazem do contrato. Vale elucidarmos um pouco do clássico texto de MACAULAY.

MACAULAY desenvolve seu artigo identificando dois elementos associados ao termo contrato:

(a) o planejamento racional da transação com a disposição cuidadosa de tantas contingências futuras quanto puderem ser previstas, e (b) a existência ou o uso de sanções legais, reais ou potenciais, para induzir o desempenho da relação de troca ou para compensar o não desempenho.²³⁸

²³⁷ STEWART MACAULAY, Non-contractual relations in business. A preliminary study, p. 1.

²³⁸ Idem, ibidem, p. 3.

O primeiro desses elementos está especialmente relacionado ao momento de criação do contrato, no qual, em tese, as partes devem efetuar, de forma racional, um planejamento adequado dos riscos e das responsabilidades relacionadas ao contrato. Sobre esse aspecto, o estudo sugere que o grau de planejamento, no início, muitas vezes, senão na maioria das vezes, não é cuidadoso e detalhado. Sugere ainda que, conscientemente, muitas questões, por vezes, simplesmente deixam de ser tratadas de forma definitiva no contrato.²³⁹ Os homens de negócio, alega, preferem confiar na “palavra dada, em uma carta sucinta, em um aperto de mão e na honestidade e decência da contraparte, mesmo em situações que envolvam transações com riscos relevantes”.²⁴⁰

MACAULAY passa então a analisar o uso do contrato para ajuste das relações de troca e de resolução de disputas, posteriormente à criação da relação. As respostas colhidas pelo estudo de MACAULAY sugerem que raramente os homens de negócio usam medidas legais para ajustar suas relações ou para resolver suas disputas. Menciona ainda que, mesmo ameaças de potencial uso do contrato, são evitadas.²⁴¹

O autor explica que os agentes de negócio fazem pouco uso do contrato para a resolução de seus conflitos por considerarem as sanções “não jurídicas” muito mais efetivas. MACAULAY cita diversas formas de sanções não jurídicas que tornariam possíveis as relações de troca sem o uso do ferramental jurídico contratual. Dentre os exemplos, ele cita o “relacionamento das partes”, o “desejo usual de continuar fazendo negócios no futuro”,²⁴² sanções de restrição de crédito e o risco de perda de reputação.²⁴³

²³⁹ Interessante a menção que ele faz sobre algumas reclamações que os advogados entrevistados faziam dos homens de negócio: “Seven lawyers from law firms with business practices were interviewed. Five thought that businessman often entered contracts with only minimal degree of advance planning. They complained that businessmen desire to ‘keep it simple and avoid red tape’ even where large amounts of money and significant risks are involved. One stated that he was ‘sick of being told, -We can trust old Max,’ when the problem is not one of honesty but one of reaching an agreement that both sides understand.’ Another said that businessmen when bargaining often talk only in pleasant generalities, think they have a contract, but fail to reach agreement on any of the hard, unpleasant questions until forced to do so by a lawyer” (STEWART MACAULAY, *Non-contractual relations in business. A preliminary study*, p. 6-7).

²⁴⁰ STEWART MACAULAY, *Non-contractual relations in business. A preliminary study*, p. 6.

²⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 10-11.

²⁴² *Idem*, p. 13-14.

²⁴³ ROPPO, no seu clássico livro sobre contratos, explica o fenômeno, fazendo expressa referência ao trabalho de MACAULAY: “Quais as razões de uma tal ‘fuga ao contrato’? Por um lado, Macaulay indica a circunstância de, em determinadas situações, o contrato e o direito dos contratos aparecerem como

Em linha com a hipótese sustentada nesta tese de que, nos *contratos de aliança*, os agentes entenderam necessário certo afastamento do viés sancionador do contrato, MACAULAY menciona um argumento bastante interessante. Segundo o autor, não só o contrato e o direito contratual deixam de ser utilizados em certas situações, como o seu uso pode ter consequências negativas indesejáveis, gerando custos de transação.²⁴⁴ Tais custos, argumenta, envolveriam não só eventuais prejuízos diretos com a condução das disputas, mas outros, como o custo relacionado à perda do foco das atividades normais da organização: “A empresa poderá perder muitos dias de trabalho de várias pessoas-chave”.²⁴⁵

O artigo de MACAULAY é mencionado como o mais citado dentre os que tratam especificamente sobre teoria contratual, nos últimos 50 anos,²⁴⁶ tendo inspirado toda uma linhagem de acadêmicos, cuja principal corrente de pensamento foi denominada *teoria dos contratos relacionais*, embora tal denominação tenha sido utilizada em outras linhas de pesquisas, nem sempre conciliáveis com a visão de MACAULAY.²⁴⁷ A abordagem de pesquisa, desenvolvida a partir dos trabalhos de MACAULAY, por conta de seu viés empírico, é também referida como *Law in Action*.

desnecessários a um desenvolvimento profícuo das trocas, por que ‘as suas funções são assumidas por outros instrumentos’ (especialmente em conexão com o progresso técnico-científico, ou com a expansão da prática seguradora), ou porque ‘existem muitas sanções não jurídicas eficazes’ capazes de, convenientemente, substituir as legalmente previstas pelas regras de direito contratual (sanções ligadas, por exemplo, à subsistência de relações extracontratuais de natureza vária – pessoais, sociais, profissionais ou ainda de outro gênero – entre os empresários que tomam parte na troca ou entre os componentes das suas organizações empresariais; ao desejo de não prejudicar as boas relações de negócios com a contraparte, através de faltas de cumprimento ou de comportamentos incorrectos que suscitarium reacções e retaliações econômicas do parceiro prejudicado; ao interesse em conservar, mais em geral, uma boa ‘reputação no mercado’ – bem mais necessário ainda no âmbito de economias fortemente competitivas). Por outro lado, observa-se que, por vezes, o emprego do contrato e do direito dos contratos, não sendo simplesmente supérfluo, arrisca-se frequentemente a determinar resultados contraproducentes e antieconômicos: lentidões e retardamentos na conclusão dos negócios; rigidez e escassas margens de adaptação ao imprevisto na sua execução; exposição a elevados custos legais e judiciais quando se decida fazer valer em tribunal os direitos contratuais; deterioramento ou rotura a que o exercício de uma acção legal intentada para fazer valer o contrato geralmente conduz, no quadro das relações económicas entre as partes envolvidas, e que, de outro modo, poderiam ser evitadas com uma solução da controvérsia, por assim dizer, ‘extralegal’, não mediada pelo direito dos contratos e pelo seu aparato coercitivo” (*O contrato*, p. 20-21).

²⁴⁴ STEWART MACAULAY, Non-contractual relations in business. A preliminary study, p. 15

²⁴⁵ Idem, p. 15-16.

²⁴⁶ F. SHAPIRO, The Most-Cited Law Review Articles Revisited, p. 767.

²⁴⁷ ROBERT E. SCOTT, The Promise and the Peril of Relational Contract Theory, p. 103.

Dentre os muitos estudos que seguiram a corrente de pensamento de MACAULAY tem bastante destaque o realizado por BEALE e DOUGDALE,²⁴⁸ no qual os autores fazem uma pesquisa empírica, bastante semelhante à de MACAULAY. Segundo o artigo, todavia, eles se propuseram a detalhar um pouco mais a questão relativa ao uso do contrato – tanto em relação ao planejamento quanto à aplicação de sanções – em situações específicas.²⁴⁹ As conclusões são parecidas com as de MACAULAY. Alguns fatores como baixo risco, normas tácitas e vários mecanismos extracontratuais tendem a reduzir o uso do direito contratual, tanto em sua função “planejadora” como para a resolução dos conflitos que podem surgir posteriormente.²⁵⁰ Os autores apontam, no entanto, situações em que há sim certo uso do contrato. O exemplo mais óbvio seria a cobrança de débitos. Ainda, em certas circunstâncias em que há um risco justificado, as partes tendem a realizar uma negociação e um planejamento cuidadoso do contrato, quando de sua formação ou quando há situações especiais para pagamento.²⁵¹

Além do estudo de BEALE and DOUGDALE, realizado na Grã-Bretanha, a metodologia e a linha de pesquisa inauguradas por MACAULAY receberam a atenção de outros pesquisadores, em outras localidades e contextos, como França e países escandinavos, tendo as respostas obtidas sido, de modo geral consistentes com as conclusões de MACAULAY.²⁵²

RUBIN faz uma interessante explicação da importância dos trabalhos de MACAULAY fazendo referência à teoria dos sistemas de LUHMANN.²⁵³ Um sistema autopoietico, de acordo com a visão de LUHMANN, explica RUBIN, “é um sistema que está limitado em razão de ser autorreferencial – isto é, uma estrutura organizada que constrói ou

²⁴⁸ H. BEALE E TONY DOUGDALE, *Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, p. 45-60.

²⁴⁹ “We have attempted however to discover more detail than is contained in Macaulay’s article about the extent of planning practised on particular issues and on how particular problems might be resolved. Our research was concentrated on formation (as a necessary preliminary) and the four issues of payment and security, cancellation for reasons other than breach, delay and defects.” H. BEALE E TONY DOUGDALE, *Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, p. 46.

²⁵⁰ H. BEALE E TONY DOUGDALE, *Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, p. 59.

²⁵¹ *Idem*, *ibidem*, p. 59.

²⁵² STEWART MACAULAY, *The impact of Contract Law on the Economy: Less than Meets the Eye?*, p. 8.

²⁵³ Não pretendemos descrever a teoria dos sistemas, mas apenas trazer o argumento de RUBIN. Para uma visão aprofundada da teoria dos sistemas v. NIKLAS LUHMANN, *Law as a Social System*.

define seus elementos”.²⁵⁴ O sistema é autorreferencial, porém não é isolado. Ele reage ao ambiente. Do contrário, explica RUBIN, o sistema não sobreviveria. Segundo o autor:

[o] sistema reage ao ambiente através da construção de elementos internos ao próprio sistema, e não através da absorção direta de elementos externos. Na medida em que o sistema se reproduz ele se torna complexo; ou seja, seus elementos estão todos conectados um ao outro, mas frequentemente indiretamente através de caminhos intermediários que criam questões desafiadoras de coordenação interna.²⁵⁵

RUBIN então usa essa explicação para fundamentar os limites da doutrina tradicional, que busca construir seus argumentos fazendo referência a conceitos internos ao sistema legal. Segundo RUBIN, o trabalho de MACAULAY se distingue por buscar respostas fora do sistema legal. Os homens de negócio, no artigo clássico de MACAULAY, eram afetados pelo sistema legal, mas não era o sistema legal que os regulava. “Em termos autopoieticos, o sistema legal interpenetrou o sistema social, mas o comportamento dos homens de negócio pertencia ao sistema social, não ao legal”.²⁵⁶

Qual seria então a relevância da escola do empirismo jurídico para a doutrina tradicional? Os empiristas jurídicos, segundo RUBIN, podem ajudar a alterar os limites do sistema legal. A doutrina empírica pode ajudar a sugerir mudanças do discurso e de premissas fundamentais do sistema legal, desencadeando mudanças nas instituições e nos conceitos jurídicos.²⁵⁷

O estudo de MACAULAY foi a pedra fundamental que inspirou outros estudos a buscarem a redefinição do âmbito de efetividade do direito contratual, em certos mercados. Em seu trabalho, MACAULAY foi brilhante ao explicar como as partes preferem utilizar mecanismos informais de *enforcement* contratual. O autor chega também a se deter superficialmente acerca das razões pelas quais as partes continuam formalizando contratos.

²⁵⁴ EDWARD RUBIN, *Empiricism's Crucial Question and the Transformation of the Legal System*, p. 81 (tradução nossa).

²⁵⁵ Idem, ibidem, p. 81 (tradução nossa).

²⁵⁶ Idem, p. 83-84. Dito em outros termos, explica RUBIN: “One way to say this is that the answers simply escape from the available categories of legal analysis, and thus must be formulated in different terms. An alternative approach, suggested by systems theory, is that the answers involve behaviours that belong to the social system rather than the legal system and that the legal system had no way to respond to the social System's complexity in this area” (Idem, p. 84).

²⁵⁷ EDWARD RUBIN, *Empiricism's Crucial Question and the Transformation of the Legal System*, p. 93.

Segundo ele, dentro das empresas, o contrato continua sendo utilizado para fins comunicacionais, ou para situações mais complexas e com riscos de danos muito altos, nas quais são usuais cláusulas de limitação de risco.²⁵⁸

As conclusões de MACAULAY sugerem, portanto, certa prevalência dos mecanismos informais e, conseqüentemente, uma redução de relevância ou até um efeito negativo dos mecanismos formais de *enforcement* contratual. O autor, no entanto, não parece ter esclarecido, de forma contundente, o papel dos mecanismos formais e a relação entre os mecanismos formais e informais de governança contratual.

2.3.2 *A relação entre as sanções formais e as sanções informais*

2.3.2.1 *Crowding-out: antagonismo entre a aplicação de sanções formais e informais*

Um dos aspectos estudados pelos teóricos inspirados por MACAULAY, e que guarda estreita correlação com a hipótese levantada nesta tese, é o fenômeno específico de *crowding out*, no qual mecanismos de punição do direito prejudicam mecanismos informais de governança contratual. Algumas pesquisas sugerem que, em determinadas situações, pode haver uma relação antagônica entre as sanções formais do contrato e os mecanismos “informais” de solução dos conflitos contratuais.²⁵⁹

Segundo LIN e WHITFORD, alguns estudos já evidenciam que contratos, como um modelo de controle formal e externo, podem prejudicar a confiança e afastar as razões intrínsecas à colaboração. Em outras palavras, mencionam os autores, “não só há uma incompatibilidade putativa entre a invocação de sanções jurídicas e colaboração, mas a real ou mesmo potencial ameaça de uso das sanções legais pode impedir ou criar

²⁵⁸ STEWART MACAULAY, *Non-contractual relations in business. A preliminary study*, p. 16.

²⁵⁹ “[...] the introduction of formal contract and its ‘high-powered’ sanctions may ‘crowd out’ the otherwise powerful informal forces that ‘Non-Contractual Relations’ had found were the primary mechanisms for on-going adjustments in relational contracts” (ROBERT E. SCOTT, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory*, p. 112).

condicionantes à colaboração.²⁶⁰ Já citamos, no item 2.1.2, estudos experimentais que evidenciam esse fenômeno. Vale, no entanto, elucidarmos um pouco mais a doutrina que descreve o fenômeno do *crowding out*.

FEHR e GÄCHTER realizam estudo experimental indicando que incentivos contratuais explícitos têm o potencial de minar a cooperação voluntária.²⁶¹ Os autores mencionam que, nos experimentos por ele realizados, o efeito de *crowding out* é tão forte que contratos prevendo incentivos demonstraram ser menos eficientes do que contratos sem incentivos. A inclusão de penalidades contratuais, por exemplo, tem o potencial de tornar o desempenho contratual menos eficiente do que se tais penalidades inexistissem no contrato, uma vez que causam uma redução substancial da cooperação voluntária.²⁶² Tais conclusões contrariam a concepção tradicional que pressupõe agentes racionais autointeressados.²⁶³

FEHR e GÄCHTER também identificam uma peculiaridade que denominaram de *efeito de enquadramento (framing effect)*, que pode ser bastante elucidativo acerca da melhor forma de estruturação de modelos organizacionais. Eles verificaram que,

[...] se o incentivo disponível é enquadrado como um bônus a ser pago em adição a uma remuneração base, a cooperação voluntária é, *ceteris paribus*, significativamente maior do que em situações nas quais o incentivo é enquadrado como uma dedução de preço. [...] Esse efeito de enquadramento é compatível com a visão de que percepções sobre gentileza e hostilidade, que são cruciais para a qualidade das respostas recíprocas, podem ser manipuladas mediante o enquadramento dos incentivos. Esse efeito de enquadramento pode, portanto, ser devido a uma mudança no ponto de referência que fornece a base por julgar as ações como *hostis* ou *gentis*.²⁶⁴

GILSON, SABEL e SCOTT descrevem sua visão teórica acerca das situações nas quais, de fato, a potencial aplicação de sanções formais pode afastar os mecanismos

²⁶⁰ LI-WEN LIN e JOSH WHITFORD, *Conflict and Collaboration in Business Organisation: A Preliminary Study*, p. 199 (tradução nossa).

²⁶¹ ERNST FEHR e SIMON GÄCHTER, *Do Incentive Contracts Undermine Voluntary Cooperation?*, p. 30-33.

²⁶² *Idem*, *ibidem*, p. 31.

²⁶³ Embora estudos empíricos recentes tenham apresentado resultados consistentes nesse sentido, há também estudos realizados que sugerem não haver tal correlação. Vide, por exemplo, MARY L. RIGDON, *Trust and Reciprocity in Incentive Contracting*, p. 4.

²⁶⁴ ERNST FEHR e SIMON GÄCHTER, *Do Incentive Contracts Undermine Voluntary Cooperation?*, p. 31.

informais de garantia de cumprimento contratual. Na visão dos autores, em geral, o fenômeno do *crowding out* está diretamente ligado ao fato de que a potencial aplicação de sanções de “alta potência” prejudica a informação e a interpretação de uma parte acerca da ação a ser tomada pela outra parte. Ou seja, o *crowding out* ocorreria quando mecanismos formais do contrato tornam as ações e o desempenho das partes menos observáveis. Isso se daria, segundo os autores, em decorrência de dois fatores.²⁶⁵

O primeiro fator, mencionado por GILSON, SABEL e SCOTT, está relacionado à alteração da forma de percepção da natureza das interações por eles entabuladas. A *economia comportamental* tem tratado desse fenômeno, que sugere que as pessoas avaliam suas interações como, de modo alternativo, “baseadas em normas” (*norm-based*) ou “baseadas na troca” (*exchange-based*). A introdução de sanções formais para influenciar as ações das partes resulta em uma “mudança cognitiva” que altera a forma como a parte avalia a relação, diminuindo o nível de confiança, tornando as partes menos cooperativas e mais inclinadas a tomar decisões baseadas exclusivamente na maximização de seus resultados individuais. Estudos experimentais dão evidências de tal fenômeno ao demonstrar que, em situações contratuais, a inserção do elemento formal de sanção tem como consequência a diminuição do nível de desempenho do contrato.²⁶⁶

O segundo fator que contribui ao *crowding out*, segundo GILSON, SABEL e SCOTT, é o impacto que as sanções legais formais podem ter na frequência com que as partes demonstrem comportamentos que dão suporte aos mecanismos informais de garantia de comportamento contratual.²⁶⁷ Quando o contrato prevê uma série de sanções associadas a diferentes situações descritas, os autores mencionam que as partes se tornam menos tendentes a demonstrar comportamento que “convidam” a outra parte a reciprocidade informalmente, uma vez que tal comportamento expõe a parte que convida ao risco de ser

²⁶⁵ “(a) mecanismos formais de cumprimento contratual alteram a forma que uma parte percebe o comportamento observado da contraparte (e consequentemente altera o entendimento da parte sobre como ela deve se comportar); e (b) mecanismos formais de cumprimento contratual reduzem a frequência, e portanto o número de observações, do próprio comportamento que sinalizaria uma intenção de cooperar” (RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1400; tradução nossa).

²⁶⁶ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1400.

²⁶⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 1401.

considerada a “inadimplente” no contrato, a ela sendo atribuído todo o ônus decorrente de eventual término contratual.²⁶⁸

A explicação utilizada pela psicologia para o fenômeno do *crowding out* é a teoria da autodeterminação, assim elucidada por BENKLER:

[...] self-determination theory posits that individuals have innate needs for competence, autonomy, and relatedness. Certain kinds of extrinsic rewards and controls tend to make individuals feel that all or some aspects of these needs are rejected by the person offering the reward or punishment, leading to a decline in motivation.²⁶⁹

A conclusão de que há o efeito de *crowding out* da cooperação em decorrência do sistema de sanções jurídicas não deve ser generalizada a qualquer contexto. Algumas condições da relação contratual e as características do sistema de sanções – como o fato de ser ou não interpretado como *equânime* – contribuirão, ou não, para a existência do fenômeno. Compreender quais contextos contratuais são mais ou menos propensos ao fenômeno do *crowding out* parece crucial.

Os textos por nós analisados parecem não dar a exata dimensão dos contextos em que tal fenômeno ocorre. O contexto específico dos contratos de construção de projetos complexos de construção, de maneira geral, parece um terreno fértil à ocorrência do *crowding out*. Clausulados de contratos de construção são geralmente pesados e carregados de consequências jurídicas, no sentido que atribuem, muitas vezes, um grande nível de risco e de responsabilidade ao contratado, embora o inverso também possa ser verdade. Os modelos internacionais dos chamados contratos *EPC-Turnkey Lumpsum*, por exemplo, transferem ao *epecista* um nível altíssimo de risco e responsabilidade relacionado ao projeto, inclusive acerca de informações fornecidas pelo próprio dono do projeto. Por outro lado, tais projetos, de maneira geral, podem ser impactados por um número grande de variáveis que, se alteradas, mudam o arranjo contratual inicial. Além disso, o processo de concorrência para contratação e a negociação comercial e jurídica desses contratos podem ser muito tensos e levar meses, ou, em casos extremos, até anos. É natural certo sentimento

²⁶⁸ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1402.

²⁶⁹ YOCHAI BENKLER, *Law, Policy, and Cooperation*, p. 13.

de insegurança de uma parte contratante que, em uma negociação complicada, eventualmente assume riscos além de sua capacidade razoável de gerenciá-lo ou mitigá-lo. Tudo isso, associado à assimetria informacional existente entre as partes, parece gerar, no mercado de construção, um *crowding out* intenso do comportamento cooperativo.²⁷⁰

O fenômeno do *crowding out* mostra que, de fato, em certas situações, mecanismos formais de punição contratual podem ter um efeito negativo aos mecanismos informais. Permanece, no entanto, a questão: por que razão as partes continuam a celebrar contratos, estabelecendo os mecanismos contratuais formais, mesmo nesses contextos mais complexos de contratação – em que o *crowding out* seria mais previsível? Haveria algum papel que tais mecanismos formais poderiam desempenhar nesses contextos?

Alguns estudos têm sugerido respostas a tais questões, conforme passaremos a descrever.

2.3.2.2 *O uso complementar das sanções contratuais e ferramentas informais*

Alguns desenvolvimentos teóricos e experimentais recentes têm sugerido que os mecanismos formais de punição jurídica e os mecanismos informais de *enforcement* contratual são ferramentas complementares. As respostas por eles sugeridas são muito úteis à compreensão do contrato de aliança, no qual há ainda um sistema de punições, porém abrandado.

a) *O uso do contrato como base de sustentação para aplicação de sanções informais*

BOZOVIC e HADFIELD, em estudo empírico recente, sugerem haver evidências para demonstrar que, em indústrias com alto nível tecnológico e de inovação, as partes fazem um uso substancial de documentos formais e de recomendações jurídicas para planejar e administrar suas relações interempresariais. Tais autores procuram demonstrar a importância da complementaridade entre sanções formais e informais para obtenção da

²⁷⁰ Vide item 1.1.3 do Capítulo 1.

cooperação e para o bom desempenho do comportamento contratual, em mercados de inovação.

Segundo BOZOVIC e HADFIELD, de maneira geral, as partes, de fato, não teriam interesse em utilizar mecanismos contratuais de cumprimento contratual, preferindo valer-se de mecanismos informais, como confiança, reputação e relacionamento. No entanto, essa confiança nas sanções informais não importaria em atribuir um papel irrelevante, na relação, à negociação contratual, ao documento firmado e às recomendações de caráter jurídico. Os autores encontraram evidências de uma “robusta confiança em documentos formais e opiniões legais sobre questões contratuais”, sobretudo em contratos de alta inovação:

Diferentemente dos respondentes de Macaulay, nossos respondentes não simplesmente celebram contratos padronizados e os deixam na gaveta [...]; eles customizavam seus contratos, no início, e então o levavam para fora, o estudavam, obtinham opiniões legais sobre eles, e frequentemente o alteravam durante o curso da relação.²⁷¹

BOZOVIC e HADFIELD entendem que os achados de seu estudo complicam um pouco a resposta à questão colocada por MACAULAY sobre o porquê de as partes continuarem celebrando contratos. MACAULAY, alegam os autores, parecia entender que as empresas davam pouco ou nenhuma importância à formalização contratual e, por isso, faziam pouco investimento, celebrando documentos-padrão. Os estudos empíricos de BOZOVIC e HADFIELD sugerem que as partes investem sim uma grande quantia na negociação e no planejamento de seus documentos contratuais. “Isso sugere que eles não são nem um pouco irrelevantes. Mas, se eles não estão sendo usados como a base para esforços de garantia formal de cumprimento do contrato – o que claramente eles grandemente não estão –, então qual a sua importância?”²⁷²

BOZOVIC e HADFIELD sustentam que a resposta a essa questão está no fato de que a formalização contratual pode servir para dar base de sustentação à aplicação de sanções informais. Ou seja, os empresários, de fato, continuariam preferindo adotar mecanismos

²⁷¹ IVA BOZOVIC e GILLIAN K. HADFIELD, *Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation*, p. 3-4.

²⁷² Idem, *ibidem*, p. 4.

informais de *enforcement* contratual, mas os mecanismos formais teriam um papel importante em criar o equilíbrio para que os mecanismos informais sejam eficazes. Eles sugerem que o contrato formal funciona como um arcabouço que auxilia a criação de um sistema próprio de comunicação, que, por sua vez, ajuda a definir o que é uma quebra ou não quebra contratual. Esse sistema comunicacional criaria o equilíbrio necessário para que, diante da ameaça de quebra contratual, o descumprimento contratual não ocorresse. Em mercados de alta tecnologia e inovação, sustentam, esse equilíbrio só é possível com o contrato formalizado.²⁷³

Eles denominam o modelo por eles descrito de *scaffolding* (que poderia ser traduzido como “andaime” ou “armação”), para dar a ideia de uma estrutura de suporte que cobre buracos e falhas na estrutura abaixo. Os autores esclarecem, portanto, que seu modelo teórico é mais compatível com contextos nos quais é alta a ambiguidade sobre o que constitui adequado desempenho, ou seja, em contratos com grande nível de incompletude.²⁷⁴

Importante esclarecer que o estudo não propõe uma visão de que as partes celebram o contrato em função do uso direto que pretendem fazer dessas sanções formais. Eles continuam achando, tal como nos resultados de MACAULAY, que o uso do arcabouço sancionador estatal seria muito ineficiente como mecanismo de garantia ao comportamento. O ponto aqui é criar o equilíbrio cooperativo em um “jogo” que, naturalmente, seria não cooperativo.

Eles explicam o modelo por eles proposto usando ferramental da teoria dos jogos. O jogo descrito teria uma estrutura similar ao *dilema dos prisioneiros iterado*. O contrato e o direito contratual, no modelo por eles proposto, funcionariam como um ponto focal que, em um *jogo de coordenação*, garante o equilíbrio cooperativo, na medida em que dá as

²⁷³ “[...] the formal reasoning of contract law provides a shared and knowable procedure by which the parties can, independently, arrive at common knowledge classifications of conduct. With this common classification scheme, the parties can then use a simple set of strategies and a simple belief system to support an equilibrium in which breach is deterred by the threat of termination of the contract. This equilibrium, we argue, is less likely to emerge in relationships in settings of high innovation and uncertainty in the absence of a formal contract because of the difficulty of predicting how the contracting partner (and possibly others) will interpret complex behavior and circumstances” (IVA BOZOVIC e GILLIAN K. HADFIELD, *Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation*, p. 6).

²⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 7.

bases para a definição do que pode ser considerado, ou não, como quebra do contrato. Esse equilíbrio seria mantido pela estratégia de ameaça de término da relação.²⁷⁵

b) Governança contratual como base para a construção da confiança

GILSON, SABEL e SCOTT, em uma série de artigos recentes, propuseram um modelo teórico que também sugere uma relação de complementaridade entre as sanções informais e as sanções formais em contratos de colaboração, em mercados de grande inovação, como o mercado tecnológico e farmacêutico.²⁷⁶

Segundo tais autores, a questão do papel das sanções formais e informais para o cumprimento ou descumprimento do contrato tem sido explicada por duas visões distintas. Uma delas, baseada em explicações mais teóricas, considera sanções formais e informais como fenômenos separados. Em tal visão, as partes escolheriam alternativamente qual dimensão de *enforcement* – formal ou informal – seria o efetivo incentivo para o adequado cumprimento do contrato. Na seara das “sanções formais”, o que garantiria o comportamento seriam as penalidades impostas pelo Poder Judiciário, em caso de descumprimento contratual. Na seara das “sanções informais”, mecanismos informais, como reputação e relações duradouras seriam os reais propulsores do cumprimento contratual.²⁷⁷ De todo modo, os fenômenos seriam vistos como searas separadas. A literatura teórica acerca dos contratos incompletos, sustentam os autores, seria um exemplo dessa visão teórica.²⁷⁸

²⁷⁵ IVA BOZOVIC e GILLIAN K. HADFIELD, *Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation*, p. 54.

²⁷⁶ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Contracting For Innovation: Vertical Disintegration And Interfirm Collaboration*, p. 431-502; Idem, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1377-1447.

²⁷⁷ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1379.

²⁷⁸ “The theoretical literature on incomplete contracting regards formal and informal contracting as separate phenomena. Here, the focus is either on how parties with incomplete information can write formal contracts so that powerful courts can compel efficient trade,¹ or in the alternative, on how reputational constraints and the discipline of repeated dealings can secure voluntary enforcement when formal enforcement is ineffective.² Both lines of analysis, however, pay scant attention to the relationship between the two types of enforcement, and particularly to how reliance on one type interacts with reliance on the other” (Idem, *ibidem*, p. 1379).

Uma segunda visão da questão, de viés mais experimentalista, buscou, em geral, compreender como a aplicação real ou potencial de sanções formais pode afastar (*crowd out*) a eficiência dos mecanismos informais de *enforcement* contratual. Por essa visão teórica, as estratégias formal ou informal seriam normalmente tratadas como substitutos, e a confiança seria um fenômeno exógeno à relação entabulada. Ou seja, as partes basicamente confiariam em sanções informais em vista da relação de confiança prévia, em vez de ver a confiança como algo que pode ser construído internamente.²⁷⁹

GILSON, SABEL e SCOTT entendem que ambas as correntes são falhas na descrição da relação existente entre os mecanismos formais e informais de sanção contratual existente em modelos atuais de contratação. Explicam que a prática tem trazido alguns exemplos de estruturas contratuais, em mercados de inovação, que oferecem uma explicação melhor à questão. Tais contratos são denominados pelos autores de *contratações para inovação (contracting for innovation)*. Vale transcrever a explicação:

O que a literatura não explicou na teoria os negócios reais estão conseguindo explicar na prática: Partes em setores industriais altamente inovadores estão apresentando soluções à crescente incerteza e à necessidade de buscar habilidades externas à organização. Em diversos setores, desde contratos de industrialização a contratos de cadeias de fornecimentos entre fabricantes e fornecedores a colaborações em âmbito farmacêutico, as partes estão acordando inovar de forma conjunta. Estas partes formulam contratos que entrelaçam elementos de contratação formais e informais de tal modo que permite às partes avaliar, uma à outra, a disposição e capacidade para responder cooperativamente e eficientemente a circunstâncias imprevisíveis. Em tais contratos, as obrigações informais interagem em uma estrutura formal de governança que regula a troca de informações altamente reveladoras, mas não necessariamente impõem obrigações juridicamente oponíveis de venda ou compra de qualquer coisa. Todos esses contratos guardam um foco comum: inovação colaborativa em um mundo de incertezas intensificadas.²⁸⁰

Ou seja, em mercados que demandam a capacidade de adaptação a circunstâncias imprevisíveis, para que possam trabalhar de forma cooperativa, as partes têm recorrentemente se valido de modelos contratuais que procuram “entrelaçar” mecanismos formais e informais de *enforcement* contratual. Os autores chamam esse processo de

²⁷⁹ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1381 e 1384.

²⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 1382 (tradução nossa).

braiding (“tranças” ou “entrelaçamento”). Sustentam que tais contratos são celebrados com o objetivo de permitir a troca de informações acerca do progresso das atividades de interesse comum. Essa troca de informações possibilita a criação endógena de confiança, inter-relacionando os mecanismos formais e informais de cumprimento contratual. Os autores sustentam que um nível mitigado de sanção formal, associado com a estrutura formal de governança desses contratos, complementa e reforça as sanções informais, em vez de afastá-las.²⁸¹ O processo específico de entrelaçamento entre mecanismos formais e informais de cumprimento contratual, segundo os autores, ainda não estaria anteriormente tratado em teoria contratual.²⁸²

GILSON, SABEL e SCOTT citam alguns exemplos de *contratos para inovação*. O caso prototípico, na visão dos autores, teria sido um “Contrato de Colaboração e Licenciamento” firmado entre duas empresas do ramo farmacêutico, Pharmacoepia (“Pharma”) e Bristol-Meyers Squibb (“BMS”). No caso, o objeto do contrato era a colaboração das empresas para a busca de componentes químicos a serem utilizados no desenvolvimento de novos remédios. Ademais, caberia à BMS financiar o projeto e, posteriormente, mediante pagamento de *royalties* à Pharma, desenvolver e comercializar os produtos objeto das atividades colaborativas. O contrato estabelecia a obrigação de as partes manterem um fluxo de troca de informações, atuando com “razoáveis esforços” no âmbito da colaboração. Previa ainda um mecanismo de governança interna para monitoramento e resolução dos conflitos eventualmente existentes, mediante a criação de um “Comitê de Coordenação de Pesquisas” formado por três membros de cada uma das partes. Tal comitê somente poderia resolver as questões a ele submetidas por decisão unânime dos membros. Havia flexibilidade nos caminhos a serem seguidos, uma vez que eram aprovados planos anuais de pesquisa, descrevendo os objetivos anuais de colaboração.²⁸³

Os autores esclarecem que mecanismos semelhantes são encontrados fora dos mercados tecnológicos e são utilizados usualmente quando o nível de incertezas impõe

²⁸¹ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1383.

²⁸² *Idem*, *ibidem*, p. 1383.

²⁸³ *Idem*, p. 1415.

uma clara dificuldade de estabelecimento *ex ante* do conjunto de obrigações contratuais. Por sinal, algumas das características mencionadas por GILSON, SABEL e SCOTT, para descrever os modelos de *contratações para inovação*, guardam um paralelo nítido com a estrutura contratual utilizada em contratos de aliança, conforme descrição contextual contida nos Capítulos 1 e 2 deste trabalho.

Para os autores, uma vez que as partes têm grande dificuldade de especificar *ex ante*, de forma precisa, o conteúdo do desempenho contratual adequado, nas *contratações para inovação*, tal conteúdo é ajustado pelo processo de governança formalmente estabelecido no contrato.²⁸⁴ Em estágios iniciais da relação, e, às vezes, até em estágios mais avançados, as partes acordam a prerrogativa de término imotivado. Nesse caso, não são aplicadas penalidades, a menos que se demonstre que a outra parte agiu com evidente má-fé ou utilizou, de forma flagrante, a informação fornecida em seu benefício competitivo individual.

Em vista de tais mecanismos contratuais de “entrelaçamento”, os autores identificam o surgimento de decisões judiciais que começaram a impor algo que denominaram de sanções contratuais formais de “*baixa potência*” (*low-powered*). Assim, são impostas sanções formais em decorrência da falta de cumprimento do dever de negociar em boa-fé, embora as obrigações substantivas contempladas no contrato estariam sujeitas somente aos mecanismos informais de *enforcement*.²⁸⁵

GILSON, SABEL e SCOTT sustentam que a forma mais adequada de os juízes decidirem questões envolvendo os mecanismos de *braiding* seria mediante a aplicação dessas sanções contratuais de *baixa potência*. Segundo os autores, um julgador, no caso, “poderá ser tentado a impor excessiva sanção contratual e, assim, poderá prejudicar não deliberadamente a interação complementar entre sanções contratuais formais e informais”.²⁸⁶ Ao tentar intervir na relação por meio da imposição de sanções formais mais pesadas, é possível que a potencialidade de aplicação de sanções formais de *alta potência* tenha um efeito de afastamento (*crowding out*) dos mecanismos informais de *enforcement*

²⁸⁴ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1383.

²⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 1385.

²⁸⁶ Idem, p. 1386 (tradução livre).

do contrato. A distinção entre sanções formais de *alta potência* e de *baixa potência* sugere-nos um *insight* importante acerca de como os institutos dogmáticos podem ser desenvolvidos e interpretados para contratos com características semelhantes, pois o grau de peso das sanções potencialmente aplicáveis ao contrato pode ter influência na eficiência da aplicação dos mecanismos informais de cumprimento contratual.

No entanto, de fato, como seria a aplicação dessas sanções de baixa potência, tão cruciais, na visão dos autores, para o mecanismo de *braiding*?

A explicação dada por eles, em nossa visão, quanto a tais sanções de baixa potência, ainda precisa ser mais desenvolvida. Pelo que pudemos compreender, as sanções de baixa potência seriam sanções a comportamentos que demonstrassem a quebra da intenção de colaboração.²⁸⁷ Seriam situações, portanto, de claro comportamento de quebra de boa-fé. São citados alguns exemplos para ilustrar o ponto efetuado. Em um dos exemplos, é citada decisão judicial que, no âmbito de um contrato de colaboração para desenvolvimento de produtos farmacêuticos, considerou quebra do dever de colaboração o fato de uma das empresas ter utilizado de informações da outra empresa para desenvolver, secretamente, sua própria agenda de pesquisa paralela.²⁸⁸

2.4 A teoria relacional dos contratos

Embora a expressão *contratos relacionais* seja utilizada em um número grande de contextos e linhas teóricas,²⁸⁹ duas principais correntes doutrinárias denominadas *teoria dos contratos relacionais* foram desenvolvidas pelos teóricos do contrato.²⁹⁰ Uma delas teve como maior expoente o próprio MACAULAY e causou profunda influência no movimento da *law and economics*. A segunda linha, por sua vez, embora também tenha

²⁸⁷ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1416.

²⁸⁸ *Idem*, *idem*, p. 1417.

²⁸⁹ FERNANDO ARAÚJO entende haver pelo menos cinco variações específicas da abordagem relacional aos contratos: “a dominada pelos contributos da ‘Law and Economics’; a ‘fundacional’, liderada por Ian Macneil; a da ‘Law and Society’; a libertária; a comunitarista” (*Teoria económica do contrato*, p. 405-406).

²⁹⁰ Não pretendemos no seio deste trabalho nos deter de forma aprofundada sobre as teorias dos contratos relacionais. Para um estudo detalhado do tema, vide RONALDO PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*.

sofrido alguma influência de MACAULAY, está mais ligada ao movimento da *Law and Society*, tendo sido profundamente influenciada pelos trabalhos de cunho sociológico de IAN R. MACNEIL.²⁹¹⁻²⁹²

As visões de ambas as teorias relacionais não são antagônicas, embora apresentem soluções e metodologias distintas a um problema comum. As duas correntes teóricas dos contratos relacionais efetuam uma análise crítica das premissas adotadas pelo modelo teórico contratual clássico para propor soluções, especialmente aos chamados *contratos relacionais*. SCOTT, em artigo recente, sugere que, embora as correntes teóricas *relacionalistas* tenham métodos distintos, ambas buscam um objetivo comum.²⁹³ Enquanto a vertente ligada a MACAULAY adota uma abordagem metodológica mais empírica e econômica, a vertente ligada a MACNEIL utiliza uma abordagem mais teórica e sociológica.²⁹⁴

A corrente relacionalista de MACAULAY se debruça intensamente no papel desenvolvido pelas sanções formais e informais para o cumprimento do contrato, em parte já tratada no item 2.3 deste Capítulo. Embora reconheça que o papel das sanções contratuais formais é secundário, em contratos relacionais, essa corrente sustenta que, “[...] inobstante a importância do ajuste ao longo do tempo, tanto a teoria quanto as evidências disponíveis mostram que as mais sofisticadas partes em contratos relacionais preferem estar vinculadas a regras contratuais claras e transparentes (‘formais’).”²⁹⁵ Essa visão é por vezes referida como a expressão do *novo formalismo* em teoria contratual, pois sugere uma interpretação textual baseada no instrumento contratual, excluindo da análise elementos extrínsecos ao contrato, especialmente se as partes declararem sua intenção de se vincular exclusivamente pelos termos do contrato.²⁹⁶ Esse é um dos principais pontos de dissenso entre as vertentes.

²⁹¹ ROBERT E. SCOTT, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory*, p. 110-111

²⁹² IAN R. MACNEIL possui cerca de trinta trabalhos, entre livros e artigos, sobre a Teoria dos Contratos Relacionais.

²⁹³ ROBERT E. SCOTT, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory*, p. 107.

²⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 117-118.

²⁹⁵ Idem, p. 112 (tradução nossa).

²⁹⁶ Idem, p. 112.

A corrente relacionalista influenciada por MACNEIL, por sua vez, produziu um nível de elaboração teórica mais amplo e crítico ao modelo jurídico tradicional, sendo reconhecida por muitos como a principal formulação da *teoria dos contratos relacionais*.²⁹⁷ Algumas proposições de MACNEIL soam-nos consistentes acerca da forma mais adequada de desenvolver um arcabouço apropriado aos contratos de aliança, em especial em relação às condições jurídicas relacionadas a modificações posteriores à celebração do contrato.²⁹⁸

2.4.1 Considerações sobre as formulações teóricas de Ian R. Macneil

A vertente da teoria dos contratos relacionais de MACNEIL sugere que a doutrina contratual tradicional (clássica e neoclássica) parte da perspectiva irreal de que as relações contratuais são “isoladas” (*discrete*) e devem se pautar eminentemente pela declaração negocial contida nos instrumentos de formalização do contrato, o que se mostraria inadequado ao contexto de contratos com características relacionais.²⁹⁹

No desenvolvimento dos seus textos, MACNEIL descreve as características do que chama de *contrato isolado*³⁰⁰ (*discrete contracts*) e as características do *contrato relacional*. Os contratos isolados seriam contratos realizados com caráter *impessoal*, e “presentificador”, para usar a expressão de MACNEIL. Seria impessoal na medida em que a relação contratual desconsideraria as condições particulares da relação entre as partes, como pertencimento a um grupo social, familiar etc.³⁰¹ É “presentificador”, uma vez que realiza durante a formação do contrato, mediante mútuo “consentimento”, o planejamento de todas as condições futuras a serem enfrentadas ao longo da relação contratual.³⁰² A

²⁹⁷ D. CAMPBELL, Ian Macneil and the relational theory of contract, p. 2.

²⁹⁸ Não pretendemos no seio deste trabalho nos deter de forma aprofundada sobre as teorias dos contratos relacionais. Para um estudo detalhado do tema, vide RONALDO PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*.

²⁹⁹ IAN MACNEIL, Contracts: Adjustment of Long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law.

³⁰⁰ MACNEIL usa a expressão *discrete contracts*, que não parece ter uma perfeita tradução na língua portuguesa. RONALDO PORTO MACEDO JR. prefere traduzir como “*contrato descontínuo*” (*Contratos relacionais e defesa do consumidor*), enquanto FERNANDO ARAÚJO prefere o termo “*contrato pontual*” (*Teoria económica do contrato*, p. 397).

³⁰¹ V. RONALDO PORTO MACEDO JR., Contratos relacionais no direito brasileiro, p. 5.

³⁰² V. RONALDO PORTO MACEDO JR., Contratos relacionais no direito brasileiro, p. 5.

noção de presentificação da relação está, de fato, no centro da crítica de MACNEIL ao modelo tradicional de direito contratual. CAMPBELL sugere, por sinal, que o “não uso” do contrato, descrito nos trabalhos de MACAULAY, está justamente relacionado com a noção do contrato como um mero mecanismo de alocação de riscos, que busca, *ex ante*, prever todos os acontecimentos *ex post* relevantes ao contrato, ao longo da relação, definindo quem assumirá as consequências de eventual materialização do risco.³⁰³

Ademais, em um contrato isolado, pressupõe-se que o comportamento das partes é a do *homo economicus*, cuja racionalidade autointeressada busca exclusivamente maximizar seus ganhos. Como ressalta EISEMBERG, a figura do contrato isolado é baseada no paradigma de que uma transação é uma troca realizada por estranhos em um mercado de concorrência perfeita.³⁰⁴ Um exemplo de contrato isolado seria uma compra e venda de mercadoria entre dois estranhos, em um leilão.³⁰⁵

Os contratos relacionais, por sua vez, seriam algo próximo do oposto das características supramencionadas. São usualmente contratos de longa duração, embora não necessariamente o sejam,³⁰⁶ e levam em consideração as características pessoais dos contratantes, além da dinâmica desenvolvida ao longo da relação. Por sua natureza, os contratos relacionais são contratos que demandam grande adaptação ao longo do tempo. Daí por que, nos contratos relacionais, o componente de cooperação das partes ganha grande relevância. Os contratos de construção, por exemplo, podem apresentar características altamente relacionais, e o contrato de aliança possivelmente deve ser o mais relacional deles.

Essa oposição, entre *contratos descontínuos* e *contratos isolados*, acaba sendo criticada por alguns doutrinadores, como COLLINS, que a entende inadequada.³⁰⁷ Na nossa visão, no entanto, embora essa seja uma possível interpretação dos textos de MACNEIL, a intenção do autor não era de fato criá-la, de forma categórica. Talvez até pela denominação

³⁰³ D. CAMPBELL e DONALD HARRIS, *Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Cooperation*, p. 166-191.

³⁰⁴ MELVIN EISEMBERG, *Why there is no Law of Relational Contracts*, p. 805.

³⁰⁵ Embora, mesmo para tais contratos, em tese, poderiam ser considerados aspectos relacionais da transação. O exemplo é válido para auxiliar a compreensão.

³⁰⁶ RONALDO PORTO MACEDO JR., em artigo sobre os contratos relacionais, chega a tratar o contrato relacional como sinônimo do contrato de longa duração (*Contratos relacionais no direito brasileiro*, p. 4).

³⁰⁷ HUGH COLLINS, *Regulating Contracts*, p. 142.

de *teoria dos contratos relacionais*, dá-se a interpretação de se tratar de uma teoria aplicável a uma categoria contratual.³⁰⁸ Seria de fato inadequado, a nosso ver, pensar no contrato relacional como um mero grupo de contratos, embora, obviamente, alguns contratos tenham características altamente relacionais. O próprio MACNEIL reconhece que o aspecto relacional existe em praticamente qualquer contrato, variando dentro de um espectro,³⁰⁹ no qual o contrato altamente relacional está em uma extremidade, e o contrato altamente isolado, em outra.³¹⁰ Em nosso entendimento, criar a categoria do contrato relacional seria como criar a categoria do *contrato complexo* ou do *contrato incompleto*. Complexidade e incompletude são características que podem estar presentes, em maior ou menor grau, em praticamente qualquer contrato.

O intento de MACNEIL não parece ter sido o de simplesmente propor um direito aplicável aos contratos relacionais. Quando ele descreve os contratos isolados, no fundo, ele está descrevendo criticamente os pressupostos fáticos adotados pelo direito contratual para formular uma regulação dos contratos. Ele tenta demonstrar que são pressupostos irrealistas, pois os contratos têm, em realidade, características relacionais que o modelo tradicional desconsidera. O próprio MACNEIL reconheceu que sua missão principal era auxiliar a compreensão das relações contratuais, de maneira geral.³¹¹ Talvez por isso, a denominação *teoria relacional dos contratos* fosse mais adequada e coerente com as explicações de MACNEIL, em nossa visão.³¹²

2.4.2 O direito contratual relacional e o problema da flexibilização contratual

Em um dos seus textos mais conhecidos, a percepção apontada por Macneil é a de que o direito tradicional (clássico e neoclássico) não é apto a lidar com situações de

³⁰⁸ Nesse sentido, pareceu-nos muito feliz a expressão “abordagem relacional”, utilizada por FERNANDO ARAÚJO para explicar as contribuições teóricas de MACNEIL e MACAULAY (*Teoria económica do contrato*, p. 393).

³⁰⁹ IAN MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*.

³¹⁰ D. CAMPBELL, *Ian Macneil and the relational theory of contract*, p. 2.

³¹¹ ROBERT E. SCOTT, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory*, p. 115.

³¹² Conforme afirma ROBERT W. GORDON, trata-se de uma teoria a ser seguida pelo direito contratual e não uma análise de tipos contratuais: “A abordagem relacional dos contratos visa a transformar os fundamentos da teoria contratual. Ela não é a teoria de algum tipo de contrato, o contrato relacional” (Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual, p. 187-202).

mudança, sobretudo quando o grau de incompletude do contrato é grande, uma vez que as ferramentas jurídicas tradicionais têm natureza estática, dado que se baseiam em uma declaração de vontades feita no momento de formação da relação contratual. Falta-lhe a flexibilidade necessária à adaptação aos problemas ao longo da existência da relação.³¹³ Em verdade, o autor desenvolve seu texto a partir de variações de quatro questões das quais três têm estrita relação com o problema da variação de circunstâncias:

- 1) Como a flexibilidade é planejada em relações econômicas, e qual é a resposta legal a este planejamento?
- 2) Como é tratado o conflito entre planejamento específico e necessidade de adaptação a circunstâncias subsequentes?
- 3) Como a relação contratual é preservada quando conflitos surgem?.³¹⁴

Entendemos que enfrentar o problema da adaptação às circunstâncias futuras é, de fato, o maior desafio proposto pela visão relacional do direito contratual. Os contratos relacionais, geralmente de longo prazo, demandam um processo contínuo de negociação para lidar com questões futuras da relação contratual. E são justamente ferramentas que auxiliem esse arcabouço de governança contratual que o direito tradicional não oferece de forma satisfatória, segundo a visão de MACNEIL.

Ao tratar dos contratos de longo prazo, BAIRD sintetiza brilhantemente a tensão existente entre a necessidade de manutenção da vontade contratual em contraposição à necessidade de flexibilidade em face de novas situações:

If we adopt as a background rule one that takes contractual language as given, and if we eschew interpretational or other devices that realign the obligations of the parties as conditions change, we face the risk that our mutual allocation of rights and responsibilities will stop making sense as conditions change over the life of the relationship. One of us may find that self-interest dictates that the other be held to the original deal, even though the deal is no longer in our joint interest. Renegotiations, strategic behavior, and a bargaining breakdown may follow. On the other hand, if we have a background rule that treats obligations in a more open-ended manner, we face the possibility that one of us will take advantage of the

³¹³ IAN MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, p. 855.

³¹⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 855.

uncertainty of the contract and exploit the ability to invoke procedures that change the parties' obligations even when conditions have not changed unexpectedly. You may be able to force me to adjust the price I pay for the coal, even though you agreed to bear the risk of those changes that have taken place. This tension between the need to fix responsibilities at the outset and the need to readjust them over time permeates the long-term contractual relationship.³¹⁵

Imagine-se, a título de ilustração, um hipotético contrato de distribuição de alimentos, em um determinado território, celebrado por um prazo de dez anos. O distribuidor tem como obrigação central revender os produtos dentro de sua região de exclusividade. Dentre as condições do contrato, as partes estipularam um preço fixo dos produtos a serem fornecidos pelo fabricante ao distribuidor, com uma cláusula de reajuste anual com base na variação de acordado índice oficial de atualização monetária. Suponha-se que, após a celebração do contrato, condições do mercado se alteraram, como a chegada de um grande competidor ou o desenvolvimento de uma nova tecnologia, que baratearam o preço do produto ao consumidor final. O distribuidor, temendo pela incapacidade de se manter, solicita ao fabricante uma redução de preço. A questão que se coloca é: como o direito tradicional trataria esse pleito do distribuidor?

Do ponto de vista jurídico-dogmático, no direito brasileiro, o distribuidor teria de tentar se valer das teorias de resolução por onerosidade excessiva, ou mesmo alegar o dever de renegociação com base no princípio da boa-fé. Ao que nos parece, no entanto, a interpretação mais ortodoxa tenderia a, com base na declaração negocial dada no momento da celebração do contrato, afastar o pleito do distribuidor, mesmo que, no exemplo, a solução mais razoável, do ponto de vista econômico, poderia ser a redução das margens tanto do distribuidor quanto do fabricante para lidar com um desafio concorrencial comum.

Daí a crítica de MACNEIL de que o modelo do direito contratual clássico, fundado no contrato “isolado” e “presentificador”, em que o consenso dado na celebração do contrato é levado às últimas consequências, é inadequado a relações que demandam flexibilidade ao longo do tempo. Segundo o autor, para tentar manter coerência com a noção de “presentificação”, o direito clássico cria teorias que tentam efetuar uma verdadeira “ginástica” para acomodar situações de ajuste, ao longo do tempo, ao

³¹⁵ DOUGLAS G. BAIRD, *Self Interest and cooperation in long-term contracts*, p. 586.

consentimento dado na assinatura do contrato.³¹⁶ As soluções do chamado “direito contratual neoclássico”, segundo , embora menos ineficientes do que as do “direito contratual clássico”, também não são suficientemente adequadas a lidar com relações duradouras ou que demandem ajustes. Elas se baseiam muito em regras que estabelecem situações excepcionais em que o descumprimento obrigacional seria relevado. Tais regras estariam muito baseadas na própria noção de “boa-fé”.³¹⁷ Conceitos abertos, como “boa-fé” e “equidade”, parecem não ser aptos a assegurar uma solução satisfatória, até porque, como menciona PORTO MACEDO JR., na visão tradicional, esses conceitos acabam sendo utilizados como ferramentas subsidiárias, supridores de lacunas do acordo de vontades.³¹⁸

Um modelo jurídico adequado a lidar com os ajustes esperados em relações de longo prazo também leva em consideração as declarações de vontade ajustadas no início da relação. No entanto, a relação como um todo deve ser levada em consideração, na interpretação dos arranjos e dos acordos realizados. A abordagem relacional deve considerar as mudanças realizadas no dia a dia da relação³¹⁹ e buscar harmonizar conflitos dentro da matriz da relação contratual.³²⁰

O tipo de solução fornecido pela abordagem relacional, sustenta MACNEIL, se aproxima de um mecanismo contínuo de natureza administrativa, no qual o modelo “presentificado” no contrato original é só mais um dos aspectos a se considerar. Além disso, MACNEIL descreve uma mudança importante na visão relacional. Normas substantivas, definidoras dos padrões relacionados à troca, tornam-se mais abertas, e são complementadas por

[...] cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que, de fato, se estabelecem entre

³¹⁶ IAN MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, p. 884.

³¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 884-885.

³¹⁸ V. RONALDO PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais no direito brasileiro*, p. 6.

³¹⁹ “A great deal of change in ongoing contractual relations comes about glacially, through small-scale, day-to-day adjustments resulting from an interplay of horizontally arranged exchange [...] and from the flow of day-to-day commands through the vertical patterns of the relation” (IAN MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, p. 895).

³²⁰ Idem, *ibidem*, p. 897.

as diversas partes, como, por exemplo, status (ex.: vulnerabilidade, hipossuficiência), confiança e dependência econômica.³²¹

MACNEIL, nesse ponto, compara a relação contratual às características de uma minissociedade:

[...] the substantive relation of change to the status quo has now altered from what happens in some kind of a market external to the contract to what can be achieved through the political and social processes of the relation, internal and external. This includes internal and external dispute-resolution structures. At this point, the relation has become a minisociety with a vast array of norms beyond the norms centered on exchange and its immediate processes.³²²

FERNANDO ARAÚJO descreve a abordagem relacional, e uma forma que parece moldada ao contexto do presente trabalho:

[...] a ênfase “relacional” denota muito frequentemente que as partes não confiaram na adjudicação judicial e foi essa a razão pela qual se afadigaram na definição de uma “constituição” que estabelecesse permanentemente estruturas de “governo”, para chegarem a soluções auto-sustentadas e auto-disciplinadas, e até para bloquearem *ex ante* a tentação de exploração oportunista daquilo que às partes se afigurou como ineficiência judiciária crônica. E é essa mesma desconfiança que explica que as estipulações substantivas cedam tão frequentemente a primazia a estipulações adjetivas que definem os processos de articulação entre a conduta das partes, com formas de adjudicação e disciplina *puramente internas*, poupando em custos *ex post* de renegociação explícita ou de prevenção do oportunismo (entendendo-se como dispensáveis, e por isso improdutivos, os esforços destinados a renegociar e a dissuadir o oportunismo), e mais especificamente evitando o recurso a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados nas estipulações contratuais, os quais, emprestando, como é sabido, critérios próprios da hetero-disciplina tendem a remeter a adjudicação externa (judicial ou arbitral).³²³

Na abordagem relacional, portanto, ganham importância normas que auxiliam no adequado funcionamento da relação contratual. Seriam normas que poderíamos denominar

³²¹ RONALDO PORTO MACEDO JR., Contratos relacionais no direito brasileiro, p. 6-7.

³²² IAN MACNEIL, Contracts: Adjustment of Long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law v. 72, p. 901.

³²³ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria económica do contrato*, p. 403.

de “normas processuais do contrato”, eis que regulam o processo contratual de governança, em oposição a “normas substantivas” ou materiais do contrato, que regulam a relação inicial de troca. Essa dicotomia parece ter alguma relevância na distinção entre uma abordagem relacional e uma abordagem transacional de regulação do contrato. Naquela, “normas processuais do contrato” ganham muita importância e podem até implicar modificações ao arranjo inicial de troca.

A diferença em relação a um arranjo contratual tradicional é circunstancial. Em um contrato calcado estritamente em “normas substantivas”, de definição da troca, o eventual ajuste é exógeno ao contrato. Alterar o equilíbrio essencial da troca demandaria alterar o contrato como um todo, sob pena de – em uma interpretação drástica – não ser a modificação juridicamente reconhecida. Essa alteração adviria de um novo acordo, na forma de um aditamento ao contrato ou, em casos extremos, por uma decisão judicial ou arbitral. Uma abordagem substantiva de regulação preocupar-se-ia em garantir a substância da troca, consoante promessas emanadas na formação da avença.

Na regulação baseada em “normas processuais” do contrato, modificações ao arranjo de troca adviriam, natural e endogenamente, dos próprios mecanismos de governança previstos no contrato. Se pensarmos a relação contratual por seu viés processual, muito além de se preocupar em garantir a substância inicial da troca, o contrato e o direito contratual forneceriam um sistema normativo que buscaria auxiliar o processo de tomada de decisão constante do contrato. Um sistema normativo, nesse sentido, aproximar-se-ia do modelo societário de regulação e sancionaria desvios às regras processuais acordadas no contrato. As “normas processuais” do contrato enfatizariam o modo de cumprimento das prestações pelas partes – “como prestar” –, e não a substância da prestação – “o que prestar”. Seriam exemplos de “normas processuais”, nos contratos de aliança, no sentido ora empregado, regras sobre os quóruns e modelos decisórios dos órgãos de governança, regras sobre boa-fé, regras de transparência, regras sobre comunicação, regras sobre conflito de interesses, entre outros.

As “normas processuais” ora referidas também são denominadas de “normas organizativas” ou “organizativo-funcionais”, na medida em que, conforme assevera SALOMÃO FILHO, não exercem a função imediata de proteção a interesses, mas organizam as relações sociais com base em princípios e valores adequados. Segundo o autor, que

sugere que o direito privado deveria fazer mais uso de tal abordagem, a “idéia passa a ser não apenas o equilíbrio ou reequilíbrio de interesses no interior da relação jurídica, mas sim a persecução social de certos valores, instrumentais a um *devido processo econômico*”.³²⁴

Normas processuais de regulação contratual não são necessariamente incompatíveis com normas substantivas. Elas podem até coexistir. As normas substantivas de um contrato de compra e venda, por exemplo, não eliminam o dever de agir de acordo com o padrão de boa-fé. Em determinadas situações, no entanto, especialmente nos contratos de aliança, as partes poderão se ver diante de um claro dilema entre aplicar uma “norma substantiva” ou uma “norma processual” de regulação contratual.

Em nossa visão, o modelo de organização dos contratos de aliança parece clamar por uma abordagem mais processual de regulação contratual, conforme tornaremos a tratar no Capítulo 4. Nesse tipo de regulação, as sanções jurídicas ocorreriam em situações mais graves de desvios comportamentais, característica, aliás, compatível com o tipo de sanções de “baixa potência”, descritas por GILSON, SABEL e SCOTT como um caminho a lidar com contratos que entrelaçam mecanismos formais e informais de governança.³²⁵ A solução ao dilema anteriormente descrito, no entanto, está longe de ser trivial. No estudo empírico descrito no Capítulo 3 desta tese, colocamos os respondentes para solucionar o conflito hipotético supradescrito.³²⁶

A questão do ajuste das relações, embora central, não é o único ponto levantado pela abordagem relacional originada por MACNEIL. Algumas das normas sugeridas pela teoria dos contratos relacionais fazem muito sentido no contexto da aliança. EISEMBERG, assim resume as normas contratuais propostas pela literatura relacional dos contratos:

These include the following: (1) Rules that, in the case of relational contracts, would soften or reverse the bite of the rigid offer-and-acceptance format of classical contract law, and the corresponding intolerance of classical contract law for indefiniteness, agreements to agree, and agreements to negotiate in good faith. (2) Rules that would

³²⁴ CALIXTO SALOMÃO FILHO, Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato, p. 11.

³²⁵ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine, p. 1385.

³²⁶ V. item 3.2.5.1 do Capítulo 3.

impose upon parties to a relational contract a broad obligation to perform in good faith. (3) Rules that would broaden the kinds of changed circumstances (impossibility, impracticability, and frustration) that constitute an excuse for nonperformance of a relational contract. (4) Rules that would give content to particular kinds of contractual provisions that may be found in relational contracts, such as best-efforts clauses or unilateral rights to terminate at will. (5) Rules that would treat relational contracts like partnerships, in the sense that such contracts involve a mutual enterprise and should be construed in that light. (6) Rules that would keep a relational contract together. (7) Rules that would impose upon parties to a relational contract a duty to bargain in good faith to make equitable price adjustments when changed circumstances occur, and would perhaps even impose upon the advantaged party a duty to accept an equitable adjustment proposed in good faith by the disadvantaged party. (8) Rules that would permit the courts to adapt or revise the terms of ongoing relational contracts in such a way that an unexpected loss that would otherwise fall on one party will be shared by reducing the other party's profits.³²⁷

As visões teóricas de MACNEIL muitas vezes recebem críticas no sentido de que tal autor é tendencioso em favor da intervenção estatal e de um viés ingênuo e humanitário da relação contratual. MACNEIL faz questão de afastar tais alegações, mencionando que a *teoria dos contratos relacionais*, que ele propôs rebatizar de *teoria essencial dos contratos*, é uma ferramenta neutra de análise social, econômica, política e jurídica das relações contratuais.³²⁸ O uso que outros autores podem fazer dessa ferramenta analítica até poderá ser enviesado, mas a teoria em si, na medida do humanamente possível, mantém uma perspectiva socialmente neutra.³²⁹ A complexidade teórica dos trabalhos de MACNEIL, em nossa visão, parecem dificultar bastante a aplicação prática de suas concepções. O valor crítico de suas ideias, no entanto, é incomensurável.

2.5 Conclusões do capítulo

O presente capítulo trouxe relevantes informações à construção do raciocínio desenvolvido neste trabalho.

³²⁷ MELVIN EISENBERG, Why there is no Law of Relational Contracts, p. 817-818.

³²⁸ IAN MACNEIL, Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical Seminar, p. 207.

³²⁹ Idem, ibidem, p. 212.

Verificamos que diversas linhas teóricas têm demonstrado a complexidade do fenômeno cooperativo, que não pode ser facilmente enquadrado em simplificações acerca da racionalidade dos agentes. As pessoas são diferentes em relação à sua aptidão para cooperar e muitos comportamentos fogem ao paradigma clássico do *homo economicus*. Ademais, vários elementos organizacionais podem ser utilizados como mecanismos de fomento à cooperação. Alguns desses elementos são particularmente úteis à compreensão dos contratos de aliança, como “comunicação”, “empatia”, “solidariedade”, “*fairness*”, “normas”, “confiança”, “punição/recompensa”, “*crowding out*” e “transparência/reputação”.

De forma consistente com o que já havíamos apresentado no Capítulo 1,³³⁰ construímos a compreensão de que o comportamento colaborativo dos agentes relaciona-se tanto com ferramentas informais quanto com ferramentas formais de *enforcement* contratual. A partir dessa percepção, buscamos compreender qual parte desse quebra-cabeça, que explica o fenômeno cooperativo, é desempenhado pelo contrato e pelo direito contratual.

Trouxemos estudos, influenciados por MACAULAY, sugerindo certa irrelevância do contrato e do direito contratual para solução dos conflitos existentes na relação contratual. Evidenciou-se a questão do *crowding out*, pelo qual a mera potencialidade de punição, em determinadas situações, pode ter um efeito de prejudicar os mecanismos informais utilizados pelas partes para garantir o sucesso do projeto. Sustentamos, neste Capítulo 2, que o *crowding out* fornece uma explicação consistente para os problemas endêmicos de conflitos existentes em projetos complexos de construção.

Apresentamos uma linha teórica que via a formalização contratual como a base de sustentação à aplicação de sanções informais, uma vez que funcionaria como um “ponto focal” apto a gerar o equilíbrio cooperativo necessário, em mercados de tecnologia e inovação.³³¹ Uma linha similar explica que, em mercados que demandam a capacidade de adaptação a circunstâncias imprevisíveis, para que possam trabalhar de forma cooperativa, as partes têm recorrentemente se valido de modelos contratuais que procuram “entrelaçar”

³³⁰ V. item 1.8 do Capítulo 1.

³³¹ V. item 2.3.2.2 do Capítulo 2.

(*braiding*) mecanismos formais e informais de *enforcement* contratual. O contrato fornece o arcabouço de governança que permite a troca de informações essencial à criação endógena de confiança.

Tais correntes se mostraram consistentes com o modelo organizacional das alianças de projeto. Há, de fato, nas alianças o entrelaçamento entre mecanismos formais e informais. No entanto, os mecanismos formais de punição seriam utilizados somente em situações excepcionais, caracterizadas pela quebra de confiança. Nesse sentido, a distinção entre sanções formais de *alta potência* e de *baixa potência* sugere-nos um *insight* importante acerca de como os institutos podem ser interpretados nos contratos de aliança. As obrigações substantivas contempladas no contrato estariam sujeitas somente aos mecanismos informais de *enforcement*.³³²

As percepções anteriores foram consistentes, por sinal, com a hipótese inicial de trabalho, resumida no capítulo introdutório.

Neste capítulo, explicamos como a Economia dos Custos de Transação forneceu um arcabouço teórico importante para compreensão dos principais desafios de adaptação a condições ao longo da relação contratual, especialmente em cenários caracterizados por “incerteza”, “complexidade” e “investimentos específicos”. Tratamos do problema do *hold up* contratual e da visão do contrato como estrutura de governança.

Buscamos na teoria relacional dos contratos alguns elementos que nos sugerem formas de regulação a contratos com características relacionais, especialmente em relação ao problema da flexibilização contratual e adaptação a circunstâncias futuras. Inspirados na teoria relacional, sustentamos que o modelo de organização dos contratos de aliança é compatível com uma abordagem mais processual de regulação contratual, que vê o contrato pela sua estrutura de governança apta a formar novas declarações de vontade, ao longo da vida do contrato. Por essa abordagem, a questão do equilíbrio das prestações torna-se uma preocupação secundária. Mais do que garantir o equilíbrio da relação de troca, cumpre ao direito contratual somente punir graves desvios aos procedimentos contratuais.

³³² RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1385.

CAPÍTULO 3

OS CONTRATOS DE ALIANÇA SOB UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA

3.1 Estudo empírico

Conforme mencionado, introdutoriamente, o presente trabalho se desenvolve a partir da hipótese de que o modelo proposto pelos contratos de aliança, geralmente, promove um esvaziamento voluntário da função do contrato como ferramenta de aplicação, ainda que potencial, de sanções a comportamentos culposos, justamente com o objetivo de não prejudicar a construção natural de uma relação cooperativa.

Dito de outra maneira, por essa hipótese, entende-se que os elementos organizativos do contrato de aliança procuram ser uma forma de lidar com o possível efeito negativo que o modelo tradicional, baseado em incentivos de punição individual, pode ter sobre o potencial cooperativo das partes. Seria, portanto, necessário, para que possa haver um ambiente de cooperação, diminuir o número de situações que poderiam dar ensejo a uma disputa judicial ou arbitral.

Se, de fato, for verdadeira a premissa desta tese – de que as partes procuraram limitar o âmbito de situações que dariam direito oponível uma contra a outra –, então nada mais natural do que obter essa confirmação diretamente dos agentes envolvidos nesse mercado. Além disso, os próprios agentes podem nos dar uma boa noção de quais seriam as situações que seriam incluídas nesse quadro reduzido de situações que dariam ensejo à proposição de demandas.

No presente capítulo, apresentaremos os resultados da realização de estudo empírico por nós conduzido com o objetivo de aprofundar algumas questões centrais desta tese.

3.1.1 *Objetivo do estudo*

O presente estudo empírico teve como objetivo investigar a percepção dos agentes envolvidos em contratos de aliança acerca: (a) da veracidade, ou não, da *hipótese de trabalho* sustentada nesta tese; (b) das situações excepcionais em que as partes entendem adequada a possibilidade de aplicação de sanções jurídicas formais; e (c) da interpretação dos agentes acerca das soluções jurídicas mais adequadas a determinadas situações de conflito.

Frise-se que, uma vez que o clausulado e a estrutura dos contratos de aliança podem variar profundamente em cada projeto, o intuito do questionário não foi obter soluções certas ou erradas, mas compreender quais respostas jurídicas são mais compatíveis com o paradigma organizacional cooperativo proposto nas alianças de projeto. Ou seja, buscou-se compreender qual tipo de resposta jurídica tende a fomentar o ambiente cooperativo proposto nos contratos de aliança, contribuindo com o seu sucesso, e quais soluções podem prejudicar tal ambiente.

Tal ressalva, por sinal, foi incluída como observação inicial para leitura dos respondentes anteriormente ao início do preenchimento do questionário utilizado para condução da pesquisa empírica.

3.1.2 *Modelo de pesquisa*

A pesquisa empírica foi realizada no Brasil e no exterior por meio do envio, por *e-mail*, de um questionário, elaborado em língua portuguesa (Anexo I) e em língua inglesa (Anexo II), com questões de múltipla escolha e questões abertas sobre os temas em questão.

Foram incluídas, portanto, questões que permitem colher resultados objetivos, com a atribuição do percentual de cada resposta, bem como questões abertas sobre aspectos específicos, cujo objetivo era dar mais liberdade de resposta ao respondente. Mesmo as questões objetivas, de múltipla escolha, em geral possuíam um campo aberto de observações que permitia ao respondente explicar seu ponto de vista. Em muitos casos,

esse campo foi utilizado pelos respondentes, com informações bastante significativas para compreensão do ponto de vista do respondente.

O questionário foi respondido através da plataforma de pesquisa denominada *SurveyMonkey*, que permite aos respondentes preencher o questionário, *on-line*, pela rede mundial de computadores. A plataforma *SurveyMonkey* permitia ainda a randomização de ordem de apresentação das respostas às questões de múltipla escolha, evitando que a ordem de colocação pudesse ter alguma influência sobre o resultado.

O modelo por nós escolhido – por meio de questionário *on-line* – levou em consideração a necessidade de ampliarmos o estudo para além do cenário brasileiro. Conforme mencionamos anteriormente, o Brasil ainda não possui sólida experiência com a realização de projetos na modalidade de *aliança*. Mesmo se levarmos em consideração as eventuais diferenças culturais e de modelo jurídico existentes na Austrália e na Nova Zelândia, comparativamente ao Brasil, nossa visão foi a de que, dada a maturidade que o tema possui naqueles países, seria muito profícuo tentar compreender as práticas usuais em um mercado mais maduro na implementação de projetos de aliança.

Também por essa razão não utilizamos o modelo de pesquisa empírica baseado em entrevistas, usual em estudos sobre contratos.³³³ A ideia, de fato, era buscar uma ampliação do número de respondentes ao questionário.

Procuramos enviar o questionário a profissionais com envolvimento profissional direto na implantação de empreendimentos complexos organizados pela modalidade de *aliança de projetos*, sem restrição de regiões ou de tipo de envolvimento profissional.

No Brasil, tais profissionais foram identificados dentro da rede de contatos profissionais do pesquisador, bem como por meio de contatos com algumas das empresas que possuem o perfil de realização de projetos do porte dos *contratos de aliança*. Assim, o questionário, em língua portuguesa, foi enviado a 67 profissionais, tendo obtido 29 respostas, sendo 26 completas e 3 incompletas.

³³³ RUSSELL B. KOROBKIN, *Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls*, p. 1040-1041.

Fora do Brasil, o objetivo, quando do início do estudo, era enviar o questionário em língua inglesa a um grande número de respondentes, na Austrália e Nova Zelândia, através da *Alliancing Association of Australasia* (AAA), associação constituída, na Australásia, desde 2004, com o objetivo de fomentar discussões, estudos e iniciativas relacionadas a contratos colaborativos utilizados no mercado de construção e infraestrutura. Associamo-nos à referida associação, em 2011, tendo inclusive tido a oportunidade de participar de congresso, na Austrália, sobre o tema. Os diretores da AAA, na época, incentivaram a realização da pesquisa empírica e se dispuseram a auxiliar na identificação de respondentes, mediante o envio do questionário a seus associados. Ocorre que tal associação foi extinta em 2013, não tendo sido possível conseguir a lista de endereços eletrônicos dos seus associados, o que aumentou o grau de dificuldade para obtenção de respondentes dentro do perfil dessa pesquisa. Tais profissionais foram identificados, um a um, dentro da rede de contatos profissionais do pesquisador, bem como por indicações feitas por profissionais renomados no cenário dos contratos de aliança. Após o início da fase de coleta de respostas, os próprios respondentes tinham a oportunidade de recomendar outros respondentes por meio do questionário.

O questionário, em língua inglesa, foi enviado a 64 profissionais, tendo obtido 18 respostas, sendo 17 completas e 1 resposta incompleta.

3.1.3 Confidencialidade

No questionário, firmamos o compromisso de manter estrita confidencialidade quanto às respostas individuais. Os nomes, as empresas e as respostas individuais dos participantes não poderão ser divulgados em hipótese alguma, e apenas o pesquisador terá acesso às respostas individuais ou a informações que permitam individualizar os respondentes.

3.1.4 Limitações da pesquisa

A presente pesquisa empírica não pretendeu refletir significância estatística às suas conclusões. Ela deve ser interpretada como um auxílio à compreensão do problema sem que, todavia, possamos garantir que os resultados encontrados reflitam

probabilisticamente a opinião de todos da população que se enquadram no perfil pesquisado.

De um lado, a amostra pesquisada ainda é reduzida, embora reconheçamos que a população de pessoas que têm efetiva experiência com contratos de aliança também é reduzida. De outro lado, a hipótese de trabalho desta tese, posta a teste nesta pesquisa empírica, possui um grau de subjetividade que torna difícil dar tratamento estatístico aos resultados. De fato, tentamos averiguar a hipótese mediante a realização de diversas questões com muitas variáveis de respostas. Algumas das questões, inclusive, são abertas. A conclusão, portanto, não deixará de carregar um grau significativo de interpretação subjetiva.

Nem por isso, os resultados verificados deixam de representar uma contribuição concreta à compreensão das práticas de mercado que têm sido adotadas em contratos de aliança. Estudos como o de MACAULAY,³³⁴ BERNSTEIN³³⁵ e BEALE e DOUGDALE,³³⁶ por exemplo, foram muito significativos acerca da forma de compreender mercados determinados, e tiveram muitas consequências ao estudo do direito. Nenhum deles, no entanto, foi elaborado como um estudo quantitativo, em que se pretendeu atribuir significância estatística aos resultados.

3.1.5 Módulos do questionário

O questionário elaborado contém 33 questões, divididas em quatro módulos. Suas versões, em português e inglês, constituem os Anexos I e II desta tese. Cada módulo tem um objetivo específico.

O primeiro módulo da pesquisa possui seis questões – questões de n.º 1 a n.º 6 – cujo objetivo é a identificação dos respondentes, dividindo-os e qualificando-os de acordo

³³⁴ STEWART MACAULAY, *Non-contractual relations in business. A preliminary study*, p. 1.

³³⁵ LISA BERNSTEIN, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, e, ainda, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*.

³³⁶ H. BEALE e TONY DOUGDALE, *Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, p. 45-60.

com suas características relevantes, tais como função, experiência, região, grupo de interesse etc. A identificação dos respondentes permitiu criar subgrupos de análise, como, por exemplo, grupos de respondentes que exercem função jurídica ou não jurídica, ou ainda grupos de respondentes com muita ou pouca experiência em projetos de aliança. A análise de resultados de subgrupos, separadamente, permite identificar vieses cognitivos associados a uma determinada característica, ou ainda isolar informações de subgrupos cujas informações sejam, presumivelmente, de melhor qualidade.

Já o segundo módulo tem como objetivo buscar elementos que auxiliem na definição dos contratos de aliança. Embora inicialmente havíamos elaborado algumas questões com tal objetivo, ao final, para diminuir a extensão do questionário, e considerando que a elaboração de uma *definição* não era um objetivo direto do questionário, optamos por manter, nesse módulo, uma única questão – a questão n.º 7. Tal questão elenca 16 elementos usualmente associados aos contratos de aliança, solicitando aos respondentes que identifiquem a relevância – entre essencial, relevante, pouco relevante e irrelevante – que cada um desses elementos possui nesse contexto.

O terceiro módulo procura obter respostas que possam testar a veracidade da *hipótese de trabalho* desta tese – redução do potencial de sanção contratual em situações tradicionais como forma de lidar com o problema do *crowding out*. Foram incluídas nove questões – questões n.º 8 a n.º 17 – que tratam de diversos assuntos que relacionam o tema dos contratos de aliança e dos contratos tradicionais com o potencial de aumento ou redução de conflitos entre as partes.

O objetivo do quarto e último módulo do questionário é auxiliar no desenvolvimento e interpretação de uma dogmática jurídica contratual que utilize ferramentas alinhadas com as expectativas dos agentes envolvidos em tais projetos. O referido módulo possui 13 questões – questões n.º 18 a n.º 30 – que apresentam situações de conflitos tradicionais em contratos de construção, questionando os respondentes acerca da solução jurídica mais adequada.

Por fim, as questões n.º 31, n.º 32 e n.º 33, além de solicitarem que recomendem novos respondentes e que autorizem, ou não, a divulgação de seus nomes em nota de

agradecimento, permitem aos respondentes que apresentem críticas e sugestões ao questionário.

3.2 Apresentação de resultados do estudo

Apresentamos, a seguir, uma versão resumida dos resultados obtidos nas respostas ao questionário de pesquisa empírica em questão. Uma versão mais detalhada dos resultados do questionário pode ser consultada no “Relatório de Resultados da Pesquisa Empírica”, objeto do Anexo III a esta tese de doutoramento.

3.2.1 *Proposição de subgrupos a serem analisados*

O questionário recebeu ao total 47 respostas, divididas em ambas as versões do questionário. A versão em língua portuguesa obteve 29 respostas, das quais 26 respostas completas e 3 respostas incompletas. A versão em língua inglesa obteve 18 respostas, sendo 17 respostas completas e 1 resposta incompleta.

Para a análise de resultados, tendo em vista as características dos respondentes, adotamos os seguintes subgrupos cuja análise separada poderá ser reveladora:

(i) Subgrupo Brasil: incluirá os 29 respondentes ao questionário em português (“Subgrupo Brasil”), uma vez que tal subgrupo revelará a opinião geral dos respondentes que atuaram basicamente dentro do Brasil, onde aparentemente não há ainda uma maturidade do mercado no uso de contratos de aliança.

(ii) Subgrupo Australásia: incluirá os 18 respondentes ao questionário em inglês (“Subgrupo Australásia”), uma vez que tal subgrupo se constitui em sua quase totalidade de respondentes que atuaram na Austrália e Nova Zelândia, onde há uma maior maturidade do mercado no uso de contratos de aliança.

(iii) Respondentes experientes: respondentes ao questionário que tenham tido experiência com acima de dez projetos em aliança (“Respondentes Experientes”), uma vez que a maior experiência poderá revelar uma melhor qualidade dos dados obtidos. Para

algumas perguntas, poderemos considerar somente as respostas de Respondentes Experientes dentro de um determinado Subgrupo.

(iv) Respondentes jurídicos: incluirá os respondentes ao questionário que tenham exercido a função de assessoria jurídica em contratos de aliança (“Respondentes Jurídicos”), uma vez que tal subgrupo poderá revelar tendências específicas de resultados decorrentes de um possível viés cognitivo associado à tradição dos assessores jurídicos com uma percepção do contrato muito mais pela sua função de sanção a comportamentos, algo que contraria a *hipótese de trabalho* desta tese. Para algumas perguntas, poderemos considerar somente as respostas de Respondentes Jurídicos dentro de um determinado Subgrupo.

(iv) Respondentes não jurídicos: incluirá os respondentes ao questionário que tenham exercido outras funções que não a função de assessoria jurídica em contratos de aliança (“Respondentes Não Jurídicos”), uma vez que tal subgrupo poderá isolar o possível viés cognitivo dos Respondentes Jurídicos, anteriormente mencionado. Para algumas perguntas, poderemos considerar somente as respostas de Respondentes Não Jurídicos dentro de um determinado Subgrupo.

3.2.2 *Resultados quanto ao Módulo 1 do questionário: identificação dos respondentes*

O primeiro módulo tem como objetivo identificar as características dos respondentes da pesquisa. As características questionadas foram: (1) experiência; (2) regiões de atuação; (3) a parte representada; (4) a função exercida; (5) o tipo de assessoria jurídica exercida. Na sequência, apresentamos as características dos respondentes.

O resultado pode ser sintetizado conforme a seguir:

(1) Quanto à experiência dos respondentes:

Predominância no resultado consolidado de respondentes com participação em cinco ou menos projetos;

O Subgrupo Australásia possui um percentual maior de Respondentes Experientes (33,34%) do que o Subgrupo Brasil (10,3%), fator que poderá ter relevância na análise de dados.

16,3% dos respondentes do Subgrupo Australásia teve um nível muito alto de experiência em contratos de aliança (acima de 20 projetos), e, no Subgrupo Brasil, esse número equivale a zero.

(2) Quanto às regiões de atuação:

Praticamente todos os profissionais do Subgrupo Australásia (94,1%), como já era esperado, tiveram atuação na Austrália e Nova Zelândia.

Todos os profissionais do Subgrupo Brasil (100%), como já era esperado, tiveram atuação no Brasil.

Os dados indicam que as amostras se concentraram muito no Brasil e na Austrália e Nova Zelândia, fato explicável em razão da forma de indicação dos potenciais respondentes, anteriormente explicada.

(3) Quanto à parte representada:

Os resultados consolidados demonstram equilíbrio numérico entre representantes de Donos da Obra e NOPs (“Non Owner Participants”).

Curiosamente, esse equilíbrio se repete no Subgrupo Brasil e no Subgrupo Australásia.

(4) Quanto à função exercida (Questão n.º 4)

Os resultados do Subgrupo Brasil demonstram uma predominância numérica relevante de Respondentes Jurídicos (77,8%) sobre os Respondentes Não Jurídicos (22,8%).

Os resultados do Subgrupo Australásia demonstram uma predominância numérica relevante de Respondentes Não Jurídicos (76,5%) sobre os Respondentes Jurídicos (23,5%).

Considerando o número superior de Respondentes do Subgrupo Brasil, os resultados consolidados demonstram uma predominância leve de Respondentes Jurídicos (56,8%) sobre os Respondentes Não Jurídicos (43,2%).

(5) Quanto ao tipo de assessoria jurídica exercida:

Os resultados demonstram uma enorme preponderância (83,5%) da atuação de assessorias jurídicas somente na fase de negociação, até a celebração do contrato, sobretudo no Subgrupo Australásia.

3.2.3 Resultados quanto ao Módulo 2 do questionário: Definição da Aliança

Conforme anteriormente mencionado, o Módulo 2 objetiva identificar a percepção dos respondentes acerca dos elementos principais dos contratos de aliança. A questão n.º 7 elenca 16 elementos usualmente associados aos contratos de aliança, consoante opinião de literatura especializada, solicitando aos respondentes que identifiquem a relevância – entre essencial, relevante, pouco relevante e irrelevante – que cada um desses elementos possui nesse contexto.

Considerando o *resultado consolidado*, as cinco condições que receberam mais respostas qualificadas como *condições essenciais dos contratos de aliança* foram:

- integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPs (86%);
- atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento (83%);
- dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (83%);

- regime de total transparência entre membros da aliança (*open book*) (83%);
- sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto (*pain share/gain share mechanism*) (79%).

Considerando o *resultado consolidado*, as oito condições que receberam mais respostas qualificadas como *condições essenciais* ou *condições relevantes* dos *contratos de aliança* foram:

- atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento (100%);
- sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto (*pain share/gain share mechanism*) (100%);
- dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (100%);
- regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes (100%);
- integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPs (98%);
- modelo amplo de governança da aliança, com definição de competências, procedimentos, órgãos e instâncias decisórias (98%);
- regime de total transparência entre membros da aliança (*open book*) (98%);
- modelo de remuneração/penalização dos NOPs que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto (98%).

3.2.4 Resultados quanto ao Módulo 3 do questionário: contratos de aliança e resolução de conflitos

3.2.4.1 Quanto ao número de disputas judiciais ou arbitrais (Questão n.º 8)

Dentro do *resultado consolidado* do questionário, é indicado um número muito maior de respondentes (78,6%) que não estiveram envolvidos em disputas arbitrais ou judiciais em contratos de aliança, conforme gráfico a seguir:

Os resultados do Subgrupo Brasil não apresentaram diferenças percentuais significativas dos resultados do Subgrupo Australásia. A comparação do percentual de conflitos, no entanto, nesse caso, é pouco confiável, uma vez que, se se considerar que o perfil dos respondentes do Subgrupo Australásia possui um número consideravelmente superior de Respondentes Experientes (33,34%, em comparação a 10,3%, no Subgrupo Brasil) e que, portanto, participaram em um número muito superior de contratos de aliança. Para ilustrar a observação anterior, tome-se o exemplo de um dos respondentes que, notoriamente, possui experiência em mais de uma centena de projetos de aliança – conforme ele mesmo declarou ao longo de suas respostas abertas –, ou seja, participou em um número de alianças muito maior do que a totalidade dos respondentes do Subgrupo Brasil, em conjunto. Tal respondente, no entanto, individualmente, declarou ter se envolvido em “entre 1 e 2 disputas”, em contratos de aliança.

3.2.4.2 Quanto ao potencial dos contratos de aliança para redução de conflitos (Questão n.º 9)

Os resultados demonstram significativa confiança dos respondentes no potencial do modelo do contrato de aliança para redução de conflitos, comparativamente a outros modelos.

Esse grau de confiança, no entanto, é significativamente superior no Subgrupo Australásia, em que 100% dos respondentes reconheceram o potencial de redução de conflitos dos contratos de aliança, tendo 88% indicado uma redução drástica, e 12%, uma redução leve; no Subgrupo Brasil, 76% dos respondentes reconheceram o potencial de redução de conflitos dos contratos de aliança, tendo 56% indicado uma redução drástica, e 20%, uma redução leve; essa diferença, por sinal, é expressamente mencionada em uma das observações realizadas no campo “comentários”.

Os comentários realizados pelos respondentes, de maneira geral, foram indicativos de que a efetiva redução de conflitos nos contratos de aliança somente ocorre se a aliança é adequadamente implementada, ou seja, como mencionado por um dos respondentes do Grupo Australásia, há a redução de conflitos “contanto que a aliança esteja estruturada corretamente e que a cultura da aliança seja mantida adequadamente”.

3.2.4.3 Quanto ao conteúdo das disputas em contratos de aliança (Questão n.º 10)

A Questão n.º 10 solicitava aos respondentes que descrevessem sucintamente o objeto de disputas (judiciais ou arbitrais) em Alianças de Projeto de que tenham participado. A questão permitia resposta aberta.

As respostas sugerem conflitos típicos de contratos de construção tradicionais, em especial aqueles relacionados a pleitos de variações.

Alguns dos conflitos descritos, no Subgrupo Brasil, denotam ainda uma falta de compreensão sobre o modelo da aliança, comparativamente às características usualmente descritas na literatura internacional.

Digno de nota, no Subgrupo Australásia, o comentário de um notório profissional no universo dos contratos de aliança: “I have advised clients on over 100 alliance contracts. Whilst there have been disagreements regarding issues there has never been any formal legal dispute”.

3.2.4.4 *Quanto à condição no dispute (Questões n.º 11 e n.º 12)*

As Questões n.º 11 e n.º 12 pretendem investigar a visão dos respondentes sobre a condição *no dispute*. A Questão n.º 11 solicitava uma resposta aberta acerca da interpretação dos respondentes quanto a tal condição.

As respostas “abertas” sugerem, em linhas gerais, que a condição *no dispute* é contratualmente firmada com o objetivo de estimular a busca de consenso e de um ambiente colaborativo; menciona-se o reforço à alocação coletiva de responsabilidades e à lógica de decisões por consenso. De maneira geral, parece haver a compreensão de que tal condição não deve ser interpretada como renúncia ao direito de ação das partes, mas como uma condição compatível com o modelo de alocação compartilhada de riscos e responsabilidades.

Alguns dos respondentes, sobretudo no Subgrupo Australásia, identificam que, pela condição, *no dispute*, a parte, embora tivesse o direito de ação, só teria direitos – em sentido material –, em circunstâncias limitadas. Conforme um dos comentários, a condição:

[...] should not be seen as an agreement not to take legal action against each other [...] – parties still retain right to take legal action against each other but they have agreed that only very limited breaches will give rise to enforceable rights against each other.

A questão n.º 12 questionava os respondentes acerca da relação entre a formalização da condição *no dispute* e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

Os resultados demonstram que, de maneira geral, a visão dos respondentes é de que há um efeito positivo – forte ou levemente – entre a formalização da condição *no dispute* e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

Essa percepção positiva da formalização da condição *no dispute*, no entanto, é significativamente superior no Subgrupo Australásia, em que 100% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 76,5% indicado um efeito fortemente positivo, e 23,5%, um efeito levemente positivo; no Subgrupo Brasil, 88% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 44% indicado um efeito fortemente positivo, e 44%, um efeito levemente positivo.

3.2.4.5 Quanto à condição *no blame* (Questões n.º 13 e n.º 14)

As Questões n.º 13 e n.º 14 pretendem investigar a visão dos respondentes sobre a condição *no blame*. As questões são, de fato, um espelho das Questões n.º 11 e n.º 12. Embora, na literatura acerca dos contratos de aliança, *no blame* e *no dispute* sejam frequentemente tratados como sinônimos, optamos por incluir questionamentos a tais condições, de forma separada. Em nossa visão, há um sentido lógico para ambas as condições que, embora correlacionadas, são essencialmente diferentes.³³⁷

A Questão n.º 13 solicitava uma resposta aberta acerca da interpretação dos respondentes quanto a tal condição.

As respostas no Subgrupo Brasil sugerem duas principais interpretações à condição *no blame*: a) aumentar a ênfase na atribuição coletiva de responsabilidades,

³³⁷ V. nossa explicação, no item 1.5.3 do Capítulo 1.

intensificando o foco na integração e no resultado coletivo, e não individual; e b) incentivar as partes a buscar soluções consensuais e ambiente colaborativo.

As respostas no Subgrupo Australásia sugerem duas principais interpretações à condição *no blame*: a) sinônimo da condição *no dispute*; e b) incentivar as partes a focar na solução dos problemas, e não na atribuição de culpa. Essa segunda interpretação, muito mencionada no Subgrupo Australásia, é compatível com a interpretação principal que demos à condição *no blame*, de que – aproveitando comentário de um dos respondentes – “all parties will focus their energies on finding a solution to a problem, not on investigating who caused it”.

A Questão n.º 14 questionava os respondentes acerca da relação entre a formalização da condição *no blame* e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

Os resultados demonstram que, de maneira geral, a visão dos respondentes é de que há um efeito positivo – forte ou levemente – entre a formalização da condição *no blame* e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

Essa percepção positiva da formalização da condição *no blame*, no entanto, é significativamente superior no Subgrupo Australásia, em que 94,1% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 70,6% indicado um efeito fortemente positivo, e 23,5%, um efeito levemente positivo; no Subgrupo Brasil, 84% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 48% indicado um efeito fortemente positivo, e 36%, um efeito levemente positivo.

3.2.4.6 *Quanto aos mecanismos de solução de conflitos mais compatíveis com a realidade dos contratos de aliança (Questão n.º 14)*

A Questão n.º 14 solicitava aos respondentes que indicassem quais tipos de cláusulas prevendo mecanismos de solução de conflitos são mais compatíveis com a realidade dos contratos de aliança. A resposta permitia mais de uma resposta.

O objetivo da inclusão da questão no questionário foi testar a percepção mencionada frequentemente na literatura sobre contratos de aliança de que os contratos de aliança são, de fato, incompatíveis com a previsão de cláusulas de solução de controvérsias, conforme mencionamos no item 1.5.3 do Capítulo 1. Confirmar essa percepção poderia ter consequências em relação ao problema de *crowding out* referido no item 2.3.2.1 do Capítulo 2, pois poderia indicar uma visão de que a mera formalização da cláusula de resolução de controvérsias poderia ter algum efeito negativo à solução interna dos conflitos.

Os resultados consolidados não demonstram uma tendência significativa de preferência por um mecanismo específico, embora um consenso tenha se feito presente: nenhum dos respondentes indicou a “eleição de foro no Poder Judiciário” como uma alternativa à solução de controvérsias em contratos de aliança.

As respostas do Subgrupo Brasil e do Subgrupo Australásia apresentaram diferenças significativas e interessantes.

No Subgrupo Brasil, a Cláusula Arbitral foi o mecanismo mais indicado (75% dos respondentes), e, no Subgrupo Australásia, nenhum dos 17 respondentes indicou a arbitragem como mecanismo adequado.

No Subgrupo Australásia, 41,2% dos respondentes indicaram não ser compatível a inclusão de cláusulas de resolução de disputas, tendo esta sido a resposta mais recorrente desse Subgrupo. Esse percentual se reduz para 25% quando são considerados somente os Respondentes Jurídicos do Subgrupo Australásia. No Subgrupo Brasil, um único respondente (4,17%) optou por tal resposta, entre os 24 que responderam a tal questão; curiosamente, este respondente era um Respondente Jurídico.

Há, portanto, uma visão bem distinta acerca dos tipos de cláusulas prevendo mecanismos de solução de conflitos mais compatíveis com a realidade dos contratos de aliança. Digno de menção é o resultado, no Subgrupo Australásia, que indicou um número relevante de respondentes com aversão à inclusão de cláusulas de solução de controvérsia em contratos de aliança, algo que poderia sugerir que os respondentes consideram que a

mera inclusão de tais cláusulas poderia ter um efeito negativo sobre a eficiência da resolução interna dos conflitos.

3.2.4.7 *Quanto à correlação entre alocação individualizada de riscos e incentivos à cooperação (Questão n.º 16)*

A Questão n.º 16 questionava os respondentes acerca da correlação entre a alocação individualizada de riscos e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto. O objetivo aqui era compreender se, pela percepção das partes, a alocação individualizada de riscos, em contextos de projetos com maiores riscos e incertezas, poderia aumentar ou reduzir o comportamento cooperativo das partes, o que seria um tema relacionado à *hipótese de trabalho* desta tese.

Os resultados demonstram que, de maneira geral, a visão dos respondentes é de que, em projetos de grande risco e incertezas, há um efeito negativo – forte ou levemente – entre a alocação individualizada de riscos e responsabilidades e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

Essa percepção negativa da alocação individualizada de riscos não é significativamente diferente nos resultados do Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia. A diferença, não significativa, aparece no percentual de respondentes que têm percepção positiva – forte ou levemente – da alocação individualizada de riscos (11,8% no Subgrupo Australásia e 25% no Subgrupo Brasil). Ou seja, no Subgrupo Brasil, um número maior de respondentes ainda prefere modelos de alocação individualizada de riscos.

3.2.4.8 *Quanto à correlação entre alocação compartilhada de riscos e incentivos à cooperação (Questão n.º 17)*

A Questão n.º 17 questionava os respondentes acerca da correlação entre a alocação compartilhada de riscos e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto. O objetivo aqui era compreender se, pela percepção das partes, a alocação compartilhada de riscos, em contextos de projetos com maiores riscos e

incertezas, poderia aumentar ou reduzir o comportamento cooperativo das partes, o que seria um tema relacionado à *hipótese de trabalho* desta tese.

Os resultados demonstram que a visão de 100% dos 40 respondentes a essa questão é de que, em projetos de grande risco e incertezas, há um efeito positivo – forte ou levemente – entre a alocação compartilhada de riscos e responsabilidades e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

O resultado anterior não é totalmente coerente com o resultado da Questão n.º 16, na qual um percentual de 19,5% dos respondentes entendeu haver uma correlação positiva – forte ou levemente – entre a alocação individualizada de riscos e a capacidade cooperativa das partes.

Essa percepção positiva da alocação compartilhada de riscos não é significativamente diferente nos resultados do Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia. O percentual de respondentes que têm percepção fortemente positiva da alocação compartilhada de riscos é levemente superior no Subgrupo Australásia (94% no Subgrupo Australásia e 74% no Subgrupo Brasil).

3.2.5 Resultados quanto ao Módulo 4 do questionário: situações de conflitos e interpretação dogmática do contrato de aliança

Conforme mencionado, o objetivo do quarto e último módulo do questionário era auxiliar no desenvolvimento e interpretação de uma dogmática jurídica contratual que utilize ferramentas alinhadas com as expectativas dos agentes envolvidos em tais projetos. Algumas das questões criavam situações hipotéticas de conflitos, nas quais os respondentes eram colocados diante do dilema entre a aplicação dos chamados “princípios da aliança”, calcados em conceitos colaborativos, como *no blame*, *no dispute* e *decisões por consenso*, e a aplicação de princípios tradicionais da dogmática, como a responsabilização por culpa e o princípio da força obrigatória dos contratos.

3.2.5.1 *Imprevisibilidade, flexibilidade, governança contratual e boa-fé*
(Questões n.º 18 e n.º 19)

As Questões n.º 18 e n.º 19 apresentavam um conflito hipotético sobre um aspecto central dos contratos complexos e, em especial, dos contratos de construção: a flexibilização contratual diante de variações das condições de execução das obras. Tal questão encontra-se no cerne de grande parte das disputas existentes em matéria de contratos de construção.

No conflito hipotético descrito, estavam presentes pressupostos tradicionais de flexibilização contratual – contrato de longo prazo, evento imprevisível, desproporção de preço, ausência de culpa. Ainda, segundo dado da questão, o contrato previa que somente por aprovação unânime da governança da aliança poderia o “custo-alvo” ser alterado. Diante desses pressupostos, os respondentes eram questionados se o NOP que se sentisse prejudicado teria o direito de reequilibrar o valor do “custo-alvo”, ainda que, pelo sistema de governança da aliança, as partes não tivessem chegado a um consenso.

A ideia era compreender a visão dos respondentes sobre como resolver o dilema entre aplicar simplesmente regras de flexibilização contratual diante de uma regra de cunho “processual” do contrato de aliança.

O objetivo de fundo era tentar iluminar um dilema mais profundo e abstrato por trás desse aparentemente simples dilema.

As regras de flexibilização contratual, no fundo, na tradição brasileira, são essencialmente ligadas à visão do contrato como declarações de vontades referentes à substância da troca. O elemento que tradicionalmente justifica a flexibilização contratual é justamente o fato de a declaração ter sido dada em um estado das coisas que, posteriormente à celebração contratual, veio a se alterar. Esse elemento seria uma condição resolutiva implícita no contrato, conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*.³³⁸

³³⁸ Segundo RENATO JOSÉ DE MORAES, há uma dicotomia entre a noção *lato sensu* e *stricto sensu* da cláusula *rebus sic stantibus*. Segundo a definição *stricto sensu*, a cláusula *rebus sic stantibus* “é a cláusula pela qual os contratos de execução periódica, continuada ou simplesmente diferida, podem ser, ou revisados,

Por outro lado, a regra de decisões por consenso, nos contratos de aliança, é uma regra que, de certo modo, relativiza a declaração de vontade, no ato de formação do contrato. Até porque os consensos vão se formando, ao longo do contrato, com novas declarações de vontade, igualmente necessárias e importantes. A Questão n.º 18 cria então o dilema entre o paradigma do contrato como “acordo de vontades” ou como “estrutura de governança”. Sendo mais preciso, coloca-se em conflito uma visão de autonomia da vontade voltada para a troca de declarações – contrapostas – no ato de formação do contrato, ou voltada para declarações de vontades voltadas à forma de funcionamento do contrato para atingimento do objetivo comum da aliança.

Em nossa percepção, o “contrato como governança”, nesse conflito hipotético, seria visto como mais adequado do que o “contrato como promessa”, justamente em razão da ineficiência do modelo tradicional de contrato para lidar com o problema da flexibilização contratual, entre outras coisas, em virtude do problema do *crowding out*.³³⁹

Em concreto, nossa visão era de que a resposta mais adequada à questão seria que, mesmo diante de uma situação clássica de reequilíbrio, a regra de governança – decisão por consenso – prevaleceria sobre a regra de flexibilização. Portanto, acreditávamos que os profissionais envolvidos em projetos de aliança poderiam partilhar essa interpretação e que, portanto, o NOP, no conflito hipotético, não teria o direito de obter uma decisão judicial ou arbitral que lhe garantisse o reequilíbrio contratual.

Reconhecemos, todavia, que o resultado possa ter seu significado relativizado pelo fato de que outras justificativas, não diretamente relacionadas ao dilema supramencionado – entre contrato governança e contrato promessa –, podem explicar a opção pela resposta de que o NOP, no caso, não teria o direito ao reequilíbrio. É possível que a motivação de respondentes para adotar uma resposta “não” possa ter sido, por exemplo, a visão de muitos autores de que, em situações de “onerossidade excessiva”, é possível a resolução contratual, e não propriamente o reequilíbrio.

com o reajustamento das prestações, ou simplesmente resolvidos, devido à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível para as partes, que desequilibrou a relação contratual de maneira grave” (*Cláusula rebus sic standibus*, p. 29-30).

³³⁹ V. item 2.4.2 do Capítulo 2.

Os resultados consolidados demonstram um resultado equilibrado entre o direito do NOP de reequilibrar o “custo-alvo” (43,9%) e o respeito estrito à regra de governança por consenso (53,7%), com uma ligeira vantagem deste último.

A análise comparativa do Subgrupo Brasil e do Subgrupo Australásia, no entanto, é muito reveladora, pois mostra resultados diametralmente opostos.

A maioria dos respondentes do Subgrupo Brasil entendeu que, no conflito hipotético, o NOP teria o direito ao reequilíbrio contratual (66,7%), enquanto a grande parte dos respondentes do Subgrupo Australásia entendeu que, no conflito hipotético, o NOP não teria o direito ao reequilíbrio contratual (88,2%).

A diferença anteriormente citada é significativa e demonstra uma visão distinta acerca da melhor solução de um conflito concreto.

Na solução do dilema de princípios, explicada no início deste item, os resultados podem dar indício de que a visão dos respondentes no Subgrupo Brasil aponta para o paradigma do “contrato promessa”, cujo sistema normativo é muito mais identificado com a substância da “troca”, e a visão dos respondentes no Subgrupo Australásia aponta para o paradigma do “contrato como governança”, cujo sistema normativo é direcionado a organizar os procedimentos de tomada de decisão, necessários a que as partes atinjam seus objetivos comuns.

Algumas observações, no campo de comentários, são informativas para compreensão do problema. Algumas delas fazem a coerente ressalva de que a resposta à questão dependerá das condições do contrato. De fato, no entanto, as observações denotam, de maneira geral, uma visão distinta entre Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia.

No Subgrupo Australásia, três aspectos foram ressaltados.

Primeiramente, salientou-se a importância de um planejamento e da delimitação de casos de variação, previamente à celebração da segunda etapa do contrato de aliança, com a ressalva de que os riscos residuais (não alocados) usualmente são compartilhados.

Ou seja, diferentemente até do que o clássico estudo de MACAULAY sugere,³⁴⁰ os respondentes entendiam crucial um adequado e prévio planejamento das condições de variação do contrato:

The Target Adjustment Guidelines process, if conducted properly and integrated correctly into the Alliance Agreement, should leave no doubt as to whether such external risks are shared collectively or retained unilaterally by the owner (normally would/should be a shared risk).

Um segundo aspecto ressaltado é o de que, se o NOP tiver o direito ao reequilíbrio independentemente de consenso, a aliança se descaracterizaria e as partes retornariam a comportamentos não colaborativos. A situação, na prática, provavelmente configuraria o fracasso da aliança: “Having such a right would go against the approach that ‘we’re all in this together’; would be going back to the ‘bad old days’”.

No Subgrupo Brasil, os seguintes aspectos foram ressaltados: (i) embora a aliança fosse possivelmente descaracterizada, não seria adequado sustentar uma situação de desequilíbrio contratual; (ii) as regras de governança (consenso) não podem ser absolutas; não havendo consenso, a parte teria o direito de buscar alternativa; (iii) a questão do risco residual também é trazida, embora com interpretações distintas (ora como compartilhado, ora como alocado ao dono do projeto).

Essa significativa diferença talvez se explique em razão da grande diferença do grau de maturidade entre os Subgrupos Brasil e Subgrupo Australásia com o modelo organizacional dos contratos de aliança. A nossa visão é mais compatível com a do Subgrupo Australásia, que tende a privilegiar a aplicação de princípios colaborativos que veem no contrato uma estrutura de governança para atingimento dos objetivos comuns da aliança.

A Questão n.º 19 busca testar o problema do dilema “governança” *versus* “reequilíbrio”, em um cenário um pouco mais drástico. Somente foram direcionados à Questão n.º 19 os respondentes que identificaram que o NOP não teria o direito ao reequilíbrio, ou seja, os que optaram pela visão do contrato como “governança”. Tais

³⁴⁰ STEWART MACAULAY, Non-contractual relations in business. A preliminary study, p. 6-7.

respondentes foram questionados se sua visão se alteraria se, no caso concreto, o Dono do Projeto continuasse a vetar, de forma pouco razoável, qualquer tentativa de reequilíbrio do NOP.

O objetivo era testar o limite da visão – compatível com a nossa – de que a regra de governança, no caso, deveria prevalecer sobre a regra de “reequilíbrio”. A nossa percepção era a de que, diante do cenário que pudesse ser caracterizado como “má-fé”, a resposta pudesse ser alterada. Do ponto de vista do dilema, anteriormente mencionado – entre as regras do “contrato promessa” e do “contrato como governança” –, ao incluir o elemento “quebra de boa-fé”, a nosso ver, estaríamos incluindo um aspecto processual do comportamento. Nesse caso, o dilema alterar-se-ia, pois o dever de boa-fé, de certo modo, também poderia ser tido como uma regra do “contrato como governança”.

Os resultados consolidados demonstraram uma pequena predominância da percepção de que, nessas circunstâncias, o NOP passaria a ter o direito de reequilibrar o “custo-alvo” (52,4%). As observações, no campo aberto para comentários, sobretudo no Subgrupo Australásia, tendem a qualificar o comportamento do Dono do Projeto como abusivo, e, portanto, o NOP passaria a ter o direito. Ressalva-se o fato, todavia, de que, nessas circunstâncias, a confiança estaria acabada.

3.2.5.2 *Conflito de interesses e “melhor para o projeto” (Questões n.º 20 e n.º 21)*

As Questões n.º 20 e n.º 21 tentam compreender como compatibilizar eventuais conflitos de interesse, no seio dos contratos de aliança, sobretudo se considerarmos os princípios da aliança de “melhor para o projeto” e “decisões por consenso”.

Para compreendermos a questão, adotamos situações que pudessem sugerir interpretações em situações de *conflito formal de interesses* e de *conflito material de interesses*, para utilizar terminologia usual no direito societário. Pela regra de conflito de interesses formal, o representante da empresa que tenha interesse na deliberação deve *a priori* abster-se de emitir seu voto, independentemente de ele ser, ou não, contrário aos interesses coletivos. Na regra de conflito material, não há o dever de abstenção formal, mas

a sanção legal *a posteriori* – invalidade, perdas e danos – em decorrência de decisão emitida de forma a contrariar os interesses da coletividade.³⁴¹

A nossa interpretação a essa questão era a de que, diante de uma situação de conflito formal de interesses, claramente não haveria o dever de abstenção. Já perante uma situação de conflito material de interesses, a nossa visão era a de que uma decisão que claramente contrariasse os interesses do projeto poderia ser enquadrada como uma quebra de confiança, compatível com a aplicação de algum tipo de sanção legal. Procuramos investigar essa percepção nas Questões n.º 20 e n.º 21.

A Questão n.º 20 coloca o respondente diante de um problema de *conflito formal* de interesses. Os respondentes são instados a responder se um membro da governança da aliança, que tenha sido indicado por um determinado NOP, teria a obrigação de se abster de emitir seu voto em situações em que houvesse conflito de interesses entre a empresa que o indicou e os melhores interesses do projeto.

No resultado consolidado, predominou a interpretação de que não se aplica a vedação ao conflito formal de interesses (65,9% dos respondentes), interpretação que faculta às partes emitirem seu voto, na governança da aliança, mesmo quando os interesses de seus representantes possam, potencialmente, conflitar com os do “melhor para o projeto”. Não se verificou diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia.

Algumas das respostas abertas colocaram aspectos relevantes. No Subgrupo Australásia, ressaltou-se a importância de o clausulado contratual prever regras sobre conflitos de interesses, além de o membro ter o dever moral de reportar eventual situação de conflito. Efetuando um paralelo com o direito societário, um dos respondentes fez curiosa observação:

A aliança deve ser interpretada como se fosse uma sociedade. Os membros indicados pelo Owner e NOP para trabalhar no projeto devem fazê-lo no interesse deste e não de seus sócios. Este raciocínio encontraria respaldo legal se estivéssemos tratando de sociedade.

³⁴¹ Para uma explicação mais detalhada sobre tais conceitos, v. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, p. 39-47.

A Questão n.º 21 coloca o respondente diante um problema de *conflito material* de interesses. Ela é direcionada exclusivamente àqueles que reconheceram que não deveria ser aplicada a vedação ao conflito formal de interesses e que, portanto, na Questão n.º 20, declarou que o NOP não deveria se abster de emitir seu voto. Busca-se compreender como lidar com uma decisão que, materialmente, não foi tomada no melhor interesse do projeto.

No resultado consolidado, predominou a interpretação de que, diante de conflito material de interesses perpetrado pelo NOP, o Dono do Projeto teria o direito de anulação do voto em conflito (66,7% dos respondentes). Comparativamente, embora tanto os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia indicassem a interpretação referida, o Subgrupo Brasil foi mais contundente em reconhecer tal interpretação (76,5%, no Subgrupo Brasil, e 50% no Subgrupo Australásia).

3.2.5.3 *Culpa e responsabilidade contratual (Questão n.º 22)*

A Questão n.º 21 coloca o respondente diante de uma situação hipotética, na qual uma das partes, por seu comportamento negligente, causou atrasos e prejuízos ao projeto, como um todo. A ideia era compreender se as partes, de fato, reconhecem que, pelos princípios acordados na aliança, a culpa ordinária é um elemento irrelevante no arranjo de responsabilidade do contrato.

Considerando o modelo da aliança, nossa percepção era de que a grande maioria dos respondentes reconheceria que, de fato, no conflito hipotético, a conduta negligente – culposa, portanto – da parte não teria o efeito de lhe imputar responsabilidade exclusiva.

No resultado consolidado, predominou a interpretação de que, no conflito hipotético, a negligência praticada por uma parte não será fato que lhe permita a imputação individual de responsabilidade (56,4%).

No entanto, verificou-se diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia. No Subgrupo Brasil, predominou, com mínima vantagem, a interpretação de que, no conflito hipotético, a negligência praticada por uma parte será sim um fato que justifique a imputação individual de responsabilidade (52,2%

reconheceram a possibilidade de imputação individual de responsabilidade, no caso). No Subgrupo Australásia, predominou, com grande vantagem, a interpretação de que, no conflito hipotético, a negligência praticada por uma parte não será um fato que justifique a imputação individual de responsabilidade (75% reconheceram a não possibilidade de imputação individual de responsabilidade, no caso).

A resposta parece denotar uma grande resistência, no Subgrupo Brasil, ao modelo que desconsidera o elemento “culpa” como fator de imputação de responsabilidade. No Subgrupo Australásia há uma clara visão de que a “culpa”, de natureza ordinária, não deve ser um critério para responsabilização individual das partes, nos contratos de aliança. O resultado, no Subgrupo Australásia, por sinal, só não foi ainda maior por conta de uma imprecisão na formulação da questão.

Algumas das respostas abertas demonstraram que os resultados dessa questão devem ser relativizados, em razão da falta de precisão na elaboração da pergunta, quanto ao termo “negligência”. Tanto no Subgrupo Australásia quanto no Subgrupo Brasil as partes demonstraram que a resposta à questão dependeria da interpretação que se daria ao termo “negligência”; negligências que se revestissem de um elemento intencional, como a chamada *gross negligence*, poderiam dar margem à imputação individual de responsabilidade. Vide comentário: “[SIM] But only if this is the result of gross negligence, reckless behaviour or wilful intent (or anything coming close to that)”.

Quando elaboramos a questão, a ideia era de que o termo representasse uma negligência ordinária, não qualificada pelo elemento intencional; esse termo, no entanto, confundiu alguns dos respondentes que, embora entendessem que a *culpa ordinária* não seja, nos contratos de aliança, fator de responsabilização individual, responderam que a negligência seria sim um fator de responsabilização individual, mas desde que caracterizada como *falta intencional* (“*wilful default*”).

Tais respostas, no entanto, deixam claro que é correta a percepção pessoal de que, nos contratos de aliança, a culpa ordinária não deve, de fato, ser parâmetro para imputação de responsabilidade. Em nossa visão, a exclusão do descumprimento obrigacional do rol de fundamentos à rescisão é bastante consistente com a *hipótese de trabalho* da tese.

3.2.5.4 *Sinalagma contratual e contratos de aliança (Questão n.º 23)*

A Questão n.º 23 apresenta uma situação hipotética de conflito que busca compreender um aspecto específico da relação obrigacional, nos contratos de aliança. A ideia era compreender se, diante de um descumprimento de uma obrigação individual, aplicar-se-ia a noção tradicional da exceção do contrato não cumprido (“exceptio inadimplenti contractus”).

Em nossa percepção, algumas das obrigações contratuais são claramente individualizadas, como é o caso das obrigações de pagamento. Nesse caso, seria lícito aos NOPs interromperem os trabalhos por eles conduzidos, na aliança, observando-se, obviamente, as condições contratuais que houverem sido acordadas a este respeito. Em nossa visão, tal percepção seria óbvia; todavia, resolvemos testá-la.

No resultado consolidado, predominou significativamente a interpretação de que, no conflito hipotético, seria lícito aos NOPs interromperem os trabalhos por eles conduzidos (82,5%). Verificou-se diferença não significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil (95,8% favoráveis à interrupção) e os do Subgrupo Australásia (62,5% favoráveis à interrupção). Tal diferença parece se justificar pela visão de alguns do Subgrupo Australásia de que, mesmo diante de uma situação drástica, como no caso, as partes deveriam resolver internamente o problema; o comentário a seguir dá essa noção: “That’s a pretty severe scenario! Board would have to consider what would be the BFP course of action, which might be to interrupt progress”.

Os resultados deixam claro que é correta a nossa percepção de que, nos contratos de aliança, o descumprimento de algumas obrigações individuais pode dar margem à *exceção do contrato não cumprido*, mesmo quando não estejam necessariamente presentes elementos dolosos de descumprimento.

3.2.5.5 Dever de transparência (Questão n.º 24)

A Questão n.º 24 apresenta uma situação hipotética de quebra do dever de transparência. A ideia é compreender se as partes têm o direito – juridicamente oponível – de demandar a divulgação de informações da outra parte.

Importante esclarecermos que a dúvida que se pretendia checar não é se a parte tem o dever moral de transparência, mas se a quebra do dever de transparência deve dar ensejo a medidas legais formais. De acordo com a *hipótese de trabalho*, há uma demanda pela redução do papel sancionador do contrato, mediante diminuição do número de situações que poderiam dar ensejo a uma disputa judicial ou arbitral. A resposta a essa questão procura compreender em que medida a quebra do dever de transparência se inclui nesse quadro reduzido de situações que dão ensejo à proposição de demandas.

No resultado consolidado, predominou significativamente a interpretação de que, no conflito hipotético, a quebra do dever de transparência seria suficiente a fundamentar o direito de proposição de demanda contra a parte infratora (77,5%). Verificou-se diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil (95,8% favoráveis ao direito de demandar, no caso) e os do Subgrupo Australásia (50% favoráveis ao direito de demandar, no caso).

Há, portanto, no Subgrupo Australásia um aparente equilíbrio entre os respondentes que entendem que a quebra de transparência poderia fundamentar o direito de proposição de demanda contra a parte infratora (50%) e os que entendem que não haveria tal direito (43,8%). Tal diferença parece se justificar pela visão de parte significativa do Subgrupo Australásia de que, mesmo diante de uma situação drástica, como no caso, as partes deveriam resolver internamente o problema, como denota o comentário a seguir: “The Alliance Board would meet to resolve this matter”.

Muitos reconheceram, em ambos os Subgrupos, nas questões abertas, que, a despeito do eventual direito da proposição de demanda, no caso, a quebra de confiança configuraria, na prática, o fim da aliança.

3.2.5.6 *Alternativas estratégicas de proteção pelo Dono do Projeto (Questão n.º 25)*

A Questão n.º 25 era aplicada somente às partes que reconheceram, na questão anterior, que a quebra de transparência não seria suficiente a fundamentar o direito de proposição de demanda contra a parte infratora. A ideia era compreender como, nesse cenário de ausência de direito legalmente oponível, o Dono do Projeto poderia estrategicamente se proteger de uma conduta de sonegação de informações.

A questão buscava testar uma interpretação possível, nesse contexto, de que, mesmo em situações drásticas, como a de quebra do dever de transparência, as partes prefeririam não ter a participação de terceiros para resolver seus conflitos internos. Essa interpretação, no entanto, demanda uma análise de resultados conjuntos com os resultados da Questão n.º 24. Caso, na Questão n.º 24, o resultado houvesse sido predominantemente negativo, a Questão n.º 25 auxiliar-nos-ia a compreender o racional estratégico do Dono do Projeto, ao renunciar uma proteção formal ao dever de transparência.

Como nenhum dos respondentes do Subgrupo Brasil respondeu negativamente à Questão n.º 24, somente respondentes do Subgrupo Australásia responderam a Questão n.º 25. As respostas sugerem, em linhas gerais, que as partes teriam de se valer dos mecanismos contratuais de solução do conflito, como a governança, ou ainda poderia o Dono do Projeto se valer de sua prerrogativa de término contratual ou demandar a exclusão do NOP, por maioria de votos.

3.2.5.7 *Quebra do dever de boa-fé (Questão n.º 26)*

A Questão n.º 26 procura permitir aos respondentes que, de forma aberta, descrevam sua visão sobre o que seriam eventos de quebra de boa-fé, no contexto dos contratos de aliança. A ideia é, portanto, compreender as situações que se enquadrariam no rol reduzido de eventos que, sob a justificativa de quebra de boa-fé, justificariam o direito de qualquer das partes de demandar as demais em juízo ou arbitragem.

As respostas sugerem, em linhas gerais, exemplos de comportamento em que a parte possui – ou claramente deveria possuir – consciência sobre sua conduta lesiva, como a manipulação de números, a omissão deliberada de informações, fraude, o descumprimento consciente de decisões da aliança e a prática de atos com interesse contrário ao da aliança.³⁴²

3.2.5.8 *Término imotivado pelo Dono do Projeto (Questões n.º 27 e n.º 28)*

As Questões n.º 27 e n.º 28 tentam compreender se o Dono do Projeto deve possuir o direito de resolução imotivada do contrato e quais as consequências jurídicas.

Alguns autores reconhecem como condição importante aos contratos de aliança o direito do Dono do Projeto de terminar imotivadamente o contrato.³⁴³ Essa característica pode indicar que, embora o Dono do Projeto tenha aceitado reduzir o nível de “proteção contratual”, ele mantém para si o direito estratégico de término do contrato. Resolvemos, portanto, questionar a visão dos respondentes acerca do término imotivado do contrato pelo Dono do Projeto.

A Questão n.º 27 questiona se deveria ser facultada ao Dono do Projeto a prerrogativa de terminar imotivadamente o contrato, a qualquer momento.

No resultado consolidado, predominou a interpretação de que o Dono do Projeto deve ter a prerrogativa de terminar imotivadamente o contrato de aliança (70% dos respondentes). Não se verificou diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia.

Algumas das respostas enfatizaram a importância de os NOPs serem devidamente compensados por conta do término imotivado. Tal questão é, todavia, objeto de questionamento a seguir – Questão n.º 28, a qual busca investigar quais seriam as consequências jurídicas apropriadas em uma situação de término imotivado do contrato de aliança pelo Dono do Projeto. Obviamente só eram conduzidos a responder tal questão os

³⁴² V. respostas no Anexo III desta tese.

³⁴³ GANG CHEN et al., Overview of alliancing research and practice in the construction industry, p. 110.

respondentes que, de fato, reconheciam a prerrogativa, na Questão n.º 27. A ideia era checar, sobretudo, se haveria penalidades aplicáveis e não meras compensações pelos serviços prestados – o que seria mais óbvio.

Eventual percepção de que as penalidades rescisórias não seriam aplicáveis nesse caso poderiam corroborar a interpretação de que a prerrogativa de término imotivado pelo Dono do Projeto seria a “compensação” estratégica encontrada pelo mercado em razão da renúncia de direitos que ocorre no contrato de aliança.

No resultado consolidado, predominou a interpretação de que, em situação de término imotivado, as seguintes consequências seriam aplicáveis: (i) pagamento de penalidade rescisória pelo Dono do Projeto (59% dos respondentes); (ii) arbitramento de eventuais “ônus” ou “bônus”, proporcionalmente ao percentual de projeto executado, a ser pago pelo Dono do Projeto ou pelos NOPs, conforme o caso, observado o sistema de compartilhamento de ganhos e perdas constantes do Contrato (75% dos respondentes); e (iii) pagamento de despesas de desmobilização dos NOPs, incluindo custos de rescisão/resolução de contratos com terceiros (96% dos respondentes).

Os resultados do Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia foram similares, entre si, com a ressalva de que, enquanto, no Subgrupo Brasil, os respondentes reconheceram a pertinência de aplicação da penalidade contratual (64% favoráveis, e 29% contrários), no Subgrupo Australásia, os respondentes se dividiram (50% favoráveis, e 50% contrários).

3.2.5.9 *Situações de descumprimento contratual (Questão n.º 29)*

A Questão n.º 29 procura reforçar os questionamentos já realizados, neste questionário, acerca das situações reduzidas em que, nos contratos de aliança, as partes teriam contratualmente o direito de rescindir motivadamente o contrato. A questão elenca situações típicas de descumprimento contratual, questionando quais delas poderiam dar ensejo à rescisão contratual pela parte inocente.

A ideia era checar se algumas condições que tradicionalmente dariam a prerrogativa rescisória em contratos tradicionais – como o mero descumprimento obrigacional – também dariam tal prerrogativa em contratos de aliança.

De forma próxima, o resultado consolidado e os resultados de ambos os Subgrupos revelaram que haveria o direito de rescisão motivado em todas as situações indicadas, com exceção das seguintes: (i) o descumprimento de qualquer obrigação prevista em contrato (10% de respondentes, no resultado consolidado); (ii) quebra de declarações e garantias prestadas no contrato (45% de respondentes, no resultado consolidado); e (iii) quebra do dever de confidencialidade (45% de respondentes, no resultado consolidado).

Os resultados são condizentes com a percepção de que, nos contratos de aliança, as sanções contratuais se reduziriam a situações excepcionais, pois as demais hipóteses de rescisão elencadas na Questão n.º 29 representam situações mais graves de descumprimento.

Em nossa visão, a exclusão do descumprimento obrigacional do rol de fundamentos à rescisão é bastante consistente com a *hipótese de trabalho* da tese.

3.2.5.10 Hipóteses de reequilíbrio contratual (Questão n.º 30)

A Questão n.º 30 solicita aos respondentes que, de forma aberta, respondam se há situações em que as partes estariam obrigadas juridicamente a acatar solicitações de revisão do Custo-Alvo e/ou Prazo-Alvo do Projeto, independentemente da concordância do Dono do Projeto ou dos NOPS.

A ideia é, portanto, compreender como as alianças de projeto lidariam com a tensão entre as condições de flexibilização contratual e o princípio de consenso. Como pano de fundo da questão, encontra-se o mesmo dilema, já descrito anteriormente, entre princípios amparados no “contrato promessa”, que regula a substância da troca, e o “contrato governança”, que regula o processo de tomada de decisões ao longo da relação contratual. Trata-se, portanto, de uma variação – em formato de respostas abertas – das Questões n.º 18 e n.º 19.

Os resultados são interessantes e condizentes com o resultado anteriormente descrito na Questão n.º 18. As respostas sugerem visões quase que diametralmente opostas no Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia.

As respostas do Subgrupo Brasil são quase unânimes em reconhecer a possibilidade de flexibilização contratual – independentemente de consenso – em uma série de situações usualmente associadas à flexibilização contratual, como “eventos imprevisíveis”, “mudança de escopo”, “mudanças legislativas” etc.³⁴⁴

Já as respostas do Subgrupo Australásia são quase unânimes em sentido contrário, reconhecendo não haver situações em que uma parte estaria obrigada juridicamente a acatar solicitações de revisão de custo e prazo, sem prévio consenso.

3.3 Reflexões sobre resultados

O presente estudo empírico, em nossa visão, trouxe informações relevantes para nos auxiliar a atingir os três objetivos a que se propôs.

Em nossa interpretação, as respostas do questionário foram substancialmente consistentes com a *hipótese de trabalho* desta tese de doutoramento.

De um lado, verificou-se a confiança dos respondentes de que o modelo organizacional do contrato de aliança reduz a ocorrência de conflitos, comparativamente a modelos tradicionais. Verificou-se a percepção dos respondentes de que há um efeito negativo entre a alocação individualizada de riscos e responsabilidades e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto. No Subgrupo Australásia, um número relevante de respondentes apresentou aversão à inclusão de cláusulas de solução de controvérsia em contratos de aliança, algo que poderia sugerir que os respondentes consideraram que a mera inclusão de tais cláusulas tem um efeito negativo sobre a eficiência da resolução interna dos conflitos.

Ao responder a questões sobre *no blame, no dispute*, descumprimento contratual, e quebra do dever de boa-fé, os respondentes, sobretudo no Subgrupo Australásia, foram muito claros acerca do fato de que somente comportamentos excepcionais, geralmente caracterizados pela quebra de confiança do agente, seriam passíveis de punição. Situações ordinárias, ligadas a erros ou falhas de desempenho na execução do empreendimento, não

³⁴⁴ Vide Anexo III desta tese.

seriam individualmente puníveis, estando somente sujeitas ao mecanismo de compartilhamento de riscos inerente ao contrato.

O estudo ainda trouxe informações sobre como interpretar conflitos relacionados ao reequilíbrio econômico contratual, ao voto em conflito de interesses, à quebra do dever de transparência, à falta de pagamentos, à quebra do dever de boa-fé, à resolução contratual, entre outros.

CAPÍTULO 4

REFLEXÃO JURÍDICO-DOGMÁTICA DOS CONTRATOS DE ALIANÇA

A dogmática jurídica é sempre instrumental. Ela é uma tecnologia para atingir um determinado fim.³⁴⁵ Conforme já asseveramos nas notas introdutórias desta tese, o direito contratual deve ser analisado por um viés dogmático instrumental: como uma ferramenta para atingir determinados objetivos. A dogmática jurídica não pode ser enquadrada como “certa ou errada”, mas como mais ou menos útil.

Tratando-se do contexto dos grandes projetos de engenharia, como são as *alianças de projeto*, embora outros benefícios possam advir do modelo adotado, as partes estarão buscando regular-se de maneira a racionalizar os custos e o prazo para conclusão do empreendimento. Ou seja, o direito contratual, em sentido dogmático, no contexto dos contratos de aliança, deve ser consistente com o objetivo de redução de custos de transação.

Nos capítulos anteriores, buscamos construir as bases conceituais para que, neste capítulo, possamos efetuar uma tentativa de interpretação jurídico-dogmática do contrato de aliança, coerente com o fim característico que a dogmática jurídica deve desempenhar nesse contexto. É preciso esclarecer que, no entanto, por limitações metodológicas, a análise dogmática que se pretende, neste Capítulo 4, não aprofundará individualmente cada uma das ferramentas dogmáticas ora tratadas. Esse trabalho seria, na prática, uma tese autônoma. Limitar-nos-emos a identificar, em cada uma dessas ferramentas, o modo de interpretá-la segundo o contexto dos contratos de aliança. O objetivo é, ao final, identificar caminhos mais profícuos de dogmática contratual associados ao contexto colaborativo dos contratos de aliança.

As percepções construídas nos capítulos anteriores devem orientar essa reflexão jurídico-dogmática sobre o contrato de aliança.

³⁴⁵ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 87.

No Capítulo 1, procuramos compreender importantes aspectos organizacionais dos contratos de aliança, como modelo compartilhado de alocação de riscos, sistema peculiar de governança, sistema de remuneração, sistema de comunicação, entre outros. A compreensão desse arcabouço organizacional se mostra crucial para que possamos realizar uma adequada tradução jurídico-dogmática do contrato de aliança.

No Capítulo 2, apresentamos linhas teóricas consistentes com a hipótese inicial de trabalho, que assim resumimos, no capítulo introdutório:

[...] o modelo proposto pelos contratos de aliança, em regra, promove um esvaziamento voluntário da função do contrato como ferramenta de aplicação, ainda que potencial, de sanções a comportamentos culposos, justamente com o objetivo de não prejudicar a construção natural de uma relação cooperativa.

No entanto, o que significa, em termos dogmáticos, essa redução da função sancionadora, nos contratos de aliança? Ou, ainda, quais ferramentas de caráter jurídico-dogmático poderão se mostrar mais adequadas e úteis a esse contexto e como devem tais ferramentas ser aplicadas?

Importante percepção construída no Capítulo 2 está relacionada ao fenômeno denominado pela doutrina econômica de *crowding out*.³⁴⁶ Se é verdade que o mercado, nos contratos de aliança, visualizou que as ferramentas tradicionais de sanção a comportamentos individuais podem se tornar um entrave à cooperação em projetos mais complexos e, portanto, aumentar custos de transação, então a dogmática jurídica também precisa ser reconfigurada para lidar com essa percepção da realidade.³⁴⁷

GILSON, SABEL e SCOTT sustentam que a forma mais adequada de os juízes decidirem questões envolvendo contratos que misturam mecanismos formais e informais de *enforcement* – como é o caso dos contratos de aliança – seria mediante a aplicação de sanções contratuais de *baixa potência*, que seriam sanções a comportamentos que

³⁴⁶ Vide item 3.2.3.1 do Capítulo 2.

³⁴⁷ Nesse sentido, COLLINS, ao falar das práticas de mercado como fonte normativa do direito privado, faz uma citação interessante e que pode ser útil para explicar a metodologia adotada na tese em curso: “Legal doctrine may then be faced with the choice of either denying any legal force to the Market convention on which the business expectation is grounded, or engaging in a process of reconstruction of doctrine” (*Regulating Contracts*, p. 36).

denotassem a quebra do dever de negociar em boa-fé. As obrigações substantivas no contrato estariam sujeitas somente aos mecanismos informais de *enforcement*.³⁴⁸ Embora a natureza dessas sanções de *baixa potência* ainda demande um trabalho mais preciso de definição jurídica, esse *insight* de GILSON, SABEL e SCOTT, além de coerente com a hipótese de trabalho desta tese, poderá nos auxiliar na tarefa de tradução dogmática do contrato de aliança.

Apresentamos ainda, no Capítulo 2, argumentos sobre os quais sustentamos nossa visão de que, em contratos de aliança, seria adequada uma abordagem de regulação contratual que vê o contrato como uma “estrutura de governança”, buscando sancionar somente desvios ao procedimento contratual acordado. Nessa abordagem, ganham importância ferramentas dogmáticas de organização de interesses intracontratuais, como o princípio da boa-fé e a vedação ao conflito de interesses.

No Capítulo 3, com base no estudo empírico realizado, reforçamos nossa visão sobre a consistência da *hipótese de trabalho*, trazendo ainda informações sobre como interpretar conflitos relacionados ao reequilíbrio econômico contratual, ao voto em conflito de interesses, à quebra do dever de transparência, à falta de pagamentos, à quebra do dever de boa-fé, à resolução contratual, entre outros.

4.1 Contrato de aliança: contextualização jurídica

O presente capítulo da tese será iniciado com uma tentativa de contextualização jurídica dos contratos de aliança. Começaremos nossa contextualização jurídica propondo uma definição jurídica de contrato de aliança, a partir dos elementos que, em nossa visão, o distinguem. Em seguida, procuraremos situar os contratos de aliança no seio dos tipos, categorias e classificações tradicionais do direito contratual privado.

³⁴⁸ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1385.

4.1.1 Proposta de definição jurídica dos contratos de aliança

Discussões sobre a natureza jurídica dos institutos utilizados pelo mercado costumam sobreviver aos juristas que se engajam em tais debates. A discussão quanto à natureza jurídica da pessoa jurídica, por exemplo, é um dos clássicos exemplos de um debate duradouro que, ao final, parece não ter tido “ganhadores”, embora frutos desse debate tenham sido colhidos por todos.³⁴⁹

Neste item, não temos a pretensão de revelar a natureza jurídica dos contratos de aliança, de forma absoluta ou definitiva. Acreditamos na concepção de que, como, aliás, ocorreu também com a noção de “pessoa jurídica”, os conceitos jurídicos são sempre multifacetados e relativos ao contexto e realidade para o qual necessitam ser socialmente aplicados.

Os modelos organizacionais de implementação de projetos e, portanto, as alianças de projeto tendem a se modificar e atualizar, na medida em que novas práticas e ferramentas são implementadas, e outras são descartadas. Trata-se de uma realidade em constante mutação e que terá peculiaridades a depender do lugar ou tempo em que ocorrer. Nosso propósito será, portanto, definir as alianças de projeto, identificando elementos juridicamente relevantes, a partir da realidade e contexto atualmente existentes, descritos no Capítulo 1 desta tese.

Em razão da pouca maturidade do tema, no mercado e na literatura brasileiros, será inevitável a construção desse conceito utilizando referências da experiência australiana e neozelandesa. Exceto por alguns textos de profissionais envolvidos em alianças de projeto, não há, no Brasil, ainda, informações confiáveis e em quantidade suficiente para construir um conjunto brasileiro de práticas em contratos de aliança. É importante ter em mente, portanto, que as proposições conceituais desta tese poderão

³⁴⁹ Acerca da discussão sobre a essência da pessoa jurídica, assim discorre o doutrinador R. SERICK em seu pioneiro trabalho: “As teses pessoais sobre a essência da pessoa jurídica se tornaram na Alemanha quase uma profissão de fé. A questão: o que é a pessoa jurídica? Já recebeu pelo menos tantas respostas quanto à questão: o que é o homem?” (*Forma e realtà della persona giuridica*, p. 83). Para um aprofundamento no longo debate acerca da pessoa jurídica, veja obra clássica de J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*.

demandar ajustes relacionados à adaptação cultural e jurídica das alianças de projeto, no contexto brasileiro.

Há sempre um risco em propor definições no campo do direito. Não esperamos que, a partir da definição a ser proposta, o intérprete seja apto a resolver, por dedução, quaisquer problemas advindos da realidade das alianças de projeto. Definir juridicamente a aliança parece ter um alcance dogmático limitado e um propósito quase que didático: servir de auxílio ao intérprete para reconhecer as alianças de projeto, no caso concreto, diferenciando-as de outros modelos contratuais e organizacionais.

No Capítulo 1, item 1.3, apresentamos algumas definições utilizadas pelo mercado para descrever a essência das alianças de projeto. Naquele capítulo, não havia uma preocupação de tradução jurídica dos contratos de aliança. Cabe-nos agora fazê-lo.

4.1.1.1 *Elementos distintivos dos contratos de aliança*

Afinal, quais elementos da realidade dos contratos de aliança seriam os mais adequados a defini-los sob uma perspectiva jurídica?

Uma vez que surgiram em ordenamentos da chamada *Common Law*, os trabalhos de tentativa de definição dos contornos jurídicos da aliança são praticamente inexistentes. Tradicionalmente, a abordagem realizada em tais países possui sempre um menor nível de abstração teórica e se debruça mais sobre os problemas práticos associados ao tema.³⁵⁰

Em artigo recente, W. FERNANDES e CAIO F. RODRIGUES sugerem três atributos jurídicos que seriam necessários e suficientes a definir o regime jurídico dos contratos de aliança: (i) mecanismos de administração da condução do empreendimento (*governance*), com elementos como “decisão por consenso” e “decisões melhor para o projeto”; (ii) equação particular de remuneração da aliança, com sistema de ganhos parcialmente

³⁵⁰ Segundo explica FRANCESCO GALGANO, “Al razionalismo francese ed all’idealismo Tedesco si contrappone l’empirismo inglese, che induce quei giuristi a rifuggere il più possibile dalle astrazioni concettuali. A ciò si aggiunge la strutturale differenza fra *civil law* e *common law*, il diverso modo di elaborare categorie giuridiche, in dipendenza della loro diversa fonte, prevalentemente legislative nel primo, prevalentemente giudiziaria nel secondo” (Il Contratto, p. 728).

atrelados a resultados; e (iii) divisão de responsabilidades, com elementos como o afastamento da culpa individualizada do contratado.³⁵¹

a) *Elementos essenciais*

Em nossa visão, parece útil distinguir dois tipos de elementos definidores do contrato de aliança: os *elementos essenciais* e os *elementos não essenciais*. Os *elementos essenciais* seriam aqueles realmente definidores dos contratos de aliança, sem os quais haveria uma verdadeira desnaturação do modelo. Os *elementos não essenciais*, por sua vez, seriam aqueles que, embora corriqueiros e até relevantes na prática desses contratos, possam ser eventualmente afastados ou relativizados sem que isso desnature o modelo da aliança. O objetivo da distinção é o de separar atributos que, efetivamente, definem o contrato de aliança daqueles que ajudam a reconhecer o modelo, embora não o definam. O sentido da distinção não é, portanto, separar os mecanismos em função de sua maior ou menor eficiência para atingir o sucesso do projeto.

Em nossa visão, os seis elementos essenciais seriam: (i) elemento patrimonial de troca, no qual os NOPs investem recursos em troca de remuneração a ser paga pelo dono do projeto; (ii) integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPs, como um time e estrutura de governança únicos, no desenvolvimento e execução das atividades da aliança; (iii) sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto, na implementação de empreendimento; (iv) modelo de remuneração/penalização dos NOPs que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto; (v) dever acentuado dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé; (vi) regime de total transparência entre participantes da aliança (*open book*).

Chegamos a tal conclusão com base em nossas percepções pessoais, mas também influenciados pelas respostas ao estudo empírico, conforme descritas no item 3.2.3 do Capítulo 3 desta tese. Vale esclarecermos alguns aspectos quanto aos elementos anteriormente propostos.

³⁵¹ W. FERNANDES e CAIO F. RODRIGUES, Aspectos contratuais da “aliança” em empreendimentos de infraestrutura, p. 151-161.

Quanto ao elemento patrimonial de troca, é preciso ter certa cautela. Diferentemente do que ocorre com o contrato de empreitada, por exemplo, no qual a figura típica pressupõe a troca de uma obra pela remuneração correspondente, na aliança, há sim um elemento de troca, porém a remuneração é o pagamento pelos recursos investidos pelos NOPs. Não há na aliança, como há na empreitada, o intercâmbio e correlação direta entre obra e preço. Tampouco se pode entender que os NOPs assumem, eles sozinhos, uma obrigação de resultado pela entrega da obra. A obra, nos contratos de aliança, será o resultado conjunto das atividades da aliança, a qual inclui também recursos e equipe da própria dona do projeto. É até possível identificar um elemento de resultado nas obrigações conjuntamente assumidas pelos participantes da aliança, mas de forma alguma isso a aproximaria de uma *empreitada*.

É também elemento essencial ao contrato de aliança a integração entre equipes do dono do projeto e dos NOPs, como um time único, respondendo a uma estrutura de governança também integrada.³⁵² Vale ressaltar, todavia, que é natural que o dono do projeto realize algumas de suas decisões e aprovações fora da governança da aliança, não na condição de “participante”, mas na posição de “cliente”, conforme dispuser o contrato. Tal aspecto não descaracteriza o contrato de aliança.

Seria também difícil conceber um contrato de aliança que não compartilhe, de forma coletiva, riscos e benefícios relacionados à execução das obras, entre NOPs e dono do projeto. Trata-se de característica essencial, ainda que, usualmente, o risco assumido pelos NOPs esteja limitado contratualmente até certo patamar.³⁵³ Associado ao mecanismo de compartilhamento de riscos, estará um modelo de remuneração/penalização dos NOPs que leve em consideração o desempenho conjunto do time integrado da aliança no desenvolvimento do projeto. Tais aspectos – compartilhamento coletivo de riscos e benefícios e remuneração baseada em resultado coletivo –, em verdade, até poderiam ser considerados como um único elemento essencial. Optamos, no entanto, por elencá-los separadamente.

Os outros dois aspectos são eminentemente jurídicos, definidores de um padrão de conduta. Embora o dever de boa-fé seja essencial às relações empresariais em geral,

³⁵² Para compreender as condições usuais dessa integração, vide item 1.5.2 do Capítulo 1 desta tese.

³⁵³ Conforme explicado no item 1.6 do Capítulo 1.

entendemos que um alto *standard* de boa-fé deve pautar a conduta dos membros da aliança. Tal percepção é condizente com o nível de renúncia jurídica e o voto de confiança que as partes demonstram ao utilizar tal modelo. Voltaremos ao tema no item 4.3.2 deste capítulo.

Outro dever de conduta que entendemos caracterizador dos contratos de aliança é o dever de transparência (*open book*). Seria difícil conceber a construção de confiança endógena nos contratos de aliança sem uma franca troca de informações.³⁵⁴ Ele, por sinal, é uma decorrência do alto padrão de boa-fé esperado dos participantes da aliança. Certamente, no entanto, esse é um elemento cuja caracterização como *elemento essencial* deverá gerar alguma polêmica, especialmente porque se trata de tema bastante sensível às construtoras e NOPs em geral, cujas informações, especialmente de natureza orçamentária, podem ter significativo valor concorrencial. De maneira geral, no entanto, o *open book* deve estar presente no contrato, ressalvada alguma exceção acordada, sob pena de se descaracterizar o contrato de aliança.

b) *Elementos não essenciais*

Os elementos em contratos de aliança que qualificamos como não essenciais são: (i) atribuição de responsabilidade jurídica conjunta pela entrega do empreendimento; (ii) modelo amplo de governança da aliança, com definição de competências, procedimentos, órgãos e instâncias decisórias; (iii) decisões tomadas em consenso entre todos os participantes da aliança, em condições de paridade entre os membros, e de acordo com o princípio “melhor para o projeto”; (iv) compromisso com a cultura *no blame, no dispute*; (v) regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes; (vi) cláusula limitando eventuais penalidades e responsabilidades do(s) NOP(s) ao valor do lucro ou da soma de lucro e *overhead* por ele(s) recebidos.

Embora a atribuição conjunta das obrigações de entrega da obra seja uma característica usual em contratos de aliança, sobretudo nas minutas-padrão australianas, consideramos possível a realização de um contrato de aliança sem tal condição, como de

³⁵⁴ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1383.

fato parece ser a situação ocorrida no caso paradigmático *Andrew Field*, no qual os participantes da aliança tinham, cada um, contratos individuais com a British Petroleum, dona do projeto, provavelmente com descrições de escopo separadas e individualizadas. Ocorre, no caso, que as regras de falha no cumprimento dos contratos individuais estavam atreladas de forma coletiva, de tal modo que uma falha de resultado de um afetaria todos, assim como um bom resultado de um beneficiaria todos. Ou seja, entendemos que a atribuição conjunta de obrigações e, conseqüentemente, a formalização de um único contratual com todos os NOPs são elementos não essenciais na definição do fenômeno da Aliança de Projetos, sendo possível (embora talvez não desejável) a individualização de obrigações, desde que haja o adequado compartilhamento coletivo das conseqüências do não cumprimento ou cumprimento insatisfatório.

Da mesma forma, todos os elementos supradescritos como *não essenciais*, embora tidos pela literatura especializada como de grande relevância para o sucesso do empreendimento,³⁵⁵ não necessariamente estarão presentes em todos os contratos de aliança. Ou seja, o que o define como *não essencial* não é a sua falta de efetividade como fator de sucesso ao empreendimento, mas o fato de não ser um elemento caracterizador de contratos de aliança, em geral.

4.1.1.2 Proposta de definição

Com base, portanto, nos atributos essenciais, supradescritos, o contrato de aliança pode ser definido como o *arranjo contratual, pelo qual duas ou mais empresas são contratadas pelo dono do projeto para, com ele, em um time único e integrado, implementarem um determinado empreendimento, em regime colaborativo, fundado no compartilhamento coletivo de riscos e benefícios, no dever de boa-fé e no regime de ampla transparência entre as partes.*

³⁵⁵ V. item 1.8 do Capítulo 1.

4.1.2 Qualificação jurídica dos contratos de aliança

Efetuada uma proposta de definição dos contratos de aliança, partindo de seus elementos característicos, cumpre-nos agora tentar qualificá-los à luz dos tipos, das categorias e das classificações tradicionais e que guardam correlação com a realidade desses contratos.

A presente análise servirá a dois principais propósitos.

O primeiro e mais importante será o de identificar qual o regime jurídico aplicável a essa modalidade contratual. E aí, talvez mais importante do que identificar um regramento propriamente aplicável, será necessário evitar a aplicação aos contratos de aliança de princípios e regimes normativos inadequados, tipificados legalmente ou não. Como sustentaremos a seguir, em um contexto em que as partes possuem um grande nível de capacidade e de sofisticação técnica, negocial e jurídica, e ainda não havendo relações de dependência jurídica ou econômica, como é o contexto dos contratos de aliança, a limitação indevida da autonomia da vontade das partes teria efeitos desastrosos, podendo até gerar a ineficiência e, conseqüentemente, a falência do modelo.

Outra utilidade da qualificação que ora se propõe é auxiliar o processo de interpretação de eventuais casos concretos advindos dessa realidade, na medida em que a qualificação jurídica situa o negócio no campo das categorias e classificações tradicionais da teoria geral dos contratos. Essa qualificação pode auxiliar no balizamento e na aplicação de certos conceitos jurídicos, como, por exemplo, os conceitos de “dever de boa-fé” e de “conflito de interesses”, cuja aplicação é mais afeita a determinadas categorias contratuais.

4.1.2.1 Análise de tipos relacionados

O primeiro trabalho a ser realizado, no intuito de qualificação, é perquirir se os contratos de aliança podem ser reconhecidos em alguns dos tipos contratuais que apresentam semelhança com sua realidade.

a) *Contrato de sociedade e contrato de consórcio*

Vale iniciar essa qualificação descrevendo algumas figuras que, embora similares, não devem ser confundidas com os contratos de aliança.

Por suas características, não soam improváveis tentativas de reconhecer o contrato de aliança, integral ou parcialmente, como um contrato de sociedade não personificada. Em nossa visão, seria uma equiparação inadequada por diversas razões.

Em primeiro, ao firmar um contrato de aliança, não há nas partes a intenção de celebrar um contrato de sociedade. Por sinal, em ordenamentos jurídicos que possuem o tipo societário da *partnership*,³⁵⁶ as partes tendem a ser expressas no sentido de que, na celebração do contrato de aliança, não têm a intenção de constituição dessa figura societária, algo que, na tradição jurídica de alguns países, seria necessário para afastar a presunção de existência da *partnership*.³⁵⁷

Ademais, há de se distinguir o “objetivo comum” dos contratos de aliança e o “objetivo comum” dos contratos de sociedade. Nestes, o objetivo comum típico tende a ser o da repartição do lucro social, embora não necessariamente se resuma a isso. Já nos contratos de aliança o objetivo comum é construído contratualmente, e tende a ser a entrega, em conjunto, das obras, dentro do menor prazo e custo possíveis, atendidos os requisitos de qualidade, desempenho, segurança e outros acordados no clausulado.

Assim, embora nos contratos de aliança as partes compartilhem as consequências positivas ou negativas de um bom ou mau desempenho da aliança, o fato é que o produto da atividade desenvolvida pela equipe da aliança não será dividido entre as partes, tal qual em um contrato de sociedade. O dono do projeto receberá, ao longo do projeto até o seu final, os ativos correspondentes ao empreendimento edificado. O seu benefício econômico direto estará em, eventualmente, reduzir custo e prazo para implantação do

³⁵⁶ A tradução de *parceria* nesse caso talvez induza o leitor ao erro, uma vez que o termo *parceria*, no contexto da língua portuguesa, tem um significado mais amplo do que a figura societária da *partnership*. Assim, o texto continuará fazendo uso da expressão inglesa *partnership*, sem traduzi-la.

³⁵⁷ A título de exemplo, vide cláusula 18.11 “c” da minuta-padrão de Contrato de Desenvolvimento de Aliança (Alliance Development Agreement) recomendado pelo Departamento de Tesouro e Finanças do Estado de Vitória: “This Agreement is not intended to create, nor will it be construed as creating, any partnership, joint venture or fiduciary obligation with regard to, or as between, the Parties”.

empreendimento. Poderá, no máximo, receber uma penalidade a ser paga pelos NOPs, em caso de insucesso da aliança, como em situações de estouro de orçamento. Os NOPs, por sua vez, receberão a remuneração pelos serviços e fornecimentos realizados, podendo também receber um complemento dessa remuneração, em caso de sucesso das atividades da aliança.

Ademais, pragmaticamente, no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecer caráter societário ao contrato de aliança equivaleria a aplicar-lhe o regime das sociedades não personificadas, constante nos arts. 986 a 990 do Código Civil, algo que, em nossa opinião, poderia gerar soluções jurídicas completamente indesejadas, como a atribuição, perante terceiros, de responsabilidade solidária dos participantes da aliança por suas atividades, ou ainda a especialização patrimonial dos ativos da aliança.

Entendemos que, em caso de lacunas no regulamento contratual das partes, o intérprete pode até se inspirar em institutos típicos do direito societário, como, por exemplo, sobre regras de “deveres fiduciários” e “conflitos de interesse”, conforme discorreremos no item 4.3.3 deste Capítulo. Trata-se, todavia, de mero recurso de interpretação, especialmente na ausência de um tratamento contratual expresso.

Entendemos, portanto, completamente inadequado reconhecer natureza de contrato de sociedade ao contrato de aliança.

Da mesma forma, seria também equivocada a equiparação dos contratos de aliança à figura do consórcio, embora reconheçamos que se trata de modelos organizacionais com características similares. As partes, em ambas as figuras, unem esforços para execução de um determinado empreendimento. Não há, todavia, no consórcio o elemento patrimonial de troca a que nos referimos no item 4.1.1.1, pelo qual os NOPs investem recursos em troca de remuneração a ser paga pelo dono do projeto. No consórcio, tipicamente, as consorciadas investem recursos, ainda que sejam recursos de naturezas distintas, e todos partilham a contraprestação que obterão na celebração de um contrato como uma parte contratante. Nos contratos de aliança, a contratante é trazida para dentro da organização do contrato.

Ademais, analogamente ao que se disse sobre o contrato de sociedade, o regramento típico do consórcio, contido nos artigos 278 a 279 da Lei 6.404/1976, não é compatível, de maneira geral, com os contratos de aliança.

b) Prestação de serviços, contrato de empreitada, e contratos de engineering

Outras figuras contratuais que, evidentemente, guardam proximidade com os contratos de aliança são a *prestação de serviços*, a *empreitada* e o chamado *engineering*, os quais preferimos analisar em um único item, dadas as correlações entre eles existentes.

Nesse ponto, cabem algumas explicações prévias de cunho doutrinário, a fim de ilustrar as correlações existentes entre esses tipos.

Em tese de doutoramento recente, na Universidade de São Paulo, GIL trata do tema da onerosidade excessiva em contratos de *engineering*. Em sua tese, identifica tais contratos como atípicos, embora socialmente típicos, englobando diversas modalidades complexas de contrato de construção. Para GIL, o *engineering* caracterizar-se-ia por três pressupostos típicos: (i) a existência da figura do engenheiro ou empresa de engenharia; (ii) a complexidade do conteúdo e execução contratuais; (iii) risco substancial.

Embora reconheça a atipicidade dos contratos de *engineering*, GIL entende que esses contratos, como regra geral, se submetem à disciplina da empreitada.³⁵⁸ Segundo o autor, a elasticidade do conceito de empreitada, no ordenamento pátrio, permite abarcar o tipo do *engineering*. O próprio autor, no entanto, reconhece diferenças entre o *engineering* e a empreitada, pois aquele estaria associado à maior complexidade e risco do que esta.³⁵⁹ Reconhece ainda GIL que os autores usualmente tratam os contratos de *engineering* quase como uma categoria na qual se incluiriam outras subespécies, daí por que usualmente são referidos no plural, *contratos de engineering*.³⁶⁰

³⁵⁸ FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 56.

³⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 47.

³⁶⁰ Idem, p. 25.

UEMA DO CARMO contrapõe algumas posições de GIL, em outra tese de doutoramento recente, na Universidade de São Paulo, que trata dos chamados contratos de construção de grandes obras. A autora entende não ser apropriado reconhecer a aplicação genérica do regime da empreitada aos contratos de *engineering*. Ademais, entende UEMA DO CARMO que, exceto pelo EPC, seria inadequado reconhecer mesmo uma tipicidade social aos contratos de *engineering*.³⁶¹

A autora propõe uma interessante sistematização dos contratos de construção no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, elege quatro características essenciais – índices de tipo – para individualização dos contratos de construção de grande porte, os quais, nos parece, a autora trata como um gênero no qual se incluiriam os tipos contratuais:

(a) o objeto, qual seja, uma obra de porte, complexa do ponto de vista técnico, tecnológico ou financeiro; (b) a qualidade de uma das partes, especificamente, a presença de sociedade de engenharia ou arquitetura como contratada; e (c) a qualidade das prestações, altamente articuladas e complexas. Acresce-se, de seara de reflexões próprias, também como índice do tipo a pertença a (e centralidade em) uma rede de contratos.³⁶²

A partir desses quatro elementos, a autora sugere sistematizar os contratos existentes no mercado da construção em quatro categorias, cuja divisão foi inspirada justamente pela intensidade dos índices do tipo por ela adotados:

1. Prestação de Serviços – Assessoria e consultoria, com subtipos consultoria na fase pré-construção e elaboração de projetos;
2. Prestação de Serviços – Administração e gestão, com subtipos administração de projetos, *at-risk*, representante do proprietário e EPCM;
3. Empreitada, ordenado em subtipos de empreitada de labor, empreitada mista e empreitada integral;
4. Outras modalidades, como EPC, aliança de projetos e aliança de parceria.³⁶³

Para a autora, o primeiro grupo submeter-se-ia ao regime jurídico da prestação de serviços, sem maiores dúvidas. Já o segundo poderia, em realidade, assumir contornos tão

³⁶¹ LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 46-49.

³⁶² Idem, *ibidem*, p. 167.

³⁶³ Idem, p. 167.

particulares que, a depender do caso concreto, poderia ocasionar a inadequação do tipo legal da prestação de serviços, situação que os remeteria à condição de contrato atípico misto. O terceiro grupo seriam contratos legalmente típicos, submetendo-se ao regime da empreitada, contido no Código Civil e, no que tange à empreitada integral, na Lei 8.666/1993. O último grupo seria residual e não estaria identificado com nenhum tipo legal, embora a autora reconheça a tipicidade social do contrato EPC e sua proximidade ao tipo da empreitada.³⁶⁴

A doutrina costuma definir a empreitada como o contrato pelo qual o empreiteiro se obriga a entregar determinada obra a outrem, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado.³⁶⁵ Ademais, muitos autores costumam associar a empreitada a uma obrigação de resultado, consistente na entrega da obra.³⁶⁶

O Código Civil prevê, em seu art. 610, as modalidades de empreitada de labor ou de empreitada de materiais, ou mista. Na empreitada de labor, o empreiteiro contribuiria unicamente com o fornecimento de mão de obra, cabendo ao dono do projeto o fornecimento dos materiais e equipamentos.³⁶⁷ Na empreitada de materiais, além do fornecimento de mão de obra, caberia ao empreiteiro o fornecimento dos materiais e equipamentos. O código cria algumas regras distintas a cada uma delas. Há, ainda, na Lei 8.666/1993, a definição da chamada empreitada integral, que permite a integração de etapas e serviços da obra, em moldes parecidos com o que ocorre nos contratos EPC.³⁶⁸

Não há como negar que, de fato, a definição legal e doutrinária dada ao contrato de empreitada, de tão ampla e abstrata, permite que, por dedução lógica, muitos contratos sejam incluídos nesse tipo contratual. Entendemos, todavia, não ser essa a solução mais desejável.

³⁶⁴ LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 169-173.

³⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 77.

³⁶⁶ Idem, p. 81-82.

³⁶⁷ “Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.”

³⁶⁸ “empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.”

Certamente, em nossa visão, seria inadequado qualificar o contrato de aliança como uma variação ou uma subespécie do contrato de empreitada. Embora na aliança se almeja a entrega de uma obra, não há correlação direta e exclusiva entre a prestação dos NOPs de fornecer recursos à aliança e a entrega das obras. Conforme já mencionado, na aliança, a obra será o resultado das atividades da aliança como um todo, às quais também se incluem obrigações do próprio dono do projeto. Os regimes de remuneração e de responsabilidade da aliança, ademais, fogem bastante dos modelos tradicionais de remuneração da empreitada. Não há, na aliança, a assunção de uma obrigação de resultado equivalente à entrega da obra. Há sim o compartilhamento de responsabilidade, entre NOPs e dono do projeto, de entrega dessa obra.

Ademais, há de se manter em mente o objetivo principal do processo de qualificação jurídica, que é determinar as regras aplicáveis ao contrato. Em nosso entendimento, os regramentos legais da empreitada e da prestação de serviços são quase inteiramente incompatíveis com os contratos de aliança, como aliás também o são incompatíveis com contratos EPC, e com outros modelos contratuais complexos de construção, em que as partes têm o cuidado em regular os riscos envolvidos de forma muito mais apropriada e detalhada do que o regime legal da empreitada.

Em verdade, embora o tipo da empreita continue a ser constantemente utilizado pelo mercado, o regramento especial da empreitada contido no Código Civil de 2002, quase totalmente inspirado no Código Civil de 1916, parece ter caído em certo desuso, uma vez que não acompanhou as particularidades e práticas modernas dos contratos de construção. As empreitadas parecem estar sendo celebradas mais com a preocupação de afastar certas presunções do regramento da empreitada, como aquela contida no § 1.º do art. 614 do Código Civil,³⁶⁹ do que propriamente o aproveitamento do regime e das condições de alocação de riscos existentes na empreitada.

Com exceção talvez da chamada garantia legal pela solidez e segurança de obras de grande porte, prevista no art. 618 do Código Civil, a qual ganhou uma dimensão de norma de ordem pública,³⁷⁰ entendemos não haver outras condições previstas, em especial, ao contrato de empreitada (arts. 610 a 626 do Código Civil) cuja aplicação seria adequada

³⁶⁹ “Art. 614. [...] § 1.º Tudo o que se pagou presume-se verificado.”

³⁷⁰ FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 56.

ou útil para solução de conflitos advindos da complexa realidade dos contratos de aliança. Alguns dos dispositivos legais, mais do que inúteis, seriam claramente indesejados, eis que não traduziriam o arranjo contratual acordado entre as partes.

Aqui, talvez, cabe-nos enfrentar um bom argumento levantado por GIL acerca da aplicação do regime de empreitada aos contratos de *engineering*. O autor menciona que, na situação hipotética de um *contrato de engineering* celebrado sem a assinatura do instrumento, não haveria dúvidas de que o regime da empreitada seria aplicável. Ou seja, na ausência de um contrato formalizado entre as partes, seria na empreitada que o intérprete buscaria o regramento contratual aplicável.³⁷¹ Entendemos que a conclusão de GIL, no caso, não será verdadeira para qualquer contrato de *engineering*.

Em uma situação em que as partes não tenham efetivamente formalizado o contrato de aliança, algo improvável, embora não impossível, uma vez que os valores envolvidos são usualmente astronômicos, se se demonstrar, pelos meios admitidos em lei, que havia a intenção das partes de formar uma aliança de projeto, ainda assim, não seria adequada a aplicação do regime legal da empreitada, dada a sua grande distância com as premissas e características de um contrato de aliança. Conforme delimitamos no item 4.1.1.1 deste Capítulo 4, a aliança, embora ainda não esteja consolidada, já pode ser associada com alguns elementos essenciais, com base na praxe de mercado. Essa praxe deverá servir de inspiração ao intérprete que pretender solucionar eventual conflito na situação hipotética supradescrita. Tal conclusão, por sinal, é compatível com a tradição do direito empresarial de dar força normativa aos usos e costumes.³⁷²

Também consideramos importante afastar o contrato de aliança da figura da prestação de serviços. Embora o tipo da prestação de serviços também se revista de elasticidade, ele tem contornos prestacionais muito mais simplificados do que um contrato de aliança. Ademais, ainda menos adequadas seriam as normas aplicáveis, em especial, ao contrato de prestação de serviços (arts. 593 a 609 do Código Civil), as quais, por sinal, parecem inadequadas para reger quaisquer relações interempresariais de prestação de serviço. A título de exemplo, veja-se que o art. 598 limita o prazo do contrato a quatro

³⁷¹ FÁBIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 56.

³⁷² Conforme nos ensina PAULA A. FORGIONI, “O *stylus mercatorum*, os usos e costumes, são unanimemente identificados como *fonte do direito comercial*, ou seja, capazes de emanar normas de respeito obrigatório para os mercadores” (*Teoria geral dos contratos empresariais*, p. 115).

anos, restrição que seria impensável e esdrúxula não só para contratos de aliança, como também para outros contratos de construção, os quais, não raro, têm sua execução em prazos superiores.

Seria, no entanto, adequado qualificar os contratos de aliança como um *contrato de engineering*? Não há dúvidas de que sim. De fato, os contratos de aliança revestem-se das características identificadas na doutrina à figura do *engineering*, especialmente quanto ao caráter de complexidade e risco. Temos dúvidas, todavia, se tal qualificação seria rica em consequências jurídicas, pois não há uma correlação muito exata entre regimes legais e princípios próprios dessa categoria contratual, como aliás fica evidenciado pela sistematização efetuada por UEMA DO CARMO, anteriormente descrita.

Parece-nos adequado tratar os contratos de *engineering* como um gênero ou uma categoria de contratos de construção revestida de elementos de complexidade e risco, na qual se incluiria o contrato de aliança. Consideramos não ser apropriado tratar como um *tipo contratual* uma figura, como o *engineering*, que abarcaria uma gama tão grande de possibilidades e de arranjos prestacionais.

Aliás, os contratos de *engineering*, em nossa percepção, se definem muito mais pelo seu contexto de mercado do que por um elemento ontológico que os distinga. Em verdade, embora consideremos verdadeira a assertiva de que os contratos de *engineering* se revestem de certas características, como complexidade, risco e a existência de engenheiro ou empresa de engenharia habilitada, elas não definem efetivamente essa categoria de forma a apartá-la de outras modalidades contratuais.³⁷³

Ainda que utilizemos a noção de “obra de porte”, como elemento distintivo do tipo, como propõe UEMA DO CARMO,³⁷⁴ o caráter extremamente vago da noção de “obra” torna esse elemento muito pouco objetivo para que possamos utilizá-lo para distinguir a figura do *engineering*. Um contrato hipotético de assistência técnica ou *know-how*, por

³⁷³ Imaginemos, por exemplo, que uma determinada empresa de engenharia firme um contrato de compra para aquisição de uma grande empresa. Seria razoável supor que esse contrato hipotético também poderá se revestir das características típicas elencadas pela doutrina para definir o *engineering*: complexidade, risco e presença de empresa de engenharia. Nem por isso, estaremos diante de um *contrato de engineering*.

³⁷⁴ LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 167.

exemplo, poderia também envolver o elemento “obra”, e nem por isso necessariamente seria um contrato de *engineering*.

Ou seja, na nossa visão, os contratos de *engineering* são definidos muito mais pela sua inserção em um determinado contexto de mercado, na indústria pesada de construção, do que propriamente pelas suas características comuns, de tal modo que temos grandes dúvidas acerca de sua utilidade jurídico-dogmática.

4.1.2.2 *Tipicidade e atipicidade contratual*

Efetuada uma proposta de definição dos contratos de aliança, cumpre-nos a indagação: é possível reconhecer alguma tipicidade jurídica nos contratos de aliança?

Contratos legalmente típicos, conforme explica ORLANDO GOMES, são aqueles esquematizados pela lei.³⁷⁵ Por sua vez, os contratos atípicos caracterizam-se por sua originalidade, não tendo regramento previsto em lei.³⁷⁶

No direito pátrio, a única menção legislativa ao contrato de aliança de que se tem notícia encontra-se descrita no Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998, o qual aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A., conforme a seguir:

[...] “contratos de aliança”, assim considerados aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento de 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 “teto”, para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado.

Embora a menção *supracitada* seja uma definição do contrato de aliança, em um texto infralegal emanado pelo Estado, seria equivocado invocar a tipicidade legal desse contrato, uma vez que, não obstante haja a definição, o texto do Decreto não propõe qualquer regramento do tipo. No contexto em questão, os contratos de aliança são uma das

³⁷⁵ ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 102.

³⁷⁶ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil: contratos*, p. 52.

hipóteses de inexigibilidade de licitação, e, somente para esse fim, é proposta uma definição. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA menciona que o contrato típico deve ter suas regras disciplinares “deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis”.³⁷⁷

No mérito, a definição proposta no Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998, embora não traduza todos os elementos essenciais dos contratos de aliança, dá alguma ideia sobre a natureza desses contratos. Consideramos indesejável a referência ao “preço-teto”, pois usualmente os contratos de aliança não utilizam a figura do “preço-teto”. Na verdade, no Brasil, temos notícia de que algumas alianças de projeto têm utilizado este conceito, embora, nas minutas-padrão australianas, não pudemos encontrar referências ao “preço-teto”.

O contrato de aliança não é, portanto, no ordenamento brasileiro, um contrato legalmente típico, eis que não possui regramento definido em lei.

Seria, por consequência, um contrato atípico? Ou se poderia dizer tratar-se de um *contrato misto*, também denominado de *contrato atípico misto*, na medida em que se poderia reconhecer a aplicação de elementos ou prestações próprias de diversos tipos contratuais?

Nesse ponto, há de se ter cautela. Embora tenhamos reconhecido que, em seu bojo, os contratos de aliança encerram características de contratos legalmente típicos, entendemos que, conforme anteriormente mencionado, buscar nesses contratos tipificados o regulamento ou princípios aptos a resolver eventuais conflitos advindos da aliança seria um caminho fadado ao insucesso.

Expliquemo-nos. Há pontos de contato entre as características dos contratos de aliança e as prestações típicas da empreitada, da prestação de serviços e até da sociedade. Tal como na empreitada, objetiva-se, ao final do projeto, a entrega de uma obra ao dono do projeto. Tal como na prestação de serviços, nas alianças, os NOPS fornecem efetivamente serviços ao dono do projeto, sendo remunerados para tanto. Tal como nas sociedades, as

³⁷⁷ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil: contratos*, p. 52.

partes agem em um modelo de gestão e governança conjunta, almejando ao final um objetivo comum.

Todavia, buscar no regramento de qualquer um desses tipos contratuais normas que possam auxiliar a compreensão da realidade dos contratos de aliança será quase sempre um equívoco, pelos motivos que já explicamos no item 1.2.1 e seguintes. Algumas soluções jurídicas desses tipos contratuais podem até, excepcionalmente, inspirar eventuais soluções de casos concretos de conflitos em contratos de aliança, sobretudo aquelas do direito societário. Nem por isso, esse recurso será sempre possível ou desejável.

Em resumo, embora não seja equivocado reconhecer, nos contratos de aliança, elementos característicos de outros contratos legalmente típicos, entendemos que o recurso ao regulamento legal desses tipos seria, quase sempre, inadequado.

Daí a razão de considerarmos adequado reconhecer o caráter atípico dos contratos de aliança.

Há de reconhecer que, nesse contexto, a solução jurídica mais acertada é aquela que deixa às partes o maior nível de autonomia volitiva possível. Em detrimento de regulamentos de tipos contratuais, o intérprete deve se ater ao regulamento cuidadosamente construído e descrito pelas partes, no próprio contrato firmado. O regime normativo construído pelas partes, no caso, será muito mais complexo e adequado à tutela de seus interesses do que regimes parciais de quaisquer tipos contratuais. Essa conclusão assenta-se em alguns pressupostos fáticos que circundam o contexto dos contratos de aliança.

Em contratos de aliança, deve-se presumir que, em geral, as partes estão em situação de paridade negocial. Normalmente, não há entre o dono do projeto e os NOPs uma desproporção de capacidade e de sofisticação que justifique que o direito tutele o interesse de alguma parte, além das regras jurídicas aplicáveis aos contratos em geral. Em tais contratos, as partes pactuam de modo informado, negociando o clausulado contratual com o auxílio de um corpo de especialistas que pode incluir advogados, engenheiros, administradores, consultores, entre outros.

Vencida a análise de tipicidade legal, valeria questionarmos se já é possível identificar os contratos de aliança como socialmente típicos.

Contratos socialmente típicos seriam aqueles que, embora não previstos em lei, encerram características frequentemente adotadas por um determinado grupo, de tal modo que “basta uma simples referência ao ‘tipo social’ para, de imediato, as partes se reportarem a todo um conjunto de regras bem conhecidas, na prática jurídico-social”.³⁷⁸

Concordamos com a posição de UEMA DO CARMO de que, dentro das várias espécies de *engineering*, possivelmente só o contrato EPC teria a recorrência de características necessária para que pudesse ser considerado um *tipo social*.³⁷⁹

No Brasil, entendemos que seria ainda precipitado reconhecer uma *tipicidade social* ao contrato de aliança. Embora já se possa começar a desenhar seus elementos essenciais, como intentamos no item 4.1.1.1, não se pode admitir que a prática já denota uma consolidação das características do modelo. Na Austrália e Nova Zelândia, entendemos ser clara a *tipicidade social* do contrato de aliança, que, embora não legalmente definido – pois se trata de sistema jurídico de *common law* –, já recebeu inclusive manuais de melhores práticas e minutas-padrão, desenvolvidos pelos próprios órgãos governamentais que os utilizam com frequência.³⁸⁰

4.1.2.3 *Classificação do contrato de aliança à luz da teoria geral dos contratos*

a) Classificações clássicas

Uma primeira tarefa é inserir os contratos de aliança nas classificações e categorias clássicas da teoria geral do contrato. Entendemos adequado afirmar que o contrato de aliança é um contrato plurilateral, oneroso, consensual e de execução diferida.

³⁷⁸ Antônio Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, p. 320, apud LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 48.

³⁷⁹ LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 49.

³⁸⁰ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Project Alliancing Practitioners Guide, Department of Treasury and Finance*, abr. 2006; VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, out. 2010.

O contrato de aliança é oneroso, uma vez que todas as partes celebram o contrato com a intenção de obter dele proveito próprio. Do ponto de vista de sua formalização, é também um contrato consensual, pois se aperfeiçoa pelo mero consentimento, não dependendo propriamente de uma forma ou de um ritual específico para sua formação.³⁸¹ Do ponto de vista do tempo de execução, trata-se de contratos de execução diferida no tempo, pois há um prazo substancial entre a formação da avença e de sua execução. Quanto ao número de partes, entendemos adequado tratar o contrato de aliança como um contrato plurilateral, conforme passaremos a aprofundar no item a seguir.

b) Contrato de aliança como contrato plurilateral

Uma das distinções contratuais mais usuais da teoria geral dos contratos é aquela que distingue os contratos em unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos. Seriam bilaterais os contratos em que os contraentes se obrigam um para com o outro, reciprocamente, como na compra e venda, enquanto nos contratos unilaterais, somente um dos contraentes assume obrigações perante a outra parte, como no empréstimo em dinheiro. Nos contratos bilaterais, portanto, haveria claramente o elemento do *sinalagma*, que cria uma relação de causa e dependência entre as obrigações assumidas pelas contrapartes.³⁸²

Os contratos de aliança obviamente não podem ser classificados como contratos unilaterais, pois todos assumem obrigações contratuais perante os demais. Todavia, consideramos também apressado concluir que eles estariam incluídos na categoria dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos.

Conforme explica ASCARELLI, justamente diante da dificuldade de se aplicarem determinadas noções, como a de sinalagma contratual, à figura da sociedade é que muitos teóricos tendiam a negar-lhe a natureza de contrato. ASCARELLI sugere que a solução desse problema “possa ser encontrada distinguindo-se na categoria dos contratos, uma subespécie que poder-se-ia denominar a do *contrato plurilateral*, levando em conta seus

³⁸¹ Conforme VENOSA: “Os contratos são *consensuais* quando se aperfeiçoam pelo mero consentimento, seja este formal ou não. São reais os contratos que só se aperfeiçoam com a entrega da coisa que constitui seu objeto” (*Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 413).

³⁸² DARCY BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, p. 70-71.

característicos formais”.³⁸³ A sociedade seria o exemplo mais importante de contrato plurilateral, mas não o único.

JUNQUEIRA, por sua vez, não concorda com a necessidade de criação de uma classe própria de contratos denominada de “contratos plurilaterais”. Para o referido autor, não haveria razão para “pôr os contratos plurilaterais em uma classe diversa da dos bilaterais”.³⁸⁴ JUNQUEIRA sugere que ASCARELLI tratou dos chamados “contratos de colaboração”, embora, em seu artigo clássico, o comercialista italiano tenha utilizado a expressão “contratos plurilaterais”.³⁸⁵

Não temos a pretensão de nos aprofundar na discussão levantada por JUNQUEIRA, que excederia os objetivos desta tese. Todavia, tendo em vista algumas características descritas por ASCARELLI ao contrato plurilateral, em seu artigo clássico, acreditamos ser oportuno e adequado incluir os contratos de aliança dentro dessa subespécie, ainda que, como sugere JUNQUEIRA, a terminologia “contratos de colaboração” seja mais adequada do que a de “contrato plurilateral”. Outra designação bastante utilizada pela doutrina para se referir a esses contratos com natureza colaborativa é a de *contratos associativos*.³⁸⁶

Vale aqui explorarmos um pouco as explicações dadas por ASCARELLI, buscando nelas uma correlação com os contratos de aliança.

A primeira característica do contrato plurilateral seria a possível participação de mais de duas partes na avença contratual. E aqui ASCARELLI refere-se à “parte” no sentido de polo de interesses e obrigações, pois reconhece a possibilidade de mais de duas pessoas em um determinado polo contratual, por exemplo, na compra e venda. Somente no contrato plurilateral seria possível, portanto, a participação de mais de duas partes, embora um contrato plurilateral possa ser formado por duas partes.³⁸⁷

Os contatos de aliança se alinham com essa característica. São comuns contratos de aliança com mais de duas partes, não havendo sentido, em nosso entendimento, em

³⁸³ TULLIO ASCARELLI, O contrato plurilateral, p. 275.

³⁸⁴ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato, p. 351.

³⁸⁵ Idem, ibidem, p. 364.

³⁸⁶ Como utilizado na clássica obra de PAOLO FERRO-LUZZI, I contratti associativi.

³⁸⁷ TULLIO ASCARELLI, O contrato plurilateral, p. 286.

reduzir o contrato de aliança a dois únicos polos de interesse. Ainda que se reconheça que alguns interesses são típicos da figura dos NOPs, e outros serão interesses típicos do dono do projeto, não consideramos adequado reduzir a realidade das alianças a um jogo de simples interesses contrapostos. Ademais, o contrato plurilateral, tais como as alianças de projeto, pode ser visto como contrato aberto, admitindo adesões e saídas, sem que isso necessariamente impeça a continuidade do contrato. Assim, por exemplo, há que se diferenciar, no contrato plurilateral, vícios de adesão e vícios do próprio contrato.

Outra característica dos contratos plurilaterais, de acordo com a explicação de ASCARELLI, seria que, nos contratos plurilaterais, todas as partes têm direitos e obrigações, assumindo-os não um para com outra parte, mas para com todas as outras partes. No contrato plurilateral, explica o autor, as partes estariam dispostas tal qual a figura de um círculo, enquanto, nos demais contratos, as partes se acham nos extremos de uma linha reta.³⁸⁸ Nos contratos bilaterais, as prestações de cada parte apresentar-se-iam em uma “relação jurídica de equivalência, substituindo-se reciprocamente, no patrimônio de cada uma.”³⁸⁹ Nos contratos plurilaterais, até haveria uma relação direta de equivalência, porém essa equivalência seria de uma parte para com todas as outras.

Conforme iremos aprofundar no item 4.2.2 deste Capítulo 1, acreditamos ser adequado verificar nos contratos de aliança a criação de direitos e obrigações potencialmente oponíveis contra todos, embora alguns direitos somente sejam oponíveis contra o dono do projeto, como, por exemplo, o direito de recebimento da remuneração contratual. Seria razoável, portanto, nesse contexto, por exemplo, supor que algum NOP prejudicado possa reclamar de outro NOP um determinado prejuízo decorrente de uma conduta dolosa.

Por outro lado, não seria aplicável ao contrato plurilateral a *exceptio inadimplenti contractus*, na medida em que o inadimplemento de um não é justificativa de inadimplemento dos outros. Segundo ASCARELLI:

Ora, nos contratos plurilaterais, essa relação, em lugar de ter um caráter direto e imediato, como nos contratos de permuta, adquire um caráter indireto e mediato; a invalidade ou inexecução das obrigações de uma

³⁸⁸ TULLIO ASCARELLI, O contrato plurilateral, p. 287.

³⁸⁹ Idem, ibidem, p. 296.

parte, não exclui, só por si, a permanência do contrato entre as demais, a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum.³⁹⁰

Nos contratos de aliança, como também explicaremos no item 4.2, o sinalagma existente, no caso, é complexo, uma vez que restrito àquelas obrigações individualizadas. Para obrigações atribuídas a todos os participantes da aliança, seria inadequado, em nossa visão, reconhecer a *exceptio inadimplenti contractus*.

Outra característica apontada por ASCARELLI é a de que, nos contratos plurilaterais, os interesses contrastantes das partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum. O conceito de fim ou escopo adquire, nos contratos plurilaterais, autonomia própria. Nos demais contratos, explica o autor, “o ‘fim ou escopo’ do contrato, quando entendido em sentido genérico, identifica-se com a função típica do próprio contrato (por exemplo, troca de coisa por preço)”.³⁹¹ Nas alianças de projeto, essa característica é perceptível. De fato, as partes passam a criar um objetivo comum a ser seguido, ainda que nem todos obterão as mesmas vantagens dos objetivos a serem atingidos. Enquanto os NOPs buscarão o resultado financeiro dos serviços fornecidos, o dono do projeto irá obter o benefício de um empreendimento em um custo, prazo ou qualidade melhores.

Além disso, o contrato plurilateral evidenciar-se-ia por sua função instrumental. A função do contrato se identifica estritamente pela execução das obrigações das partes, como ocorre nos demais contratos, mas estaria orientada para um fim ulterior.³⁹² Daí por que ASCARELLI menciona ser o contrato plurilateral um “contrato organização”, sob a ótica de sua função econômica. Tal característica também se coaduna com nossa percepção dos contratos de aliança, como, aliás, tentamos esclarecer ao longo desta tese, sobretudo no Capítulo 2.

Outra característica dos contratos plurilaterais descrita por ASCARELLI seria a possibilidade de deliberação por maioria. “Os contratos plurilaterais se prendem, assim, à constituição de uma organização, em que há a possibilidade de deliberar por maioria, o

³⁹⁰ TULLIO ASCARELLI, O contrato plurilateral, p. 309.

³⁹¹ Idem, ibidem, p. 290.

³⁹² Idem, p. 291-293.

que, ao contrário, é inadmissível nos demais contratos.”³⁹³ Embora, nas alianças de projeto, tradicionalmente as partes busquem deliberações por consenso, a deliberação por maioria, sob a ótica jurídica, se contratualmente acordada, estaria perfeitamente compatível com o contrato de aliança. Há inclusive relatos de contratos de aliança que relativizam o princípio da decisão por consenso.³⁹⁴

Em vista das características elencadas por ASCARELLI, entendemos ser adequado incluir o contrato de aliança na categoria dos contratos plurilaterais ou, então, como preferiria JUNQUEIRA, na categoria dos *contratos de colaboração*.

A expressão *contratos de colaboração*, no entanto, é frequentemente utilizada pela doutrina comercialista para se referir às figuras híbridas, com características das sociedades, em um polo, e dos contratos de intercâmbio, no outro polo.³⁹⁵ Entendemos adequado, de qualquer forma, reconhecer que o contrato de aliança é uma dessas figuras híbridas, podendo claramente, portanto, ser qualificado como um *contrato de colaboração*.

4.2 Contratos de aliança e teoria obrigacional

O presente item pretende realizar uma análise de alguns aspectos jurídico-obrigacionais dos contratos de aliança. A compreensão dos deveres e obrigações das partes, no contexto da *aliança*, mostra-se particularmente peculiar, dado o seu arranjo obrigacional específico. Não pretendemos, neste item, nos aprofundar sobre cada uma das linhas teóricas que fundamentam o raciocínio ora proposto, mas tão somente realizar uma releitura do arranjo proposto pela aliança, pela ótica da teoria obrigacional, de acordo com nossa visão.

4.2.1 O arranjo obrigacional dos contratos de aliança

Afinal, de que forma são usualmente definidas as obrigações das partes nos contratos de aliança? Como se estruturam os vínculos obrigacionais dos contratos de

³⁹³ TULLIO ASCARELLI, O contrato plurilateral, p. 311.

³⁹⁴ DOUG JONES, Relationship Contracting, p. 25-26.

³⁹⁵ PAULA FORGIONI, *Teoria geral dos contratos empresariais*, p. 152-158.

aliança? Realizaremos agora uma descrição desse arranjo obrigacional, de forma unificada e sucinta, para facilitar a compreensão. Nos itens posteriores, adentraremos, em maiores detalhes, cada um dos traços distintivos do arranjo obrigacional dos contratos de aliança, interpretando-os à luz de alguns institutos clássicos da teoria geral das obrigações.

Inicialmente, cumpre-nos não fugir do fato de que, ao iniciar uma aliança de projeto, o objetivo final almejado pelo Dono do Projeto também é o de se tornar titular de um empreendimento, o qual sirva aos propósitos de sua organização empresarial. Da mesma maneira, o objetivo final dos NOPs também será o de obter o lucro decorrente dos serviços e recursos que irão fornecer. Obviamente que aspectos como reputação e relacionamento também são resultados almejados, mas há, em qualquer aliança, o objetivo principal dos participantes de, de um lado, receber um empreendimento, e de outro, receber a remuneração.

A diferença é que, em contratos tradicionais de construção, como no chamado contrato EPC, ressalvadas peculiaridades ligadas à complexidade do modelo de alocação de riscos, o arranjo obrigacional entabulado aproxima a relação das partes de uma mera troca entre, de um lado, “empreendimento” ou “obras” e, de outro, “remuneração”. Seria uma relação sinalagmática clássica, de troca entre “prestação” e “contraprestação” pecuniária, tal qual em uma compra e venda, empreitada ou prestação de serviços. A obrigação principal do contratado seria, portanto, de entregar as obras, e a do dono do projeto, de pagar-lhe o preço. Tal como em uma compra e venda, a falha do construtor na prestação de entrega da obra ocasionará a situação de inadimplemento, a qual dá ao credor o direito de exigir a prestação, por meio do uso do mecanismo coercitivo estatal.³⁹⁶

Nos contratos de aliança, as partes realizam um arranjo obrigacional distinto.

O primeiro traço distintivo do arranjo obrigacional das alianças de projeto é que as obrigações direcionadas aos empreiteiros de prestar os serviços e fornecer os recursos necessários à conclusão e entrega das obras, que, nos contratos tradicionais, seriam descritas como a “obrigação principal”, nos contratos de aliança, são geralmente definidas como *obrigações conjuntas* de todas as partes. Ou seja, a prestação de entrega da obra é partilhada entre todos os participantes da aliança, embora as partes possam criar exceções a

³⁹⁶ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 43.

essa atribuição conjunta de obrigações, conferindo a um participante, geralmente o Dono do Projeto, a obrigação de fornecer determinado insumo ou de garantir a adequação de determinada informação.

Exceções à parte, importante mencionar que os clausulados tradicionais em contratos de aliança expressamente atribuem a todas as partes da aliança, sem distinção, o dever de entrega do empreendimento. Mais do que isso, em alguns casos, fazem questão de redigir o clausulado na primeira pessoa do plural: “nós faremos”, “nós entregaremos”. Veja, por exemplo, a cláusula inicial da minuta contratual padrão produzida por associação australiana dedicada ao desenvolvimento dos contratos de aliança:

1.1. We have formed our Alliance to perform the Work under our Alliance and to complete the Work under our Alliance in accordance with our Alliance Principles to meet or exceed our Alliance Objectives.³⁹⁷

Mais especificamente, na Cláusula 8.1. da mesma minuta contratual padrão, as partes estabelecem a obrigação comum de entregar as obras devidamente concluídas, com a garantia de adequação ao objetivo pretendido pelo Dono do Projeto (*fit for purpose*) e obediência aos demais requisitos definidos em comum pelas partes, no contrato.³⁹⁸

Não há, em geral, nos contratos de aliança, a distinção de qual cota-parte cabe a cada um nas obrigações conjuntamente definidas. Essas obrigações são atribuídas, portanto, a todos os integrantes da aliança, indistintamente, criando um vínculo obrigacional peculiar, no qual credores e devedores participam indistintamente de ambos os polos da mesma obrigação. Tal fato parece cheio de significados jurídicos. Trataremos mais especificamente das consequências jurídicas associadas às obrigações conjuntas no item 4.2.2. Cumpre-nos agora continuar com a explicação dos traços distintivos do arranjo obrigacional proposto nos contratos de aliança.

³⁹⁷ AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model* (cláusula 1.1).

³⁹⁸ “We must perform our obligations under our Agreement to ensure that the Project at Practical Completion is fit for the purpose, and is of the quality and standard of work, that is stated in the Scope of Works.”

Outro traço que distingue os contratos de aliança, sob a perspectiva obrigacional, é que as partes parecem ter escolhido limitar a responsabilidade por uma falha no cumprimento das obrigações conjuntas às consequências previstas nos mecanismos de compartilhamento coletivo de ganhos e perdas. Assim, as partes declaram expressamente, nos clausulados contratuais, sua intenção de que nenhuma falha de qualquer dos participantes no cumprimento dessas obrigações conjuntas deva ensejar qualquer direito às demais partes de imputar individualmente qualquer responsabilidade à parte faltosa pelo seu ato, a menos que a falta cometida seja uma *falta intencional*, contratualmente qualificada.³⁹⁹

O mero fato de a obrigação ser conjunta e os times dos integrantes trabalharem de forma integrada, nos contratos de aliança, já dificultaria a imputação de responsabilidade isolada de uma das partes, por uma falha de desempenho. No entanto, para garantir que essa imputação não seja realmente possível, as partes ainda se comprometem com o chamado princípio *no blame*, reconhecendo expressamente que um elemento importante do contrato de aliança é que as partes “não irão atribuir culpa aos participantes em relação a erros, omissões, negligência e desempenho insatisfatório do Contrato”.⁴⁰⁰ Analisaremos a natureza de tal renúncia no item 4.2.4.1 deste Capítulo 4.

Em verdade, essa limitação dos efeitos jurídicos das obrigações compartilhadas está intimamente relacionada ao mecanismo de remuneração acordado nas alianças, explicado no item 1.6 do Capítulo 1 deste trabalho. Há uma renúncia de atribuir, de forma individualizada, *efeitos jurídicos* em decorrência de uma falha no cumprimento das obrigações conjuntas, especialmente porque as partes preferiram lidar com tal falha pelo mecanismo de compartilhamento de perdas e ganhos, no qual a assunção de consequências é coletiva. As consequências econômicas dessa falha serão naturalmente capturadas pelo

³⁹⁹ “We agree that: [...] (ii) to the extent that any default by any Participant to perform any obligation or to discharge any duty under or arising out of or in connection with our Agreement does not constitute a Wilful Default, the only liability (if any) which the defaulting Participant will have in respect of that failure will be the liability it may incur through the operation of the Gainshare/Painshare provisions in Schedule 5 – Compensation Framework, and that all other liability of the defaulting Participant to any other Participant, whether in contract or tort (including negligence), or otherwise at law or in equity, is expressly excluded” [AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model* (cláusula 2.2. (c) (ii))].

⁴⁰⁰ “We acknowledge that a critical element in the foundation of our Alliance is that we will not allocate blame to Participants in respect of errors, mistakes, negligence and poor performance made under our Agreement”. AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model* (cláusula 2.2. (a)).

modelo de remuneração, pois importarão em custos, e, ao final, serão partilhadas entre os integrantes da aliança, incluindo o dono do projeto. Ou seja, se essa falha ocasionar, por exemplo, um estouro orçamentário do empreendimento, o custo excedente será distribuído entre todos os integrantes da aliança, faltosos ou não.

Outro aspecto das alianças, relacionado ao traço anteriormente mencionado, é que há situações excepcionais em relação às quais as partes entendem sim que deva haver a imputação individual de responsabilidade à parte faltosa. Tais situações excepcionais seriam as chamadas “faltas intencionais” (*wilful misconduct* ou *wilful default*),⁴⁰¹ as quais as partes usualmente têm o cuidado de definir minuciosamente no clausulado contratual. No item 4.2.3, que discutirá as consequências do inadimplemento nos contratos de aliança, explicaremos quais têm sido as hipóteses contratualmente definidas como *falta intencional*, segundo as minutas-padrão australianas, e como transportar esse conceito ao sistema jurídico brasileiro.

Outra característica do arranjo obrigacional dos contratos de aliança é que algumas obrigações contratuais serão diretamente oponíveis a uma ou outra parte. Ou seja, há obrigações dos contratos de aliança que não são atribuídas à coletividade dos participantes. A mais óbvia dessas obrigações é a obrigação de pagamento pelo dono do projeto da remuneração devida aos NOPS. Não parece possível negar o fato de que, em ausência de pagamento por sua remuneração, seria lícito aos NOPS interromperem os trabalhos por eles conduzidos, na aliança, observando-se, obviamente, as condições contratuais que houverem sido acordadas. Essa percepção, aliás, pode ser confirmada pelo estudo empírico descrito no Capítulo 3.⁴⁰² Outra obrigação atribuída de forma individual é a obrigação de, na hipótese de “custo excedente”, cada um dos NOPS assumir uma cota-parte desse custo, consoante o modelo de remuneração acordado contratualmente.

Dessa percepção resulta a conclusão de que há elementos sinalagmáticos diretos na relação engendrada nos contratos de aliança, embora eles sejam excepcionais.

⁴⁰¹ “We agree that: (i) to the extent that any default by any Participant to perform any obligation or to discharge any duty under or arising out of or in connection with our Agreement also constitutes a Wilful Default, then any other Participant to which that obligation or duty was owed which suffers any cost, expense, loss or damage as a result of such failure may take such action as is available to it under our Agreement or otherwise at law or in equity;”. AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model* (cláusula 2.2. (c) (ii)).

⁴⁰² V. item 3.2.5.4.

Relativamente ao fornecimento dos serviços e bens relativos às obras, conforme anteriormente descrito, não são criadas, em geral, obrigações contrapostas, mas sim obrigações comuns, tal como num contrato de sociedade. Para estas, deixa de existir o *sinalagma* contratual, tal qual usualmente depreendido na fórmula latina *exceptio non adimplenti contractus*.

Além dessas obrigações que, por sua natureza, são individualizadas, conforme exemplos anteriormente citados, há ainda aquelas obrigações que, por razões negociais, são atribuídas individualmente a uma ou outra parte. É possível, por exemplo, que, com o objetivo de reduzir o custo total do empreendimento, o dono do projeto prefira assumir diretamente a responsabilidade pela contratação de um determinado fornecimento de insumo necessário às obras. Nesse caso, havendo falha no fornecimento respectivo, a responsabilidade recairá sobre aquele que a assumiu.

Para concluir acerca de quais obrigações são passíveis de imputação individual de uma parte, será importante interpretar o clausulado contratual, que deverá ser claro sobre quais obrigações são conjuntas e quais são individuais. As minutas-padrão australianas analisadas nesta tese tentam obter o efeito jurídico desejado definindo o não pagamento de valores como uma das hipóteses objetivas de *falta intencional*, ainda que não se possa presumir que qualquer atraso de pagamento será intencional.⁴⁰³

É preciso efetuar esclarecimento quanto ao arranjo obrigacional acima resumido. Conforme já mencionado, a aliança de projeto, como um todo, pode ser desenvolvida em duas etapas ou fases, sendo a primeira delas a chamada fase de desenvolvimento da aliança, e a segunda, a fase de execução das obras do empreendimento. Essas fases podem estar previstas em um único contrato como podem estar separadas em dois contratos distintos. O arranjo obrigacional mencionado neste item relaciona-se com o perfil do chamado Contrato de Execução da Aliança (*Project Alliance Agreement* ou PAA), que prevê a fase de execução das obras do empreendimento. Se considerarmos o perfil do contrato firmado para a fase de desenvolvimento da aliança, denominado Contrato de Desenvolvimento da Aliança (*Interim Project Alliance Agreement* ou iPAA),⁴⁰⁴ seus traços jurídico-obrigacionais não se alinham com o perfil supramencionado, aproximando-se mais

⁴⁰³ V. item 4.2.3.1 adiante.

⁴⁰⁴ Alguns utilizam ainda a denominação Alliance Development Agreement (“ADA”).

de um contrato de prestação de serviços com algumas notas de complexidade e governança conjunta.

Resumidos os elementos que, em nossa visão, distinguem o contrato de aliança sob a ótica jurídico-obrigacional, cumpre-nos aprofundarmos alguns desses elementos, à luz de institutos tradicionais da teoria obrigacional.

4.2.2 “Obrigação conjunta” ou “obrigação compartilhada”

Conforme mencionado no item anterior, um dos traços caracterizadores do arranjo obrigacional dos contratos de aliança é que as obrigações relacionadas à entrega das obras são, como regra, atribuídas a todos os participantes da aliança, indistintamente. As questões que se colocam são: como deveria ser interpretada essa atribuição conjunta de obrigações? Como se descreveria o vínculo dessas obrigações conjuntas? Tratar-se-ia efetivamente de obrigações, no sentido técnico jurídico? No presente item, faremos algumas considerações a respeito.

Compreender a natureza jurídica dessas obrigações atribuídas de forma compartilhada mostrou-se, em nossa percepção, tarefa mais árdua do que se imaginava. Não nos parece possível concluir com clareza se tais obrigações são efetivamente jurídicas, no sentido técnico, ou se são somente a descrição de atividades e atribuições que, embora tenham consequências jurídicas, não possam ser descritas como efetivamente uma “obrigação”, no sentido que lhe empresta o direito contratual e a doutrina tradicional. O fato é que, nos contratos de aliança, é operado um relativo esvaziamento do conceito dogmático de obrigação como ferramenta de aplicação de sanções comportamentais, pelo menos em relação àquelas obrigações que se direcionam a definir a substância da “troca” entre NOPS e o dono do projeto. Esse é o aspecto que desenvolveremos a seguir.

Antes de mais nada, em nossa visão, é preciso apartarmos as obrigações conjuntas, em questão, da noção de *obrigações solidárias*, prevista no direito positivo. Há solidariedade, conforme art. 264 do Código Civil, “quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Na solidariedade passiva, mais usual, o credor pode exigir de qualquer dos

devedores a satisfação da dívida como um todo. Tal noção jurídica não parece adequada a explicar juridicamente o arranjo de obrigações conjuntas pretendido no contexto dos contratos de aliança. Não seria compatível, por exemplo, ao dono do projeto imputar a um dos NOPS a responsabilidade integral pela inexecução da obrigação de entrega das obras, até porque a obrigação é também atribuída a ele, dono do projeto.

Para evitar confusões de compreensão, é preciso reforçar o fato de que é possível prever a solidariedade passiva dos NOPS em relação a obrigações assumidas por estes nos contratos de aliança, como algumas minutas-padrão aliás o fazem.⁴⁰⁵ De fato, nada impede que, por razões de cunho negocial, o dono do projeto ajuste com os NOPS que estes responderão, de forma solidária entre si, pelas obrigações assumidas por cada um dos NOPS, no âmbito do contrato de aliança. Essa solidariedade passiva permitiria ao Dono do Projeto responsabilizar qualquer um dos NOPS por um fato que, inicialmente, seria imputável individualmente a um deles, como, por exemplo, a causação de um dano decorrente de uma *falta intencional* ou ainda o não pagamento de uma eventual penalidade devida por conta do sistema de divisão de perdas e ganhos. A solidariedade, nesse caso, no entanto, seria uma avença autônoma e separada das obrigações compartilhadas de que ora tratamos.

As *obrigações conjuntas*, também chamadas de obrigações plurais, na visão de ANTUNES VARELA, são aquelas “cuja prestação é fixada globalmente, mas em que a cada um dos sujeitos compete apenas uma parte do débito ou do crédito comum”.⁴⁰⁶ A conjunção obrigacional seria distinta da solidariedade em seus efeitos, pois, na conjunção, os devedores seriam responsáveis, cada qual, pela sua cota-parte na prestação, enquanto, na solidariedade, a prestação caberia a qualquer dos sujeitos em sua integralidade. A conjunção obrigacional seria a regra na situação em que há a pluralidade de sujeitos da prestação, enquanto a solidariedade somente ocorreria como decorrência de determinação contratual ou legal expressa.⁴⁰⁷

A definição de obrigação conjunta, embora sinalize um caminho, é ainda insuficiente para explicar o problema apresentado nos contratos de aliança. Entendemos ser

⁴⁰⁵ Vide, por exemplo, Cláusula 29.1 da minuta VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *Model Project Alliance Agreement*, out. 2010.

⁴⁰⁶ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, p. 774.

⁴⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 775.

adequado para compreensão das obrigações conjuntas buscar investigar os elementos constitutivos dessa relação obrigacional. ANTUNES VARELA explica que são três os elementos constitutivos da relação obrigacional: os *sujeitos*, que são os titulares da relação, o *objeto*, que é a prestação em si, e o *vínculo*, que é o nexo que liga os poderes do credor aos deveres do devedor.⁴⁰⁸ Vale-nos investigar cada um desses elementos.

4.2.2.1 *Sujeitos das obrigações conjuntas*

A primeira tarefa é definir os sujeitos dessa relação obrigacional. Em uma relação obrigacional tradicional, polarizada, os sujeitos são obviamente, de um lado, o *credor* e, de outro, o devedor. Conforme lição de VENOSA,

[...] o sujeito [credor] ativo tem interesse em que a prestação seja cumprida. [...] Devedor é a pessoa que deve praticar certa conduta, determinada atividade, em prol do credor, ou de quem este determinar. Trata-se, enfim, da pessoa sobre a qual recai o dever de efetuar a prestação.⁴⁰⁹

Nos contratos tradicionais de construção, com a *empreitada*, o Dono do Projeto assume a clara posição de credor da prestação de entrega das obras, e o empreiteiro é o sujeito passivo – devedor – da prestação de entrega das obras. Na aliança, essa condição se altera, pelo menos no que diz respeito ao dever prestacional de entrega da obra. Mostra-se clara a intenção das partes de se aglomerarem tanto no polo ativo – credor – quanto no polo passivo – devedor – da prestação de entrega das obras. De fato, o dever prestacional de entrega das obras, nos contratos de aliança, é realizado por todos os participantes da aliança, e todos têm interesse direto de que a prestação ocorra, pois ela balizará o modelo de compartilhamento de perdas e ganhos do contrato, ao qual todos estarão vinculados contratualmente.

⁴⁰⁸ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, p. 74.

⁴⁰⁹ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 36.

4.2.2.2 Objeto das obrigações conjuntas

Explica VENOSA que a prestação é o ponto material sobre o qual incide a obrigação:

Constitui-se de um ato, ou conjunto de atos, praticados por uma pessoa: a realização de uma obra, a entrega de um objeto ou, sob a forma negativa, a abstenção de um comerciante de se estabelecer nas proximidades de outro, por exemplo.⁴¹⁰

Cumpre-nos alguns esclarecimentos quanto ao objeto prestacional das obrigações conjuntas descritas nos contratos de aliança.

O primeiro diz respeito à complexidade do conjunto prestacional das obrigações conjuntas. O conteúdo é extremamente variado e complexo, envolvendo um número estratosférico de atividades necessárias para conclusão do empreendimento. Não por outra razão os autores em geral, que tratam dos contratos de *engineering*, elencam a complexidade e a articulação das prestações como um dos elementos definidores dessa categoria contratual.⁴¹¹ É possível afirmar que os contratos de aliança possuem tal característica de forma até um pouco mais acentuada, comparativamente a outros contratos de *engineering*, pois, conforme mencionamos no item 1.4.1 do Capítulo 1, as alianças são tanto mais adequadas quanto maior a complexidade e o nível de incertezas de um projeto.

Interessante ainda notar, no tocante à complexidade obrigacional, que o objeto da prestação, nos contratos de aliança, é estabelecido por meio de uma série de parâmetros de desempenho da equipe da aliança. Conforme explicamos no item 1.6, as partes estabelecem diversos parâmetros técnicos, operacionais, de segurança e ambientais, que definirão o conteúdo prestacional a ser desempenhado pela equipe da aliança. Assim, muito além de definir a mera entrega das obras pela equipe da aliança, a prestação será a entrega das obras, abaixo de um determinado orçamento, dentro de certo prazo, observada uma capacidade produtiva e um consumo máximo, abaixo de um nível de impactos ambientais, abaixo de um número de acidentes de trabalho, entre outros parâmetros. Essa

⁴¹⁰ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 38.

⁴¹¹ LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 141 e 167.

complexidade prestacional, por consequência, gera uma complexidade de aferição do inadimplemento contratual, pois, mais do que verificar o cumprimento ou não da prestação, é necessário observar o cumprimento dos parâmetros de cumprimento da prestação (*key performance indicators*).⁴¹²

Até em razão da tamanha complexidade de definição, o objeto das obrigações conjuntas, nos contratos de aliança, revela-se muito mais definidor de um resultado a ser alcançado pelo grupo da aliança do que de um conjunto de ações que os participantes deveriam tomar para satisfazer os interesses do credor. Daí por que entendemos adequado, em princípio, reconhecer nas obrigações conjuntas dos contratos de aliança o elemento de resultado que muitos autores identificam na *empreitada*.⁴¹³ Esse reconhecimento, todavia, há de ser tomado com máxima cautela e compreensão contextual. Conforme já explicado, no item 4.2.3.1, a consequência jurídica decorrente de uma falha na execução das obrigações conjuntas geralmente estará limitada às penalidades previstas no sistema de compartilhamento coletivo de riscos. Entendemos que a obrigação, no caso, será de resultado, no sentido de que caberá aos participantes da aliança, como regra, entregar o resultado da obra. Não poderia, em nossa visão, um participante da aliança eximir-se de assumir as consequências jurídicas previstas no contrato em caso de não entrega das obras, ante a alegação de que praticou todos os atos adequados para entrega das obras, tal qual seria na chamada “obrigação de meio”.⁴¹⁴

Assim, em nossa visão, as “obrigações conjuntas” das alianças de projeto parecem fazer as vezes de um definidor de objetivos comuns que as partes irão perseguir. Ou seja, ao definir uma série de obrigações que cumpre a todos atingir, de forma conjunta, as partes estão determinando o objetivo final de todos, que é a entrega do empreendimento dentro de certas características contratadas.

Outro aspecto digno de comentário, dada a existência de múltiplos credores e devedores, diz respeito ao caráter divisível ou indivisível das obrigações conjuntas. É

⁴¹² Vide explicação sobre o inadimplemento no item 4.2.3.1.

⁴¹³ V. LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, p. 81-82.

⁴¹⁴ Conforme lição de VENOSA, “No primeiro tipo, obrigações de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. No segundo caso, obrigações de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação” (*Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 77).

possível reconhecer caráter de indivisibilidade na prestação dos participantes da aliança? Mais uma vez, a questão não é simples.

Embora os contratos de aliança normalmente não efetuem uma divisão sobre quais atos prestacionais caberiam a qual participante, fato é que os participantes sabem de tal divisão, dadas as especialidades de cada um. Alguns contratos até estabelecem divisões, entre eles, de atribuições relacionadas ao desenvolvimento das obras. No entanto, pela forma como redigida, tal divisão ocorre mais sob uma ótica gerencial do que jurídica. Ou seja, mesmo quando as partes dividem tarefas e atribuições, no contrato de aliança, fazem-no de forma a organizar os trabalhos, mas não parecem esperar que, da falha no cumprimento dessa tarefa, surjam responsabilidades individualizadas ao participante que não cumpriu adequadamente suas atribuições, ou, ainda, que o cumprimento da atribuição de um dos participantes lhe permita eximir-se da responsabilidade pelo todo, nos termos acordados no contrato.

Entendemos possível encontrar uma resposta à questão pela hermenêutica do art. 258 do Código Civil, o qual estabelece que “a obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”. Embora, nos contratos de aliança, até seja possível dividir o conteúdo prestacional entre os participantes, fazê-lo importaria em descaracterizar o arranjo de assunção coletiva de responsabilidades que está no âmago desse tipo de contrato, uma vez que permitiria a um participante extinguir sua parcela obrigacional por meio do cumprimento que lhe caberia. Assim, o reconhecimento da divisibilidade da obrigação conjunta afetaria a “razão determinante do negócio jurídico”. Daí por que entendemos adequado reconhecer, como regra, o caráter de indivisibilidade das obrigações conjuntas. Todos estão, portanto, como regra, vinculados ao todo da prestação, nas obrigações conjuntas.

Vale esclarecer, no entanto, que, não obstante se reconheça a indivisibilidade das obrigações conjuntas, na medida em que todos se vinculam ao todo da prestação relativa, fato é que a consequência do descumprimento – que são as perdas e danos, balizados pelo modelo de compartilhamento coletivo de ganhos e perdas⁴¹⁵ –, em geral, será dividida

⁴¹⁵ V. item 4.2.3.1.

entre as partes, na forma de penalidades. Ou seja, a obrigação de indenizar as perdas e danos, que não é uma “obrigação conjunta”, nos contratos de aliança, será arcada na proporção acordada contratualmente. São, portanto, divisíveis, no sentido jurídico.

Outro aspecto digno de comentário, quanto ao conteúdo prestacional das obrigações conjuntas, é que cada participante assume um compromisso além de seus próprios atos e comportamento. Cada participante se compromete com um resultado de entrega das obras, que depende dos atos de todos os participantes da aliança, incluindo atos a serem praticados pelo próprio dono do projeto. Juridicamente, aqui parece ser possível estabelecer um paralelo com a chamada *promessa de fato de terceiro*, positivada pelo nosso Código Civil, nos arts. 439 e 440.

Embora não se possa afirmar que os *participantes*, nos contratos de aliança, sejam efetivamente terceiros, o paralelo é válido, pois demonstra uma situação em que o direito reconhece a possibilidade de as partes estipularem a responsabilidade por prestações que, parcialmente, serão prestadas por outros que não o próprio declarante.

Outro aspecto análogo digno de comentário. Conforme lição de VENOSA, na *promessa de fato de terceiro*, uma vez que o terceiro não está vinculado à avença, o inadimplemento da obrigação assumida pelo declarante estará sujeito apenas às perdas e danos decorrentes, não sendo possível a execução específica da obrigação do terceiro.⁴¹⁶ Embora, nos contratos de aliança, não se possa afirmar que os participantes sejam terceiros na avença, entendemos correto afirmar que a falha no cumprimento das obrigações assumidas conjuntamente terá como efeito único a indenização por perdas e danos, que, no caso, estará vinculada ao modelo de compartilhamento de perdas, sobre cuja natureza discorreremos no item 4.2.3.1.

4.2.2.3 Vínculo obrigacional

VENOSA descreve, da seguinte forma, a visão dualista acerca da dinâmica do vínculo obrigacional:

⁴¹⁶ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 493-494.

Assim, o cerne da relação obrigacional é o *vínculo*. Esse vínculo, portanto, biparte-se no *débito* e na *responsabilidade*. Cria-se, dessa forma, uma relação de subordinação jurídica, devendo o devedor praticar ou deixar de praticar algo em favor do credor. Em contrário, existe o poder atribuído ao credor de exigir a prestação. Não conseguida espontaneamente a prática da prestação, o credor possui meios coercíveis, postos pelo Estado, para consegui-la, ressaltando-se aí a *responsabilidade*. O credor é titular de uma tutela jurídica, portanto. Em princípio, só o credor pode tomar a iniciativa de interpelar o devedor; a ele cabe colocar em marcha o processo contra o devedor faltoso.⁴¹⁷

O *vínculo* é justamente o nexa ideal que liga os poderes do credor aos deveres do obrigado.⁴¹⁸ ANTUNES VARELA descreve três elementos que integrariam o vínculo existente entre os sujeitos da relação obrigacional: o direito à prestação, o dever correlativo de prestar e a garantia.⁴¹⁹

Ocorre que, conforme vimos anteriormente, em relação às obrigações conjuntas, nos contratos de aliança o dever de prestar é coletivo, pois compete a todos os participantes. Por outro lado, em caso de descumprimento da prestação, o direito decorrente do credor está adstrito ao recebimento da penalidade calculada pelo sistema de compartilhamento de ganhos e perdas, dividida entre todos os NOPs conforme critério do contrato. Assim, em termos práticos, já que o dever de prestar é coletivo, um NOP poderá ser responsável por uma penalidade que tenha decorrido de uma falta de outro NOP ou do próprio Dono do Projeto. Nesse sentido, a *teoria dualista das obrigações*, ao decompor a *obrigação* em *dívida* (*debitum* ou *Schuld*) e *responsabilidade* (*obligatio* ou *Haftung*),⁴²⁰ não necessariamente atribuídas ao mesmo sujeito, fornece uma possível linha teórica explicativa do vínculo obrigacional nos contratos de aliança.

Ainda, para compreendermos o vínculo obrigacional que se estabelece no contexto das “obrigações conjuntas” dos contratos de aliança faz-se necessário responder à seguinte questão: a que sujeitos seriam atribuídos os deveres prestacionais e os direitos subjetivos decorrentes de tais obrigações conjuntas?

⁴¹⁷ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 43.

⁴¹⁸ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, p. 74.

⁴¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 118.

⁴²⁰ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 42.

Uma possível resposta seria interpretar o vínculo obrigacional das obrigações conjuntas de acordo com o raciocínio desenvolvido por ASCARELLI para os *contratos plurilaterais*. Segundo o autor, conforme já mencionamos, nos contratos plurilaterais, todas as partes têm direitos e obrigações, assumindo-os não uma para com outra parte, mas para com todas as outras partes.⁴²¹

Embora o comercialista italiano estivesse com um viés analítico em seu artigo aparentemente mais direcionado à figura do contrato de sociedade, a visão descrita revelase um bom início para desenvolver uma explicação que nos permita compreender o vínculo das “obrigações conjuntas” dos contratos de aliança.

Para essas obrigações definidas de forma compartilhada, soa-nos adequado verificar nos contratos de aliança a criação de direitos e obrigações potencialmente oponíveis por cada um contra todos os demais. Embora as prestações de todos os participantes da aliança sejam direcionadas, em última análise, à entrega das obras ao dono do projeto, todos têm interesse no resultado adequado dessas prestações, na medida em que tais prestações impactarão diretamente o modelo de remuneração e penalização de cada um dos NOPS. Razoável, portanto, nesse contexto, supor que um NOP prejudicado possa reclamar de outro NOP um determinado prejuízo decorrente de uma conduta caracterizada contratualmente como apta a gerar direitos de ressarcimento entre as partes. As próprias minutas-padrão analisadas são claras em permitir a possibilidade de demandas entre quaisquer participantes da aliança: “Each Participant must indemnify each other Participant for all costs, expenses, losses and damages the latter suffers arising from the former’s *Wilful Default*”.⁴²²

Ou seja, haveria sim, em nosso entender, uma relação direta de vínculos de cada um em face de todos, na medida em que é prevista a possibilidade de que qualquer participante da aliança possa demandar qualquer outro participante. Esse vínculo, todavia, somente poderia dar ensejo à responsabilização em situações excepcionais, qualificadas contratualmente, e não por um mero descumprimento obrigacional. Nesse vínculo especial, a qualificação da conduta da parte responsável como enquadrada nas hipóteses especiais de

⁴²¹ TULLIO ASCARELLI, O contrato plurilateral, p. 287.

⁴²² AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model* (cláusula 2.2. (d)). Condição equivalente pode ser encontrada na Cláusula 5.1 da minuta sugerida pelo VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *Model Project Alliance Agreement*, out. 2010.

responsabilização descritas no contrato passa a ter mais relevância do que caracterizar o inadimplemento contratual, a fim de dele obter o efeito jurídico de reparação.

Essa última conclusão, se correta, coloca em xeque a própria utilidade do conceito técnico jurídico de *obrigação* como apto a explicar as “obrigações conjuntas” dos contratos de aliança, uma vez que sugere que a responsabilidade da parte, nesse contexto, é mais uma decorrência da prática pela parte faltosa desses atos contratualmente qualificados, do que da falha no dever de prestar, existente no âmago do vínculo obrigacional. Se, por exemplo, um determinado participante agiu dolosamente, causando prejuízo aos demais, e teve de indenizá-los, fê-lo pela quebra do dever de boa-fé, e não pela falta no dever de prestar. Neste sentido, PORTO MACEDO JR. nos explica que a “boa-fé pode ser vista como fonte primária de responsabilidade contratual”.⁴²³ Talvez por isso, por vezes, manuais sobre práticas em contratos de aliança – editado por autoridades australianas – reconhecem que somente as tais “faltas intencionais”, contratualmente descritas, “darão ensejo a responsabilidade/direitos oponíveis entre os participantes”.⁴²⁴

4.2.3 *Inadimplemento e contratos de aliança*

Conforme nos ensina a doutrina, a violação de um dever contratual de prestação manifesta-se precipuamente sob três formas: o inadimplemento, a mora e o cumprimento inexato, este também designado de outras expressões, como o “cumprimento imperfeito”.⁴²⁵ O inadimplemento, a mora e o cumprimento inexato, uma vez caracterizados, importam na geração de alguns efeitos jurídicos de proteção aos interesses do credor da obrigação.

O efeito principal do inadimplemento obrigacional é, sem dúvida, a responsabilização por perdas e danos, contida no art. 389 do Código Civil. Outras

⁴²³ RONALDO PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 230.

⁴²⁴ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *Project Alliancing Practitioners Guide*, Department of Treasury and Finance, abr. 2006, p. 57.

⁴²⁵ MARCOS CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, p. 133.

consequências jurídicas são possíveis, como a faculdade de execução forçada da obrigação e a resolução do contrato por inadimplemento da parte faltosa.⁴²⁶

Dado o arranjo contratual peculiar dos contratos de aliança, como é interpretada a noção de inadimplemento obrigacional? É o que pretendemos investigar neste item.

A resposta à questão formulada, em nosso entender, passa por dar vazão à vontade declarada das partes, nos contratos de aliança. A análise das minutas-padrão de contratos de aliança deixa-nos a inequívoca mensagem de que a responsabilidade contratual das partes, na aliança, ocorreria basicamente em duas situações: uma delas seria a regra, e a outra, a exceção. Na primeira delas, como regra, a extensão de responsabilidade de cada participante da aliança limitar-se-á à aplicação do modelo de divisão coletiva de perdas e ganhos do projeto acordado, inclusive em situações de falha de desempenho decorrentes de um comportamento culposos. A segunda dessas situações, a exceção, é que as partes somente poderão ser responsabilizadas individualmente em situações excepcionais, contratualmente elencadas taxativamente.

Interpretemos cada uma dessas situações.

4.2.3.1 *Inadimplemento no sistema de compartilhamento de perdas: cláusula penal*

Conforme anteriormente mencionado, pela nossa compreensão, em contratos de aliança as partes parecem entender que, como regra geral, desvios de comportamento devem estar sujeitos exclusivamente às consequências acordadas por elas no mecanismo contratual de compartilhamento coletivo de perdas.

Cumpre-nos relembrar o mecanismo, resumidamente.

Conforme explicado no item 1.5.1 do Capítulo 1, uma condição importante avançada entre os participantes da aliança é o mecanismo de compartilhamento de perdas e ganhos do projeto. Basicamente, na etapa inicial, de desenvolvimento da aliança, as partes

⁴²⁶ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 2010, p. 319.

estabelecem alguns parâmetros que serão considerados para aferir se a equipe da aliança, na etapa seguinte, atingiu parâmetros de desempenho adequados em *áreas de resultado-chave* (*key result areas* ou KRAs) da aliança. Esses parâmetros são chamados de *indicadores de desempenho-chave* (*key performance indicators* ou KPIs). Dentre os KPIs, os participantes acordarão, na etapa de desenvolvimento da aliança, o valor do “Custo Alvo” (*target outturn cost* ou TOC), que é o valor do orçamento total para conclusão das obras do empreendimento e a data de entrega do empreendimento.

Os KPIs serão parâmetros para verificação do desempenho dos NOPs. Conforme acordado entre as partes, com base no atingimento ou na falha de atingimento dos KPIs, os NOPs farão jus a acréscimo de remuneração ou estarão obrigados a um pagamento ao Dono do Projeto. Em essência, esse eventual recebimento ou pagamento representa o compartilhamento econômico do benefício ou do custo associado ao sucesso ou falha no atingimento dos KPIs. Especificamente, no que tange ao “custo-alvo”, os contratos estabelecem, em geral, que, após a entrega do empreendimento, as partes calcularão o “custo efetivo” (*Actual Outturn Cost* ou AOC). Eventual custo excedente será compartilhado entre os participantes, e, usualmente, cabe aos NOPs o pagamento de metade desse custo excedente.

E, para tal objetivo, as partes não levarão em consideração se qualquer dos NOPs agiu, ou não, com culpa para que o resultado negativo ocorresse. A menos que acordado de forma distinta, a culpa torna-se um conceito irrelevante para aplicação do mecanismo de compartilhamento de perdas dos contratos de aliança. Importa apenas o resultado obtido pelo time da aliança.

Vale um exemplo hipotético para ilustrar o mecanismo.

Suponhamos que uma aliança com quatro participantes, três NOPs e o Dono do Projeto, tenha sido formada para implementação de uma determinada Usina Hidrelétrica, a qual deverá atender a determinada capacidade mínima instalada de produção energética, além de diversas outras condições técnicas e operacionais. Um dos NOPs tem a *expertise* de fornecimento de serviços técnicos de engenharia. Outro é um tradicional fornecedor de equipamentos eletromecânicos, necessários à implantação do empreendimento. E outro possui reconhecida capacidade em serviços de construção, montagem, além da integração

de todos os fornecimentos necessários à implementação do empreendimento. Na etapa de desenvolvimento da aliança, paralelamente aos trabalhos de engenharia desse empreendimento, os participantes elaboram conjuntamente, de forma transparente, o orçamento esperado de custo para sua entrega, o chamado “custo-alvo”. Após aprovado pelo Dono do Projeto, em uma instância fora da própria aliança, esse valor se torna parâmetro para definir se, no aspecto de custo, a equipe da aliança desempenhou com sucesso suas obrigações. Outros KPIs usualmente serão estabelecidos, tais como data de início de operação, número máximo de acidentes de trabalho, nível de impactos ambientais e na comunidade. Para cada um desses parâmetros as partes acordarão eventuais bônus ou penalidades relacionados ao cumprimento ou não dos KPIs. O saldo desses ônus e penalidades, se positivo ou negativo, será compartilhado entre os participantes: se positivo, o valor cabível aos NOPs será pago pelo dono do projeto, a título de bônus, e, se negativo, será pago pelos NOPs ao dono do projeto, a título de penalidade.

Suponha-se que o “custo-alvo”, acordado no caso, tenha sido de \$ 2 bilhões para conclusão e entrega da Usina Hidrelétrica, devidamente apta ao início de operação. Se, após a entrega do empreendimento, as partes averiguarem que o *custo efetivo de execução* do empreendimento foi de \$ 2,4 bilhões, a diferença será parcialmente paga pelos NOPs, conforme proporção que vier a ser acordada contratualmente. Geralmente, é atribuída aos NOPs a responsabilidade pelo pagamento de metade desse custo excedente. Além disso, conforme explicamos no item 1.6, geralmente o pagamento dos NOPs fica limitado ao valor total de *lucro* ou *lucro* acrescido de *overhead* por eles recebidos.⁴²⁷ Em nosso exemplo hipotético, supondo que o limite de responsabilidade não tenha sido atingido e que não haja qualquer valor a ser pago em função dos demais KPIs, caberia aos NOPs arcar com um pagamento ao Dono do Projeto, no valor de \$ 200 milhões. Dentre os NOPs, o percentual cabível a cada um no pagamento seria definido em contrato e, geralmente, levaria em consideração o peso financeiro do fornecimento de cada NOP para o empreendimento.

O pagamento desses eventuais valores pelos NOPs decorrentes do não atingimento dos KPIs é, portanto, a forma do contrato de aliança de assunção da responsabilidade advinda de falhas não excepcionais no cumprimento da obrigação

⁴²⁷ Vide item 1.6.

coletiva de entrega das obras. Nesse sentido, diante da complexidade do conteúdo prestacional dos contratos de aliança, baseado em um número grande de parâmetros, é possível afirmar que a noção de *inadimplemento*, nesse contexto, deverá ser compreendida de uma forma muito menos binária do que usualmente se busca identificar em contratos. Ou seja, muito mais do que verificar se o time da aliança cumpriu ou não o dever prestacional, será importante verificar em que condições houve o cumprimento desse dever prestacional. A complexidade prestacional dos contratos de aliança se desdobra, também, em uma noção complexa de *inadimplemento*.

A questão que se coloca é: sob a perspectiva da teoria obrigacional, como interpretar os pagamentos efetuados pelos NOPs em decorrência do não cumprimento dos KPIs?

Em nossa visão, a forma mais adequada de interpretar esse eventual pagamento realizado pelos NOPs, em decorrência da condição de compartilhamento de perdas, é reconhecendo sua natureza de *penalidade compensatória* que, a teor do art. 416, parágrafo único,⁴²⁸ do Código Civil, funcionará como uma predefinição dos prejuízos sofridos pelo Dono do Projeto e um limitador dos danos a serem pagos pelos NOPs.

Segundo CAIO MÁRIO:

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula assessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação.⁴²⁹

Reconhecer a natureza de *cláusula penal* no sistema de compartilhamento coletivo de perdas, dos contratos de aliança, demanda reflexão sobre alguns aspectos do negócio entabulado.

⁴²⁸ “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

⁴²⁹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 2010, p. 141.

O primeiro deles diz respeito à função, de fato, exercida pela *cláusula penal* nesse contexto. Muito se discute, em doutrina, se a função da cláusula penal é de garantia do inadimplemento da obrigação, ou de liquidação antecipada das perdas e danos.⁴³⁰ Nesse caso, embora ambas as funções possam estar presentes, consideramos de maior relevo o papel de quantificador das perdas e danos devidos por cada participante na aliança, pois esse papel permitirá a coletivização dos prejuízos decorrentes do inadimplemento, algo central no conceito de aliança. Uma vez pago o valor devido pelo NOP, nos termos dessa cláusula, ressalvadas as situações excepcionais, o NOP não terá qualquer outra obrigação a cumprir ou indenização a pagar ao dono do projeto.

Um segundo ponto a se discutir diz respeito à natureza *compensatória* da penalidade. Em doutrina,⁴³¹ por vezes, designa-se compensatória a penalidade que tem o fim de substituir o cumprimento da obrigação inadimplida, a teor do art. 410 do Código Civil.⁴³² De fato, ao realizarem o pagamento das penalidades decorrentes do não atendimento dos KPIs, os NOPs compensam a obrigação de não tê-los atendido. Vale destacar, no entanto, que a compensação é de não atingimento dos KPIs, e não a compensação pela não entrega das obras de acordo com as características acordadas. Ou seja, o time da aliança deve entregar as obras, de acordo com certas características de funcionamento e desempenho. Uma vez entregues as obras, será aferido o atingimento, ou não, dos KPIs. O não atingimento dos KPIs poderá ser substituído pelo pagamento da penalidade compensatória pelos NOPs.

Portanto, parece-nos adequado reconhecer a natureza de cláusula penal ao sistema de compartilhamento de perdas existente nos contratos de aliança.

4.2.3.2 *Condutas excepcionais passíveis de responsabilização individual*

Conforme afirmamos, em contratos de aliança, a regra geral adotada pelas partes é a da coletivização da responsabilidade pela entrega do empreendimento de acordo com as condições ajustadas. Admitem-se, no entanto, exceções a essa regra, nas quais se espera a

⁴³⁰ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 2010, p. 141.

⁴³¹ Idem, *ibidem*, p. 147.

⁴³² “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.”

responsabilização individual de um participante. São essas situações de responsabilização individual de que trataremos no presente item.

Esclareça-se, todavia que, em nossa opinião, não há que reconhecer necessariamente uma característica ontológica comum nessas situações excepcionais aptas à responsabilização individual. O que definirá o âmbito de responsabilização individual, nos contratos de aliança, será, basicamente, aquilo que vier a ser definido em contrato, pelas partes, como tal. Ou seja, essas situações de responsabilização individual advêm da vontade das partes de defini-las dessa forma e não de uma característica específica que se deva extrair desses eventos definidos.

É verdade, no entanto, que a maior parte das situações de responsabilização individual está relacionada a eventos de quebra da boa-fé contratual, que evidenciam o fim da capacidade da parte faltosa de agir cooperativamente. As minutas-padrão de contratos de aliança australianas adotam a denominação *falta intencional* (*Wilful Default*) para congregar o conjunto de situações em que é facultada a responsabilização individual de um participante. Tal denominação é construída contratualmente, de forma cuidadosa, entre os participantes, objetivando sempre não permitir que tal definição se torne tão ampla que possa ser utilizada como um caminho para fugir do modelo de coletivização dos riscos da aliança.⁴³³

Vale descrevermos algumas das hipóteses citadas como *falta intencional*, nos contratos de aliança. A mais óbvia dessas situações se relaciona com a própria denominação e inclui situações em que uma parte age de forma intencional para causar um prejuízo à outra:

[...] an intentional or wanton or reckless act or omission by one of us carried out with disregard to its harmful and avoidable consequences, but not including any errors of judgment, mistake or act or omission, whether negligent or not, made in Good Faith by a Participant.⁴³⁴

⁴³³ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *Project Alliancing Practitioners Guide*, Department of Treasury and Finance, abr. 2006, p. 59.

⁴³⁴ AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model*, p. 66-67.

Assim, prejuízos decorrentes da ação ou omissão tomada em boa-fé pelo participante, em princípio, não se enquadrariam em tal definição de *falta intencional*. A ideia parece ser justamente a de isolar situações em que as partes estejam em situações em que a cooperação se torna improvável. Ainda outras situações de grave quebra de comportamento cooperativo são descritas nas minutas-padrão, como a prática de atos fraudulentos e a recusa de um NOP em permitir o acesso ao local pelo Dono do Projeto ou pelos auditores.⁴³⁵

Outra situação usualmente passível de responsabilização individual é o não pagamento de valores devidos por uma parte à outra,⁴³⁶ evento que, por sinal, pode, ou não, sugerir uma quebra de boa-fé da parte faltosa. Assim, um NOP que não realiza o pagamento de sua penalidade ou indenização, na hipótese descrita no sistema de compartilhamento de perdas, estaria sujeito à responsabilização individual. Da mesma forma, caso o Dono do Projeto deixasse de efetuar o pagamento das remunerações devidas aos NOPs, estaria sujeito à responsabilização contratual individual.

Alguns contratos de aliança atribuem ainda a responsabilidade individual dos participantes por indenizações sofridas perante terceiros, por quebra de direitos de propriedade intelectual, por danos causados ao meio ambiente, por acidentes com morte, entre outros. É usual ainda incluir dentre as situações de responsabilização individual eventos que denotem a insolvência de um participante.⁴³⁷

Obviamente que há de se ter muito cuidado na construção das situações excepcionais de responsabilização individual. Na medida em que se incluam nas hipóteses de responsabilização individual situações ordinárias de descumprimento, desnatura-se o contrato de aliança, pois o comportamento das partes deixa de considerar a coletivização de riscos, inerente ao modelo, colocando os participantes em situação excessiva de contraposição de interesses.

⁴³⁵ AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model*, p. 66-67.

⁴³⁶ Conforme situação a seguir: “a failure by one of us to pay another of us money within 30 days of a written demand which specifies that it is being made for the purposes of this paragraph (d) where that money is due and payable under our Agreement and has not been paid within the time required or agreed under our Agreement, including any amount owing under any indemnity in our Agreement” (AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model*, p. 66 e 67).

⁴³⁷ Idem, ibidem (Cláusula 16.5 “a”), p. 57.

Conforme tivemos a oportunidade de explicar no Capítulo 2, há estudos que demonstram que a forma mais adequada de os juízes decidirem questões envolvendo os mecanismos contratuais relacionais, em empreendimentos complexos, seria pela aplicação de sanções contratuais de *baixa potência*, que seriam sanções a comportamentos que denotassem a quebra do dever de negociar em boa-fé.⁴³⁸ Seriam aquelas situações que, segundo GILSON, SABEL E SCOTT:

[...] the deficient party engages in verifiable “red-faced” cheating (for instance, secretly disclosing to a competitor information obtained from the exchange) or otherwise makes blatantly strategic use of the information acquired.⁴³⁹

A inclusão, nos contratos de aliança, de sanções a comportamentos não caracterizados pelo elemento de quebra de confiança, em nossa opinião, tende a prejudicar o ambiente de construção de confiança almejado pelas partes.

Os resultados do estudo empírico, descritos no Capítulo 3, foram compatíveis com essa interpretação.

Quando colocados diante de uma situação hipotética em que, em um contrato de aliança, uma parte agiu com *negligência*, a grande maioria dos respondentes reconheceu que não seria o caso de responsabilização individual da parte faltosa, a menos que caracterizada como uma negligência grave (*gross negligence*).⁴⁴⁰ Quando questionados sobre quais situações deveriam dar o ensejo ao “término motivado” do contrato, os respondentes, em sua grande maioria, não incluíram situações de descumprimentos ordinários a obrigações contratuais. Os resultados são condizentes com a percepção de que, nos contratos de aliança, as sanções contratuais se reduziriam a situações graves de descumprimento.⁴⁴¹

São, portanto, compatíveis com a *hipótese de trabalho desta tese*.

⁴³⁸ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine, p. 1385.

⁴³⁹ Idem, ibidem, p. 1384.

⁴⁴⁰ V. item 3.2.5.3 do Capítulo 3.

⁴⁴¹ V. item 3.2.5.7 do Capítulo 3.

4.2.4 Interpretação jurídica da condição *no blame*, *no dispute*

Conforme mencionamos anteriormente, nos contratos de aliança, as partes usualmente declaram sua intenção de se pautarem pelo princípio *no blame, no dispute*. Tal princípio tem grande relevância para a interpretação dos aspectos obrigacionais dos contratos de aliança, uma vez que afasta o conceito de *culpa contratual* do vínculo obrigacional mantido entre as partes. A eles importa o resultado, e não a falha culposa.

Já explicamos, sob a visão do mercado, a condição *no blame, no dispute*. Cumpre-nos agora analisá-la sob a perspectiva jurídico-dogmática.

Conforme mencionamos anteriormente, consideramos adequado separar a condição em dois corolários principais. O corolário *no blame* e o corolário *no dispute*. De fato são aspectos distintos, embora inter-relacionados. O corolário *no blame* parece ter uma maior relevância ao direito material, e o aspecto *no dispute*, ao direito processual.

4.2.4.1 O corolário *no blame*: cláusula de limitação do dever de indenizar

O aspecto *no blame* normalmente é definido como aquele que afasta a falha não intencional como critério para responsabilização individual.⁴⁴² Em nossa visão, é um mecanismo de reforço da alocação compartilhada de riscos. Trata-se de alocar o risco da falha humana não intencional a todos os participantes da aliança, tornando o conflito inútil. Ou seja, a conduta culposa passa a ser tratada como um evento qualquer, cujo risco de ocorrência é compartilhado.

Frise-se que a alocação compartilhada dos contratos de aliança se sustenta no modelo de remuneração baseado em desempenho. O aspecto *no blame* é somente um reforço dessa alocação, na medida em que afasta a regra de responsabilidade aquiliana, pela qual um sujeito que causa dano a outro, concorrendo com culpa, fica obrigado a

⁴⁴² Vide cláusula 2.2 da minuta-padrão produzida pela AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA: “We acknowledge that a critical element in the foundation of our Alliance is that we will not allocate blame to Participants in respect of errors, mistakes, negligence and poor performance made under our Agreement” (*Project Alliance Agreement Reference Model*, 2010, p. 38).

reparar o dano. Em nosso ordenamento, esse princípio é consagrado pelos artigos 186⁴⁴³ e 927⁴⁴⁴ do Código Civil.

Ou seja, se pensarmos do ponto de vista da alocação de risco, o direito positivo, como regra geral, transfere individualmente ao agente culposo o risco da conduta por ele praticada. As partes, nos contratos de aliança, buscam rearranjar essa alocação de riscos, dividindo com todos os participantes o risco da conduta culposa de qualquer dos participantes, com o intuito de fomentar o ambiente cooperativo.

Há, portanto, o afastamento de um princípio importante do direito privado. A questão que se coloca é: é válido esse afastamento? Entendemos que, para entrarmos na questão da validade, cumpre-nos inicialmente responder a outra questão: como interpretar esse afastamento à luz do direito obrigacional?

Consideramos que a resposta mais adequada, sugerida, aliás, por THOMAS, encontra-se nas chamadas *cláusulas de exoneração de responsabilidade*, também chamadas de *cláusulas de limitação de responsabilidade*, *cláusulas de exoneração do dever de indenizar*, *cláusula de não indenizar*, entre outras.⁴⁴⁵

FERNANDES, em tese de doutorado recente, sustenta a relevância da distinção da figura das *cláusulas de limitação do dever de indenizar* e as *cláusulas de exoneração do dever de indenizar*,⁴⁴⁶ seja por peculiaridades que as distinguem, seja porque o Código de Defesa do Consumidor brasileiro distingue as modalidades, atribuindo-lhes *status* jurídico distinto. Nos contratos de aliança, não se pode afirmar que há o afastamento completo do dever de indenizar, mas sim certa conformação desse dever, mediante o afastamento da *culpa contratual*, pelo princípio *no blame*, e a predefinição do valor indenizatório, pelo sistema de compartilhamento de perdas, baseado no desempenho da equipe da aliança. Embora não nos seja totalmente clara a necessidade da distinção – entre *cláusulas de exoneração* e *cláusulas de limitação do dever de indenizar* –, parece-nos que, uma vez aceita a distinção, a condição *no blame* inserir-se-ia na segunda modalidade.

⁴⁴³ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁴⁴ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁴⁴⁵ WANDERLEY FERNANDES, *Cláusulas de exoneração e delimitação de responsabilidade*, p. 31-33.

⁴⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 113-118.

Em sintonia com a visão exposta anteriormente, de que, no fundo, a condição *no blame* atua como um reforço ao modelo contratual de alocação de riscos, FERNANDES reconhece que as *cláusulas de exoneração* e de *limitação do dever de indenizar* têm a importância de auxiliar na definição da alocação de riscos do contrato:

Ou seja, as cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade, consideradas as condições especiais e os riscos de cada operação econômica, poderão fazer a sintonia fina da alocação de riscos, modulando a extensão da aplicação do regime geral de responsabilidade ao negócio específico.⁴⁴⁷

Daí por que, conclui o mesmo autor, as cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade ganham relevância justamente em relação a mercados que envolvam serviços e produtos de alto risco.⁴⁴⁸ Tal conclusão mostra-se também coerente com a recomendação do mercado de que o modelo da aliança é mais apropriado a contratos com maiores riscos e incertezas.⁴⁴⁹

Embora a utilização de tais cláusulas esteja amplamente disseminada em diversos mercados, inclusive na indústria da construção, o tema parece gerar ainda, em âmbito doutrinário, alguma discussão no que tange aos limites de sua validade.⁴⁵⁰ Vale explorarmos tal discussão a fim de respondermos à questão inicialmente proposta, neste item, acerca da validade da condição *no blame*.

A doutrina reconhece que o fundamento de validade das cláusulas de exoneração do dever de indenizar encontra-se justamente no respeito à autonomia privada.⁴⁵¹ CAIO MÁRIO sustenta a validade de tais cláusulas, efetuando um paralelo com as situações existentes nas *cláusulas penais* e nos *contratos de seguro*, nos quais também pode haver contratualmente a transferência ou limitação do dever de indenização e, portanto, uma relativização do princípio indenizatório *neminem laedere*.⁴⁵²

⁴⁴⁷ WANDERLEY FERNANDES, *Cláusulas de exoneração e delimitação de responsabilidade*, p. 98.

⁴⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 397.

⁴⁴⁹ V. item 1.4.1.

⁴⁵⁰ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 2010, p. 346.

⁴⁵¹ Idem, *ibidem*, 2010, p. 344; e WANDERLEY FERNANDES, *Cláusulas de exoneração e delimitação de responsabilidade*, p. 395.

⁴⁵² CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 2010, p. 345.

Poucos autores sustentam, de fato, a invalidade das cláusulas de limitação e exoneração do dever de indenizar, de forma genérica.⁴⁵³ A maioria da doutrina reconhece a validade de tais condições, estabelecendo-se algumas limitações, dentre as quais as principais seriam: limitação quanto a atos praticados com *dolo*, *culpa grave*, ofensa à *ordem pública*, e ainda atos relacionados ao adimplemento da *obrigação principal*.

Entendemos ser importante grande cautela para avaliar algumas das situações supracitadas, especialmente se considerarmos o arranjo dos contratos de aliança. Os atos praticados com *dolo* e aqueles que ofendem a *ordem pública*, a despeito da subjetividade de que pode se revestir este último conceito, parecem de fato justificar a inadmissibilidade das cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade.

É preciso certo cuidado, no entanto, quando se discute a *culpa grave*, como limitador de validade das cláusulas ora discutidas, especialmente se considerarmos o contexto particular dos contratos de aliança. CAIO MÁRIO entende que o conceito de *culpa*, no ordenamento pátrio, caminhou para a unicidade conceitual, não havendo, em regra, a recepção da gradação da culpa.⁴⁵⁴ Embora esta última conclusão possa ser desafiada pelo texto do parágrafo único do art. 944 do Código Civil,⁴⁵⁵ fato é que, no direito pátrio, se é que se possa afirmar a existência de uma gradação da *culpa*, tal gradação parece-nos, no mínimo, obscura. Há pouca clareza, especialmente em relação à definição e tratamento da *culpa grave*.

É comum na literatura jurídica a equiparação da *culpa grave* ao *dolo*.⁴⁵⁶ Em algumas definições no direito norte-americano, o conceito de *culpa grave* se aproxima do *dolo eventual*.⁴⁵⁷ Alguns autores reconhecem que a *culpa grave* ganha utilidade no contexto de aferição dos *standards* de conduta profissional.⁴⁵⁸

⁴⁵³ FERNANDES menciona que Ana Prata é a principal doutrinadora contrária à admissibilidade de tais cláusulas (*Cláusulas de exoneração e delimitação de responsabilidade*, p. 98).

⁴⁵⁴ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 2010, p. 316.

⁴⁵⁵ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

⁴⁵⁶ WANDERLEY FERNANDES, *Cláusulas de exoneração e delimitação de responsabilidade*, p. 222.

⁴⁵⁷ “Gross negligence means conduct so reckless as to demonstrate a substantial lack of concern for whether an injury results” (Section 691.1407, do “Government Tort Liability Act” do Estado de Michigan – Act 170 of 1964).

⁴⁵⁸ WANDERLEY FERNANDES, *Cláusulas de exoneração e delimitação de responsabilidade*, p. 229.

Mais preocupante seria uma eventual interpretação de que seriam nulas *cláusulas de exoneração do dever de indenizar* relacionadas ao adimplemento da *obrigação principal*. FERNANDES, corretamente, entende que tais cláusulas devem ser admitidas, pois não haveria no direito brasileiro qualquer vedação à exoneração de responsabilidade ligada à obrigação principal. Conforme já reiteradamente explicado, nos contratos de aliança, justamente as obrigações de fornecimento das obras, que nos contratos tradicionais seriam descritas como a “obrigação principal”, são objeto das *cláusulas de exoneração do dever de indenizar*. Reconhecer a eventual nulidade, no caso, seria desastroso ao funcionamento dos contratos de aliança.

Em suma, em nossa visão, é sim válido o afastamento do princípio geral de responsabilização da conduta culposa, usualmente utilizado em contratos de aliança. Essa validade fundamenta-se na saudável manifestação de vontade das partes. Dessa forma, nos contratos de aliança, as partes entenderam crucial a coletivização do risco como forma de fomento à cooperação. Ou seja, o afastamento da responsabilização individualizada da conduta culposa está intimamente relacionado ao modelo cooperativo dos contratos de aliança.

Ademais, como bem observou THOMAS, em contratos de aliança, geralmente as partes: (a) são altamente sofisticadas e estão em condições de igualdade; (b) têm a consciência de como estão alocando o risco quando negociam o contrato; e (c) utilizaram assessores jurídicos especializados que os auxiliaram a negociar o clausulado contratual.⁴⁵⁹

Assim, em nossa opinião, não haveria razão para compreender que a condição *no blame*, dos contratos de aliança, excede os limites da autonomia da vontade.

4.2.4.2 O corolário no dispute

O corolário *no dispute*, em verdade, ilustra o fato exposto ao longo desta tese, especialmente em consonância com o pensamento de MACAULAY, descrito no

⁴⁵⁹ TREVOR THOMAS, *Alliance Contracts and Fiduciary Duties: trust and confidence in relationship contracting*, p. 344.

Capítulo 2,⁴⁶⁰ de que a visão dos homens de negócio envolvidos em *alianças de projeto* é a de que outorgar a um terceiro, juiz ou árbitro, a prerrogativa de resolver um conflito das partes quase sempre implicará uma solução ineficiente. A redação das cláusulas *no dispute*, em minuta- padrão de contrato de aliança, na Austrália, é consistente com essa visão.⁴⁶¹

O *Project Alliancing Practitioners Guide*, editado por autoridades australianas, por sinal, reconhece que a ausência de mecanismos de solução de controvérsias é altamente desejável, em contratos de aliança, uma vez que, nesta situação, os membros da governança da aliança são compelidos a solucionar internamente os conflitos existentes. Do contrário, haveria uma tendência natural a escalar o conflito.⁴⁶²

No estudo empírico por nós realizado, um número relevante de respondentes, no Subgrupo Australásia, quando questionados sobre quais modalidades de cláusulas de solução de controvérsias seriam mais compatíveis com a realidade dos contratos de aliança, indicaram não ser adequada a inclusão de tais cláusulas nos contratos, tendo esta sido a resposta mais recorrente desse Subgrupo. Essa aversão à inclusão de cláusulas de resolução de conflitos, neste contexto, poderia sugerir que os respondentes consideraram que a mera inclusão de tais cláusulas tem um efeito negativo sobre a eficiência da resolução interna dos conflitos.

Curioso notar ainda que, embora no Subgrupo Brasil a Cláusula Arbitral tenha sido o mecanismo mais indicado, no Subgrupo Australásia, nenhum dos respondentes indicou a arbitragem como mecanismo adequado. Outro aspecto interessante é que nenhum dos respondentes, em nenhum Subgrupo do estudo empírico, indicou a “eleição de foro no Poder Judiciário” como uma alternativa à solução de controvérsias em contratos de aliança.

Entretanto, em nossa visão, conforme também ficou claro nas respostas do estudo empírico resumido no Capítulo 3, o corolário *no dispute* não deve ser interpretado como

⁴⁶⁰ V. item 2.3.1 do Capítulo 2.

⁴⁶¹ “the Participants agree that there will be no litigation or arbitration between them arising out of or in connection with this Agreement. The Participants must use their best endeavours to avoid issues arising as between each other and, to the extent an issue arises, must resolve the issue internally and otherwise comply with the procedure for the resolution of issues set out in Schedule 14” [*Model Project Alliance Agreement*, out. 2010, Cláusula 5.1(a)].

⁴⁶² VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *Project Alliancing Practitioners Guide*, Department of Treasury and Finance, abr. 2006, p. 57.

uma renúncia prévia ao direito de ação,⁴⁶³ o que seria claramente nulo no ordenamento constitucional brasileiro, como, aliás, também o seria em diversos outros ordenamentos. A renúncia operada nos contratos de aliança é de direito material, realizada por meio de *cláusulas de limitação do dever de indenizar*, conforme esclarecido no item 4.2.4.1. As partes podem propor demandas, porém pelo modelo proposto, a menos que estejam presentes as situações excepcionais de responsabilização, o direito material não estará presente e, portanto, a parte estará carente do interesse de agir.

Conforme também ficou claro, nos resultados do estudo empírico resumido no Capítulo 3, a condição *no dispute* é contratualmente firmada com o objetivo de estimular a busca de consenso interno e de um ambiente colaborativo. Do ponto de vista jurídico, ela representa no máximo um compromisso moral de resolução interna dos conflitos.

4.2.5 A flexibilização do pacto contratual

O tema da flexibilização do pacto contratual, em nossa visão, ocupa lugar de destaque no universo dos contratos de construção, sobretudo em projetos com maior nível de incertezas. Em tais projetos, é quase certo que muitos aspectos de escopo e metodologias de execução das obras serão alterados para lidar com problemas ou obter melhorias durante a implementação do empreendimento.

Conforme asseveramos no Capítulo 1, contratos tradicionais de construção têm grande dificuldade de lidar com essa instabilidade relacional. Em nossa visão, o direito aplicável às situações de reequilíbrio contratual é parte dessa equação cujo resultado é ineficiente em contratos tradicionais.

Pretendemos nesse item sugerir a interpretação que entendemos mais coerente com o modelo organizacional dos *contratos de aliança*.

Algumas teorias foram elaboradas em ordenamentos jurídicos distintos com o objetivo de relativizar o pacto contratual em situações excepcionais. Dentre tais teorias, incluem-se a *teoria da pressuposição*, de Bernardo Windscheid, a *teoria da vontade*

⁴⁶³ V. item 3.2.4.4 do Capítulo 3.

marginal, de Giuseppe Ostia e a *teoria da imprevisão*, formulada a partir da jurisprudência administrativa francesa.⁴⁶⁴

No Brasil, o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) trouxe dois principais dispositivos genéricos sobre flexibilização do contrato, os artigos 317⁴⁶⁵ e 478.⁴⁶⁶ O art. 317 estabelece a possibilidade de que o *objeto do pagamento* previsto contratualmente seja revisto, judicialmente, se presentes os requisitos ali elencados. O art. 478 prevê condições que, se existentes, outorgam à parte prejudicada o direito de resolução do contrato, eximindo-a de suas obrigações. Embora as consequências de aplicação dos artigos 317 e 478 sejam diferentes, os requisitos definidos para aplicação de ambos os dispositivos são em verdade similares.

Embora o tema suscite um número grande de caminhos dogmáticos, é possível, segundo MORAES, afirmar que, de forma simplificada, a doutrina elenca basicamente quatro principais requisitos relacionados à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*: 1.º) O contrato objeto da revisão tem de ser de execução periódica, continuada ou diferida; 2.º) Deve ter ocorrido fato imprevisível, posteriormente à celebração e antes da execução completa do contrato; 3.º) O fato alegado precisa ter impactado drasticamente a execução do contrato, de forma que um dos contratantes seja onerado excessivamente; 4.º) A parte que alega o desequilíbrio não pode ser culpada pela modificação do estado das coisas.⁴⁶⁷

Quatro aspectos, em nosso entendimento, merecem ser comentados em relação à solução jurídica tradicional de flexibilização do contrato, anteriormente descrita.

O primeiro deles é que a solução jurídica tradicional acerca da flexibilização do pacto contratual é intimamente baseada no paradigma do contrato sinalagmático. Ela elenca como objetivo maior proteger a manutenção do equilíbrio das prestações formalizadas pela vontade emanada no ato de celebração do contrato, tanto que o próprio

⁴⁶⁴ Não é objetivo deste texto se aprofundar em cada uma dessas teorias. Para detalhamento das teorias que buscaram a relativização do vínculo contratual, vide DARCY BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, p. 213-224.

⁴⁶⁵ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

⁴⁶⁶ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.”

⁴⁶⁷ RENATO JOSÉ MORAES, *Cláusula rebus sic stantibus*, p. 34-35.

art. 317 do Código Civil fala em “desproporção” entre prestações. Trata-se, portanto, de regulação contratual baseada em “norma substantiva”, para usarmos a terminologia proposta no item 2.4.2 do Capítulo 2.

O segundo aspecto a ser mencionado é que as soluções tradicionais de flexibilização, supradescritas, tratam como totalmente excepcionais circunstâncias que, na verdade, são quase que esperadas, em cenários de complexidade prestacional. Praticamente qualquer projeto complexo de construção terá de lidar com variações das condições iniciais de execução. Conforme bem observa SAKAL, o contrato tradicional “não aceita a mudança como um fato, mas, ao contrário, trata-a como se fosse uma verdadeira anomalia”.⁴⁶⁸

O terceiro aspecto é que as soluções tradicionais de relativização do contrato utilizam-se de conceitos abertos, como “imprevisibilidade” e “onerosidade” para lidar com o problema. Tais soluções obviamente carregam um elevado grau de subjetivismo e, consequentemente, de incerteza acerca da solução de cada caso concreto. Conceitos abertos, como o de “imprevisibilidade”, não oferecem real segurança quanto ao resultado de uma disputa judicial ou arbitral. Tanto podem servir, estrategicamente, ao contratado que intencione ampliar a noção de imprevisibilidade e onerosidade para obter uma readequação das condições comerciais do contrato, como ao dono do projeto que intencione minimizar o conceito, a fim de impedir eventual readequação.

Um quarto e importante aspecto a se observar na solução tradicional é o fato de que ela acaba representando uma transferência do risco residual de execução ao dono do projeto. Expliquemo-nos. O contrato, visto por seu viés de instrumento de alocação de risco, impõe a uma ou mais partes as consequências negativas da materialização de um evento. Em um contrato de construção tradicional, a materialização de eventos cujo risco foi alocado ao contratado, por exemplo, terá suas consequências assumidas por este e, consequentemente, implicará a não alteração do preço ou prazo contratual. Ou seja, ocorrido um evento cujo risco foi assumido pelo contratado, este continua responsável por executar as obras tal qual condições comerciais originais. Por outro lado, quando o risco de um evento houver sido alocado à contratante, a sua materialização poderá implicar a alteração das condições comerciais – aumentos de preço e prazo.

⁴⁶⁸ MATHEW W. SAKAL, *Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects*, p. 67.

Quando, no entanto, o risco não for contratualmente alocado a nenhuma das partes (risco residual), aplicar-se-ia a solução jurídica descrita anteriormente. Em termos práticos, a menos que se trate de um risco que o contratado devesse ter previsto em sua proposta, ou que não tenha impactos relevantes, a consequência jurídica será a possibilidade de recomposição do reequilíbrio econômico contratual, com a transferência do ônus ao contratante, ou a faculdade de resolução do contrato pelo contratado, por onerosidade excessiva.

Para o contexto dos contratos de aliança, em vista dos quatro aspectos mencionados, a aplicação de regras de reequilíbrio econômico do contrato demanda alguns cuidados.

Primeiramente, é preciso lembrar que o contrato de aliança cumpre muito mais um papel de organizador da governança contratual, do que de um garantidor da manutenção do equilíbrio das prestações contratuais formalizadas no ato de celebração do contrato. Justamente diante dessa falta de vocação dos contratos tradicionais em lidar com situações de variação de circunstâncias explica-se a solução adotada nos contratos de aliança. Ao criar estruturas de governança, o contrato de aliança propôs lidar com o problema das variações por mecanismos informais de *enforcement* contratual. Além do próprio mecanismo de governança, segundo literatura especializada em contratos de aliança, é usual que as partes busquem mitigar as dificuldades de lidar com situações de variação mediante criação, antes da fase de execução das obras, de um “guia de variações”.⁴⁶⁹

Esse “guia de variações” irá prever situações que as partes tratarão como eventos que poderão impactar o “custo-alvo” e o “prazo-alvo”. Além disso, nos contratos de aliança, o risco residual – aquele que não está expressamente compartilhado no âmbito da aliança, nem individualmente alocado a um dos participantes – também deverá ser partilhado pelos participantes da aliança. Aliás, algumas respostas ao estudo empírico evidenciaram tal aspecto, que nos parece coerente com o modelo da aliança:

The Target Adjustment Guidelines process, if conducted properly and integrated correctly into the Alliance Agreement, should leave no doubt

⁴⁶⁹ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 9-10.

as to whether such external risks are shared collectively or retained unilaterally by the owner (normally would/should be a shared risk).⁴⁷⁰

Entendemos adequado que, a menos que o contrato expressamente preveja de forma diversa, tais riscos residuais devem incluir não só eventos *imprevisíveis* e *extraordinários*, mas também eventos de *caso fortuito* ou *força maior*. Tal interpretação, a nosso ver, sustenta-se em alguns argumentos.

Primeiro, é preciso ressaltar que, usualmente, pelo modelo de remuneração dos contratos de aliança, o máximo de risco incorrido pelos NOPs é a perda de todo o seu lucro e *overhead*. Em geral, não há a possibilidade de o NOP incorrer em prejuízo efetivo no projeto. Eventual modificação do “custo-alvo”, do “prazo-alvo” ou de outros *Indicadores de Desempenho-Chave* (KPIs), no fundo, só modificarão a probabilidade de os NOPs receberem bônus ou devolverem, total ou parcialmente, o lucro e *overhead* até então recebido. Esse é o máximo de “onerosidade” por eles assumido.

Ademais, conforme já mencionamos, o contrato de aliança busca justamente evitar os conflitos que ocorrem em situações de polarização de interesses existentes em contratos tradicionais de alocação individualizada de riscos. Interpretar o risco residual como um risco não compartilhado criaria uma nova condição de polarização de interesses e, conseqüentemente, poderia prejudicar o ambiente natural de cooperação almejado no contrato de aliança. Nosso argumento sustenta-se, portanto, no fato de que tal prerrogativa agravaria o problema do *crowding out*, ao qual nos referimos em diferentes ocasiões, nesta tese.⁴⁷¹ Como observado por um dos respondentes ao estudo empírico descrito no Capítulo 3: “Having such a right [de recomposição do equilíbrio contratual em decorrência de evento imprevisível] would go against the approach that ‘we’re all in this together’; would be going back to the ‘bad old days’”.

⁴⁷⁰ Vide item 3.2.5.1 do Capítulo 3.

⁴⁷¹ V. item 2.3.2.1.

Vale lembrar, aliás, que o art. 393 do Código Civil faculta a responsabilização de uma parte por eventos decorrentes de caso fortuito e força maior, se assim dispuser o contrato.⁴⁷²

Por fim, é preciso retomar o dilema, já descrito em duas ocasiões desta tese⁴⁷³ acerca da aplicação de uma abordagem de regulação contratual baseada em “normas processuais”, que auxiliam na organização do processo contratual, ou baseada em “normas substantivas”, que protegem a manutenção do equilíbrio inicial entabulado.

De modo geral, é inegável que, ao estabelecerem o “custo-alvo” e o “prazo-alvo”, nos contratos de aliança, determinam-se bases iniciais de um dos componentes da relação de troca, dado que, conforme explicamos, no item 1.6, do Capítulo 1, parte da remuneração dos NOPs dependerá do sucesso das partes em cumprir com o “custo-alvo” e o “prazo-alvo” acordados. Todavia, o contrato de aliança costuma prever uma série de regras de governança contratual, em especial a obrigatoriedade de unanimidade dos participantes da aliança para modificações no “custo-alvo”. Imagine-se uma situação em que as partes não chegam a um consenso sobre uma variação do “custo-alvo”, em decorrência de um evento superveniente e imprevisível. Se priorizarmos a abordagem “substantiva”, que vê o contrato como um acordo de vontades direcionado à relação de troca, a consequência natural seria possibilitar o reequilíbrio contratual de forma a recompor a relação inicial de troca. Se, no entanto, priorizarmos a abordagem processual – e, portanto, a norma de decisões por consenso –, o reequilíbrio contratual não poderia ser obtido por via judicial ou arbitral, no caso.

No estudo empírico descrito no Capítulo 3, colocamos os respondentes para solucionar o conflito hipotético supradescrito,⁴⁷⁴ no intuito de obter indícios sobre como resolver o dilema entre o paradigma do *contrato-promessa* ou do *contrato-governança*. Embora o resultado consolidado tenha demonstrado um equilíbrio entre as respostas, o que tornaria pouco significativo o resultado obtido, a análise individualizada das respostas do Subgrupo Brasil⁴⁷⁵ e do Subgrupo Australásia⁴⁷⁶ mostrou-se reveladora, uma vez que

⁴⁷² “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

⁴⁷³ V. itens 2.4.2 e 3.2.5.1.

⁴⁷⁴ V. item 3.2.5.1.

⁴⁷⁵ Grupo de respondentes ao questionário em português, com experiência, basicamente, em *alianças de projeto*, no Brasil.

apresentou tendências diametralmente opostas. Enquanto a maioria dos respondentes do Subgrupo Brasil (66,7%) reconheceu o direito ao reequilíbrio contratual, a maior parte dos respondentes do Subgrupo Australásia (88,2%) entendeu que, no conflito hipotético, o NOP não teria o direito ao reequilíbrio contratual.

Nossa visão pessoal é compatível com as respostas obtidas no Subgrupo Australásia, cuja maturidade no tema dos contratos de aliança é bastante significativa. Se raciocinarmos a partir do *princípio da força obrigatória dos contratos*, não há qualquer regra de inferência lógica que nos leve a priorizar a aplicação de “normas substantivas” do contrato de aliança em detrimento das “normas processuais”. Se o contrato de aliança prevê, por exemplo, uma regra processual que condiciona as modificações do “custo-alvo” e do “preço-alvo” ao consenso dos membros da aliança, tal requisito também emanou da vontade declarada dos contratantes. A questão é que a tradição jurídica brasileira parece relacionar o *pacta sunt servanda* necessariamente às declarações de vontade formadoras do sinalagma contratual. Talvez esta seja uma explicação para as respostas dadas pelo Subgrupo Brasil, no estudo empírico, conforme referido.

A questão se altera quando a recusa em negociar, por qualquer dos participantes, denota uma clara situação de abuso e, portanto, quebra do dever de boa-fé contratual. Em termos práticos, no entanto, conforme também demonstraram algumas respostas abertas ao estudo empírico, a governança integrada da aliança deveria ser suficiente a solucionar tais questões.⁴⁷⁷

4.2.6 Conclusões: contratos de aliança e teoria obrigacional

Conforme procuramos apresentar neste item 4.2, é possível explicar o arranjo negocial dos contratos de aliança, mediante o uso das ferramentas tradicionais da teoria obrigacional. Procuramos construir a interpretação que, em nossa visão, seria a mais consistente com a expectativa dos agentes de mercado envolvido com tais contratos.

⁴⁷⁶ Grupo de respondentes ao questionário em inglês, com experiência, basicamente em *alianças de projeto*, na Austrália e Nova Zelândia.

⁴⁷⁷ “[eventos de variação] Should be resolved at the Alliance Board level, and such events in my experience were resolved there.” V. do Anexo III.

Todavia, a nossa sensação, após construir tal interpretação, é a de que o ferramental dogmático da teoria obrigacional está impregnado quase que exclusivamente pelo paradigma do contrato sinalagmático e “presentificador”, pelo qual o contrato é estático, identificado em função das declarações de vontade direcionadas à relação de troca, no ato da formação do contrato.⁴⁷⁸

As interpretações construídas ao longo deste item 4.2 deram-nos a impressão de que, no sistema normativo da teoria obrigacional, um contrato tão peculiar e colaborativo como o contrato de aliança é tratado como uma exceção ao sistema. Ou seja, é até possível interpretá-lo com base no sistema, mas sempre usando saídas menos usuais.

É o que se percebe de nossa interpretação, ao longo deste item 4.2.

Para que pudéssemos enquadrar as atividades das partes de entrega das obras no conceito de obrigação, tivemos de utilizar a noção pouco usual de “obrigação comum”. Para explicar o objeto dessas obrigações comuns, tivemos que efetuar um paralelo com a *promessa de fato de terceiro*. Para que pudéssemos dar a adequada dimensão do princípio *no blame*, tivemos de fazer uso das *cláusulas de limitação do dever de indenizar*. Para que pudéssemos assegurar o respeito ao princípio de compartilhamento coletivo de riscos, tivemos que adotar o conceito de *cláusula penal*. Noções como *sinalagma* e *inadimplemento*, nos contratos de aliança, conforme tentamos demonstrar, ficam bastante descaracterizadas, comparativamente à visão ortodoxa.

A noção estática de obrigação parece relegar a segundo plano toda a dinâmica da relação contratual, ao longo do desenvolvimento do projeto.⁴⁷⁹ A válvula de escape acaba sempre sendo, de fato, o dever de boa-fé.

No final, nos contratos de aliança, quase tudo deve se resumir a punir comportamentos que representam graves quebras de confiança, o que, de certa maneira, diminui a relevância de toda a discussão dogmático-obrigacional, e ilumina ferramentas dogmáticas compatíveis com o dever de cooperação, como a boa-fé, cuja violação permite

⁴⁷⁸ Para a explicação sobre a noção de presentificação contratual, v. item 2.4.1.

⁴⁷⁹ MARCOS CATALAN, ao discorrer sobre as noções estáticas de obrigação, assevera: “[...] o que parece ser inegável é que todas as linhas de pensamento analisadas se embasam em um pensar meramente descritivo, ignorando tempo e espaço na análise do fenômeno obrigacional. [...] Talvez, mais que isso. A relação obrigacional, por longa data, foi concebida como uma relação prenhe de interesses antagônicos, recheada por tamanha tensão que despertava a necessidade cotidiana de vigilância, estimulando a desconfiança dos parceiros negociais” (*A morte da culpa na responsabilidade contratual*, p. 162).

a responsabilização sem a necessidade de caracterização da *mora* ou *inadimplemento contratual*.⁴⁸⁰

COUTO E SILVA trata, em sua obra clássica, da obrigação como um processo. No centro de suas conclusões, o autor sugere a necessidade de uma visão dinâmica da relação obrigacional, na qual o “adimplemento” seja visto como a finalidade da obrigação, e não como parte dela. “A dogmática atual considera a finalidade, que polariza o vínculo, como a ele inerente”, explica COUTO E SILVA.⁴⁸¹ A perspectiva processual da obrigação aponta para a existência de um “dever de cooperação”.⁴⁸²

De fato o dever de cooperação, inserido na noção de boa-fé, é essencial aos contratos de aliança.

Em nossa visão, conforme já mencionado, os contratos de aliança, e talvez outras modalidades colaborativas, carecem de abordagens de regulação contratual baseadas em normas que tenham por função auxiliar na organização da relação contratual, durante toda a sua duração. No item a seguir, faremos alguns apontamentos sobre as principais ferramentas dogmáticas de organização dos interesses intraprocessuais sugerindo possíveis interpretações desses conceitos aos contratos de aliança.

4.3 Ferramentas jurídicas de organização de interesses intracontratuais: o processo contratual

4.3.1 O contrato de aliança e o princípio cooperativo: a organização em torno do objetivo comum

No universo dos *contratos de aliança*, as ferramentas jurídico-dogmáticas mais úteis, em nossa visão, são aquelas que veem no direito contratual não um garantidor do cumprimento de deveres e obrigações contrapostas, mas, sim um definidor do *objetivo comum* das partes e um legitimador do *procedimento* acordado pelas partes para atingir

⁴⁸⁰ Fazemos referência ao conceito de “violação positiva do contrato”, cuja aplicação independe da caracterização da *mora* ou *inadimplemento*, conforme GIULIANA BONANNO SCHUNCK, *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*, p. 185.

⁴⁸¹ CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 21.

⁴⁸² MARCOS CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, p. 163.

esse objetivo comum. Dentro dessa visão, ao direito contratual caberia assegurar a sanção de comportamentos que descumprissem esse *procedimento contratual* na busca do *objetivo comum*.

SALOMÃO FILHO sugere uma visão teórica contratual que busca consagrar um *princípio cooperativo* identificado na cooperação que advém da convergência de interesses das partes. Segundo o autor,

[...] essa identificação tem sentido, antes de tudo, lógico. Se as partes firmaram acordo é porque comungavam do mesmo objetivo. Ocorre que, se o objetivo é comum (permuta de mercadorias, compra e venda etc.), é necessário que as partes colaborem antes, durante e após a conclusão do contrato para a sua consecução. Esse objetivo não pode e não deve se esgotar na conclusão do contrato.⁴⁸³

Embora, na visão *supra*, o autor não esteja se resumindo aos contratos colaborativos, é inegável que, em tal categoria contratual, talvez seja ainda mais fácil às partes visualizar os interesses convergentes. Segundo SALOMÃO FILHO, sob a perspectiva do *princípio cooperativo*, o *princípio da força obrigatória* dos contratos passa a ser um instrumento apto a assegurar e a garantir não mais os interesses individualizados, mas a persecução do objetivo comum.

Se considerarmos o contexto específico das *alianças de projeto*, as partes aparentam estar menos preocupadas em definir o exato conteúdo de suas obrigações do que em definir um objetivo comum a ser alcançado, bem como um processo organizacional a ser seguido para atingir esse objetivo.⁴⁸⁴

Ao criar um mecanismo de compartilhamento de riscos e a integração de equipes gerenciadas por uma única governança, toda a estrutura organizacional dos contratos de aliança passou a apontar seu foco para o *objetivo comum* das partes e para o *procedimento* a ser seguido no contrato. O contrato não define a responsabilidade individualizada de cada parte, mas aquilo que elas acordam atingir juntas, que é a entrega das obras, no menor

⁴⁸³ CALIXTO SALOMÃO FILHO, Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato, p. 15.

⁴⁸⁴ Conforme bem observado por ARTHUR MCINNIS, no contexto de *contratos de engineering* relacionais, “the success of the contractual relationship depends less upon what has been agreed than upon how the parties will agree to handle events in the future” (*Relational Contracting Under the New Engineering Contract: A Model, Framework, and Analysis*).

prazo e no menor custo possíveis, atendidos alguns requisitos acordados e o processo a ser respeitado para atingir esse *objetivo comum*.

Nas *alianças de projeto*, o cenário em que todas as partes terão um resultado financeiro maior tende a ser aquele em que, ao final do projeto, a equipe da aliança tenha sido bem-sucedida no atendimento dos *indicadores de desempenho-chave* (KPIs) acordados – redução de custo, de prazo, entre outros –, já que o sistema de remuneração distribui aos NOPS (*Non Owner Participants*) parte – geralmente metade – de toda a economia de custos do projeto, comparativamente ao orçamento elaborado conjuntamente, no seu início (*Target Outturn Cost* ou TOC). Opera-se um alinhamento de objetivos, pois o dono do projeto, além de se beneficiar de reduções de custo, poderá, em casos de redução de prazo, iniciar a operação de seu empreendimento, com antecedência, o que também certamente lhe permitirá gerar receita antecipada ao projeto.

Reconhece, todavia, SALOMÃO FILHO que o *princípio cooperativo*, por si só, não é suficiente para a busca da cooperação, sendo necessário buscar em outras ferramentas de organização de interesses intracontratuais, quais sejam: a disciplina da causa, da boa-fé contratual e da vedação ao conflito de interesses.⁴⁸⁵

As noções jurídicas de *causa* parecem, no âmbito dos negócios jurídicos, assumir feições diversas. SALOMÃO FILHO afirma que *causa* é instrumental à noção cooperativa de pacto contratual. Segundo o autor, *causa* “consiste no objetivo do negócio, que permite identificar o objetivo econômico da operação”.⁴⁸⁶ Poderia ser a causa, segundo o autor, elemento da existência do negócio jurídico e ferramenta de interpretação contratual.

Nos itens a seguir, efetuaremos algumas reflexões sobre o “princípio de boa-fé” e sobre a “vedação ao conflito de interesses”, intimamente ligado à noção de “deveres fiduciários”.

⁴⁸⁵ CALIXTO SALOMÃO FILHO, Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato, p. 15.

⁴⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 16.

4.3.2 O dever de boa-fé nos contratos de aliança

Identificamos, no início deste capítulo, o dever acentuado de boa-fé dos participantes como um dos elementos essenciais dos contratos de aliança. De fato, se o modelo está fundado na aptidão colaborativa dos participantes, seria impensável a aceitação de atos que demonstrassem a inaptidão de um participante a continuar cooperando.

Alguns elementos dos contratos de aliança, como o compartilhamento de riscos e a renúncia a uma concepção ordinária de culpa contratual, denotam um significativo voto de confiança que as partes dão umas às outras. Essa confiança é depositada com o intuito de fomentar o ambiente cooperativo, que é a base estrutural dos mecanismos informais de *enforcement* contratual.

Por tal razão, o *standard* de boa-fé dos participantes em contratos de aliança há de ser elevado. Em consonância com tal observação, JUNQUEIRA sustenta que o grau de boa-fé, no sentido positivo, de cooperação, há de ser muito mais elevado em contratos relacionais, comparativamente a outros contratos empresariais. Segundo o autor:

O princípio da boa-fé deve ser mais intensamente considerado nos primeiros [contratos relacionais], tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, muita lealdade entre as partes.⁴⁸⁷

Nesse sentido, FERNANDES e RODRIGUES sustentam que, no âmbito da aliança, é possível identificar um deslocamento dos deveres acessórios para o núcleo da prestação contratual.⁴⁸⁸ Se, por um lado, há uma relativização jurídica das obrigações de entrega do projeto, por outro, fortalecem-se os deveres de informação, de cooperação e de boa-fé.

Em uma primeira análise, a conclusão *supra* – de reforço do dever de boa-fé – poderia até parecer contraditória com a *hipótese de trabalho* desta tese, de que os contratos de aliança promovem *um esvaziamento voluntário da função do contrato como ferramenta*

⁴⁸⁷ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, p. 356.

⁴⁸⁸ W. FERNANDES e CAIO F. RODRIGUES, Aspectos contratuais da “aliança” em empreendimentos de infraestrutura, p. 172.

de aplicação de sanções. Afinal, reconhecer um reforço do dever de boa-fé aumentaria a possibilidade de sanção a comportamentos no âmbito do contrato.

Em nosso entendimento, no entanto, não há contradição. Esse esvaziamento voluntário da função sancionadora do contrato, a que nos referimos, passa por alterar o modo como sancionar comportamentos inadequados. Em termos práticos, representa não sancionar um comportamento meramente culposos, deixando de punir falhas humanas bem intencionadas. Conforme sustentam GILSON, SABEL e SCOTT, obrigações substantivas contempladas no contrato estariam, em regra, sujeitas somente aos mecanismos informais de *enforcement*. Se, no entanto, o desvio de comportamento representa uma deliberada quebra da confiança que as partes depositaram umas nas outras, acreditamos que eventual punição seria coerente.⁴⁸⁹

Em verdade, no estudo empírico, descrito no Capítulo 3, até testamos a hipótese de que, mesmo diante de comportamentos tidos como quebra de boa-fé, os agentes de mercado pudessem não desejar a intervenção de um terceiro – juiz ou árbitro – para resolver seus conflitos. Em algumas perguntas do questionário de pesquisa empírica, os respondentes foram colocados diante de comportamentos que evidenciassem a quebra de boa-fé, e a resposta obtida, de maneira geral, foi de que, nesse caso, a parte faltosa poderia ser individualmente responsabilizada.⁴⁹⁰ Os clausulados sobre contrato de aliança, ao definirem o conceito de *falta intencional*, também não deixam dúvida quanto à questão.⁴⁹¹

Quando nos referimos, por diversas vezes nesta tese, ao efeito de *crowding out* que as punições podem ter sobre o comportamento cooperativo, não pretendemos sustentar que qualquer sanção é inapropriada. Conforme já citado, no Capítulo 2, estudos empíricos sugerem que o efeito de *crowding out* está associado a punições que são interpretadas como “injustas” pela parte penalizada.⁴⁹²

Se aceitarmos a abordagem processual de regulação contratual a que nos referimos, em certas ocasiões desta tese, parece possível efetuar um paralelo entre o

⁴⁸⁹ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1385.

⁴⁹⁰ Vide itens 3.2.5.1, 3.2.5.2, 3.2.5.5, 3.2.5.7 e 3.2.5.9 do Capítulo 3.

⁴⁹¹ Vide item 4.2.3.2 deste Capítulo 4.

⁴⁹² FEHR e ROCKENBACH, *Detrimental effects of sanctions on human altruism*, p. 139-140.

princípio da *boa-fé contratual* e a noção do *devido processo legal*, dado que a *boa-fé* impõe um padrão ético genérico de conduta, que se desdobra em diversos outros deveres também de natureza processual, pois definem o “modo de prestar”, e não o conteúdo da prestação. É bem verdade, todavia, que a amplitude interpretativa que se tem dado ao princípio da *boa-fé* tem levado a uma dificuldade de sua aplicação concreta e eficiente.⁴⁹³

Esse parece ser o maior desafio dogmático em relação ao dever de *boa-fé*. Alguns autores já se debruçaram sobre tal desafio, de forma minuciosa.⁴⁹⁴

É preciso cuidado com a adequada aplicação desse princípio, no contexto dos contratos de aliança, a fim de que uma inadequada “janela” de potenciais conflitos não seja reaberta. Conforme já referido neste trabalho, falhas relacionadas às obrigações comuns dos participantes – basicamente associadas à entrega do empreendimento – estariam sujeitas apenas aos mecanismos informais de *enforcement* e ao mecanismo formal de compartilhamento de perdas e ganhos.⁴⁹⁵ No entanto, em nosso entender, de modo genérico, a quebra de *boa-fé* parece se caracterizar em comportamentos que demonstram que a *quebra de confiança* foi tal que tornou inviável a manutenção do ambiente de cooperação e, na prática, os mecanismos informais da aliança se esvaíram.⁴⁹⁶ Seriam as sanções de “baixa potência” a que se referiram GILSON, SABEL e SCOTT.⁴⁹⁷ Nesse caso, a tendência natural é o término do contrato.

Segundo JUNQUEIRA DE AZEVEDO,

[...] a *boa-fé* objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do Código Civil de 2002, tem um primeiro nível, negativo e elementar, comum a todo e qualquer contrato, consistente em não agir com *má-fé*, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a *boa-fé* inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar [...].⁴⁹⁸

⁴⁹³ Conforme CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*, p. 20.

⁴⁹⁴ V. clássica obra de ANTÔNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*. No Brasil, v. JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*.

⁴⁹⁵ V. item 4.2.3.1 do Capítulo 4.

⁴⁹⁶ MENEZES CORDEIRO reconhece, em sua tese célebre, que a *boa-fé*, tanto em sua manifestação subjetiva quanto objetiva, está ligada à ideia de confiança (*Da boa-fé no direito civil*, p. 1250-1251).

⁴⁹⁷ RONALD J. GILSON, CHARLES F. SABEL e ROBERT E. SCOTT, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, p. 1385.

⁴⁹⁸ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, p. 356.

Talvez a ramificação mais óbvia do sentido positivo de boa-fé, no contexto dos contratos de aliança, seja o dever de informar, que, em geral, as partes expressamente reconhecem pelo chamado regime “livro aberto” (*open book*). Em vista de tal princípio da aliança, as partes devem manter regime de total transparência quanto às informações do projeto, sobretudo àquelas de natureza financeira.⁴⁹⁹

Já nos referimos, no entanto, ao fato de que é esperado, especialmente por parte dos NOPs, um certo receio à ampla transparência de informações, especialmente àquelas de maior valor concorrencial, como algumas de natureza orçamentária. Embora o receio seja compreensível, entendemos que, todavia, a menos que tal ressalva seja feita de forma expressa no clausulado contratual, o dever de transparência não pode ser relativizado por tal justificativa. É preciso compreender que a *transparência* é elemento essencial do comportamento contratual colaborativo, conforme tentamos explicar no Capítulo 2.⁵⁰⁰

SALOMÃO FILHO sugere uma abordagem funcional ao princípio da boa-fé. Segundo o autor, seria a ideia de boa-fé no contrato uma ferramenta organizacional apta a levar as partes à cooperação. Partindo da noção de que a cooperação ocorre na presença de algumas características (dependência recíproca, informação sobre o comportamento alheio e relação continuada), o autor desenvolve algumas conclusões sobre os *deveres positivos* advindos do princípio da boa-fé, dando especial destaque ao dever de informação.⁵⁰¹

Algumas das minutas-padrão de contratos de aliança australianas chegam a definir expressamente o conceito de “boa-fé”:

Good Faith means to act: (a) honestly; (b) reasonably, having regard to the terms of our Agreement; (c) not arbitrarily or capriciously; (d) without intention to cause harm; and (e) with respect for the intent of the parties’ bargain as a matter of substance, and not only form.⁵⁰²

⁴⁹⁹ JIM ROSS, Introduction to Project Alliancing, p. 3.

⁵⁰⁰ V. item 2.1.2.

⁵⁰¹ CALIXTO SALOMÃO FILHO, Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato, p. 21 e ss.

⁵⁰² AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model*, cláusula de definições.

Além do dever de informar, já referido, outros deveres laterais são usualmente citados pela doutrina como uma decorrência do dever de boa-fé, como o *dever de mitigar o próprio prejuízo* e o *dever de renegociar*.⁵⁰³

As sanções jurídicas decorrentes da quebra do dever de boa-fé têm sido caracterizadas doutrinariamente como uma *violação positiva do contrato*, uma vez que não se enquadram no conceito de *mora* ou de *inadimplemento obrigacional*.⁵⁰⁴

4.3.3 *Contratos de aliança, regras de governança e o tratamento do “conflito de interesses”*

SALOMÃO FILHO reconhece a importância de, em uma visão estruturalista da disciplina contratual, identificar-se um princípio geral de conflito de interesses nas relações negociais.⁵⁰⁵ Se a importância desse princípio não é facilmente perceptível em qualquer relação contratual, nos contratos de aliança ele é claro.

Conforme anteriormente explicado, o contrato de aliança usualmente organiza os modelos decisórios das partes por meio de um conjunto relativamente complexo de regras de governança. São estabelecidos quóruns, instâncias, competências, procedimentos, princípios e outras condições que as partes devem respeitar para lidar com os problemas que serão enfrentados ao longo do projeto. Descumprir esse procedimento acordado, em regra, é uma quebra de confiança entre as partes.

Sempre que estamos diante de estruturas de governança, sobretudo nas sociedades, um dos principais pontos de atenção é o tratamento a ser dado a situações de conflito de interesses. Como frear comportamentos oportunistas, contrários ao interesse da coletividade?

Em contratos de aliança, desde o início do projeto, as partes se comprometem a tomar decisões de acordo com o princípio que denominaram de “melhor para o projeto”

⁵⁰³ GIULIANA BONANNO SCHUNCK, *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*, p. 142-178.

⁵⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 185.

⁵⁰⁵ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*, p. 26.

(*best for project*), segundo o qual os participantes deverão decidir de acordo com a visão coletiva e com os objetivos da aliança, antes de seus interesses pessoais ou interesses pessoais de seu empregador.⁵⁰⁶ Os gestores envolvidos são, portanto, incentivados a tomar decisões visando ao interesse do projeto.

Os clausulados dos contratos de aliança usualmente costumam trazer regras a respeito que podem nos ajudar a elucidar a questão.

Um primeiro dever, visto nas minutas-padrão australianas, associado ao tratamento dos conflitos de interesses, é o dever dos participantes da aliança de garantirem que todos os membros por eles indicados ao *Comitê de Liderança da Aliança*, ou ao *Comitê de Gestão da Aliança*, reportem qualquer conflito de interesses, real ou potencial, que possam ter em relação a matérias tratadas nessas instâncias. Esclarecem que a mera relação empregatícia entre o membro do respectivo comitê e um participante da aliança não pode ser considerada uma situação *per se* de *conflito de interesses*. Estabelecem-se ainda formas de lidar, de boa-fé, com eventuais conflitos reportados.⁵⁰⁷

No estudo empírico, detalhado no Capítulo 3, colocamos os respondentes diante de situações cuja resposta poderia sugerir se, aos contratos de aliança, deveria ser aplicável uma regra de *conflito formal de interesses*, pela qual o representante da empresa que tenha interesse na deliberação deve *a priori* abster-se de emitir seu voto, independentemente de ele ser, ou não, materialmente contrário aos interesses do projeto. No resultado, predominou a interpretação de que não deveria se aplicar uma regra formal de vedação ao conflito de interesses, facultando-se aos membros emitirem seu voto, na governança da aliança, mesmo quando os interesses de seus representantes possam, potencialmente, conflitar com os do “melhor para o projeto”. Algumas respostas abertas ao questionário evidenciaram, no entanto, o dever de reportar o conflito, tal qual mencionamos no parágrafo anterior.

Ainda, no estudo empírico, àqueles que não reconheceram a aplicação de uma regra formal de vedação a conflitos de interesses questionamos se, diante de uma decisão

⁵⁰⁶ VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*, out. 2010, p. 15.

⁵⁰⁷ Vide a minuta-padrão elaborada pela *Australian Association of Australasia (Project Alliance Agreement Reference Model*, 2010, Cláusula 4.4 do Anexo III).

materialmente tomada em conflito de interesses – portanto contrária aos interesses do projeto –, se tal decisão poderia estar sujeita a sanção jurídica. Em sua maioria, os respondentes reconheceram que, nesse caso, possivelmente em razão da quebra de confiança, aplicar-se-ia a regra de vedação ao conflito material de interesses.

Um tema diretamente relacionado com a questão do *conflito de interesses* é o dos *deveres fiduciários*.

Alguns autores que tratam do tema da aliança procuram analisar se, nesse universo, é adequado atribuir às partes os chamados *deveres fiduciários*, normalmente relacionados a algumas figuras societárias típicas de países da *Common Law*, como a *Partnership*.⁵⁰⁸

Segundo THOMAS,

[...] a fiduciary relationship typically arises where one party “undertakes or agrees to act for or on behalf of or in the interests of another person in the exercise of a power or discretion which will affect the interests of that other person in a practical or legal sense”.⁵⁰⁹

Seriam deveres típicos da chamada *relação de agência*, na qual o agente atua no interesse do principal.

Segundo o mesmo autor, há duas teorias principais para averiguar se de uma determinada relação emanam *deveres fiduciários*: a teoria do compromisso (*undertaking*) e a teoria da confiança (*trust and confidence*). Pela primeira teoria, uma relação seria fiduciária quando uma parte se compromete a agir no interesse da outra. Já pela teoria da *confiança* uma relação fiduciária surge quando o beneficiário tem confiança de que o fiduciário agirá não em interesse próprio, mas no interesse do beneficiário.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ A tradução de *parceria* nesse caso talvez induza o leitor ao erro, uma vez que o termo *parceria*, no contexto da língua portuguesa, tem um significado mais amplo do que a figura societária da *partnership*. Assim, o texto continuará fazendo uso da expressão inglesa *partnership*, sem traduzi-la.

⁵⁰⁹ TREVOR THOMAS, *Alliance Contracts and Fiduciary Duties: trust and confidence in relationship contracting*, p. 366.

⁵¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 367.

De acordo com THOMAS, para construir o argumento de que há, na aliança, uma relação fiduciária é preciso demonstrar que existe, nesse contexto, uma relação de agência ou uma *partnership*.⁵¹¹ Quanto à relação de *agência*, o próprio autor reconhece que, em geral, os clausulados contratuais incluem cláusula expressa que declara a inexistência de uma relação de *agência*. Quanto às *partnerships*, a questão revela-se a nós um pouco mais complexa e, obviamente, é temperada pelo sistema jurídico em que estiver inserido o contrato. Segundo o autor, no contexto jurídico australiano, é possível caracterizar uma *partnership* mesmo que não haja expressa declaração nesse sentido.⁵¹²

Para THOMAS, há argumentos favoráveis e contrários à identificação da *aliança* como uma *partnership*, porém ele entende que os argumentos contrários tendem a ser mais convincentes, uma vez que, em sua visão, “cada parte está obtendo um benefício separado e, acima de tudo, o contrato de aliança normalmente declara expressamente que as partes não têm a intenção de formar uma *partnership*”.⁵¹³

Qual seria, no entanto, o conteúdo dos *deveres fiduciários*? Segundo THOMAS, esses deveres podem assumir diferentes formas e são geralmente moldados para a situação específica na qual uma parte é impedida de obter um benefício em uma circunstância em que esteja em conflito de interesses.⁵¹⁴ Segundo esse mesmo autor, os deveres fiduciários tendem a definir mais obrigações de abstenção do que obrigações de fazer. Assim, em uma aliança, eventuais *deveres fiduciários*, que possam estar presentes, teriam mais o condão de impedir determinados atos pelas partes do que de definir o âmbito de ação de cada um.⁵¹⁵

⁵¹¹ TREVOR THOMAS, *Alliance Contracts and Fiduciary Duties: trust and confidence in relationship contracting*, p. 368.

⁵¹² Idem, *ibidem*, p. 369.

⁵¹³ Idem, p. 370. Tradução nossa.

⁵¹⁴ Idem, p. 375.

⁵¹⁵ Idem, 377.

CONCLUSÃO

Não há muito o que possamos acrescentar, a título de conclusão, que já não tenha sido mencionado ao longo dos capítulos desta tese. É possível, no entanto, reapresentar os principais argumentos desenvolvidos, organizando-os em função dos objetivos propostos no início do trabalho.

Em nossa visão, a pesquisa desenvolvida conseguiu trazer elementos relevantes para auxiliar a construção de respostas às questões inicialmente levantadas.

O primeiro objetivo da pesquisa era buscar compreender *o papel exercido pelo contrato e pelo direito contratual no contexto dos contratos de aliança*. Para responder a tal questão procuramos investigar nossa percepção de que, nesse contexto, havia uma demanda do mercado por uma modificação do perfil sancionador do contrato. Essa percepção foi traduzida na seguinte hipótese de trabalho:

[...] o modelo proposto pelos contratos de aliança, em regra, promove um esvaziamento voluntário da função do contrato como ferramenta de aplicação, ainda que potencial, de sanções a comportamentos culposos, justamente com o objetivo de não prejudicar a construção natural de uma relação cooperativa.

Acreditamos ter apresentado, nesta tese, argumentos coerentes com a *hipótese de trabalho* elencada.

Tentamos demonstrar que, nos contratos de aliança, o aparato organizacional proposto procura lidar com uma grave ineficiência verificada no universo tradicional de implantação de projetos complexos: o alto número de disputas e o ambiente adversarial existente entre os participantes. Em modelos tradicionais de implantação de projetos complexos, esse ambiente adversarial está bastante ligado a problemas de alocação de riscos, à comunicação ineficiente dos participantes, à dupla assimetria informacional entre fornecedores e dono do projeto e, principalmente, à dificuldade de adaptação das condições contratuais inicialmente pactuadas a circunstâncias futuras.

Esses problemas são, um a um, enfrentados pelo modelo adotado nos contratos de aliança, que propõe mudanças organizacionais relevantes com o objetivo de “desarmar” todos os participantes principais envolvidos na implantação do projeto.

Algumas das mudanças descritas na literatura profissional das *alianças de projeto* denotam claramente esse propósito.

No contrato de aliança, as partes passam a compor um único time, sujeito a uma governança conjunta, na qual as partes, em situação de paridade, tomam decisões no “melhor interesse do projeto”, e por consenso de seus membros. São criados mecanismos de compartilhamento coletivo de riscos, pelo qual, como regra, somente o desempenho coletivo tem consequências sobre o modelo de remuneração dos participantes da aliança: “ou ganham todos ou perdem todos”. São utilizadas ferramentas de reforço a condutas que promovam transparência total (*open book*), comunicação aberta e honesta (*open communication*) e a resolução interna de disputas (*no blame, no dispute*).

A coletivização do risco, a integração de times, o modelo de governança e o reforço à não punição a comportamentos que não sejam configurados como *falta intencional*, nos contratos de aliança, em nosso entendimento, são uma forma de as partes lidarem com o problema do *crowding out*, pelo qual a mera potencialidade de punição, em determinadas situações, pode ter um efeito de prejudicar mecanismos informais de cooperação. O *crowding out* é um fenômeno recorrente em modelos tradicionais de contratação, e os contratos de aliança se sustentam justamente na visão de que o comportamento cooperativo tem o potencial de gerar resultados eficientes.

O *crowding out* nos fornece um componente importante de fundamentação da *hipótese de trabalho*, mas ainda não esclarece completamente a razão pela qual as partes continuam fazendo uso do contrato para formalizar suas relações contratuais, na implementação de grandes projetos. Ou seja, a que serve o contrato se não para – conforme visão neoclássica – tornar o inadimplemento uma conduta ineficiente?

Durante a tese, tentamos demonstrar que o sucesso da implantação de projetos complexos pode estar relacionado tanto a elementos chamados “informais” de *enforcement* contratual – como “comunicação”, “empatia”, “*fairness*”, “normas”, “confiança”,

“liderança” – quanto a elementos “formais” – alocação de riscos e responsabilidades e, consequentemente, mecanismos de punição contratual. Estudos empíricos sobre o universo dos contratos de aliança sugerem que os fatores informais têm maior correlação com o sucesso do projeto do que os fatores formais. No entanto, os mecanismos formais fornecem o arcabouço de governança que auxilia a implementação dos mecanismos informais. Há, portanto, uma relação de dependência e complementaridade entre os mecanismos formais e os mecanismos informais.

Esse mesmo ponto foi sustentado por autores da *teoria contratual*, que viam a formalização contratual como a base de sustentação à aplicação de sanções informais, uma vez que funcionaria como um “ponto focal” apto a gerar o equilíbrio cooperativo necessário, em mercados em que seja essencial grande adaptação a circunstâncias imprevisíveis. Esses mercados têm recorrentemente se valido de modelos contratuais que procuram “entrelaçar” (*braiding*) mecanismos formais e informais de *enforcement* contratual. Nesses modelos, tal como nos contratos de aliança, o contrato fornece o arcabouço de governança que permite a troca de informações fundamental à criação endógena de confiança.

Uma segunda questão proposta nesta tese foi: *o que significaria, em termos jurídico-dogmáticos, essa redução da função sancionadora nos contratos de aliança? Ou, ainda: quais ferramentas de caráter jurídico-dogmático poderiam se mostrar mais adequadas e úteis a esse contexto e como devem tais ferramentas ser aplicadas?*

Procuramos respostas a tal questão partindo do pressuposto de que o direito contratual, em sentido dogmático-jurídico, deve ser construído por um viés instrumental: como uma ferramenta para atingir determinados objetivos. O direito, assim como seus institutos, vistos por esse prisma, não seriam qualificados como “certos ou errados”, mas sim como “mais ou menos úteis”. Tratando-se do contexto dos grandes projetos de engenharia, sustentamos que, de maneira geral, as partes estarão buscando regular-se de maneira a racionalizar os custos (*value for money*) e o prazo das obras necessárias à conclusão do empreendimento.

No contexto dos contratos de aliança, essa redução de custos de transação está intimamente ligada à manutenção do ambiente cooperativo, que é uma condição de sustentação das ferramentas informais de implementação do projeto.

Consideramos que, em termos dogmático-jurídicos, o desafio maior dos contratos de aliança é identificar quais as situações excepcionais que darão às partes o direito de responsabilizar uma à outra por um dado comportamento, sem que tal direito crie uma polarização de interesses prejudicial ao ambiente natural de cooperação.

Acreditamos que uma resposta a tal desafio se desmembre em duas linhas.

A primeira linha se sustenta em *insight* da teoria econômica contratual. Contextos de grande incompletude contratual, em que há a utilização complementar de mecanismos formais e informais de *enforcement* contratual, são compatíveis com a aplicação de sanções de “baixa potência”, que se caracterizam pela quebra de confiança, pois a mera potencialidade de aplicação de sanções de “alta potência” poderia ser prejudicial ao ambiente cooperativo. Nesses contextos, sugerem alguns teóricos, as obrigações substantivas, no contrato, estariam sujeitas somente aos mecanismos informais de *enforcement* contratual.

Esse *insight* é perfeitamente consistente com a literatura profissional sobre contratos de aliança. De fato, muitos textos sobre contratos de aliança sugerem que as partes esperam que o contrato e o direito contratual forneçam um sistema de punição a comportamentos graves, definidos contratualmente como *faltas intencionais*. O que procuram assegurar, no entanto, por meio do próprio modelo contratual, é que este não seja utilizado como uma ferramenta de punição a comportamentos que não se caracterizem como uma quebra de confiança. Modelos de punição a faltas não intencionais poderiam ocasionar o problema do *crowding out*, em contextos complexos, que demandam constante adaptação.

Uma segunda linha de resposta talvez possa ser encontrada em uma mudança na abordagem de regulação do contrato.

Sustentamos nesta tese, inspirados pela teoria relacional dos contratos, que o modelo de organização dos contratos de aliança é compatível com uma abordagem mais processual de regulação contratual, que vê o contrato pela sua estrutura de governança apta a formar novas declarações de vontade, ao longo da vida do contrato. Por essa abordagem, a questão do equilíbrio das prestações torna-se uma preocupação secundária. Mais do que garantir o equilíbrio da relação de troca, cumpre ao direito contratual somente punir graves desvios aos procedimentos contratuais. Sugere-se, ao longo da tese, que uma abordagem “processual” de regulação do contrato – a qual permite sanção de comportamentos que descumpram o *procedimento contratual* acordado – seria mais adequada do que uma abordagem estritamente “substantiva” – que proteja a relação inicial de troca. Esta última tende a criar situações típicas de polarização de interesses.

A partir dessas percepções, iniciamos uma tentativa de construir nossa interpretação jurídico-dogmática acerca dos contratos de aliança.

Iniciamos nossa reflexão dogmática com a contextualização jurídica dos contratos de aliança. Com base nos elementos essenciais por nós descritos, definimos o contrato de aliança como o *arranjo contratual, pelo qual duas ou mais empresas são contratadas pelo dono do projeto para, com ele, em um time único e integrado, implementarem um determinado empreendimento, em regime colaborativo, fundado no compartilhamento coletivo de riscos e benefícios, no dever de boa-fé e no regime de ampla transparência entre as partes.*

Ademais, consideramos adequado reconhecer o caráter atípico dos contratos de aliança, devendo-se tomar enorme cuidado com tentativas de utilização de regimes normativos aplicáveis a outros tipos contratuais, como a *empreitada*, a *prestação de serviços*, a *sociedade* e o *consórcio*.

Em seguida, realizamos uma construção interpretativa do arranjo dos contratos de aliança, sob a ótica da teoria obrigacional. Para explicar o arranjo dos contratos de aliança, por essa ótica, sugerimos o recurso a conceitos não tão usuais da teoria obrigacional, como *obrigação comum*, *promessa de fato de terceiro*, *cláusulas de limitação do dever de indenizar e cláusula penal*. Nesses contratos, as noções de *sinalagma* e *inadimplemento* ficam bastante descaracterizadas, comparativamente à visão usual. Nos contratos de

aliança, ressalvadas situações excepcionais, as consequências do *inadimplemento* das *obrigações comuns* estariam adstritas à aplicação do modelo de divisão coletiva de perdas e ganhos do projeto acordado, inclusive em situações de falha de desempenho decorrentes de um comportamento culposo – não intencional.

Por fim, fizemos algumas considerações sobre ferramentas dogmáticas de organização de interesses intracontratuais, em especial sobre o dever de boa-fé e sobre a vedação ao conflito de interesses, intimamente ligado à noção de *deveres fiduciários*. Reconhecemos que um elevado padrão de boa-fé é coerente com o modelo dos contratos de aliança. Sustentamos que, de modo genérico, a quebra de boa-fé parece se caracterizar em comportamentos que demonstram que a *quebra de confiança* foi tal que tornou inviável a manutenção do ambiente de cooperação e, na prática, os mecanismos informais da aliança se esvaíram.

Quanto ao tratamento do conflito de interesses, mencionamos, com base em soluções usadas no mercado australiano, sobre o dever dos membros de reportar qualquer conflito de interesses, real ou potencial, que possam ter em relação a matérias tratadas nas instâncias de governança da aliança. Mencionamos ainda, com base nas respostas recebidas no estudo empírico conduzido, que uma regra “formal” de vedação a conflito de interesses seria indesejada, embora uma regra “material” de punição a decisões tomadas em conflito de interesses pudesse ser adequada.

As ferramentas dogmáticas de organização de interesses intracontratuais, na medida em que auxiliam a organização da relação contratual durante toda a sua duração, em nossa visão, mostram-se mais consistentes com o modelo organizacional das alianças de projeto.

As conclusões dogmáticas por nós construídas, ao longo desta tese, direcionam-se ao contexto dos contratos de aliança. Não temos a pretensão de sustentar sua aplicação a qualquer contrato colaborativo. No entanto, a análise dogmática dos contratos de aliança, com base em ferramentas tradicionais, sugere que alguns modos antigos de olhar novos problemas podem se mostrar pouco úteis, em determinados contextos. É preciso pensarmos em uma dogmática jurídica contratual apta a lidar de forma mais adequada com o desafio da cooperação.

De fato, ao realizarmos reflexões de cunho dogmático sobre os contratos de aliança, ficou-nos a impressão de que algumas ferramentas tradicionais da teoria obrigacional estão quase que exclusivamente impregnadas pelo paradigma do contrato sinalagmático e “presentificador”, pelo qual o contrato é estático, identificado em função das declarações de vontade direcionadas à relação de troca, no ato da formação do contrato.

Quando procuramos analisar o contrato de aliança, mediante o uso de conceitos estáticos do direito obrigacional, a sensação resultante foi de que, mesmo se estiverem dogmaticamente corretas, tais análises e interpretações poderão se mostrar pouco relevantes a resoluções de conflitos, nesse contexto, pois, nos contratos de aliança, as situações que, de fato, ensejarão o nascimento de um direito oponível quase sempre decorrem de uma quebra do dever de boa-fé, o qual é um fundamento de responsabilização independente da noção de inadimplemento obrigacional.

Ao sugerir um modelo que praticamente desconsidera a noção de culpa ordinária, o contrato de aliança nos dá excelente *insight* acerca de quais caminhos podem ser profícuos no processo de desenvolvimento da dogmática jurídica a contratos de colaboração. Trata-se de um contexto que abandonou, de forma bem-sucedida, a noção de que o comportamento culposos deve ser necessariamente utilizado como critério sancionador.

Outro *insight* importante que o contexto dos contratos de aliança parece nos sugerir, de forma pragmática, é o de que conceitos jurídicos como “obrigação” e “sinalagma”, que se baseiam no paradigma da relação contratual estática, de troca, para que possam ser aplicados, demandam um esforço dogmático considerável, o que, por sua vez, nos sugere que, talvez, esses conceitos, centrais ao direito contratual clássico, desempenham um papel marginal em modelos de alta colaboração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500.
- ALDERMAN, Naomi (7 April 2009). Encarta’s failure is no tragedy: Wikipedia has succeeded where Microsoft’s Encarta failed, and seems to be a reversal of the “tragedy of the commons”. *The Guardian*, London, Retrieved 29 April 2010.
- ANDERHUB, Vital; GÄCHTER, Simon; KÖNIGSTEIN, Manfred. Efficient Contracting and Fair Play in a Simple Principal-Agent Experiment (October 2001). *Institute for Empirical Research in Economics Working Paper*, N. 18. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=203290>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.203290>>. Acesso em: 10 out. 2014.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARIELY, Dan. *Predictably Irrational*. The Hidden Forces that Shape Our Decision. New York: Harper Perennial, 2009.
- ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- AUSTRALIAN ASSOCIATION OF AUSTRALASIA. *Project Alliance Agreement Reference Model*, 2010. Disponível para membros, em 2011, em: <<http://www.a3c3.org/>>. Acesso em: 15 out. 2014.
- AXELROD, Roberto. *The complexity of Cooperation*. Princeton: Princeton University, 1997.
- . *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- . *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- . *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- . (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: ———. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009,
- BAIRD, Douglas G. Self Interest and cooperation in long-term contracts. *Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 2, p. 583-596, 1990.
- BEALE, H.; DOUGDALE, Tony. Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies, 2 *British Journal of Law and Society*, p. 45-60, 1975.
- BENKLER, Yochai. Law, Policy, and Cooperation. In: BALLEISEN, Edward; MOSS, David (Ed.). *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming. Disponível em: <http://www.benkler.org/Benkler_Law%20Policy%20Cooperation%2004.pdf>. Acesso em: 21 maio 2014.
- . *The Penguin and the Leviatan, How Cooperation Triumphs over Self-Interest*. Nova York: Crown Business, 2011.
- BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies*, v. 21, n.1, p. 115-157, 1992.
- . Private comercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, n. 7, p. 1724-1790.
- . *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*. 66 *University of Chicago Law Review*, n. 710, 1999.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- . *Teoria general del negozio giuridico*. Naples: Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 321-363.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BOZOVIC, Iva; HADFIELD, Gillian K. Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation. *USC Law and Economics Research Papers Series*, n. C12-3, p. 3-4, Feb. 2012.
- BRIGGS, Ian. Alliancing – reshaping infrastructure delivery in Australia. Apresentado na conferência AMPLA, em 12 de outubro de 2007.
- BUENO, Júlio Cesar. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- CAMPBELL, D. Ian Macneil and the relational theory of contract. *CDAMS discussion paper 04/1E*, mar. 2004.
- ; CRAIG, Tom. *Organisations and the Business Environment*. 2. ed. Elsevier, 2005.
- ; COLLINS, Hugh. Discovering the Implicit Dimensions of Contracts. In: CAMPBELL, David; WIGHTMAN, John (Org.). *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- ; HARRIS, Donald. Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Co-operation. *Journal of Law and Society*, v. 20, n. 2, p. 166-191, 1993.
- CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013.
- CHARRETT, Donald. The Avoidance of Disputes by Contractors in Design and Construct Contracts. *The International Construction Law Review* [2008] ICLR.

- CHEN, Gang; ZHANG, Guomin; XIE, Yi-Min; JIN, Xiao-Hua. Overview of alliancing research and practice in the construction industry. *Architectural Engineering and Design Management*, 8:2, p. 103-119, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/17452007.2012.659505>>. Acesso em: 11 nov. 2014.
- CHEN, L.; MANLEY, K. Validation of an Instrument to Measure Governance and Performance on Collaborative Infrastructure Projects. *J. Constr. Eng. Manage.*, 140(5), 04014006, 2014.
- CHEUNG, Yan Ki Fiona; ROWLINSON, Steve; SIMONS, Roland H; RAFFERTY, Alannah. Alliancing in Australia – No-Litigation contracts: a tautology? *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, 132(1), p. 77-81, 2006. Disponível em: <<http://eprints.qut.edu.au/17874>>. Acesso em: 10 maio 2013.
- CHEW, Andrew Gout-Boon. *Government and Project Financiers may achieve better value for money in adopting alliancing as a form of delivery structure in delivering PPP projects in Australia (rather than the traditional risk transfer methods)*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Melbourne, Melbourne.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.
- . The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics* 3, p. 1-44, 1960.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- COUTO E SILVA, Clóvis v. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

EISENBERG, Melvin. Why there is no Law of Relational Contracts. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 805-821, 2000.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance, financiamento com foco em empreendimentos* (parcerias público-privadas, *leveraged*, *buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

FEHR, Ernst; GÄCHTER, Simon. Do Incentive Contracts Undermine Voluntary Cooperation?. *Zurich IEER Working Paper*, n. 34, Apr. 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=313028>>. or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.313028>>. Acesso em: 15 out. 2014.

———; ———. Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 3, p. 159-181, Summer 2000.

———; ROCKENBACH. Detrimental effects of sanctions on human altruism. *Nature*, v. 422, p. 138, Mar. 2003.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

———; RODRIGUES, Caio Farah. Aspectos contratuais da “aliança” em empreendimentos de infraestrutura. In ——— (Org.). *Contratos empresariais*. Contratos de Organização da Atividade Econômica. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRANTE, Massimo; ZAN, Stefano. *Il fenomeno Organizzativo*. Roma: Carocci, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milano: Giuffrè, 1976.

FIDIC – Fédération. In ernational des Ingénieurs Conseils. *Silver Book, Conditions of Contract for EPC / Turnkey Projects*, 1999.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009.

———. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, RT, vol. 130, 2003, p. 7-138.

———. Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais, Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 141, p. 31-59.

———. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

———. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993.

GALGANO, Francesco. Il Contratto. *Contratto e Impresa*, Padova, v. 23, n. 3, maio-júl. 2007.

GAVA, John; GREENE, Janey. Do we need a hybrid law of contract? Why Hugh Collins is wrong and why it matters. *Cambridge Law Journal*, 63(3), p. 630-631, nov. 2004.

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

———; RODRIGUEZ, Caio Farah. Aspectos do EPCM. In: TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GIL, Ricard; MARION, Justin. Self-Enforcing Agreements and Relational Contracting: Evidence from California Highway Procurement. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 29 (2), p. 239-277, 2013.

GILSON Ronald J.; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert E. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. *110 Columbia Law Review*, p. 1377-1447, 2010.

———; ———; ———. Contracting for innovation: vertical disintegration and interfirm collaboration. *Columbia Law Review*, v. 109, n. 3, p. 431-502, Apr. 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne; DUCLÓS FILHO, Elo; ORTIZ, Xavier. *Contratos EPC Turnkey*. São Paulo: Visual Books, 2006.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. Tradução de Marcos de Campos Ludwig. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 187-202, jan.-jun. 2007.

HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Económica, 2012.

HEERMANN, Peter W. The Status of Multilateral Synallagmas in the Law of Connected Contracts. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther (Org.). *Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

HEIDEMANN, Ailke; GEHBAUER, Fritz. The way towards cooperative project delivery. *Journal of Financial Management of Property and Construction*, v. 16, n. 1, p. 19-30, 2011.

HOUSER, Daniel; XIAO, Erte; MCCABE, Kevin; e SMITH, Vernon. *When Punishment Fails: Research on Sanctions, Intentions and Non-Cooperation*.

HUSE, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2002.

JALAVA, Janne. *Trust as a Decision – The Problems and Functions of Trust in Luhmannian Systems Theory*. Relatório de Pesquisa 1/2006, Universidade de

Helsinki, 122 p. Disponível em: <<http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/val/sospo/vk/jalava/trustasa.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

JENNEJOHN, Matthew C. Contract Adjudication in a Collaborative Economy. *Virginia Law & Business Review*, v. 5, n. 2, p. 173-237, 2010.

JONES, Doug. Relationship Contracting. *The Projects and Construction Review*. 2. ed. Editor Júlio César Bueno. *Law Business Research Ltd*, London, p. 22-31, Sep. 2011.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

———; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Fairness And The Assumptions Of Economics. *The Journal of Business*, 59.S4: S285, 1986.

KNOTT, Terry. *No business as usual: an extraordinary North Sea Result*. London: Britannic House, 1999.

KOROBKIN, Russell B. Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls. *University of Illinois Law Review*, p. 1040-1041, 2002.

LACEY, James. Project Financing of Alliance-Based Projects. *Construction Law International*, v. 6, Issue 1, p. 18-26, Mar. 2011.

LAHDENPERÄ, Pertti. Project alliance. The competitive single target-cost approach. Espoo 2009. VTT Tiedotteita. Research Notes 2472. 74 p.

LEQUETTE, Suzanne. *Le Contrat-coopération: Contribution à la théorie générale du contrat*. Paris: Economica, 2012.

LIN, Li-Wen; WHITFORD, Josh. Conflict and Collaboration in Business Organisation: A Preliminary Study. In: BRAUCHER, Jean; KIDWELL, John; WHITFORD, C. William (Org.). *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: on the Empirical and the Lyrical*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

LLEWELLYN, Karl N. What Price Contract? An essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, p. 704-751, 1931.

LOOTS, Philip; HENCHIE, Nick. Words Apart: EPC and EPCM Contracts: Risk Issues and Allocation. *The International Construction Law Review*, v. 24, Part 3, p. 252-270, jul. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business. A preliminary study. *American Sociological Review*, v. 28, p. 55-67, 1963.

———. The impact of Contract Law on the Economy: Less than Meets the Eye? 1994, p. 2. Artigo não publicado.

———. The real and the paper deal, empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. *Modern Law Review*, v. 66, n. 1, p. 44-79, 2003.

MACDONALD, Charles C. *Value for Money in Project Alliances*. 2011. Tese (Doutorado) – RMIT University.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

———. Contratos relacionais no direito brasileiro. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lasa97/portomacedo.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014

MACNEIL, I.R. Contracts: Adjustment of Long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 900, 1997.

———. Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical Seminar, in Campbell, David, Wightman, John. (org.) *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network contracts* Oxford Hart Publishing, 2003, p. 207-217.

———. Relational Contract Theory: Challenges and Queries. *Northwestern University Law Review*, Spring, 2000, p. 877-907.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.

———. O direito privado como um “sistema em construção. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, jul.-set. 1998.

MCINNIS, Arthur. *Relational Contracting Under the New Engineering Contract: A Model, Framework, and Analysis*. Society of Construction Law, UK, 2003.

MÉNARD, Claude. The Economics of Hybrid Organizations. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 160, p. 345-376.

MENEZES CORDEIRO, Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1250-1251.

MORAES, Renato José. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NAOUM, Shamil. An overview into the concept of partnering. *International Journal of Project Management*, n. 21, p. 71-76, 2003.

NUSDEO, F. *Curso de economia*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

PCI GROUP. Generic form of Project Execution Agreement (PEA), 2010. Disponível em: <http://www.pcigroup.com.au/publications_pci/#content_2>. Acesso em: 15 maio 2013

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 3.

———. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PICKER, Randall. An introduction to game theory and the Law. In: POSNER, Eric (Org.). *Chicago Lectures in Law and Economics*. New York: Foundation Press, 2000.

PINK, Daniel H. *Drive*. New York: Riverhead Books, 2009.

POSNER, R.A. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. Boston: Aspen, 1998.

———. The Law and Economics of Contract Interpretation. *Texas Law Review*, v. 83, p. 1581-1614, 2010.

———. The New Institutional Economics Meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 73, 1993.

PROCTOR, Darby; WILLIAMSON, Rebecca R.; WAAL Frans B. M. de; BROSINAN Sarah F. Chimpanzees play the ultimatum game. *PNAS*, n. 110, v. 6, p. 2070-2075, 2013.

PURCELL, John; ROSS, Jim. *Project alliancing – not a universal panacea*. Engineers Australia (EA), 2013. Disponível em: <http://www.pcigroup.com.au/publications_pci/>. Acesso em: 14 nov. 2014, p. 1.

RIGDON, Mary L. Trust and Reciprocity in Incentive Contracting, June 2006, p. 4.

ROONEY, Greg. Project Alliancing and Relationship Contracting Conflict Embracing Project Delivery Systems (April 14, 2011). *16th Annual IACM Conference Melbourne*, Australia, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=400640>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

———. Project Alliancing – The Process Architecture of a Relationship Based Project Delivery System for Complex Infrastructure Projects (March 11, 2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1809267>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

- ROSE, Timothy M.; MANLEY, Karen. Motivation toward financial incentive goals on construction projects. *Journal of Business Research*, 2010. In Press.
- ROSS, Jim. Introduction to Project Alliancing (on engineering & construction projects), April 2003 update. Artigo apresentado na *Alliance Contracting Conference*, em 30 de abril de 2003, Sydney.
- ROWLINSON, Steve; CHEUNG, Fiona Y. K. A Review of the Concepts and Definitions of the Various Forms of Relational Contracting. Trabalho apresentado no simpósio internacional *Project Procurement for Infrastructure Constuction*. Janeiro, 2004, Chennai, India.
- RUBIN, Edward. Empiricism's Crucial Question and the Transformation of the Legal System, In: BRAUCHER, Jean; KIDWELL, John; WHITFORD, C. William (Org.). *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: on the Empirical and the Lyrical*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- SAKAL, Mathew W. Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects. *Lean Construction Journal*, v. 2, n. 1, abr. 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 141, janeiro-março de 2006, p. 7-30.
- . *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.
- SCOTT, Robert E. The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms, *Virginia Law Review*, v. 86, n. 8, p. 1603-1647.
- SEDDON, Clive. Partnering and Alliancing: Back to the Future [article] *Australian Resources and Energy Law Journal*, v. 26, Issue 1, p. 69-82 26, Apr. 2007.

- SPANG, Konrad; RIEMANN, Stefan. Partnering in infrastructure projects in Germany. *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, v. 119, p. 219-228, 2014. Disponível em: <www.sciencedirect.com>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 131, nova série, p. 7-20, jul.-set. 2003.
- SOMBRA, Thiago Luis Santos. *O adimplemento e a cooperação do credor, o redimensionamento dos interesses do devedor sob a ótica da obrigação como processo*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, São Paulo.
- TEUBNER, Gunther. *Networks as Connected Contracts*. Edição com uma Introdução de Collins, Hugh. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- THOMAS, T. Alliance Contracts and Fiduciary Duties: Trust and Confidence in Relationship Contracting. *The International Construction Law Review*, v. 28, p. 364-378, 2011.
- . Alliance Contracts: utility and Enforceability. *Building and Construction Law Journal*, 23:5, p. 224-237, 2007.
- TOLEDO DA SILVA, Leonardo. Aliança à brasileira. In: ——— (Org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- . Aliança nos projetos. *Construção Mercado*, São Paulo, p. 46-47, out. 2012.
- . Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: ———. (Org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- SCOTT, Robert E. The Promise and the Peril of Relational Contract Theory. In: BRAUCHER, Jean; KIDWELL, John; WHITFORD, C. William (Org.). *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: on the Empirical and the Lyrical*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.

SHAPIRO, F. The Most-Cited Law Review. *Chicago-Kent Law Review*, n. 71, p. 767, 1996.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974.

UEMA DO CARMO, Lie. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VICTORIAN DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *Model Alliance Development Agreement*, Melbourne, out. 2010.

———. *Model Project Alliance Agreement*, Melbourne, out. 2010.

———. *Project Alliancing Practitioners Guide*. Department of Treasury and Finance. Melbourne, abr. 2006, 150 p.

———. *The Practitioners' Guide to Alliance Contracting*. Melbourne, out. 2010, 159 p.

VLAAR, Paul W.L. *Contracts and Trust in Alliances, Discovering, Creating and Appropriating Value*. Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2008.

WALKER, D. H. T.; LLOYD-WALKER, B. M. Profiling Professional Excellence in Alliance Management Summary Study Report, Sydney, *Alliancing Association of Australasia*, 2011.

- ; HARLEY, J.; MILLS, A. Longitudinal Study of Performance in Large Australasian Public Sector Infrastructure Alliances 2008-2013, Melbourne, RMIT University, Centre for Integrated Project Solutions, p. 1, 2013.
- WASSENAER, Arent van. Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de projetos melhores. In: TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WELLS, Jordan S.; RAND, David G. Strategic Self-Interest Can Explain Seemingly ‘Fair’ Offers in the Ultimatum Game (March 5, 2013). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2136707>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2136707>>. Acesso em: 18 nov. 2014.
- WIGHTMAN, John. Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings. In: ———; CAMPBELL, David (Org.). *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- WILLIAMSON, Oliver E. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 269-296, Jun. 1991.
- . *The Economic Institutions of Capitalism*. Firms, Markets, Relational Contracting. Nova York: The Free Press, 1985.
- . The economics of organization: The transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, n. 87, p. 548-577, 1981.
- . *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- . The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract *Journal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 3, p. 171-195, Summer 2002.
- . Transaction cost economics: The governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, 1979.
- . Transaction Cost Economics: The Natural Progression. *Prize Lecture*, Dec. 8, 2009.

Anexo I – Questionário de Pesquisa Empírica

(versão em língua portuguesa)

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09)

Questionário de pesquisa empírica para desenvolvimento de Tese de Doutorado

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Pesquisador: Leonardo Toledo da Silva

Professora orientadora: Profª. Titular Paula A. Forgioni

Tema da Tese: Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo

Orientação para preenchimento do questionário:

- A expressão "Owner" ou "Dono do Projeto" significa, neste questionário, o titular do empreendimento objeto da Aliança de Projeto;
- A expressão "non owner participant" ou "NOP" será utilizada para designar os participantes da Aliança que não o Dono do Projeto (Ex. Construtor, Projetista, etc);
- Os Contratos de Aliança podem variar profundamente. O intuito desse questionário não será obter soluções certas ou erradas, mas compreender qual a visão dos respondentes acerca das respostas jurídicas mais compatíveis com o modelo organizacional cooperativo proposto nas alianças de projeto.

***1. Aproximadamente, em quantos empreendimentos organizados pela modalidade de "Aliança de Projeto" você teve alguma participação? (obs.: por favor, desconsidere negociações contratuais que não tenham resultado na celebração efetiva do contrato de aliança)**

- ☐ Nenhum
- ☐ 5 ou menos
- ☐ Acima de 5 e menos de 10
- ☐ Acima de 10 e menos de 20
- ☐ Acima de 20
- ☐ Meu envolvimento em tais projetos se restringiu a pesquisas acadêmicas.

***2. Em que países/regiões você participou de Alianças de Projeto? (possível mais de uma escolha)**

- ☐ Austrália e/ou Nova Zelândia
- ☐ Europa
- ☐ Estados Unidos e/ou Canadá
- ☐ América do Sul, exceto Brasil
- ☐ Ásia
- ☐ Brasil
- ☐ Outro (especifique)

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09**3. Em sua atuação, predominantemente, a parte que você representava era:**

- ☐ "Owner" ou Dono do Projeto
- ☐ Subcontratados
- ☐ "non owner participant" ou "NOP" (outros participantes, que não o Dono do Projeto)
- ☐ Fornecedor
- ☐ Financiadores
- ☐ Outro (especifique)

***4. Qual a função por você predominantemente exercida nas Alianças de Projeto de que participou?**

- ☐ Assessoria Financeira
- ☐ Assessoria a Financiadores
- ☐ Facilitador
- ☐ Consultoria Comercial
- ☐ Assessoria Jurídica
- ☐ Fornecimento de equipamentos, tecnologias e/ou insumos
- ☐ Gerenciamento de Projetos;
- ☐ Elaboração de projetos de engenharia e outros documentos de natureza técnica
- ☐ Outro (especifique)

5. Se assessoria jurídica:

- ☐ Predominantemente, na fase de negociação de contratos (contratos de aliança e/ou contratos preliminares e/ou memorandos de entendimento)
- ☐ Predominantemente, após a celebração dos contratos;
- ☐ Outro (especifique)

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09

6. Sua assessoria jurídica, posteriormente à celebração dos contratos, consistia em (mais de uma escolha possível):

- ☐ Auxiliar o Dono do Projeto a obter condições jurídicas mais favoráveis a eventuais demandas futuras contra os NOPs
- ☐ Auxiliar um ou mais NOPs a obter condições jurídicas mais favoráveis a eventuais demandas futuras contra o Dono do Projeto
- ☐ Auxiliar a aliança como um todo, em suas relações com terceiros (autoridades, contratantes, etc)
- ☐ Outro (especifique)

7. Na modalidade Aliança, de acordo com sua percepção, qual a relevância das ferramentas e condições a seguir?

	Essencial	Relevante	Pouco relevante	Irrelevante	Não sei responder
Modelo de concorrência para contratação dos NOPs sem utilização de concorrência de preços	☐	☐	☐	☐	☐
Regime de total transparência entre membros da aliança ("open book")	☐	☐	☐	☐	☐
Sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto ("pain share/gain share mechanism")	☐	☐	☐	☐	☐
Integração entre equipes do Dono do Projeto e dos outros membros participantes da aliança ("NOPs" ou "non owner participants")	☐	☐	☐	☐	☐
Regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes	☐	☐	☐	☐	☐
Cláusula limitando eventuais penalidades e responsabilidades do(s) NOP(s) ao valor do lucro ou da soma de lucro e overhead por ele(s) recebidos	☐	☐	☐	☐	☐
Compromisso com a condição "no blame"	☐	☐	☐	☐	☐
Decisões tomadas sempre em consenso entre todos os participantes da aliança, em condições de paridade entre os membros	☐	☐	☐	☐	☐
Modelo de remuneração/penalização dos NOPs (outros membros	☐	☐	☐	☐	☐

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09)

da aliança que não o "dono da obra") que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto					
Formalização através de dois instrumentos contratuais distintos, sendo um deles para a etapa inicial, de desenvolvimento da aliança, e o outro para a etapa de execução das obras do empreendimento	☐	☐	☐	☐	☐
Dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé	☐	☐	☐	☐	☐
Atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento	☐	☐	☐	☐	☐
Direito do Dono do Projeto de terminar os contratos de aliança por mera conveniência	☐	☐	☐	☐	☐
Compromisso com a condição "no dispute"	☐	☐	☐	☐	☐
Decisões tomadas de acordo com o princípio "melhor para o projeto"	☐	☐	☐	☐	☐
Modelo amplo de governança da aliança, com definição de competências, procedimentos, órgãos e instâncias decisórias	☐	☐	☐	☐	☐

8. Aproximadamente, em quantas disputas arbitrais ou judiciais você já esteve envolvido em Alianças de Projeto?

- ☐ Nenhuma
☐ Entre 1 e 2
☐ Entre 3 e 5
☐ Entre 6 e 10
☐ Mais de 10

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09**9. Em sua percepção, se comparados a modelos tradicionais de organização de projetos (Ex. Engineering Procurement and Construction – EPC and Design-Bid-Build - DBB), as Alianças de Projeto:**

- ☐ Tendem a reduzir drasticamente a chance de disputas entre as partes;
- ☐ Tendem a reduzir levemente a chance de disputas entre as partes;
- ☐ Tendem a aumentar drasticamente a chance de disputas entre as partes;
- ☐ Tendem a aumentar levemente a chance de disputas entre as partes;
- ☐ São equivalentes no que tange à chance de disputas entre as partes;
- ☐ Não sei ou não entendi a questão.

Comentário

10. Favor descrever sucintamente o objeto de disputas (judiciais ou arbitrais) em Alianças de Projeto de que você tenha participado:**11. Em sua percepção, qual a intenção das partes ao estabelecer contratualmente a condição “no dispute”, geralmente existente em Contratos de Aliança?****12. Em sua percepção, a formalização contratual da condição “no dispute”, tem qual efeito sobre a motivação das partes de trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto?**

- ☐ Efeito fortemente positivo
- ☐ Efeito levemente positivo
- ☐ Efeito fortemente negativo
- ☐ Efeito levemente negativo
- ☐ Efeito nulo (sem correlação)
- ☐ Não sei ou não entendi a questão.

13. Em sua percepção, qual a intenção das partes ao estabelecer contratualmente a condição “no blame”, geralmente existente em Contratos de Aliança?

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09

14. Em sua opinião, a formalização contratual da condição “no blame” tem qual efeito sobre a motivação das partes de trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto?

- ☐ Efeito fortemente positivo
- ☐ Efeito levemente positivo
- ☐ Efeito fortemente negativo
- ☐ Efeito levemente negativo
- ☐ Efeito nulo (sem correlação)
- ☐ Não sei ou não entendi a questão.

15. Em sua percepção, quais tipos de cláusulas prevendo mecanismos de solução de conflitos são mais compatíveis com a realidade dos Contratos de Aliança ? (possível mais de uma escolha)

- ☐ Nenhuma: é inadequado prever cláusulas de solução de conflitos em Contratos de Aliança
- ☐ Cláusula arbitral
- ☐ Eleição de foro no Poder Judiciário para disputas em geral
- ☐ Cláusula de Mediação
- ☐ Dispute Boards com parecer não vinculativo
- ☐ Dispute Boards com parecer vinculativo
- ☐ Não sei ou não entendi a questão
- ☐ Outro (especifique)

16. Em um contexto de projetos de grande risco e incertezas, de acordo com sua percepção, a faculdade contratual que uma parte tem de responsabilizar individualmente a outra parte por uma falha de desempenho – alocação individualizada de risco e responsabilidade – tem qual efeito sobre a motivação das partes de trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto?

- ☐ Efeito fortemente positivo
- ☐ Efeito levemente positivo
- ☐ Efeito fortemente negativo
- ☐ Efeito levemente negativo
- ☐ Efeito nulo (sem correlação)
- ☐ Não sei ou não entendi a questão.

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09

17. Em um contexto de projetos de grande risco e incertezas, de acordo com sua percepção, o compartilhamento coletivo de riscos, ganhos e perdas pelo sucesso ou insucesso do projeto tem qual efeito sobre a motivação das partes de trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto?

- ☐ Efeito fortemente positivo
- ☐ Efeito levemente positivo
- ☐ Efeito fortemente negativo
- ☐ Efeito levemente negativo
- ☐ Efeito nulo (sem correlação)
- ☐ Não sei ou não entendi a questão.

18. Pressupondo que, em uma Aliança de Projeto: (a) um evento superveniente imprevisível, não causado por qualquer das partes, tenha gerado uma desproporção relevante entre o “Custo Alvo” e o custo real do projeto; (b) o contrato de aliança firmado contenha condição de que as decisões do projeto, incluindo aquelas relacionadas a variações do “Custo Alvo”, dependam de aprovação unânime do órgão máximo da aliança; QUESTÃO: um NOP que se sentir prejudicado teria o direito de obter uma decisão judicial ou arbitral contra o Dono do Projeto visando reequilibrar o valor do “Custo Alvo”, ainda que, pelo sistema de governança da aliança, as partes não tenham chegado a um consenso ?

- ☐ Sim, o NOP teria direito.
- ☐ Não, o NOP não teria o direito
- ☐ Não sei ou não entendi a questão

Comentários:

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09

19. Na questão anterior, se o Dono do Projeto continuar utilizando sistematicamente seu direito de voto para vetar alterações ao “Custo Alvo” que seriam razoáveis, do ponto de vista econômico orçamentário, um NOP que se sentir prejudicado teria o direito de obter uma decisão judicial ou arbitral contra o Dono do Projeto visando reequilibrar o valor do “Custo Alvo” (sob a alegação de quebra de boa-fé ou argumento similar)?

- ☐ Sim
- ☐ Não
- ☐ Não sei responder ou não entendi a questão

Comentários:

20. Pressupondo que um contrato de aliança firmado contenha condição de que as decisões devem ser tomadas de acordo com o princípio “melhor para o projeto”; teria um membro indicado por um determinado NOP a obrigação de, nos órgãos da aliança, se abster de emitir seu voto em situações em que haja claro conflito de interesses entre a empresa que o indicou e os melhores interesses do projeto?

- ☐ Sim, o membro deveria se abster de emitir seu voto
- ☐ Não, o membro não deveria se abster de emitir seu voto
- ☐ Não sei ou não entendi a questão

Comentários:

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09

21. Caso, na questão anterior, você tenha entendido que não há o dever de abstenção, pressupondo que um determinado NOP, membro da aliança, utiliza sistematicamente seu poder de voto interno para direcionar o projeto para escolha de um determinado padrão tecnológico que favoreça a empresas de seu grupo econômico, embora tal padrão não se mostre a melhor solução técnica e econômica ao projeto; o Dono do Projeto teria o direito de obter uma decisão judicial ou arbitral contra o NOP para anulação desse voto (sob a alegação de “conflito de interesses” ou quebra de boa-fé)?

- ☐ Sim
- ☐ Não
- ☐ Não sei responder ou não entendi a questão

Comentários:

22. Pressupondo que, em uma Aliança de Projeto: (a) a conduta negligente de uma das partes tenha ocasionado um enorme atraso no cronograma do projeto, causando sobrecustos (b) o contrato de aliança firmado contenha condição contratual “no blame” e um modelo de compartilhamento coletivo de ganhos e perdas; poderia a parte que se sentir prejudicada obter uma decisão judicial ou arbitral imputando exclusivamente à parte faltosa o dever de indenizá-la pelos prejuízos causados ?

- ☐ Sim
- ☐ Não
- ☐ Não sei responder ou não entendi a questão

Comentários:

23. Poderia um NOP interromper os serviços e fornecimentos por ele prestados caso o Dono do Projeto atrase substancialmente o pagamento da remuneração contratualmente prevista ao respectivo NOP?

- ☐ Sim
- ☐ Não
- ☐ Não sei ou não entendi a questão

Comentários:

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09

24. Poderia o Dono do Projeto obter alguma decisão judicial ou arbitral (indenização, exibição de documentos, etc.) contra um NOP que descumpra sua obrigação contratual de manter total transparência de informações ?

- ☐ Sim
- ☐ Não
- ☐ Não sei ou não entendi a questão

Comentários:

25. Se não, como o Dono do Projeto se protegeria de tal conduta?

26. Cite exemplos de comportamentos que deveriam ser considerados uma quebra de boa-fé, no contexto dos Projetos em Aliança, passíveis de serem sancionados judicialmente ou por via arbitral.

27. Em uma Aliança de Projeto, deveria ser facultada ao Dono do Projeto a prerrogativa de terminar imotivadamente o contrato, a qualquer momento?

- ☐ Sim
- ☐ Não
- ☐ Não sei ou não entendi a questão

Comentários:

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09

28. Se sim para a questão anterior (término imotivado pelo Dono do Projeto), em sua opinião, quais das consequências a seguir seriam adequadas:

	Sim	Não	Não sei ou não entendi a questão
Pagamento de penalidade rescisória pelo Dono do Projeto	☐	☐	☐
Arbitramento de eventuais "ônus" ou "bônus", proporcionalmente ao percentual de projeto executado, a ser pago pelo Dono do Projeto ou pelos NOPs, conforme o caso, observado o sistema de compartilhamento ganhos e perdas constantes do Contrato	☐	☐	☐
Pagamento de despesas de desmobilização dos NOPs, incluindo custos de rescisão/resolução de contratos com terceiros	☐	☐	☐

Outros:

29. Em uma Aliança de Projeto, quais das situações a seguir seriam apropriadas a serem consideradas situações de "descumprimento contratual" passível de rescisão contratual motivada (possível mais de uma escolha);

- ☐ Um evento de insolvência, tal como decretação de falência ou solicitação de recuperação judicial
- ☐ Quebra de boa-fé
- ☐ Quebra de declarações e garantias prestadas no contrato
- ☐ Quebra do dever de confidencialidade
- ☐ Falha nos pagamentos contratuais devidos aos NOPs ou, quando aplicável, ao Dono do Projeto
- ☐ Abandono das obras por uma parte
- ☐ O descumprimento de qualquer obrigação prevista em contrato
- ☐ Um descumprimento de natureza intencional da parte
- ☐ Falha de um dos participantes de manter total transparência de informações
- ☐ Outro (especifique)

30. Haveria situações em que, na sua visão, as Partes estariam obrigadas juridicamente a acatar solicitações de revisão do Custo Alvo e/ou Prazo Alvo do Projeto, independentemente da concordância do Dono do Projeto ou dos NOPs? Se sim, quais?

Contratos de Aliança, Direito Empresarial e Ambiente Cooperativo (09**31. Alguma crítica ou sugestão ao questionário?****32. Autoriza que seu nome seja mencionado em nota de agradecimento no resultado final da tese ?**

- ☐ Não, obrigado
- ☐ Sim. Prefiro que meu nome seja citado conforme a seguir:

33. Você gostaria de sugerir o nome e e-mail de outras pessoas com experiência em Contratos de Aliança e que estariam dispostas a responder a este questionário?

- ☐ Não
- ☐ Sim. Seguem nome(s) e e-mail(s) abaixo:

Anexo II – Questionário de Pesquisa Empírica

(versão em língua inglesa)

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

Empirical Research Survey for the development of a Doctorate Thesis

FACULTY OF LAW OF THE UNIVERSITY OF SÃO PAULO

Researcher: Leonardo Toledo da Silva

Professor Advisor: Profª. Tit. Paula A. Forgioni

Thesis theme: Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

Orientação para preenchimento do questionário:

- The expression "Owner" or "Project Owner", in this Survey, means the holder of the enterprise object of the Project Alliance;
- The expression "non owner participant" or "NOP" means the alliance participants other than the Project Owner (e.g.: the Contractor, the Design Company, etc.);
- Alliance Contracts can vary deeply from one project to another. The objective of this survey will not be to obtain right or wrong answers, but to understand, in the opinion of the respondents, which legal answers are more compatible with the new organizational collaborative model brought by the Project Alliances.

*1. Approximately, in how many projects organized as project alliances did you have any participation? (Obs.: contract negotiations that did not result in actual contract execution should not be considered)

- ☐ None
- ☐ 5 or less
- ☐ Above 5 and less than 10
- ☐ Above 10 and less than 20
- ☐ Above 20
- ☐ My involvement in such projects was restricted to academic researches

*2. In which countries / regions did you participate in Project Alliances? (more than one choice possible)

- ☐ USA and/or Canada
- ☐ South America, except Brazil
- ☐ Asia
- ☐ Australia and/or New Zealand
- ☐ Brazil
- ☐ Europe
- ☐ Other (specify)

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

3. In your practice, predominantly, the part you represented was:

- ☐ Owner
- ☐ Subcontractor
- ☐ Financing Institutions
- ☐ Supplier
- ☐ NOP ("non owner participant")
- ☐ Other (specify)

*4. What role have you exercised predominantly in the Project Alliances in which you have participated?

- ☐ Advice to Financial Institutions
- ☐ Commercial Advisor
- ☐ Design Engineering
- ☐ Legal Advice
- ☐ Equipment, Know-how and other supplies
- ☐ Alliance Facilitator
- ☐ Financial Advice
- ☐ Project Management
- ☐ Other (specify)

5. If legal advice:

- ☐ Predominantly, in the stage of contracts negotiation (Alliance Agreement, and/or Interim Alliance Agreement and/or memorandum of understandings);
- ☐ Predominantly, after the execution of the agreements;
- ☐ Other (specify)

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

6. If you gave legal advice predominantly after the execution of the agreements, it consisted in (more than one choice possible):

- ☐ Assisting the Owner in obtaining better legal conditions in case of possible future disputes against the NOPs;
- ☐ Assisting one or more NOPs in obtaining better legal conditions in case of possible future disputes against the Owner;
- ☐ Assisting the Alliance, as a whole, in its relations toward third parties (government, subcontractors, etc);
- ☐ Other (specify)

7. In the Alliance Contracts, in accordance with your perception, what is the relevance of the following tools and conditions ?

	Essential	Relevant	Slightly Relevant	Irrelevant	I don't know
Decisions always to be taken in common agreement among all alliance members, in a peer-to-peer condition;	☐	☐	☐	☐	☐
Right of the Project Owner to terminate the agreement for convenience;	☐	☐	☐	☐	☐
Integration between the teams of the Project Owner and the other members of the Alliance ("NOPs");	☐	☐	☐	☐	☐
Decisions to be taken in accordance with the principle "best for project";	☐	☐	☐	☐	☐
NOP selection process without price competition;	☐	☐	☐	☐	☐
Execution of two distinct agreements, one being for the initial stage, of alliance development, and the other for the stage of actual execution of the works of the project;	☐	☐	☐	☐	☐
"pain share/gain share mechanism", with collective allocation of risks and rewards between NOPs and Owner;	☐	☐	☐	☐	☐
Attribution of joint responsibility for the delivery of the project;	☐	☐	☐	☐	☐
Regime of full transparency between alliance members ("open book");	☐	☐	☐	☐	☐
Regime of direct, open and honest communication between	☐	☐	☐	☐	☐

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

alliance members;

Comprehensive model of contract governance, with the definition of competences, procedures and different decision making instances;

☐
☐
☐
☐
☐

Duty of the members to always act in good faith;

☐
☐
☐
☐
☐

Commitment to the "no dispute" condition;

☐
☐
☐
☐
☐

Model of payment/penalisation of the NOPs taking into consideration the alliance performance in the project;

☐
☐
☐
☐
☐

Commitment to the "no blame" condition;

☐
☐
☐
☐
☐

Condition limiting the possible penalties/pain share to be paid by the NOP(s) to the sum of profit or profit and overhead received by each;

☐
☐
☐
☐
☐

8. Approximately, in how many legal disputes, including arbitration and court procedures, you have been personally involved in Project Alliances?

☐

None;

☐

Between 1 and 2;

☐

Between 3 and 5;

☐

Between 6 and 10;

☐

More than 10.

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

9. In your perception, when compared with traditional models of project organizations (such as Engineering Procurement and Construction – EPC and Design-Bid-Build - DBB), the Project Alliances:

- ☐ Tend to drastically reduce the chance of disputes between the parties;
- ☐ Tend to slightly reduce the chance of disputes between the parties;
- ☐ Tend to drastically raise the chance of disputes between the parties;
- ☐ Tend to slightly raise the chance of disputes between the parties;
- ☐ Are equivalent in relation to chance of disputes between the parties;
- ☐ I don't know or I didn't understand the question.

Comments:

10. Please briefly describe the content of legal disputes in Project Alliances that you may have experienced:

11. In your perception, what is the intention of the parties when they contractually agree on the “no dispute” condition, usually contained in Alliance Agreements?

12. In your perception, the formal agreement on the “no dispute” condition has which effect on the parties' motivation to work cooperatively to achieve the project success?

- ☐ Nil effect;
- ☐ Slightly positive effect;
- ☐ Strongly positive effect;
- ☐ Slightly negative effect;
- ☐ Strongly negative effect;
- ☐ I don't know or I didn't understand the question.

13. In your perception, what is the intention of the parties when they contractually agree on the “no blame” condition, usually contained in Alliance Agreements?

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

14. In your perception, the formal agreement on the “no blame” condition has which effect on the parties’ motivation to work cooperatively to achieve the project success?

- ☐ Nil effect;
- ☐ Slightly positive effect;
- ☐ Strongly positive effect;
- ☐ Slightly negative effect;
- ☐ Strongly negative effect;
- ☐ I don't know or I didn't understand the question.

15. In your perception, which kinds of contract clauses foreseeing dispute resolution mechanisms are more compatible with the reality of the Alliance Contracts? (more than one choice possible)

- ☐ None: its not appropriate to foresee clauses of dispute resolutions in Alliance Agreements;
- ☐ Arbitration Clause;
- ☐ Election of court for disputes in general;
- ☐ Mediation clauses;
- ☐ Dispute Board with non binding decision;
- ☐ Dispute Board with binding decision;
- ☐ I don't know or I didn't understand the question.
- ☐ Other (specify)

16. In the context of projects with major risks and uncertainties, in your perception, the contractual right one party may have to impose an individual responsibility on the other party – individual allocation of risk and responsibility – for a failure of performance has which effect on the parties’ motivation to work cooperatively to achieve the project success?

- ☐ Nil effect;
- ☐ Slightly positive effect;
- ☐ Strongly positive effect;
- ☐ Slightly negative effect;
- ☐ Strongly negative effect;
- ☐ I don't know or I didn't understand the question.

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

17. In the context of projects with major risks and uncertainties, in your perception, the collective allocation of risks, rewards, gains and losses has which effect on the parties' motivation to work cooperatively to achieve the project success?

- ☐ Null effect;
- ☐ Slightly positive effect;
- ☐ Strongly positive effect;
- ☐ Slightly negative effect;
- ☐ Strongly negative effect;
- ☐ I don't know or I didn't understand the question.

18. Assuming that, in a hypothetical Project Alliance: (a) an incidental unforeseen event, not caused by any of the parties actions, has caused a severe disproportion between the "Target Outturn Cost" ("TOC") and the real cost of the project; (b) the agreed contract alliance included a condition by which all decisions of the project, including those related to changes in the "TOC", depended on the unanimous approval of the highest organ of the alliance; QUESTION: would a NOP that felt harmed have the right to obtain (through court or arbitration) a legal remedy against the Project Owner aiming to rebalance the TOC value, even though in the governance system of the Alliance the parties did not reach an agreement?

- ☐ Yes, the NOP would have the right
- ☐ No, the NOP would not have the right
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

19. In the previous question, if the Project Owner keeps systematically using its voting right in the Alliance to veto any changes in the TOC that would be reasonable in an economic and budgetary perspective, would a NOP that felt harmed have the right to obtain (through court or arbitration) a legal remedy against the Project Owner aiming to rebalance the TOC value (under the allegation of breach in the duty to act in good faith or similar reasoning)?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

20. Assuming that an Alliance Agreement entered into contains a condition by which the decisions must be taken in accordance with the “best for project” principle; should a member appointed by one NOP have the legal obligation to abstain to vote in situations in which there is a clear conflict of interest between the company that has elected him or her and the best interests of the project?

- ☐ yes, the member should abstain from voting
- ☐ No, the member should not abstain from voting
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

21. In case, in the previous answer, you understood that there is no obligation to abstain from voting, and assuming that a certain member appointed by a NOP systematically uses its voting right to direct the project to choose a certain technological pattern that would favour companies belonging to the economic group of its employer, notwithstanding such pattern wouldn't be the best technical and economical solution for the project; QUESTION: would the Project Owner have the right to obtain a legal remedy against the NOP for the annulment of such vote (under the allegation of "conflict of interest" or breach of the duty to act in good faith)?

- ☐ yes
- ☐ no
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

22. Assuming that, in a Project Alliance: (a) the negligent behaviour of one of the parties has caused a huge delay in the project schedule, also causing cost overruns; (b) the agreement entered into contained a "no blame" condition and also a collective pain share /gain share mechanism; QUESTION: would the party that felt harmed have the right to obtain a legal remedy (in court or arbitration) charging exclusively the faulty part for the damages suffered?

- ☐ yes
- ☐ no
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

23. Would a NOP have the right to interrupt its services and supply in case the Project Owner substantially delays the NOP's contractually agreed payments?

- ☐ yes
- ☐ no
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

24. Would the Project Owner have the right to obtain a legal remedy in court or arbitration (such as an indemnification or an injunction to oblige the document display) against a NOP in case the said NOP is not fulfilling its duty to maintain full transparency of information?

- ☐ yes
- ☐ no
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

25. In case of a negative answer in the previous question, how would the Project Owner protect itself against such behaviour ?

26. In the context of Project Alliancing, please, describe examples of behaviours that should be considered breach of the duty to act in good faith, that are likely to be subject to a legal action against them

27. In a Project Alliance, should the Project Owner be given the right to terminate the contract for convenience, at any moment?

- ☐ yes
- ☐ no
- ☐ I don't know or I didn't understand the question

Comments:

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment

28. If affirmative, in your opinion, what of the following conditions should be adequate:

	yes	no	I don't know or I didn't understand the question
Payment of a termination penalty by the Project Owner;	☐	☐	☐
Estimation of possible "penalties" or "bonus", proportionally to the percentage of project developed, to be paid by the Project Owner or by the NOPs, as the case may be, with due regard of the contractual pain share/gain share mechanism;	☐	☐	☐
Payment of expenses of demobilization of the NOPs, including termination costs in contracts with third parties;	☐	☐	☐

Others:

29. In a Project Alliance, which of the following situations would be appropriate to be interpreted as an "Event of Default", likely to grant the innocent party the right of contract termination (more than one choice possible)

- ☐ A breach in the duty to act in good faith
- ☐ A breach of any representation or warranty of the agreement
- ☐ Failure of one of the participants to keep full disclosure of information;
- ☐ Abandonment of the works
- ☐ Failure in the contract payments due to the NOPs or, if applicable, to the Project Owner
- ☐ A breach of any obligation of the contract
- ☐ An insolvency event of a participant, such as having a winding up order or enter into a voluntary liquidation
- ☐ Breach of confidentiality conditions
- ☐ A "wilful misconduct" of the other part;
- ☐ Other (specify)

30. Is there any situation in your view, in which the parties should be legally obliged to adopt claims for adjustments in the "Target Outturn Cost" or "Target Date", regardless of the agreement of the Project Owner or the NOPs?

Alliance Contracting. Commercial Law and Cooperative Environment**31. Any critiques or suggestions to this survey?** **32. Would you authorize your name to be included in the "thanks notice" in the final thesis?**

☐ No, thanks

☐ Yes. I prefer my name to be mentioned as below:

33. Would you like to suggest the name and e-mail of other people with experience in Project Alliancing and that would be willing to participate in this survey?

☐ No

☐ Yes. See name(s) and e-mail(s) below:

Anexo III – Relatório de Resultados da Pesquisa Empírica

O relatório a seguir apresenta, de forma detalhada, o resultado quanto às respostas ao questionário de pesquisa empírica objeto da tese de doutoramento.

a) Proposição de subgrupos a serem analisados

O questionário recebeu ao total 47 respostas, divididas em ambas as versões do questionário. A versão em língua portuguesa obteve 29 respostas, das quais 26 respostas completas e 3 respostas incompletas. A versão, em língua inglesa, obteve 18 respostas, sendo 17 respostas completas e 1 resposta incompleta.

Para a análise de resultados, tendo em vista as características dos respondentes, adotamos os seguintes subgrupos cuja análise separada poderá ser reveladora:

(i) Subgrupo Brasil: incluirá os 29 respondentes ao questionário em português (“Subgrupo Brasil”), uma vez que tal subgrupo revelará a opinião geral dos respondentes que atuaram basicamente dentro do Brasil, onde aparentemente não há ainda uma maturidade do mercado no uso de contratos de aliança.

(ii) Subgrupo Australásia: incluirá os 18 respondentes ao questionário em inglês (“Subgrupo Australásia”), uma vez que tal subgrupo se constitui em sua quase totalidade de respondentes que atuaram na Austrália e Nova Zelândia, onde há uma maior maturidade do mercado no uso de contratos de aliança.

(iii) Respondentes experientes: respondentes ao questionário que tenham tido experiência com acima de dez projetos em aliança (“Respondentes Experientes”), uma vez que a maior experiência poderá relevar uma melhor qualidade dos dados obtidos. Para algumas perguntas, poderemos considerar somente as respostas de Respondentes Experientes dentro de um determinado Subgrupo.

(iv) Respondentes jurídicos: incluirá os respondentes ao questionário que tenham exercido a função de assessoria jurídica em contratos de aliança (“Respondentes Jurídicos”), uma vez que tal subgrupo poderá revelar tendências específicas de resultados decorrentes de um possível viés cognitivo associado à tradição dos assessores jurídicos com uma percepção do contrato muito mais pela sua função de sanção a comportamentos,

algo que contraria a *hipótese de trabalho* desta tese. Para algumas perguntas, poderemos considerar somente as respostas de Respondentes Jurídicos dentro de um determinado Subgrupo.

(iv) Respondentes não jurídicos: incluirá os respondentes ao questionário que tenham exercido outras funções que não a função de assessoria jurídica em contratos de aliança (“Respondentes Não Jurídicos”), uma vez que tal subgrupo poderá isolar o possível viés cognitivo dos Respondentes Jurídicos, anteriormente mencionado. Para algumas perguntas, poderemos considerar somente as respostas de Respondentes Não Jurídicos dentro de um determinado Subgrupo.

b) Resultados quanto ao Módulo 1 do questionário: identificação dos respondentes

O primeiro módulo tem como objetivo identificar as características dos respondentes da pesquisa. As características questionadas foram: (1) experiência; (2) regiões de atuação; (3) a parte representada; (4) a função exercida; (5) o tipo de assessoria jurídica exercida. Abaixo apresentamos as características dos respondentes.

1) Quanto à experiência (Questão n.º 1)

Dentro do resultado consolidado do questionário, a experiência das partes pode ser visualizada no gráfico a seguir:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto à experiência dos respondentes:

- Predominância no resultado consolidado de respondentes com participação em 5 ou menos projetos;
- O Subgrupo Australásia possui um percentual maior de Respondentes Experientes (33,34%) do que o Subgrupo Brasil (10,3%), fator que poderá ter relevância na análise de dados.
- 16,3% dos respondentes do Subgrupo Australásia teve um nível muito alto de experiência em contratos de aliança (acima de 20 projetos), sendo que, no Subgrupo Brasil, este número equivale a zero.

2) Quanto às regiões de atuação (Questão n.º 2)

Dentro do resultado consolidado do questionário, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações preliminares quanto à região de atuação:

- Praticamente todos os profissionais do Subgrupo Australásia (94,1%), como já era esperado, tiveram atuação na Austrália e Nova Zelândia.
- Todos os profissionais do Subgrupo Brasil (100%), como já era esperado, tiveram atuação no Brasil.
- Os dados indicam que as amostras se concentraram muito no Brasil e na Austrália e Nova Zelândia, fato explicável em razão da forma de indicação dos potenciais respondentes, anteriormente explicada.

(1) Quanto à parte representada (Questão n.º 3)

Dentro do resultado consolidado do questionário, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto à parte representada pelo profissional:

- Os resultados consolidados demonstram equilíbrio numérico entre representantes de Donos da Obra e NOPs (*“Non Owner Participants”*).
- Curiosamente, esse equilíbrio se repete no Subgrupo Brasil e no Subgrupo Australásia.

3) Quanto à função exercida (Questão n.º 4)

Dentro do resultado consolidado do questionário, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto à função exercida pelo profissional:

- Os resultados do Subgrupo Brasil demonstram uma predominância numérica relevante de Respondentes Jurídicos (77,8%) sobre os Respondentes Não Jurídicos (22,8%).
- Os resultados do Subgrupo Australásia demonstram uma predominância numérica relevante de Respondentes Não Jurídicos (76,5%) sobre os Respondentes Jurídicos (23,5%).
- Considerando o número superior de Respondentes do Subgrupo Brasil, os resultados consolidados demonstram uma predominância leve de Respondentes Jurídicos (56,8%) sobre os Respondentes Não Jurídicos (43,2%).

4) Quanto ao tipo de assessoria jurídica exercida (Questões n.º 5 e 6)

As questões 5 e 6, direcionadas somente aos Respondentes Jurídicos, objetivam compreender o perfil de assessoria jurídica prestada pelos Respondentes Jurídicos em contratos de aliança. Aos Respondentes Não Jurídicos o próprio sistema da plataforma SurveyMonkey pula as questões. Além disso, pela configuração do sistema, somente responderiam a questão 6 os Respondentes Jurídicos que declarassem que exerciam sua assessoria jurídica predominantemente após a celebração do contrato.

O intuito é, a partir do perfil de assessoria jurídica prestada, obter elementos que possam ajudar a compreender o perfil de conflitos existentes em contratos de aliança, após sua celebração. Em nossa percepção, o contrato de aliança, em sua versão mais cooperativa, denominada por alguns de *pure alliancings*, não seria compatível com certos tipos de assessoria jurídica posteriores à celebração do contrato. Pelo modelo de alocação compartilhada de riscos e responsabilidades, nossa visão é de que, se houvesse alguma prestação de serviços jurídicos posteriormente à celebração do contrato, provavelmente essa assessoria seria prestada à aliança como um todo, em suas relações com terceiros. Não seria, portanto, compatível com o modelo organizacional do contrato de aliança que as partes, em regra, contratassem assessoria jurídica voltada a obter proteção estratégica em conflitos internos à aliança.

Dentro do resultado consolidado do questionário, o resultado foi consistente com a percepção acima indicada.

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado também é consistente com o argumento indicado acima:

Dentro do Subgrupo Brasil, somente um respondente declarou ter atuado preponderantemente após a celebração do contrato. Os Respondentes Jurídicos que escolheram “Outro”, especificaram que prestaram assessoria jurídica em ambas as fases, igualmente.

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, todos os 4 Respondentes Jurídicos indicaram que prestaram sua assessoria jurídica somente na fase de negociação, até a celebração do contrato.

Observações quanto ao tipo de assessoria jurídica exercida:

- Os resultados demonstram uma enorme preponderância (83,5%) da atuação de assessorias jurídicas somente na fase de negociação, até a celebração do contrato, sobretudo no Subgrupo Australásia.

a) Resultados quanto ao Módulo 2 do questionário: Definição da Aliança

Conforme anteriormente mencionado, o Módulo 2 objetiva identificar a percepção dos respondentes acerca dos elementos principais dos contratos de aliança. A questão n.º 7 elenca 16 elementos usualmente associados aos contratos de aliança, consoante opinião de literatura especializada, solicitando aos respondentes que identifiquem a relevância – entre essencial, relevante, pouco relevante e irrelevante – que cada um desses elementos possui neste contexto.

1) Resultado consolidado

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Na modalidade Aliança, de acordo com sua percepção, qual a relevância das ferramentas e condições a seguir?						
Opções de Respostas	Essencial	Relevante	Pouco relevante	Irrelevante	Não sei responder	Respostas
Formalização através de dois instrumentos contratuais distintos, sendo um deles para a etapa inicial, de desenvolvimento da aliança, e o outro para a etapa de execução das obras do empreendimento	5	16	15	5	1	42
	12%	38%	36%	12%	2%	
Integração entre equipes do Dono do Projeto e dos outros membros participantes da aliança (“NOPs” ou “non owner participants”)	36	5	1	0	0	42
	86%	12%	2%	0%	0%	
Modelo amplo de governança da aliança, com definição de competências, procedimentos, órgãos e instâncias decisórias	27	14	1	0	0	42
	64%	33%	2%	0%	0%	
Decisões tomadas sempre em consenso entre todos os participantes da aliança, em condições de paridade entre os membros	20	18	4	0	0	42
	48%	43%	10%	0%	0%	
Decisões tomadas de acordo com o princípio “melhor para o projeto”	29	11	2	0	0	42
	69%	26%	5%	0%	0%	
Atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento	34	7	0	0	0	41
	83%	17%	0%	0%	0%	
Modelo de remuneração/penalização dos NOPs (outros membros da aliança que não o “dono da obra”) que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto	26	15	1	0	0	42
	62%	36%	2%	0%	0%	
Cláusula limitando eventuais penalidades e responsabilidades do(s) NOP(s) ao valor do lucro ou da soma de lucro e overhead por ele(s) recebidos	18	19	5	0	0	42
	43%	45%	12%	0%	0%	
Dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé	35	7	0	0	0	42
	83%	17%	0%	0%	0%	
Sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto (“pain share/gain share mechanism”)	33	9	0	0	0	42
	79%	21%	0%	0%	0%	
Compromisso com a condição “no blame”	24	13	4	0	1	42
	57%	31%	10%	0%	2%	
Compromisso com a condição “no	20	17	3	1	1	42

dispute”	48%	40%	7%	2%	2%	
Direito do Dono do Projeto de terminar os contratos de aliança por mera conveniência	6	20	8	7	1	42
	14%	48%	19%	17%	2%	
Regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”)	35	6	1	0	0	42
	83%	14%	2%	0%	0%	
Regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes	33	10	0	0	0	43
	77%	23%	0%	0%	0%	
Modelo de concorrência para contratação dos NOPS sem utilização de concorrência de preços	10	13	10	6	2	41
	24%	32%	24%	15%	5%	
Responderam à Questão						42
Pularam a Questão						5

Portanto, considerando o resultado consolidado, as 5 condições que receberam mais respostas qualificadas como condições essenciais dos *contratos de aliança* foram:

- Integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPS (86%);
- Atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento (83%);
- Dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (83%);
- Regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”) (83%);
- Sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPS e Dono do Projeto (“*pain share/gain share mechanism*”) (79%).

Considerando o resultado consolidado, as 8 condições que receberam mais respostas qualificadas como condições essenciais ou condições relevantes dos *contratos de aliança* foram:

- atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento (100%);
- sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPS e Dono do Projeto (“*pain share/gain share mechanism*”) (100%);
- dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (100%);
- regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes (100%);
- integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPS (98%);

- modelo amplo de governança da aliança, com definição de competências, procedimentos, órgãos e instâncias decisórias (98%);
- regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”) (98%);
- modelo de remuneração/penalização dos NOPs que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto (98%).

2) Subgrupo Brasil

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Na modalidade Aliança, de acordo com sua percepção, qual a relevância das ferramentas e condições a seguir?						
Opções de Respostas	Essencial	Relevante	Pouco relevante	Irrelevante	Não sei responder	Respostas
Formalização através de dois instrumentos contratuais distintos, sendo um deles para a etapa inicial, de desenvolvimento da aliança, e o outro para a etapa de execução das obras do empreendimento	4	7	10	4	0	25
	16%	28%	40%	16%	0%	
Integração entre equipes do Dono do Projeto e dos outros membros participantes da aliança (“NOPs” ou “non owner participants”)	23	2	0	0	0	25
	92%	8%	0%	0%	0%	
Modelo amplo de governança da aliança, com definição de competências, procedimentos, órgãos e instâncias decisórias	17	8	0	0	0	25
	68%	32%	0%	0%	0%	
Decisões tomadas sempre em consenso entre todos os participantes da aliança, em condições de paridade entre os membros	13	10	2	0	0	25
	52%	40%	8%	0%	0%	
Decisões tomadas de acordo com o princípio “melhor para o projeto”	17	6	2	0	0	25
	68%	24%	8%	0%	0%	
Atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento	21	3	0	0	0	24
	88%	13%	0%	0%	0%	
Modelo de remuneração/penalização dos NOPs (outros membros da	14	10	1	0	0	25
	56%	40%	4%	0%	0%	

aliança que não o “dono da obra”) que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto						
Cláusula limitando eventuais penalidades e responsabilidades do(s) NOP(s) ao valor do lucro ou da soma de lucro e overhead por ele(s) recebidos	13	8	4	0	0	25
	52%	32%	16%	0%	0%	
Dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé	21	4	0	0	0	25
	84%	16%	0%	0%	0%	
Sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto (“pain share/gain share mechanism”)	21	4	0	0	0	25
	84%	16%	0%	0%	0%	
Compromisso com a condição “no blame”	13	7	4	0	1	25
	52%	28%	16%	0%	4%	
Compromisso com a condição “no dispute”	11	9	3	1	1	25
	44%	36%	12%	4%	4%	
Direito do Dono do Projeto de terminar os contratos de aliança por mera conveniência	3	12	7	2	1	25
	12%	48%	28%	8%	4%	
Regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”)	21	3	1	0	0	25
	84%	12%	4%	0%	0%	
Regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes	21	4	0	0	0	25
	84%	16%	0%	0%	0%	
Modelo de concorrência para contratação dos NOPs sem utilização de concorrência de preços	8	6	6	2	2	24
	33%	25%	25%	8%	8%	
Responderam a Questão						25
Pularam a Questão						4

Portanto, considerando o Subgrupo Brasil, as 6 condições que receberam mais respostas qualificadas como condições essenciais dos *contratos de aliança* foram:

- integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPs (92%);
- atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento (87%);
- dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (84%);
- regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”) (84%);
- sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto (“*pain share/gain share mechanism*”) (84%);

- regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes (84%).

Considerando o Subgrupo Brasil, as 8 condições que receberam mais respostas qualificadas como condições essenciais ou condições relevantes dos *contratos de aliança* foram:

- atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento (100%);
- sistema de compartilhamento coletivo de riscos e de benefícios entre NOPs e Dono do Projeto (“*pain share/gain share mechanism*”) (100%);
- dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (100%);
- regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes (100%);
- integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPs (100%);
- modelo amplo de governança da aliança, com definição de competências, procedimentos, órgãos e instâncias decisórias (100%);
- regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”) (96%);
- modelo de remuneração/penalização dos NOPs que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto (96%).

3) Subgrupo Australásia

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

In the Alliance Contracts, in accordance with your perception, what is the relevance of the following tools and conditions ?						
Opções de Respostas	Essential	Relevant	Slightly Relevant	Irrelevant	I don't know	Respostas
Execution of two distinct agreements, one being for the initial stage, of alliance development, and the other for the stage of actual execution of the works of the project;	1	9	5	1	1	17
	6%	53%	29%	6%	6%	

Integration between the teams of the Project Owner and the other members of the Alliance (“NOPs”);	13	3	1	0	0	17
	76%	18%	6%	0%	0%	
Comprehensive model of contract governance, with the definition of competences, procedures and different decision making instances;	10	6	1	0	0	17
	59%	35%	6%	0%	0%	
Decisions always to be taken in common agreement among all alliance members, in a peer-to-peer condition;	7	8	2	0	0	17
	41%	47%	12%	0%	0%	
Decisions to be taken in accordance with the principle “best for project”;	12	5	0	0	0	17
	71%	29%	0%	0%	0%	
Attribution of joint responsibility for the delivery of the project;	13	4	0	0	0	17
	76%	24%	0%	0%	0%	
Model of payment/penalisation of the NOPs taking into consideration the alliance performance in the project;	12	5	0	0	0	17
	71%	29%	0%	0%	0%	
Condition limiting the possible penalties/pain share to be paid by the NOP(s) to the sum of profit or profit and overhead received by each;	5	11	1	0	0	17
	29%	65%	6%	0%	0%	
Duty of the members to always act in good faith;	14	3	0	0	0	17
	82%	18%	0%	0%	0%	
“pain share/gain share mechanism”, with collective allocation of risks and rewards between NOPs and Owner;	12	5	0	0	0	17
	71%	29%	0%	0%	0%	
Commitment to the “no blame” condition;	11	6	0	0	0	17
	65%	35%	0%	0%	0%	
Commitment to the “no dispute” condition;	9	8	0	0	0	17
	53%	47%	0%	0%	0%	
Right of the Project Owner to terminate the agreement for convenience;	3	8	1	5	0	17
	18%	47%	6%	29%	0%	
Regime of full transparency between alliance members (“open book”);	14	3	0	0	0	17
	82%	18%	0%	0%	0%	
Regime of direct, open and honest communication between alliance members;	11	6	0	0	0	17
	65%	35%	0%	0%	0%	
NOP selection process without price competition;	2	7	4	4	0	17
	12%	41%	24%	24%	0%	
Responderam a Questão						17
Pularam a Questão						1

Portanto, considerando o Subgrupo Australásia, as 4 condições que receberam mais respostas qualificadas como condições essenciais dos *contratos de aliança* foram:

- dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (82%);
- regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”) (82%);
- integração entre equipes do Dono do Projeto e dos NOPs (76%);
- atribuição de responsabilidade conjunta pela entrega do empreendimento (76%).

Considerando o Subgrupo Australásia, 8 condições que receberam mais respostas qualificadas como condições essenciais ou condições relevantes dos *contratos de aliança* foram:

- decisões tomadas sempre em consenso entre todos os participantes da aliança, em condições de paridade entre os membros (100%);
- modelo de remuneração/penalização dos NOPs que leve em consideração o desempenho da aliança no desenvolvimento do projeto (100%);
- dever dos membros da aliança de agir sempre em boa-fé (100%);
- sistema de compartilhamento coletivo de riscos e benefícios entre NOPs e Dono do Projeto (“*pain share/gain share mechanism*”) (100%);
- compromisso com a condição “*no blame*” (100%);
- compromisso com a condição “*no dispute*” (100%);
- regime de total transparência entre membros da aliança (“open book”) (100%);
- regime de comunicação direta, aberta e honesta entre as partes (100%).

b) Resultados quanto ao Módulo 3 do questionário: contratos de aliança e resolução de conflitos

1) Quanto ao número de disputas judiciais ou arbitrais (Questão n.º 8)

Dentro do resultado consolidado do questionário, o número de disputas arbitrais ou judiciais em que os respondentes estiveram envolvidos foi o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto ao número de disputas em que os respondentes estiveram envolvidos:

- Dentro do resultado consolidado do questionário, indicam um número muito maior de respondentes (78,6%) de respondentes que não estiveram envolvidos em disputas arbitrais ou judiciais em contratos de aliança
- Os resultados do Subgrupo Brasil não apresentaram diferenças significativas dos resultados do Subgrupo Australásia.
- A comparação do percentual de conflitos, no entanto, neste caso é pouco confiável, uma vez que, se se considerar que o perfil dos respondentes do Subgrupo Australásia possui um número consideravelmente superior de Respondentes Experientes (33,34%, em comparação a 10,3%, no Subgrupo Brasil) e que, portanto, participaram em um número muito superior de contratos de aliança.
- Para ilustrar a observação acima, pegue-se o exemplo de um dos respondentes que, notoriamente, possui experiência em mais de uma centena de projetos de aliança – conforme ele mesmo declarou ao longo

de suas respostas abertas –, ou seja, participou em um número de alianças muito maior do que a totalidade dos respondentes do Subgrupo Brasil, em conjunto. Tal respondente, no entanto, individualmente, declarou ter se envolvido em “entre 1 e 2 disputas”, em contratos de aliança.

2) *Quanto ao potencial dos contratos de aliança para redução de conflitos*
(Questão n.º 9)

Dentro do resultado consolidado do questionário, a percepção quanto à aptidão dos contratos de aliança para redução de conflitos foi a seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nesta questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “Posições das partes são naturalmente opostas, não vejo possibilidade de superar esta realidade. Considero viável apenas reduzir o antagonismo através de mecanismos de colaboração institucionalizados no contrato, no padrão DRB.”
- “Da forma como vem sendo implementado no Brasil, o ambiente adversarial não foi eliminado. Em outros países (Austrália, por exemplo) a resposta seria redução drástica da chance de disputa entre as partes.”
- “Se observados os princípios naturais do contrato de aliança. Quanto menos reminiscências da cultura epecista, maiores as chances de sucesso da parceria. Ademais, creio que a boa governança, com regimes hierárquicos bem definidos, pode colaborar bastante para evitar contenciosos.”
- “Essa tendência somente consegue ser verificada quando as partes demonstram efetivo compromisso com os princípios que norteiam os contratos em aliança (‘espírito da aliança’). Do contrário, acaba existindo um modelo híbrido em que se tem uma aliança no papel e um EPC na prática.”

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nesta questão, em específico, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “Issues are discussed and agreed by the Alliance Board.”
- “But only if alliance is set up properly.”
- “Provided the alliance is structured correctly and that the alliance culture is well maintained.”

Observações quanto ao potencial do contrato de aliança para redução de disputas:

- Os resultados demonstram significativa confiança dos respondentes no potencial do modelo do contrato de aliança para redução de conflitos, comparativamente a outros modelos.
- Esse grau de confiança, no entanto, é significativamente superior no Subgrupo Australásia, em que 100% dos respondentes reconheceram o potencial de redução de conflitos dos contratos de aliança, tendo 88% indicado uma redução drástica, e 12%, uma redução leve; no Subgrupo Brasil, 76% dos respondentes reconheceram o potencial de redução de conflitos dos contratos de aliança, tendo 56% indicado uma redução

drástica, e 20%, uma redução leve; essa diferença, por sinal, é expressamente mencionada em uma das observações realizadas no campo “comentários”.

- Os comentários realizados pelos respondentes, de maneira geral, foram indicativos de que a efetiva redução de conflitos nos contratos de aliança somente ocorre se a aliança é adequadamente implementada; ou seja, como mencionado por um dos respondentes do Grupo Australásia, há a redução de conflitos *“contanto que a aliança esteja estruturada corretamente e que a cultura da aliança seja mantida adequadamente”*.

3) Quanto ao conteúdo das disputas em contratos de aliança (Questão n.º 10)

A Questão n.º 10 solicitava aos respondentes que descrevessem sucintamente o objeto de disputas (judiciais ou arbitrais) em Alianças de Projeto de que tenham participado. A questão permitia resposta aberta.

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Brasil:

- *“Disputas relacionadas às consequências da rescisão após a definição do Target Cost e à responsabilidade do contratado pela revisão técnica dos documentos de procurement. Ainda, disputas relacionadas ao impacto decorrente do risco geológico”*.
- *“(1) cobrança de lucro sobre verbas de permanência e desmobilização em caso de suspensão das obras e posterior extinção antecipada da aliança; (2) revisão do Target Price e do Target Date em razão de eventos alheios ao controle de ambas as partes e, por outro lado, cobrança de perdas e danos por ineficiência atribuída ao NOP”*.
- *“Indefinições de projeto impactando execução gerando pleitos”*.
- *“descumprimento de obrigações exclusivas do owner”*.
- *“Participei de um pré-litígio e a disputa surgiu quando o NOP buscou receber uma compensação pelo projeto não ter dado certo após a primeira fase em razão*

de inviabilidade econômica, ou seja, o NOP deixou de considerar o princípio da Aliança de compartilhamento de lucros e riscos”.

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Australásia:

- *“I have advised clients on over 100 alliance contracts. Whilst there have been disagreements regarding issues there has never been any formal legal dispute”.*
- *“Disagreements regarding what is and is not a Target Adjustment Event. [Would not have occurred if alliance had been set up properly.]”.*
- *“Liability caps; consequential loss”.*
- *“this was a regular claim for a variation, where the owner ignored the alliance and just went straight ahead, old fashioned dinosaur style”.*
- *“Relating to interpretation of commercial model”.*

Observações quanto ao conteúdo das disputas em contratos de aliança:

- As respostas sugerem conflitos típicos de contratos de construção tradicionais, em especial aqueles relacionados a pleitos de variações.
- Alguns dos conflitos descritos, no Subgrupo Brasil, denotam ainda uma falta de compreensão sobre o modelo da aliança, comparativamente às características usualmente descritas na literatura internacional, sobretudo na Austrália.
- Digno de nota, no Subgrupo Australásia, o comentário de um notório profissional no universo dos contratos de aliança: *“I have advised clients on over 100 alliance contracts. Whilst there have been disagreements regarding issues there has never been any formal legal dispute”.*

4) Quanto à condição “no dispute” (Questões n.º 11 e 12)

As Questões n.º 11 e 12 pretendem investigar a visão dos respondentes sobre a condição “no dispute”. A Questão n.º 11 solicitava uma resposta aberta acerca da interpretação dos respondentes quanto a tal condição.

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Brasil:

- *“Reduzir as chances de reivindicações entre as partes e um espírito adversarial, encorajando maior integração e transparência”*
- *“Criar um ambiente colaborativo em que as partes devem se esforçar por buscar o consenso.”*
- *“Não creio na legitimidade dessa intenção, que representa uma espécie de renúncia prévia ao direito de postular sem que as partes saibam o que irá efetivamente ocorrer.”*
- *“Entendo que a intenção das partes possa ser de tentar reforçar a lógica da decisão por consenso, mas na prática a experiência mostrou que esse compromisso não foi tão relevante. No fim dos projetos, acabou inexistindo litígio, mas não pela cláusula de não disputa, e sim pelo acordo que evitou a disputa.”*
- *“Não conheço contratos no Brasil que contenham essa disposição. Em qualquer caso, se aqui estipulada, ela me parece apenas se referir à idéia de responsabilidade coletiva, mas nunca impedir uma parte de recorrer a instâncias arbitrais ou judiciais para determinar se os princípios, regras e procedimentos que traduzem a responsabilidade coletiva contratualmente foram ou não respeitados.”*
- *“Evitar conflitos, gastos com claims, advogados etc e não criar a expectativa de que tudo pode ser resolvido na justiça!”*
- *“Fomentar a transparência e a colaboração para se chegar ao consenso e ao melhor para o projeto.”*
- *“Evitar o custo e o tempo perdido em litígios e concentrar as soluções no âmbito e no tempo de duração do projeto.”*
- *“Forçar acordo.”*
- *“A ideia é que haja colaboração na busca de soluções consensuais em substituição à postura fiscal x contratado que normalmente predomina em EPCs.”*

- *“Forçar a integração do time e a tomada de decisão conjuntas, reduzindo a administração contratual entre as partes.”*
- *“Para forçar consenso, senão tudo irá para disputa.”*

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Australásia:

- *“Create the chance of a smooth project (all participants), stay in budget of cost and time and receive quality and value (owner) get extra profit through good performance (NOP).”*
- *“From my experience, the intention to achieve a no dispute condition was entered into in good faith and was consistently upheld during the delivery of the project. At the end, when the NOPs were in a position of losing some of their profit because the project was over budget, there were little ‘skirmishes’, but they never descended into dispute.”*
- *“No Fault, No Blame and No Dispute other than Wilful Default.”*
- *“To focus on one team and best for project decisions and therefore collective risk sharing.”*
- *“The parties irrespective of the “no dispute” clause are legal dispute avoidant given time and cost factors. It is more common that “dispute provisions” can force a negotiated position that can leave one party resentful of entering into a settlement that is considered unreasonable and unfair.”*
- *“Encourage collaboration.”*
- *“Agreement to limit rights of action against each other to a very narrow set of prescribed defaults. [Should not be seen as an agreement not to take legal action against each other (which in some jurisdictions would be an attempt to oust the jurisdiction of the courts and therefore invalid) - parties still retain right to take legal action against each other but they have agreed that only very limited breaches will give rise to enforceable rights against each other.].”*
- *“Stop blaming and to solve the problem.”*
- *“That the party will not sue unless the other party fails to adhere to the principles of the agreement.”*
- *“to resolve their issues themselves.”*
- *“The parties commit to ‘finding a way’ to resolve issues / disagreements / differences. If we haven’t found a way we haven’t tried hard enough yet.”*

- “All Alliance members have responsibility for risks and so it is accepted that blame cannot be apportioned, hence “no dispute” makes legal sense.”
- “To seek to resolve matters in some other way (eg changing scope, methodology etc) before resorting to blame.”
- “The intention is to use the commercial drivers inherent in the contract as incentive to resolve and the behaviours, especially around how to have conversations, to facilitate resolution.”

Observações quanto às respostas abertas acerca da interpretação contratual da condição “no dispute”:

- As respostas “abertas” sugerem, em linhas gerais, que a condição *no dispute* é contratualmente firmada com o objetivo de estimular a busca de consenso e de um ambiente colaborativo; menciona-se o reforço à alocação coletiva de responsabilidades e à lógica de decisões por consenso.
- De maneira geral, parece haver a compreensão de que tal condição não deve ser interpretada como renúncia ao direito de ação das partes, mas como uma condição compatível com o modelo de alocação compartilhada de riscos e responsabilidades.
- Alguns dos respondentes, sobretudo no Subgrupo Australásia, identificam que, pela condição, “no dispute”, a parte, embora tivesse o direito de ação, só teria direitos – em sentido material -, em circunstâncias limitadas. Conforme um dos comentários, a condição “*Should not be seen as an agreement not to take legal action against each other (...) - parties still retain right to take legal action against each other but they have agreed that only very limited breaches will give rise to enforceable rights against each other.*”

A Questão n.º12 questionava os respondentes acerca da relação entre a formalização da condição “no dispute” e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto à relação entre a formalização da condição “no dispute” e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto:

- Os resultados demonstram que, de maneira geral, a visão dos respondentes é de que há um efeito positivo – forte ou levemente – entre a formalização da condição “no dispute” e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.
- Essa percepção positiva da formalização da condição *no dispute*, no entanto, é significativamente superior no Subgrupo Australásia, em que 100% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 76,5% indicado um efeito fortemente positivo, e 23,5%, um efeito levemente positivo; no Subgrupo Brasil, 88% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 44% indicado um efeito fortemente positivo, e 44%, um efeito levemente positivo.
- Essa conformação de resultados é similar aos resultados da Questão n.º 9 em que os respondentes eram questionados acerca do potencial do contrato de aliança à redução de conflitos.

5) Quanto à condição “no blame” (Questões n.º 13 e 14)

As Questões n.º 13 e 14 pretendem investigar a visão dos respondentes sobre a condição “no blame”. As questões são, de fato, um espelho das Questões n.º 11 e 12. Embora, na literatura acerca dos contratos de aliança, “no blame” e “no dispute” sejam frequentemente tratados como sinônimos, optamos por incluir questionamentos a tais condições, de forma separada. Em nossa visão, há um sentido lógico para ambas as condições que, embora correlacionadas, são essencialmente diferentes⁵¹⁶. O objetivo da separação é, portanto, compreender se há de fato um sentido lógico em compreender as condições como distintas.

A Questão n.º 13 solicitava uma resposta aberta acerca da interpretação dos respondentes quanto a tal condição.

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Brasil:

- *“Aumentar o foco no resultado coletivo e não individual. Reduzir as chances de reivindicações entre as partes e um espírito adversarial, encorajando maior integração e transparência.”*
- *“Criar um ambiente colaborativo em que as partes devem se esforçar por buscar o consenso. Como o “no blame” guarda exceções específicas, as equipes das partes tendem a considerar que fora dessas condições específicas elas devem procurar um maior alinhamento com a outra parte, melhorando sensivelmente a comunicação.”*
- *“Entendo que decorre da premissa de decisão conjunta.”*
- *“Reforçar a ideia de parceria e de integração dos times em nome do propósito comum.”*
- *“Que todos estão ‘no mesmo barco’.”*
- *“Unificar objetivo, mas hoje o efeito é muito baixo tendo em vista a não cultura de cooperação entre as partes.”*

⁵¹⁶ V. nossa explicação, no item 1.5.3 do Capítulo 1.

- *“Idem resposta sobre condição “no dispute”. Me parece apenas uma outra maneira de referir aos princípios, regras e procedimentos de responsabilidade coletiva.”*
- *“Fortalecer o entendimento de responsabilidade comum pela consecução dos trabalhos.”*
- *“busca do consenso.”*
- *“Sacramentar a distribuição do risco e buscar soluções que atendam, primeiramente, ao projeto.”*
- *“Forçar acordo.”*
- *“Também aqui a ideia seria afastar a postura dual entre fiscal x contratado que acaba resultando em uma relação ‘nós’ x ‘eles’ com a pressuposição de que o outro lado quer sempre levar vantagens (por vezes indevidas) e não reconhecer suas falhas.”*
- *“para que de fato a transparência entre as partes possa ser exercida e a condição de decisão de “melhor para o Projeto” possa ser exercida.”*
- *“Forçar a integração do time e a tomada de decisão conjunta, reduzindo a administração contratual entre as partes.”*
- *“para reforçar o consenso.”*
- *“Incentivar o acordo, alcançando a melhor solução para o projeto, que normalmente é não paralisá-lo por discussões sobre os problemas advindos.”*

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Australásia:

- *“See no 9 above.”*
- *“As per earlier comment”*
- *“No Fault, No Blame and No Dispute other than Wilful Default.”*
- *“to ensure best for alliance decisions.”*
- *“as for #10 collective risk sharing and best for project decisions”*
- *“The parties intention is one of collaboration and best for project intent.”*
- *“To limit enforceable rights against each (to a very narrow set of prescribed breaches).”*
- *“Avoid a culture of blame.”*
- *“That all parties will focus their energies on finding a solution to a problem, not on investigating who caused it.”*

- *“to resolve their issues themselves (I do not see a great difference with the no dispute clause).”*
- *“We still have ‘blame’ in the sense of accountability, but pinpointing exactly who is to blame is much less important than figuring out a way to fix the problem and prevent its recurrence.”*
- *“They tend to focus on solving the problem rather than wasting time and effort on blaming others.”*
- *“As above”*
- *“To focus entirely on delivering the project. Not a license for poor or bad behaviour.”*

Observações quanto às respostas abertas acerca da interpretação contratual da condição “no blame”:

- As respostas no Subgrupo Brasil sugerem duas principais interpretações à condição “no blame”: a) aumentar a ênfase na atribuição coletiva de responsabilidades, aumentando o foco na integração e no resultado coletivo e não individual; e b) incentivar as partes a buscar soluções consensuais e ambiente colaborativo;
- As respostas no Subgrupo Australásia sugerem duas principais interpretações à condição “no blame”: a) sinônimo da condição “no dispute”; e b) incentivar as partes a focar na solução dos problemas, em vez de focar na atribuição de culpa.
- Esta segunda interpretação, muito mencionada no Subgrupo Australásia é compatível com a interpretação principal que demos à condição “no blame”, de que – aproveitando comentário de um dos respondentes - *“all parties will focus their energies on finding a solution to a problem, not on investigating who caused it.”*

A Questão n.º 14 questionava os respondentes acerca da relação entre a formalização da condição “no blame” e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto à relação entre a formalização da condição “no blame” e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto:

- Os resultados demonstram que, de maneira geral, a visão dos respondentes é de que há um efeito positivo – forte ou levemente – entre a formalização da condição “no blame” e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.
- Essa percepção positiva da formalização da condição *no blame*, no entanto, é significativamente superior no Subgrupo Australásia, em que 94,1% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 70,6% indicado um efeito fortemente positivo, e 23,5%, um efeito levemente positivo; no Subgrupo Brasil, 84% dos respondentes reconheceram a correlação positiva, tendo 48% indicado um efeito fortemente positivo, e 36%, um efeito levemente positivo.
- Essa conformação de resultados é quase idêntica aos das questões sobre a condição “no dispute” (Questão n.º 11 e 12) e similar aos resultados da

Questão n.º 9 em que os respondentes eram questionados acerca do potencial do contrato de aliança à redução de conflitos.

6) *Quanto aos mecanismos de solução de conflitos são mais compatíveis com a realidade dos Contratos de Aliança (Questão n.º 14)*

A Questão n.º 14 solicitava aos respondentes que indicassem quais tipos de cláusulas prevendo mecanismos de solução de conflitos são mais compatíveis com a realidade dos contratos de aliança. A resposta permitia mais de uma resposta.

O objetivo da inclusão da questão no questionário foi testar a percepção mencionada frequentemente na literatura sobre contratos de aliança de que os contratos de aliança são, de fato, incompatíveis com a previsão de cláusulas de solução de controvérsias, conforme mencionamos no item 1.5.3 do Capítulo 1. Confirmar essa percepção poderia ter consequências em relação ao problema de *crowding out* referido no item 2.3.2.1 do Capítulo 2, pois poderia indicar uma visão de que a mera formalização da cláusula de resolução de controvérsias poderia ter algum efeito negativo à solução interna dos conflitos.

Dentro do resultado consolidado do questionário, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto aos mecanismos de solução de conflitos que são mais compatíveis com a realidade dos Contratos de Aliança:

- Os resultados consolidados não demonstram uma tendência significativa de preferência por um mecanismo específico, embora um consenso tenha se feito presente: nenhum dos respondentes indicou a “eleição de foro no Poder Judiciário” como uma alternativa à solução de controvérsias em contratos de aliança.
- As respostas dos Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia apresentaram diferenças significativas.
- Cláusula arbitral.
 - No Subgrupo Brasil, a Cláusula Arbitral foi o mecanismo mais indicado (75% dos respondentes).
 - No Subgrupo Australásia, nenhum dos 17 respondentes indicou a arbitragem como mecanismo adequado.
- Ausência de cláusulas de resolução de disputas.
 - No Subgrupo Australásia, 41,2% dos respondentes indicaram não ser compatível a inclusão de cláusulas de resolução de disputas, tendo esta sido a resposta mais recorrente desse Subgrupo. Esse percentual se reduz para 25% quando são considerados somente os Respondentes Jurídicos do Subgrupo Australásia.
 - No Subgrupo Brasil, um único respondente (4,17%) optou por tal resposta, entre os 24 que responderam tal questão; curiosamente, este respondente era um Respondente Jurídico.

7) *Quanto à correlação entre alocação individualizada de riscos e incentivos à cooperação (Questão n.º 16)*

A Questão n.º16 questionava os respondentes acerca da correlação entre a alocação individualizada de riscos e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto. O objetivo aqui era compreender se, pela percepção das

partes, a alocação individualizada de riscos, em contextos de projetos com maior riscos e incertezas, poderia aumentar ou reduzir o comportamento cooperativo das partes, o que seria um tema relacionado à *hipótese de trabalho* desta tese.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto à relação entre a alocação individualizada de riscos e responsabilidades e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto:

- Os resultados demonstram que, de maneira geral, a visão dos respondentes é de que, em projetos de grande risco e incertezas, há um efeito negativo – forte ou levemente – entre a alocação individualizada de riscos e responsabilidades e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.
- Essa percepção negativa da alocação individualizada de riscos não é significativamente diferente nos resultados do Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia. A diferença, não significativa, aparece no percentual de respondentes que têm percepção positiva – forte ou levemente – da alocação individualizada de riscos (11,8% no Subgrupo Australásia e 25% no Subgrupo Brasil).

8) *Quanto à correlação entre alocação compartilhada de riscos e incentivos à cooperação (Questão n.º 17)*

A Questão n.º17 questionava os respondentes acerca da correlação entre a alocação compartilhada de riscos e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto. O objetivo aqui era compreender se, pela percepção das partes, a alocação compartilhada de riscos, em contextos de projetos com maior riscos e incertezas, poderia aumentar ou reduzir o comportamento cooperativo das partes, o que seria um tema relacionado à *hipótese de trabalho* desta tese.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Observações quanto à relação entre a alocação compartilhada de riscos e responsabilidades e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto:

- Os resultados demonstram que a visão de 100% dos 40 respondentes a essa questão é de que, em projetos de grande risco e incertezas, há um efeito positivo – forte ou levemente – entre a alocação compartilhada de riscos e responsabilidades e a motivação das partes em trabalhar cooperativamente para atingir o sucesso do projeto.
 - O resultado acima, aparentemente, não é totalmente coerente com o resultado da Questão n.º 16, na qual um percentual de 19.5% dos respondentes entendeu haver uma correlação positiva – forte ou levemente – entre a alocação individualizada de riscos e a capacidade cooperativa das partes.
- Essa percepção positiva da alocação compartilhada de riscos não é significativamente diferente nos resultados do Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia. O percentual de respondentes que têm percepção fortemente positiva da alocação compartilhada de riscos é levemente superior no Subgrupo Australásia (94% no Subgrupo Australásia e 74% no Subgrupo Brasil).

e) Resultados quanto ao Módulo 4 do questionário: situações de conflitos e interpretação dogmática do contrato de aliança

Conforme mencionado, o objetivo do quarto e último módulo do questionário era auxiliar no desenvolvimento e interpretação de uma dogmática jurídica contratual que utilize ferramentas alinhadas com as expectativas dos agentes envolvidos em tais projetos. Algumas das questões criavam situações hipotéticas de conflitos, nas quais os respondentes eram colocados diante do dilema entre a aplicação dos chamados “princípios da aliança”, calcados em conceitos colaborativos, como *no blame*, *no dispute* e *decisões por consenso*, e a aplicação de princípios tradicionais da dogmática, como a responsabilização por culpa e o princípio da força obrigatória dos contratos.

1) *Imprevisibilidade, flexibilidade, governança contratual e boa-fé (Questões n.º 18 e 19)*

As Questões n.º 18 e n.º 19 apresentavam um conflito hipotético sobre um aspecto central dos contratos complexos e, em especial, dos contratos de construção: a flexibilização contratual diante de variações das condições de execução das obras. Tal questão encontra-se no cerne de grande parte das disputas existentes em matéria de contratos de construção.

No conflito hipotético descrito, estavam presentes pressupostos tradicionais de flexibilização contratual – contrato de longo prazo, evento imprevisível, desproporção de preço, ausência de culpa. Ainda, segundo dado da questão, o contrato previa que somente por aprovação unânime da governança da aliança poderia o “custo-alvo” ser alterado. Diante desses pressupostos, os respondentes eram questionados se o NOP que se sentisse prejudicado teria o direito de reequilibrar o valor do “custo-alvo”, ainda que, pelo sistema de governança da aliança, as partes não tivessem chegado a um consenso.

A ideia era compreender a visão dos respondentes sobre como resolver o dilema entre aplicar simplesmente regras de flexibilização contratual diante de uma regra de cunho “processual” do contrato de aliança.

O objetivo de fundo era tentar iluminar um dilema mais profundo e abstrato por trás desse aparentemente simples dilema.

As regras de flexibilização contratual, no fundo, na tradição brasileira, são essencialmente ligadas à visão do contrato como declarações de vontades referentes à substância da troca. O elemento que tradicionalmente justifica a flexibilização contratual é justamente o fato de a declaração ter sido dada em um estado das coisas que, posteriormente à celebração contratual, veio a se alterar. Esse elemento seria uma condição resolutiva implícita no contrato, conhecida como cláusula *rebus sic standibus*.⁵¹⁷

⁵¹⁷ Segundo RENATO JOSÉ DE MORAES, há uma dicotomia entre a noção *lato sensu* e *stricto sensu* da cláusula *rebus sic standibus*. Segundo a definição *stricto sensu*, a cláusula *rebus sic standibus* “é a cláusula pela qual os contratos de execução periódica, continuada ou simplesmente diferida, podem ser, ou revisados, com o

Por outro lado, a regra de decisões por consenso, nos contratos de aliança, é uma regra que, de certo modo, relativiza a declaração de vontade, no ato de formação do contrato. Até porque os consensos vão se formando, ao longo do contrato, com novas declarações de vontade, igualmente necessárias e importantes. A Questão n.º 18 cria então o dilema entre o paradigma do contrato como “acordo de vontades” ou como “estrutura de governança”. Sendo mais preciso, coloca-se em conflito uma visão de autonomia da vontade voltada para a troca de declarações – contrapostas – no ato de formação do contrato, ou voltada para declarações de vontades voltadas à forma de funcionamento do contrato para atingimento do objetivo comum da aliança.

Em nossa percepção, o “contrato como governança”, nesse conflito hipotético, seria visto como mais adequado do que o “contrato como promessa”, justamente em razão da ineficiência do modelo tradicional de contrato para lidar com o problema da flexibilização contratual, entre outras coisas, em virtude do problema do *crowding out*.⁵¹⁸

Em concreto, nossa visão era de que a resposta mais adequada à questão seria que, mesmo diante de uma situação clássica de reequilíbrio, a regra de governança – decisão por consenso – prevaleceria sobre a regra de flexibilização. Portanto, acreditávamos que os profissionais envolvidos em projetos de aliança poderiam partilhar essa interpretação e que, portanto, o NOP, no conflito hipotético, não teria o direito de obter uma decisão judicial ou arbitral que lhe garantisse o reequilíbrio contratual.

Reconhecemos, todavia, que o resultado possa ter seu significado relativizado pelo fato de que outras justificativas, não diretamente relacionadas ao dilema supramencionado – entre contrato governança e contrato promessa –, podem explicar a opção pela resposta de que o NOP, no caso, não teria o direito ao reequilíbrio. É possível que a motivação de respondentes para adotar uma resposta “não” possa ter sido, por exemplo, a visão de muitos autores de que, em situações de “oneridade excessiva”, é possível a resolução contratual, e não propriamente o reequilíbrio.

reajustamento das prestações, ou simplesmente resolvidos, devido à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível para as partes, que desequilibrou a relação contratual de maneira grave” (*Cláusula rebus sic stantibus*, p. 29-30).

⁵¹⁸ V. item 2.4.2 do Capítulo 2.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nesta questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “Dependendo naturalmente dos termos do contrato. De modo geral, não é vedado que o risco de força maior, em contratos interempresariais, seja compartilhado pelas partes.” **[Não, o NOP não teria o direito].**
- “Depende. O requisito do consenso não implica tornar a cláusula puramente potestativa, como se o Dono do Projeto pudesse conceder seu consenso ou não por simples capricho. Ao mesmo tempo, o direito à revisão não é automático, pois depende da avaliação de série relevante de circunstâncias (p.ex., da fase preliminar à aliança, em que as partes teriam trabalhado conjuntamente na identificação, avaliação e quantificação de riscos).” **[Não sei ou não entendi a questão].**
- “Embora o contencioso venha a desnaturar a aliança, parece-me que seria injusto sustentar uma situação de desequilíbrio, onerando-se apenas uma das parceiras.” **[Sim, o NOP teria direito].**
- “A unanimidade é desejada, porém pode não ser obtida. Nesse caso, as partes necessitam de solução alternativa.” **[Sim, o NOP teria direito].**
- “Essa resposta considera a premissa de que as decisões do órgão máximo da aliança, desde que tomadas em observância ao contrato, devem ser respeitadas. No entanto, seria necessária uma avaliação mais detida do caso concreto para avaliar se as regras de decisão do órgão máximo respeitam o ‘espírito da aliança’ (ausência de voto de minerva), bem como se não houve ‘abuso de poder’ por parte do Owner. Além disso, essa análise deve ser coordenada com as disposições sobre bônus e penalidades: em tese, o reembolso dos custos sempre existirá, e os impactos de eventos como esse cairão nos bônus e penalidades. Nesse cenário, seria razoável pensar em um mecanismo que, de alguma forma, expurgasse esses custos da comparação entre Custo Real e Custo-Alvo - essa parece ser uma forma de efetivamente compartilhar riscos, pois, se entrar no Custo Real sem a devida revisão do Custo-Alvo, o risco desses eventos ficará apenas com o contratado.” **[Não, o NOP não teria o direito].**

- *Aliança pressupõe regras contratuais entre as partes que definem Objeto e Escopo, que tenham sido preferencialmente estudados , finalizados e orçados em conjunto pelas partes. Assim, e com base nos pilares de sustentação da Aliança, que são as regras de Transparência, Open Book e Bom Senso , eventual evento superveniente imprevisível ao escopo da Aliança deve ter seu custo sob a responsabilidade do Dono do Projeto. [Sim, o NOP teria direito].*
- *O compartilhamento de lucros e riscos deve abranger os eventos invariáveis, portanto, não deve penalizar apenas o NOP e nem repassar o custo apenas ao Owner. [Sim, o NOP teria direito].*

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destadas a seguir:

- *“This really depends on how the contract was written. Alliance contracts are getting more ‘polluted’ with traditional contracting clauses and protections, so in*

that instance, it may be that the NOP has some right to recourse.” [No, the NOP would not have the right].

- *“In Australian common law subject to the law of liquidated damages and penalty as discussed in the recent High Court decision in Andrews and laws relating to relief against forfeiture[“]. [No, the NOP would not have the right].*
- *“However, in setting the Alliance Agreement it is usual to include a Schedule which identifies and pre-agrees the kinds of events that would lead to a change in the TOC or the program. In the situation described in #16 the Alliance has irretrievably broken down and probably would end up in the courts.” [No, the NOP would not have the right].*
- *“The "hypothetical" highlights the need for careful consideration in the assessment and allocation of risk to reasonable risk levels that are within the risk management scope for the NOP. Owners should not unreasonably allocate risk that are not balanced with reward and capacity to manage risk. Given that the risk consequences are limited to profit and overhead for the NOP, the NOP must accept that this outcome can occur even where it is a low probability potential outcome. The NOP should make an appropriate risk assessment and understand the risk it is accepting. It is rare that a project incurs a risk that is not in any way able to be foreseen. However events with low levels of likelihood are sometimes dismissed as "so unlikely it will not happen" and where events occur, commercial drivers challenge alignment and unanimous decision making.” [No, the NOP would not have the right].*
- *“The Target Adjustment Guidelines process, if conducted properly and integrated correctly into the Alliance Agreement, should leave no doubt as to whether such external risks are shared collectively or retained unilaterally by the owner (normally would/should be a shared risk).” [No, the NOP would not have the right].*

- *“Under many constitutions, access to court is a basic right, despite what we agree in alliance contracts; in the end it should be the ultimate remedy. However, that could ruin the alliance, unless parties agree to disagree and proceed to court.”* **[Yes, the NOP would have the right].**
- *“Having such a right would go against the approach that ‘we’re all in this together’; would be going back to the ‘bad old days’.”* **[No, the NOP would not have the right].**
- *“If the Alliance Board did not reach a decision, then it can be assumed that the alliance relationship has failed and hence no longer functioning. A Breach can be considered and this leads to legal resolution.”* **[Yes, the NOP would have the right].**
- *“Should be resolved at the Alliance Board level, and such events (as you have described) in my experience were resolved there.”* **[No, the NOP would not have the right].**

Observações quanto ao dilema entre direito de reequilíbrio contratual e normas de governança:

- Os resultados consolidados demonstram um resultado equilibrado entre o direito do NOP de reequilibrar o “Custo-Alvo” (43,9%) e o respeito estrito à regra de governança por consenso (53,7%), com uma ligeira vantagem deste último.
- Análise comparativa. A análise comparativa do Subgrupo Brasil e do Subgrupo Australásia, no entanto, é muito reveladora, pois mostra resultados diametralmente opostos.
 - A maioria dos respondentes do Subgrupo Brasil entendeu que, no conflito hipotético, o NOP teria o direito ao reequilíbrio contratual (66,7%).

- A maioria dos respondentes do Subgrupo Australásia entendeu que, no conflito hipotético, o NOP não teria o direito ao reequilíbrio contratual (88,2%).
- A diferença acima citada é significativa e demonstra uma visão distinta acerca da melhor solução de um conflito concreto.
- Na solução do dilema de princípios, explicada no início deste item, os resultados podem dar indício de que a visão dos respondentes no Subgrupo Brasil aponta para o paradigma do “contrato promessa”, cujo sistema normativo é muito mais identificado com a substância da “troca”, e a visão dos respondentes no Subgrupo Australásia aponta para o paradigma do “contrato como governança”, cujo sistema normativo é direcionado a organizar os procedimentos de tomada de decisão, necessários a que as partes atinjam seus objetivos comuns.
- Algumas observações são informativas para compreensão do problema. Algumas delas fazem a coerente ressalva de que a resposta à questão dependerá das condições do contrato. De fato, no entanto, as observações denotam, de maneira geral, uma visão distinta entre Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia.
- No Subgrupo Australásia, três aspectos foram ressaltados:
 - a importância de um planejamento e delimitação de casos de variação, previamente à celebração da segunda etapa do contrato de aliança, com a ressalva de que os riscos residuais (não alocados) usualmente são compartilhados;
 - *“The Target Adjustment Guidelines process, if conducted properly and integrated correctly into the Alliance Agreement, should leave no doubt as to whether such external risks are shared collectively or retained unilaterally by the owner (normally would/should be a shared risk).”*
 - o risco de, se o NOP tiver o direito ao reequilíbrio independentemente de consenso, a aliança se descaracterizar, e as partes retornarem aos antigos comportamentos;

- *“Having such a right would go against the approach that ‘we’re all in this together’; would be going back to the ‘bad old days’.”*
 - A situação, na prática, provavelmente configuraria o fracasso da parceira.
- No Subgrupo Brasil, os seguintes aspectos foram ressaltados:
 - Embora a aliança fosse possivelmente descaracterizada, não seria adequado sustentar uma situação de desequilíbrio contratual.
 - As regras de governança (consenso) não podem ser absolutas; não havendo consenso, a parte teria o direito de buscar outra alternativa.
 - A questão do risco residual também é trazida, embora com interpretações distintas (ora como compartilhado, ora como alocado ao Dono da Obra).

A Questão n.º 19 busca testar o problema do dilema “governança” versus “reequilíbrio”, em um cenário um pouco mais drástico. Somente foram direcionados à Questão n.º 19 os respondentes que identificaram que o NOP não teria o direito ao reequilíbrio. Tais respondentes foram questionados se sua visão se alteraria se, no caso concreto, o Dono do Projeto continuasse a vetar, de forma pouco razoável, qualquer tentativa de reequilíbrio do NOP.

O objetivo era testar o limite da visão – compatível com a nossa – de que a regra de governança, no caso, deveria prevalecer sobre a regra de “reequilíbrio”. A nossa percepção era a de que, diante do cenário que pudesse ser caracterizado como “má-fé, a resposta pudesse ser alterada. Do ponto de vista do dilema, anteriormente mencionado – entre as regras do “contrato promessa” e do “contrato como governança” –, ao incluir o elemento “quebra de boa-fé”, estaríamos incluindo um aspecto processual do comportamento. Nesse caso, o dilema alterar-se-ia, pois o dever de boa-fé, de certo modo, também poderia ser tido como uma regra do “contrato como governança”.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “A não ser que o contrato contemplasse uma obrigação implícita de rever o Custo-Alvo, com razoabilidade, em determinadas circunstâncias como força

maior. Todavia, se o risco de incremento do Custo-Alvo tiver sido compartilhado pelas partes de forma objetiva, não vejo porque o Owner tenha que assumir o prejuízo maior para si, e manter os NOPs menos impactados.”

- “Não teria direito contanto que o veto seja justificado e de acordo com as regras contratuais. Vetar para prejudicar o NOP poderá ensejar ação contrária??? ao dono da obra.
- “Esse seria um caso emblemático de ‘abuso de poder’ do Owner, o que parece ser contrário ao ‘espírito da aliança’.”

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “In this case, it may be that the owner is not acting in good faith, and perhaps breaching the contract. Depends on the circumstances.”
- “But only if the Project Owner’s actions satisfied the Wilful default provisions and subject to previous comments.”
- “No but the Alliance is broken and the NOP could terminate as the situation would be a wilful default of the Owner’s obligations.”

- *“To the extent I understand, the no dispute clause has not been tested as limiting common law rights in relation to a breach of contract. Wilful default clauses may provide an avenue for pursuing wilful breach of contract. The benefits of conducting scenario workshops to assess the basis of any events that will lead to a TOC adjustment event during the alignment and commercial negotiations is important to preclude unreasonable behaviour on the part of either party.”*
- *“Sustained behaviour like this may amount to a Wilful Default.”*
- *“Outside my experience. In all my project alliance experience the Owner has been very mature, taking a long-term ‘relationship’ view in resolving differences.”*
- *“First the owner should not have the right to veto. Second, such behaviour would constitute ‘willful misconduct’. It is hard to see how an Alliance could continue in the circumstances, as trust would have been destroyed.”*

Observações quanto a uma situação de aparente abuso e normas de governança:

- Os resultados consolidados demonstraram uma pequena predominância da percepção de que, nessas circunstâncias, o NOP passaria a ter o direito de reequilibrar o “Custo-Alvo” (52,4%).
- As observações, no campo de comentários, sobretudo no Subgrupo Australásia, tendem a qualificar o comportamento do Dono do Projeto como abusivo, e, portanto, o NOP passaria a ter o direito. Ressalva-se o fato, todavia, de que, nessas circunstâncias, a confiança estaria acabada.

2) *Conflito de interesses e “melhor para o projeto” (Questões n.º 20 e 21)*

As Questões n.º 20 e n.º 21 tentam compreender como compatibilizar eventuais conflitos de interesse, no seio dos contratos de aliança, sobretudo se considerarmos os princípios da aliança de “melhor para o projeto” e “decisões por consenso”.

Para compreendermos a questão, adotamos situações que pudessem sugerir interpretações em situações de *conflito formal de interesses* e de *conflito material de interesses*, para utilizar terminologia usual no direito societário. Pela regra de conflito de interesses formal, o representante da empresa que tenha interesse na deliberação deve a

priori abster-se de emitir seu voto, independentemente de ele ser, ou não, contrário aos interesses coletivos. Na regra de conflito material, não há o dever de abstenção formal, mas a sanção legal *a posteriori* – invalidade, perdas e danos – em decorrência de decisão emitida de forma a contrariar os interesses da coletividade.⁵¹⁹

A nossa interpretação a essa questão era a de que, diante de uma situação de conflito formal de interesses, claramente não haveria o dever de abstenção. Já perante uma situação de conflito material de interesses, a nossa visão era a de que uma decisão que claramente contrariasse os interesses do projeto poderia ser enquadrada como uma quebra de confiança, compatível com a aplicação de algum tipo de sanção legal. Procuramos investigar essa percepção nas Questões n.º 20 e n.º 21.

i) Conflito de interesses formal (Questão n.º 20)

A Questão n.º 20 coloca o respondente frente a um problema de *conflito formal* de interesses. Os respondentes são instados a responder se um membro da governança da aliança, que tenha sido indicado por um determinado NOP, teria a obrigação de se abster de emitir seu voto em situações em que houvesse conflito de interesses entre a empresa que o indicou e os melhores interesses do projeto.

⁵¹⁹ Para uma explicação mais detalhada sobre tais conceitos, v. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, p. 39-47.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“Naturalmente depende do caso concreto, e do que o contrato tiver estabelecido, mas o conflito de interesses no âmbito da empresa que aponta membro ao time integrado por si só não deve necessariamente impor a abstenção do voto, embora em alguns casos isso possa fazer sentido.”*
- *“Obviamente não haverá abstenção diante de um conflito entre as partes, e a noção de “melhor para o projeto” tem conteúdo fortemente subjetivo, podendo ser interpretada conforme o interesse de que o faz.”*
- *“A aliança deve ser interpretada como se fosse uma sociedade. Os membros indicados pelo Owner e NOP para trabalhar no projeto devem fazê-lo no interesse deste e não de seus sócios. Este raciocínio encontraria respaldo legal se estivéssemos tratando de sociedade.”*
- *“Não me parece que seria o caso de se abster, a menos que haja cláusula que o permita a isso. Embora o membro possa recear ter seu emprego ameaçado, situações de conflito dessa natureza podem ocorrer com frequência, e o princípio da aliança deve ser preservado. A abstenção recorrente, me parece, tenderia a emperrar a tomada de decisões. Ademais, seria importante verificar em que nível da governança se encontra o membro conflitado. Creio que, se houver possibilidade de abstenção, este membro não poderá ser das hierarquias superiores, já que esta equivaleria a última instância contratual.”*
- *“1. Os participantes de uma Aliança, ainda que representando uma das empresas, devem atuar em prol da Aliança - este é o espírito e, sem ele, a Aliança não passa de uma formalidade. 2. Supondo que a decisão a ser tomada envolva tão somente o Owner e o Consórcio Construtor. Se o representante de um dos dois lados se abster, somente o outro lado resolverá a questão, o que gera desequilíbrio.”*
- *“Ele não precisaria se abster, porém deveria alinhar internamente sua posição e, se fosse o caso, recomendar a submissão do caso ao órgão deliberativo superior. Como essas situações podem ser recorrentes, a opção pela abstenção pode gerar problemas de ordem prática, com inúmeros casos em que não seria possível decidir - o que por si só é uma situação contrária aos princípios da aliança.”*

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“Again, depends on the circumstances. Generally, a conflict of interest would cause the need for an abstention, but often participating in an alliance means that you need to agree to something that is not in your parent company’s individual best interest. Alliance partners know that before signing up to the contract.”*
- *“Conflicts of interest must be addressed in establishing the alliance contract and in the governance of the leadership team. You are also over emphasizing the Best for Project concept. In Australia it has evolved typically into ‘an outcome or decision that is in the best interests of the Project Owner.’”*
- *“But the NOP should declare to the Chair - any conflict of interest.”*
- *“In a traditional risk allocation yes, but if the Alliance is to work effectively, no all must participate.”*
- *“The whole issue of “Best for Project” needs to be managed/defined carefully - to avoid a situation where it just raises apparent conflict of interest and open to abuse (especially by the owner).”*
- *“The member should take the interests of the alliance as his primary basis for decisions.”*

- *“Of course the interests of individual NOPs are relevant, but they are also linked to the ‘interests’ of the Alliance as a whole. Individual interests should be discussed as part of determining what is ‘best for project’.”*
- *“The conflict of interest should be declared in an open and honest way.”*
- *“Declare their position and conflict but they should not abstain. Must vote in favour of best for project.”*

Observações quanto ao conflito formal de interesses:

- No resultado consolidado, predominou a interpretação de que não se aplica a vedação ao conflito formal de interesses (65,9% dos respondentes), interpretação que faculta às partes emitirem seu voto, na governança da aliança, mesmo quando os interesses de seus representantes possam, potencialmente, conflitar com os do “melhor para o projeto”.
- Não se verificou diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia.
- Algumas das respostas abertas colocaram aspectos relevantes. Destacamos as seguintes:
 - Efetuando um paralelo com o direito societário, um dos respondentes fez curiosa observação:
 - *“A aliança deve ser interpretada como se fosse uma sociedade. Os membros indicados pelo Owner e NOP para trabalhar no projeto devem fazê-lo no interesse deste e não de seus sócios. Este raciocínio encontraria respaldo legal se estivéssemos tratando de sociedade.”*
 - No Subgrupo Australásia, ressaltou-se a importância de o clausulado contratual prever regras sobre conflitos de interesses, além de o membro ter o dever de reportar eventual situação de conflito.

i. Conflito de interesses material (Questão n.º 21)

A Questão n.º 21 coloca o respondente frente a um problema de *conflito material* de interesses. Ela é direcionada somente àqueles que reconheceram que não deveria ser

aplicada a vedação ao conflito formal de interesses e que, portanto, na Questão n.º 20, declarou que o NOP não deveria se abster de emitir seu voto. Busca-se compreender como lidar com uma decisão que, materialmente, não foi tomada no melhor interesse do projeto.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “Se houver prova concreta dessas decisões fora do melhor interesse do projeto.”
- “Esta indagação demonstra a fragilidade desse ‘modelo’ contratual. Quem deve determinara o padrão tecnológico é o dono do projeto, que vai conviver com a obra na sua fase de operação. Evidentemente que a inclinação do NOP em favor de seu grupo não pode prevalecer.”
- “Se houver fundamento para tanto Na questão anterior partimos do pressuposto que não há um conflito formal, mas de que o voto deverá ser exercido no interesse do projeto.”
- “Se na outra questão haveria um ‘abuso de poder’ do Owner, nesse caso, a conduta abusiva e contrária aos princípios da aliança seria do NOP.”
- “Entendo que sim, caso ele tenha se afastado da boa prática e da boa-fé. Caso a decisão tecnicamente esteja adequada ao projeto, não há o que se discutir.”

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“yes probably as that action would be a wilful default or an ultra vires decision that the leadership team did not have the power to make as it was not best for owner/project.”*
- *“But the process would be to have the NOP replace that participant on the understanding the behaviour was unacceptable and if they would not agree the Owner could terminate for convenience.”*
- *“Depends on the wording of the no dispute clause and the definition of ‘Wilful Default’.”*
- *“‘lagel anulment’? I am not sure. He should need to have the ability to do something about it, including removal of the specific person from the team.”*
- *“Board should act in good faith, have robust discussion about pros and cons of technological solutions, until all parties can agree on which solution really is BFP.”*
- *“The Alliance Board must vote unanimously and so this situation won’t arise.”*
- *“This would constitute willful misconduct.”*

Observações quanto a uma situação de conflito material de interesses:

- No resultado consolidado, predominou a interpretação de que, diante de conflito material de interesses perpetrado pelo NOP, o Dono do Projeto teria o direito de anulação do voto em conflito (66,7% dos respondentes).
- Comparativamente, embora tanto os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia indicassem a interpretação acima, o Subgrupo Brasil foi mais contundente em reconhecer tal interpretação (76,5%, no Subgrupo Brasil, e 50% no Subgrupo Australásia).
- Algumas das respostas abertas colocaram aspectos relevantes. Destacamos as seguintes:
 - No Subgrupo Brasil, ressaltou-se o pré-requisito de que o conflito material deve ser fundamentado e comprovado.
 - No Subgrupo Australásia, um dos respondentes reconheceu que, embora possivelmente houvesse algum remédio jurídico, no caso de conflitos materiais, não necessariamente seria o caso de uma anulação do voto.

3) Culpa e responsabilidade contratual (Questão n.º 22)

A Questão n.º 21 coloca o respondente diante de uma situação hipotética, na qual uma das partes, por seu comportamento negligente, causou atrasos e prejuízos ao projeto, como um todo. A ideia era compreender se as partes, de fato, reconhecem que, pelos princípios acordados na aliança, a culpa ordinária é um elemento irrelevante no arranjo de responsabilidade do contrato.

Considerando o modelo da aliança, nossa percepção pessoal era de que a maioria dos respondentes reconheceria que, de fato, no conflito hipotético, a conduta negligente – culposa, portanto – da parte não teria o efeito de lhe imputar responsabilidade exclusiva.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “Em princípio não, sobretudo se todos estavam trabalhando de forma verdadeiramente integrada e transparente, situação na qual a negligência seria, em maior ou menor medida, do grupo como um todo.”
- “Fica caracterizada a inconsistência do ‘modelo’: a conduta negligente deve dar lugar à indenização, como pressuposto da responsabilidade civil.”
- “Entendo que apenas o dolo justifica a quebra do princípio de no blame/ no dispute.”
- “O espírito de parceria nunca pode ser corrompido.”
- “Entendo que poderia ser questionado a depender do grau da negligência da parte infratora.”
- “Apenas se fosse previsto no contrato esta possibilidade por conduta negligente.”
- “A melhor resposta, parece-me, seria talvez. Creio que se deva dosar o nível da negligência. Culpa grave ou dolo poderiam ser objeto de contencioso.”
- “As decisões na Aliança são compartilhadas.”
- “Entendo que há um conflito entre o princípio ‘no blame’ e o dever de cooperação. Este último, a meu ver, deve prevalecer.”

- *“Porém isso só seria possível se a parte que se sentir prejudicada demonstrar que ‘fez sua parte’ na aliança, comunicando seus desconfortos no momento em que ele ocorreu, sinalizando tempestivamente os problemas e propondo soluções para equacionar os impactos. Caso não tenha feito isso, terá, em última análise, sido negligente também e, nesse caso, em um cenário de aliança, a indenização não parece cabível.”*

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“Assuming that the negligent behaviour didn’t constitute a breach of contract - in which case it would be different.”*
- *“Of course depending upon the drafting of the No Fault, No Blame and No Dispute provision and the definition of Wilful Default.”*
- *“Yes but only if it was a wilful negligence.”*
- *“Normally the definition of Wilful Default specifically excuses negligence as giving rise to an enforceable right of action.”*
- *“But only if this is the result of gross negligence, reckless behaviour or wilful intent (or anything coming close to that).”*

- *“The relationships (behaviour, performance etc) of all parties needs to be managed by the Alliance for the best benefit of the project. Poor performance by any party is one of the risks the joint parties take on together.”*
- *“Either the Alliance is working or it is not. If there is a wilful breach, then the Alliance has failed and legal remedy follows.”*
- *“All parties are able to influence the project outcome and therefore the ‘negligent’ behaviour is a shared experience.”*

Observações quanto à análise de culpa na responsabilização contratual:

- No resultado consolidado, predominou a interpretação de que, no conflito hipotético, a negligência praticada por uma parte não será fato que lhe permita a imputação individual de responsabilidade (56,4%).
- Verificou-se diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia.
 - No Subgrupo Brasil, predominou, com mínima vantagem, a interpretação de que, no conflito hipotético, a negligência praticada por uma parte será sim um fato que justifique a imputação individual de responsabilidade (52,2% reconheceram a possibilidade de imputação individual de responsabilidade, no caso).
 - No Subgrupo Australásia, predominou, com grande vantagem, a interpretação de que, no conflito hipotético, a negligência praticada por uma parte não será um fato que justifique a imputação individual de responsabilidade (75% reconheceram a não possibilidade de imputação individual de responsabilidade, no caso).
 - A resposta parece denotar uma resistência grande, no Subgrupo Brasil, ao modelo que desconsidera o elemento “culpa” como fator de imputação de responsabilidade.
- Algumas das respostas abertas colocaram aspectos relevantes. Destacamos as seguintes:
 - Tanto no Subgrupo Australásia quanto no Subgrupo Brasil, as partes demonstraram que a resposta à questão dependeria da

interpretação que se daria ao termo “negligência”; negligências que se revestissem de um elemento intencional, como a chamada “gross negligence”, poderiam dar margem à imputação individual de responsabilidade.

- “[SIM] *But only if this is the result of gross negligence, reckless behaviour or wilful intent (or anything coming close to that).*”
- Alguns comentários, no Subgrupo Brasil, denotaram uma grande resistência ao modelo dos contratos de aliança e apego aos modelos tradicionais de responsabilização.
 - “[SIM] *Fica caracterizada a inconsistência do "modelo": a conduta negligente deve dar lugar à indenização, como pressuposto da responsabilidade civil.*”
- Algumas das respostas demonstraram, portanto, que os resultados dessa questão devem ser relativizados, em razão da falta de precisão na elaboração da pergunta, quanto ao termo “negligência”.
- Quando elaboramos a questão, a ideia era que o termo representasse uma negligência ordinária, não qualificada pelo elemento intencional; esse termo, no entanto, confundiu alguns dos respondentes que, embora entendessem que a *culpa ordinária* não seja, nos contratos de aliança, fator de responsabilização individual, responderam que a negligência seria sim um fator de responsabilização individual, mas desde que caracterizada como *falta intencional* (“*wilful default*”).
- Tais respostas, no entanto, deixam claro que é correta a percepção pessoal de que, nos contratos de aliança, a culpa ordinária não deve, de fato, ser parâmetro para imputação de responsabilidade.

4) Sinalagma contratual e contratos de aliança (Questão n.º 23)

A Questão n.º 23 apresenta uma situação hipotética de conflito que busca compreender um aspecto específico da relação obrigacional, nos contratos de aliança. A ideia era compreender se, diante de um descumprimento de uma obrigação individual,

aplicar-se-ia a noção tradicional da exceção do contrato não cumprido (“*exceptio inadimplenti contractus*”).

Em nossa percepção, algumas das obrigações contratuais são claramente individualizadas, como é o caso das obrigações de pagamento. Nesse caso, seria lícito aos NOPs interromperem os trabalhos por eles conduzidos, na aliança, observando-se, obviamente, as condições contratuais que houverem sido acordadas. Em nossa visão, tal percepção seria óbvia; todavia, resolvemos testá-la através da Questão n.º 23.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “Se por ‘remuneração’ estivermos contemplando tanto a margem de lucro do NOP como o reembolso dos custos, não me parece que a Aliança imponha a um NOP o ônus de financiar o Projeto. Se estivermos pensando apenas em sua remuneração líquida, teríamos bons argumentos para não admitir a interrupção, já que a remuneração via de regra seria calculada e paga apenas no final do projeto.”
- “Obviamente que o NOP não terá obrigação de fazer a sua parte se o dono não cumpre a dele.”
- “Somente se tivesse essa previsão contratual. Em geral não poderia pela natureza do contrato.”
- “Trata-se de descumprimento de obrigação essencial. Além disso, a falta de pagamento inviabiliza economicamente o projeto.”
- “Porém, para que seja condizente com os princípios da aliança, essa interrupção não poderia ser abrupta e dependeria de uma postura do NOP de informar sobre os problemas verificados, procurar saber quais os fundamentos para o não pagamento e buscar encontrar soluções que ataquem esses fundamentos sem

impactar o projeto. Do contrário, o NOP estaria em desacordo com os princípios da aliança e sua interrupção não seria razoável.”

- *“Depende das condições previstas no contrato que deve estabelecer limites.”*
- *“Não devemos confundir o compartilhamento de riscos e ganhos com o não cumprimento dos deveres basilares da contratação. Para o Owner o pagamento e para o NOP prestar os serviços.”*

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“Owner is breaching the contract.”*
- *“A failure to pay is a wilful default and therefore gives rise to an indemnity but not a right to suspend for payment.”*
- *“non payment by the Owner would be a default.”*
- *“Again, it depends on the wording of the definition of "Wilful Default" (and also the wording of the provisions on default). Normally non-payment by the owner is a specified Event of Default giving rise to an enforceable right of action.”*
- *“That’s a pretty severe scenario! Board would have to consider what would be the BFP course of action, which might be to interrupt progress.”*
- *“The Alliance Board would meet to resolve this matter.”*

- “Yes, and perhaps this would constitute ‘willful misconduct’.”

Observações quanto à possibilidade de aplicação da *exceção do contrato não cumprido*:

- No resultado consolidado, predominou significativamente a interpretação de que, no conflito hipotético, seria lícito aos NOPS interromperem os trabalhos por eles conduzidos (82,5%).
- Verificou-se diferença não significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil (95,8% favoráveis à interrupção) e os do Subgrupo Australásia (62,5% favoráveis à interrupção).
- Tal diferença parece se justificar pela visão de alguns do Subgrupo Australásia de que, mesmo diante de uma situação drástica, como no caso, as partes deveriam resolver internamente o problema; o comentário abaixo dá essa noção:
 - “That’s a pretty severe scenario! Board would have to consider what would be the BFP course of action, which might be to interrupt progress.”
 - Ressalvadas algumas exceções, de maneira geral, os respondentes reconheceram que a ausência de pagamento seria um caso claro de quebra contratual passível de interrupção. No Subgrupo Australásia, ressaltou-se, no entanto, a necessidade de que tal condição esteja redigida como uma das hipóteses de “Wilful Default”.
- Os resultados deixam claro que é correta a nossa percepção de que, nos contratos de aliança, o descumprimento de algumas obrigações individuais pode dar margem à *exceção do contrato não cumprido*, mesmo quando não estejam necessariamente presentes elementos dolosos de descumprimento.

5) Dever de transparência (Questão n.º 24)

A Questão n.º 24 apresenta uma situação hipotética de quebra do dever de transparência. A ideia é compreender se as partes têm o direito – juridicamente oponível – de demandar a divulgação de informações da outra parte.

Importante esclarecermos que a dúvida que se pretendia checar não é se a parte tem o dever moral de transparência, mas se a quebra do dever de transparência deve dar ensejo a medidas legais formais. De acordo com a *hipótese de trabalho*, há uma demanda pela redução do papel sancionador do contrato, mediante diminuição do número de situações que poderiam dar ensejo a uma disputa judicial ou arbitral. A resposta a essa questão procura compreender em que medida a quebra do dever de transparência se inclui nesse quadro reduzido de situações que dão ensejo à proposição de demandas.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- “Penso que sim, embora nesta hipótese pode-se prever uma crise contratual que provavelmente levará as partes à ruptura.”
- “Essa conduta me parece dolosa, e portanto inaplicável a cláusula de no blame / no dispute.”
- “Também aqui seria necessário avaliar se a conduta do Owner em relação ao NOP na busca de informações foi condizente com os princípios da aliança ou se as alegações de pouca transparência não estão sendo abusivas (ex: informações que envolvam outros projetos do NOP).”
- “A opção é desfazer a aliança antes da arbitragem.”
- “Impede a continuidade da aliança.”

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“In this case the owners could exercise the right to terminate and the basis of any termination payment would require evidence of costs incurred. If this circumstance occurred there would be a complete breakdown and the Alliance would have ceased to exist in practice.”*
- *“Again, it depends on the wording of the definition of ‘Wilful Default’ (and also the wording of the provisions on default). Normally failure by NOP(s) to provide full transparency by the owner is a specified Event of Default giving rise to an enforceable right of action.”*
- *“This would show significant disregard for fundamental alliance principles of trust, good faith, collaborative relationships etc.”*
- *“The Alliance Board would meet to resolve this matter.”*
- *“Resolve at the Alliance Board, or it would be ‘willful misconduct’”*

Observações quanto ao dever de transparência:

- No resultado consolidado, predominou significativamente a interpretação de que, no conflito hipotético, a quebra do dever de transparência seria

suficiente a fundamentar o direito de proposição de demanda contra a parte infratora (77,5%).

- Verificou-se diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil (95,8% favoráveis ao direito de demandar, no caso) e os do Subgrupo Australásia (50% favoráveis ao direito de demandar, no caso).
 - Há, portanto, no Subgrupo Australásia um aparente equilíbrio entre os respondentes que entendem que a quebra de transparência poderia fundamentar o direito de proposição de demanda contra a parte infratora (50%) e os que entendem que não haveria tal direito (43,8%).
 - Tal diferença parece se justificar pela visão de parte significativa do Subgrupo Australásia de que, mesmo diante de uma situação drástica, como no caso, as partes deveriam resolver internamente o problema; o comentário abaixo dá essa noção: *“The Alliance Board would meet to resolve this matter.”*
- Muitos reconheceram, em ambos os Subgrupos, nas questões abertas, que, a despeito do eventual direito da proposição de demanda, no caso, a quebra de confiança configuraria o fim da aliança.

6) Alternativas estratégicas de proteção pelo Dono do Projeto (Questão n.º 25)

A Questão n.º 25 era aplicada somente às partes que reconheceram, na questão anterior, que a quebra de transparência não seria suficiente a fundamentar o direito de proposição de demanda contra a parte infratora. A ideia era compreender como, nesse cenário de ausência de direito legalmente oponível, o Dono do Projeto poderia estrategicamente se proteger de uma conduta de sonegação de informações.

A questão buscava testar uma interpretação possível, nesse contexto, de que, mesmo em situações drásticas como a de quebra do dever de transparência, as partes prefeririam não ter a participação de terceiros para resolver seus conflitos internos. Essa interpretação, no entanto, demanda uma análise de resultados conjuntos com os resultados da Questão n.º 24. Caso, na Questão n.º 24, o resultado houvesse sido predominantemente

negativo, a Questão n.º 25 auxiliar-nos-ia a compreender o racional estratégico do Dono do Projeto, ao renunciar uma proteção formal ao dever de transparência.

Como nenhum dos respondentes do Subgrupo Brasil respondeu negativamente à Questão n.º 24, somente respondentes do Subgrupo Australásia responderam a Questão n.º 25.

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Australásia:

- *“He can exclude, by majority vote- the faulty NOP without going to court.”*
- *“Appropriate governance and data sharing.”*
- *“Robust discussion at Board level; hiding information works against BFP outcomes; alliances should manage ALL risks & opportunities, which requires knowledge / perspective of all parties.”*
- *“The Alliance Board would meet to resolve this matter.”*

Observações quanto às respostas abertas acerca da interpretação contratual da condição “no dispute”:

- As respostas sugerem, em linhas gerais, que as partes teriam de se valer dos mecanismos contratuais de solução do conflito, como a governança, ou ainda poderia o Dono do Projeto se valer de sua prerrogativa de término contratual ou demandar a exclusão do NOP, por maioria de votos.

7) *Quebra do dever de boa-fé (Questão n.º 26)*

A Questão n.º 26 procura permitir aos respondentes que, de forma aberta, descrevam sua visão sobre o que seriam eventos de quebra de boa-fé, no contexto dos contratos de aliança.

A ideia é, portanto, compreender as situações que se enquadrariam no rol reduzido de eventos que, sob a justificativa de quebra de boa-fé, justificariam o direito de qualquer das partes de demandar as demais em juízo ou arbitragem.

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Brasil:

- *“Falta de transparência; manipulação das informações; ação claramente tomada não no melhor interesse do projeto; etc.”*
- *“Quebra da obrigação de ‘open book’, com o não compartilhamento de informações. Aumento artificial dos valores originalmente apurados para impacto no Target Cost.”*
- *“Custos excessivos desnecessários, alterações de projeto sem contrapartida, manipulação de decisões em favor de um ou de outro contratante.”*
- *“NOP busca inflar o target price; falta de transparência nos dados técnicos ou financeiros.”*
- *“falta de transparência nas ações; objetivos desvirtuados; atitudes não sinérgicas.”*
- *“- atribuição de profissionais sem representatividade nos órgãos de governança da aliança. Ex.: decisões são revogadas reiteradamente em instâncias superiores.”*
- *“(i) decisão em conflito de interesses (p.ex., o dono da obra pode ter interesse em aumentar o CAPEX, o que implica aumento do custo real total da obra sob aliança, para reduzir seu OPEX); e (ii) recusa em discutir, de maneira ampla, os impactos de eventos supervenientes imprevisíveis (vale tanto para o Dono quanto para o NOP).”*
- *“omissão de informações; alteração dos custos; falta de cooperação entre os membros do projeto.”*
- *“Uso de documentos ‘falsos’ ou manipulados para comprovação de despesas.”*
- *“Omissão de informações, atitudes que beneficiam o participante em detrimento do Projeto.”*
- *“Exercício do direito de voto nos órgãos deliberativos de maneira abusiva (embora isso seja difícil de provar).”*
- *“Atribuição de culpa de uma parte à outra parte por uma decisão equivocada no Projeto que tenha sido previamente compartilhada e decidida pelas partes.”*

- *“Qualquer comportamento manifestamente contrário aos interesses da aliança, visando favorecer individualmente uma das partes.”*
- *“Inserção de custos de outros projetos na contabilidade da aliança, solicitações de serviços fora de escopo pelos owner que depois de realizado não se responsabilizam pelas solicitações e não pagam.”*

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Australásia:

- *“Only if criminal actions are evident.”*
- *“Dishonest dealings; Wilful negligence.”*
- *“Essentially the actions of one party operating outside the agreement or intent of the agreement that benefits that party at the expense of the other (s).”*
- *“Fraud, failure to pay (by owner), failure to provide access for financial audit. Wilfully withdrawing resources from the Project.”*
- *“Fraud; negligencie and wilfil misconduct.”*
- *“As above plus: - failure to consider impact of a decision on all participants; - failure to provide commercially unique resources as agreed.”*
- *“hiding essential information from each other; non open book behaviour (hidden profits); ignoring decisions by alliance board; frustrating progress by alliance in all possible ways, structural.”*
- *“I prefer the term ‘willful’ misconduct which implies deliberate and corporately sanctioned behaviour on the part of a participant that damages the Alliance.”*

Observações quanto às respostas abertas acerca da interpretação contratual da condição “no dispute”:

- As respostas sugerem, em linhas gerais, exemplos de comportamento em que a parte possui – ou claramente deveria possuir – consciência sobre sua conduta lesiva, como a manipulação de números, a omissão deliberada de informações, fraude, o descumprimento consciente de decisões da aliança e a prática de atos com interesse contrário ao da aliança.

8) *Término imotivado pelo Dono do Projeto (Questões n.º 27 e 28)*

As Questões n.º 27 e n.º 28 tentam compreender se o Dono do Projeto deve possuir o direito de resolução imotivada do contrato e quais as consequências jurídicas.

Alguns autores reconhecem como condição importante aos contratos de aliança o direito do Dono do Projeto de terminar imotivadamente o contrato.⁵²⁰ Essa característica pode indicar que, embora o Dono do Projeto tenha aceitado reduzir o nível de “proteção contratual”, tenha mantido para si o direito estratégico de término do contrato. Resolvemos, portanto, questionar a visão dos respondentes acerca do término imotivado do contrato pelo Dono do Projeto.

i) *Prerrogativa de término imotivado pelo Dono do Projeto (Questão n.º 27)*

A Questão n.º 27 questiona se deveria ser facultada ao Dono do Projeto a prerrogativa de terminar imotivadamente o contrato, a qualquer momento.

⁵²⁰ GAN CHEN et al., Overview of alliancing research and practice in the construction industry, p. 110.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, em específico, no Subgrupo Brasil, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“Parece-me difícil obrigar o Dono do Projeto a concluir e suportar o custo da conclusão de um Projeto, caso ele não faça mais sentido ao referido empreendedor. Naturalmente, nesse caso deveria haver uma compensação financeira razoável em favor dos NOPs (como uma parcela da margem de lucro que seria paga em caso de certo nível de sucesso do projeto).”*
- *“Não acho fundamental em que pese já ter trabalhado em alianças com essa prerrogativa.”*
- *“No entanto, com o devido pagamento de todos os custos e ressarcimentos.”*
- *“Poucos se referem a isso, mas o Dono do Projeto atua na aliança com dois papéis, um, como aliado, parte da aliança, outro, efetivamente, como o proprietário do projeto, aquele que fica com o bem ao final produzido e paga por ele. Evidentemente, o Dono pode decidir não mais dar continuidade ao projeto, cabendo ao contrato definir os eventuais ônus, de caráter patrimonial-financeiro, perante o NOP, dessa decisão.”*
- *“Sim, a depender da fase do projeto, preferencialmente antes de definido o Preço Meta.”*
- *“Com previsão de algum tipo de indenização caso o término seja imotivado e sem justa causa.”*
- *“Com as devidas compensações. A inviabilização do projeto por motivos externos à Aliança pode ocorrer e, nesse caso, para a Aliança ela seria imotivada. O Owner não pode ser obrigado a seguir em um projeto que se tornou inviável, somente para cumprir a Aliança. Esta decorre daquele e não pode se tornar um fim em si mesma.”*
- *“Desde que esse término decorra de uma desistência do projeto como um todo e não da decisão de continuar o projeto com outro NOP.”*
- *“Sim, desde que as devidas compensações para o NOP no caso da situação acima tenham sido tratadas previamente e contratualmente pelas partes no Contrato Aliança.”*
- *“Obviamente pagando todos os custos devidos, incluindo custos de oportunidade pré acordados.”*
- *“Ele deve ter condições de way out em vários momentos mas deve ser previsto multa a ser negociada comercialmente entre as partes.”*

- *“Creio que o Owner deveria ter o direito em encerrar o projeto que se torne inviável financeiramente, especialmente, em razão de uma orçamentação construída ao longo do projeto. No entanto, por uma revisão da decisão de realizar o projeto, a meu ver, não seria viável.”*

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

Nessa questão, no Subgrupo Australásia, foram realizadas, no campo “Comentário”, algumas observações relevantes, destacadas a seguir:

- *“With full payment of services rendered.”*
- *“I’m answering this yes because I work for Government, who would never sign a contract that didn’t allow termination for convenience. In a pure sense, this seems against the alliancing principles, but one has to be a realist ... Owner does, however, have to compensate other parties for their costs if contract is terminated.”*
- *“As long as the NOP’s are reasonably compensated.”*
- *“Provided the exit provisions are fair to the NOP.”*
- *“Owner should be committed to the project; good faith.”*
- *“The Alliance Board would meet to resolve this matter.”*
- *“If the Owner got to such a position it should be resolved at the Alliance Board in a transparent manner.”*

Observações quanto à prerrogativa unilateral de término pelo Dono do Projeto:

- No resultado consolidado, predominou a interpretação de que o Dono do Projeto deve ter a prerrogativa de terminar imotivadamente o contrato de aliança (70% dos respondentes).
- Não se verificou diferença significativa entre os resultados do Subgrupo Brasil e os do Subgrupo Australásia.
- Algumas das respostas enfatizaram a importância de os NOPs serem devidamente compensados por conta do término imotivado. Tal questão será, todavia, objeto de questionamento na Questão n.º 28.

*ii) Consequências do término imotivado pelo Dono do Projeto
(Questão n.º 28)*

A Questão n.º 28 busca investigar quais seriam as consequências jurídicas apropriadas em uma situação de término imotivado do contrato de aliança pelo Dono do Projeto. Obviamente só eram conduzidos a responder tal questão os respondentes que, de fato, reconheciam a prerrogativa, na Questão n.º 27. A ideia era checar, sobretudo, se haveria penalidades aplicáveis e não meras compensações pelos serviços prestados – o que seria mais óbvio.

Eventual percepção de que as penalidades rescisórias não seriam aplicáveis nesse caso poderiam corroborar a interpretação de que a prerrogativa de término imotivado pelo Dono do Projeto seria a “compensação” estratégica encontrada pelo mercado em razão da renúncia de direitos que ocorre no contrato de aliança.

Dentro do resultado consolidado do questionário, as respostas foram as seguintes:

Se sim para a questão anterior (término imotivado pelo Dono do Projeto), em sua opinião, quais das consequências a seguir seriam adequadas:				
Opções de respostas	Sim	Não	Não sei ou não entendi a questão	Número de respostas
Pagamento de penalidade rescisória pelo Dono do Projeto	13 59%	8 36%	1 5%	22
Arbitramento de eventuais “ônus” ou “bônus”, proporcionalmente ao percentual de projeto executado, a ser pago pelo Dono do Projeto ou pelos NOPs, conforme o caso, observado o sistema de compartilhamento ganhos e perdas constantes do Contrato	18 75%	6 25%	0 0%	24
Pagamento de despesas de desmobilização dos NOPs, incluindo custos de rescisão/resolução de contratos com terceiros	25 96%	1 4%	0 0%	26
Outros:				2
<i>Responderam à questão</i>				27
<i>Pularam a Questão</i>				20

Se considerarmos somente o Subgrupo Brasil, o resultado é o seguinte:

Se sim para a questão anterior (término imotivado pelo Dono do Projeto), em sua opinião, quais das consequências a seguir seriam adequadas:				
Opções de respostas	Sim	Não	Não sei ou não entendi a questão	Total de Respostas
Pagamento de penalidade rescisória pelo Dono do Projeto	9 64%	4 29%	1 7%	14
Arbitramento de eventuais “ônus” ou “bônus”, proporcionalmente ao percentual de projeto executado, a ser pago pelo Dono do Projeto ou pelos NOPs, conforme o caso, observado o sistema de compartilhamento ganhos e perdas constantes do Contrato	11 79%	3 21%	0 0%	14
Pagamento de despesas de desmobilização dos NOPs, incluindo custos de rescisão/resolução de contratos com terceiros	15 94%	1 6%	0 0%	16
Outros:				2
<i>Responderam à questão</i>				16
<i>Pularam a Questão</i>				13

Se considerarmos somente o Subgrupo Australásia, o resultado é o seguinte:

If affirmative, in your opinion, what of the following conditions should be adequate:				
Answer Options	yes	no	I don't know or I didn't understand the question	Response Count
Payment of a termination penalty by the Project Owner;	4	4	0	8
	50%	50%	0%	
Estimation of possible “penalties” or “bonus”, proportionally to the percentage of project developed, to be paid by the Project Owner or by the NOPs, as the case may be, with due regard of the contractual pain share/gain share mechanism;	7	3	0	10
	70%	30%	0%	
Payment of expenses of demobilization of the NOPs, including termination costs in contracts with third parties;	10	0	0	10
	100%	0%	0%	
Others:				0
answered question				11
skipped question				7

Observações quanto às consequências do término imotivado pelo Dono do Projeto:

- No resultado consolidado, predominou a interpretação de que, em situação de término imotivado, as seguintes consequências seriam aplicáveis: (i) Pagamento de penalidade rescisória pelo Dono do Projeto (59% dos respondentes); (ii) Arbitramento de eventuais “ônus” ou “bônus”, proporcionalmente ao percentual de projeto executado, a ser pago pelo Dono do Projeto ou pelos NOPs, conforme o caso, observado o sistema de compartilhamento de ganhos e perdas constantes do Contrato (75% dos respondentes); e (iii) Pagamento de despesas de desmobilização dos NOPs, incluindo custos de rescisão/resolução de contratos com terceiros (96% dos respondentes).
- Os resultados do Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia foram similares, entre si, com a ressalva de que, enquanto, no Subgrupo Brasil, os respondentes reconheceram a pertinência de aplicação da penalidade

contratual (64% favoráveis, e 29% contrários), no Subgrupo Australásia, os respondentes se dividiram (50% favoráveis, e 50% contrários).

8) Situações de descumprimento contratual (Questão n.º 29)

A Questão n.º 29 procura reforçar os questionamentos já realizados, neste questionário, acerca das situações reduzidas em que, nos contratos de aliança, as partes teriam contratualmente o direito de rescindir motivadamente o contrato. A questão elenca situações típicas de descumprimento contratual, questionando quais delas poderiam dar ensejo à rescisão contratual pela parte inocente.

A ideia era checar se algumas condições que tradicionalmente dariam a prerrogativa rescisória em contratos tradicionais – como o mero descumprimento obrigacional – também dariam tal prerrogativa em contratos de aliança.

As respostas – consolidadas e de ambos os Subgrupos – foram as seguintes:

Answer Options	Resultado Consolidado	Subgrupo Brasil	Subgrupo Australásia
Um descumprimento de natureza intencional da parte	82,5%	75,0%	93,8%
Abandono das obras por uma parte	87,5%	83,3%	93,8%
Quebra do dever de confidencialidade	45,0%	45,8%	43,8%
Falha nos pagamentos contratuais devidos aos NOPS ou, quando aplicável, ao Dono do Projeto	80,0%	83,3%	75,0%
Falha de um dos participantes de manter total transparência de informações	60,0%	58,3%	62,5%
Um evento de insolvência, tal como decretação de falência ou solicitação de recuperação judicial	92,5%	87,5%	100,0%
Quebra de boa-fé	60,0%	62,5%	56,3%
O descumprimento de qualquer obrigação prevista em contrato	10,0%	12,5%	6,3%
Quebra de declarações e garantias prestadas no contrato	45,0%	41,7%	50,0%
Outro (especifique)	10,0%	12,5%	6,3%

Observações quanto aos descumprimentos contratuais que ensejariam rescisão:

- De forma próxima, o resultado consolidado e os resultados de ambos os Subgrupos indicaram que haveria o direito de rescisão motivado nas situações indicadas, com exceção das seguintes:
 - O descumprimento de qualquer obrigação prevista em contrato (10% de respondentes, no resultado consolidado);
 - Quebra de declarações e garantias prestadas no contrato (45% de respondentes, no resultado consolidado);
 - Quebra do dever de confidencialidade (45% de respondentes, no resultado consolidado).
- Os resultados são condizentes com a percepção de que, nos contratos de aliança, as sanções contratuais se reduziram a situações excepcionais, pois as demais hipóteses de rescisão elencadas na Questão n.º 9 representam situações mais graves de descumprimento.

9) Hipóteses de reequilíbrio contratual (Questão n.º 30)

A Questão n.º 30 solicita aos respondentes que, de forma aberta, respondam se há situações em que as partes estariam obrigadas juridicamente a acatar solicitações de revisão do Custo-Alvo e/ou Prazo-Alvo do Projeto, independentemente da concordância do Dono do Projeto ou dos NOPS.

A ideia é, portanto, compreender como os projetos em aliança lidariam com a tensão entre as condições de flexibilização contratual e o princípio de consenso, nos contratos de aliança. Trata-se, portanto, de uma variação – em formato de respostas abertas – das Questões n.º 18 e 19.

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Brasil:

- “Sim, dependendo dos termos do contrato. Mas não necessariamente em qualquer contrato.”

- “Sim, por exemplo nas hipóteses de (i) onerosidade excessiva e eventos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis; (ii) impacto decorrente de alterações nos tributos, impostos, taxas e contribuições incidentes.”
- “as mesmas situações conhecidas nos contratos de empreitada no regime de preço global ou de preços unitários.”
- “apenas situação que tenham sido assumidas como risco do Owner no contrato.”
- “Condições de força maior; Falha em uma das partes do cumprimento das suas obrigações individuais.”
- “Supondo que ‘revisão’ não inclua ‘reajuste’, não, salvo: (i) disposição contratual expressa; (ii) descumprimentos relevantes do Dono do Projeto; e (iii) decisões e ações do Dono do Projeto tomadas na condição de proprietário, não de aliado (p.ex., alteração de escopo).”
- “Sim. fatores absolutamente imprevisíveis - eventos geológicos, fato do príncipe etc.”
- “O desequilíbrio agudo não é da natureza da aliança. Caso uma das partes esteja sustentando um ônus individualmente, sem o apoio da parceira, seria razoável buscar suporte jurisdicional. O ‘no dispute’ teria de ser desconsiderado pela aliada onerada, neste caso, já que a parceira estaria a violar o princípio cooperação.”
- “Mudança relevante de escopo; Força Maior; Mudança de Lei.”
- “Mudança de escopo; Mudança nas especificações na qualidade de materiais e /ou equipamentos.”
- “Sempre que houver revisão de projeto que cause reflexo no prazo e/ou no Custo-Alvo; sempre que houver fatos supervenientes fora do controle das partes, que reflitam no prazo e/ou Custo-Alvo.”
- “Alterações de escopo (tendo em vista que o Owner pode mudar seus objetivos quanto ao produto final); Descumprimento de atribuições específicas de alguma parte (para as responsabilidades que não são da aliança). Porém, vale esclarecer que o principal problema aqui acaba ocorrendo mais no ‘quantum debeatur’ que no ‘an debeatur’.”
- “Eventual alteração do escopo, ou condição, pactuados contratualmente pela Aliança.”
- “Eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis.”
- “no caso de inclusão de escopo, mudanças drásticas no cronograma ou nas condições de execução imputadas exclusivamente por vontade do cliente.”

- *“A alteração do Custo e Prazo-alvo tem com finalidade apuração do ônus ou bônus na execução do projeto. Caso ocorra uma mudança legislativa (ex. criação de um tributo) ou mesmo um caso fortuito ou de força maior, o importante é que a alteração, caso ocorra, permita que seja compartilhado o ônus ou bônus gerado pela referida alteração, ou seja, o Owner e o NOP paguem (50%/50%) este valor.”*

Destacamos a seguir algumas respostas que entendemos relevantes, no Subgrupo Australásia:

- *“No.”*
- *“this is difficult to resolve in a contract - would prefer relying on the good faith of the parties entering into the contract.”*
- *“No.”*
- *“Where the risk is taken by the Owner.”*
- *“No.”*
- *“No.”*
- *“No, can’t think of any (unless I have misunderstood the question).”*
- *“No unless previously contemplated.”*
- *“No.”*
- *“major scope changes, change in legislation, major disturbance by affected communities and stakeholders, permit issues.”*
- *“No: such fundamentals as project time and cost are properly within the remit of project governance (eg Board).”*
- *“Only if the Alliance Agreement fails and the parties are no longer acting in accordance with its intent.”*
- *“No.”*
- *“No. Must be agreed at the Alliance Board.”*

Observações quanto às respostas abertas acerca da interpretação contratual da condição “no dispute”:

- As respostas sugerem visões quase que diametralmente opostas no Subgrupo Brasil e Subgrupo Australásia;
 - As respostas do Subgrupo Brasil são quase unânimes em reconhecer a possibilidade de flexibilização contratual – independentemente de consenso – em uma série de situações usualmente associadas à flexibilização contratual, como “eventos imprevisíveis”, “mudança de escopo”, “mudanças legislativas”, etc.
 - Já as respostas do Subgrupo Australásia são quase unânimes em sentido contrário, reconhecendo não haver situações em que uma parte estaria obrigada juridicamente a acatar solicitações de revisão de custo e prazo, sem prévio consenso.