

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, Clávio 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 Penteadó, 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-DOG MÁTICA 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 desconfianças 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.

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, conseqüentemente, 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 *sinagma* 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 *Internationale 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.