



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito / Relações Internacionais

ISABELA RAMAGEM LIMA

**PARALISAÇÃO DE GRANDES OBRAS DE INFRAESTRUTURA,
INCOMPLETUDE CONTRATUAL, E DESEQUILIBRIO ECONÔMICO –
FINANCEIRO: *DISPUTE BOARD* COMO MÉTODO EFICAZ PARA PREVENÇÃO
E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

**Brasília
2020**

ISABELA RAMAGEM LIMA

**PARALISAÇÃO DE GRANDES OBRAS DE INFRAESTRUTURA,
INCOMPLETUDE CONTRATUAL, E DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO –
FINANCEIRO: *DISPUTE BOARD* COMO MÉTODO EFICAZ PARA PREVENÇÃO
E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Humberto Cunha dos Santos

Brasília, ____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Humberto Cunha Dos Santos

Prof. Paulo Henrique Palhares

AGRADECIMENTOS

Eu agradeço, antes de tudo, aos meus pais que, além de me permitirem a vida, sempre priorizaram o investimento na minha educação e apoiaram os meus sonhos. Minha mãe, altamente batalhadora, sempre me disse “você pode ser o que quiser, basta lutar”. Suas palavras me incentivaram e incentivam até hoje e seu amor e carinho nunca me permitiram cair. Aliás, quando eu caí, ela me segurou no instante seguinte e lutou ao meu lado. À ela, minha eterna devoção e gratidão. Ao meu pai, que sempre me incentivou a lutar, mostrou-me o mundo corporativo e fez de mim uma mulher mais forte, o meu eterno amor e gratidão. O seu carinho e amor me trazem imensurável felicidade.

Agradeço ao meu irmão, meu grande e eterno melhor amigo, além de ser também a melhor pessoa que eu conheço. Agradeço à minha avó pela alegria que traz a minha vida. Tê-la morando comigo é uma benção. Agradeço à Nilta Maria, que é da família mesmo não partilhando do mesmo sangue que eu. Ela auxiliou minha mãe em minha criação, ensinou-me a orar e a distinguir o certo do errado, além do seu amor incondicional que sempre me deu forças para chegar até aqui. Agradeço também aos meus familiares, tios e primos, que sempre estiveram comigo. Sem vocês eu não conseguiria.

Às minhas melhores amigas, Ingrid Amorim, Rafaela Azevedo e Ilana Miranda, todo o meu amor e gratidão. Vocês me inspiram todos os dias a ser uma pessoa melhor e sempre estiveram aqui quando eu precisei. Por isso e por tantas outras coisas, obrigada. E, a todos os meus amigos que partilham comigo esta caminhada, meu eterno carinho.

Agradeço imensamente ao Uniceub, instituição que tanto me acolheu e que me fez ter a oportunidade de conhecer profissionais que tanto me fizeram amadurecer intelectualmente.

Nesse passo, agradeço ao meu orientador, Prof. Humberto Cunha, que acreditou no tema por mim proposto, ofereceu apoio e inspiração para fazê-lo da melhor forma possível. Suas aulas de direito econômico despertaram em mim uma visão completamente diferente sobre o mundo e seu funcionamento. Além disso, sua educação, sua dedicação e seu vasto conhecimento são um exemplo para mim.

Agradeço especialmente ao Professor Henrique Arake, uma das pessoas mais inspiradoras da minha vida, por absolutamente tudo o que me ensinou e pelo trabalho que construímos juntos. As aulas do Prof. Henrique despertaram em mim a paixão pela área do direito empresarial societário, contratos e falimentar. Suas brilhantes aulas muito me inspiraram e me direcionaram para a busca de mais conhecimento, além da vontade de ser a melhor profissional na área. Não bastasse isso, sua crença em meu potencial e seu incentivo me fizeram superar minhas dúvidas.

Atualmente, além de tutor e coautor de artigos, também me apresenta desafios profissionais. Minha admiração e meus mais sinceros agradecimentos ao Prof. Henrique: este trabalho é fruto de diversos dos nossos intensos e qualificados diálogos.

Agradeço à Professora e Coordenadora do Curso de Direito do Uniceub, Dulce Furquim, que sempre me apoiou e me inspirou. Agradeço ao Prof. Paulo Henrique Palhares pelos ensinamentos sobre direito empresarial e pela amizade. Agradeço ao Prof. Ricardo Rossi pelos ensinamentos sobre as nuances do processo civil brasileiro e sobre gentileza. Agradeço ao Prof. Leonardo Bessa pela amizade, gentileza e ensinamentos. Agradeço também a todos os outros Professores que sequer mensuram a importância que tiveram no meu crescimento acadêmico e profissional, mas que, sem eles, eu não teria conseguido chegar aonde eu cheguei.

Agradeço aos estágios profissionais pelos quais passei. A começar pela experiência Gerência Jurídica da Caixa Seguradora (GEJUR), onde tive a oportunidade de conhecer os meus chefes e colegas, Marcellus Sachet, Alexandra Trentini, Marcela Jardim, Juliana Junqueira, Virgínia Rabelo, Flávia Lima, e William Moraes, que tanto me ensinaram e por terem me apresentado ao mundo corporativo.

Agradeço ao escritório Torreão Braz Advogados, em especial ao Dr. Antônio Torreão Braz Filho, pela riquíssima experiência profissional e por ter me ensinado que, independentemente do que aconteça, nunca devo desistir de lutar pelo que acredito ser o certo. Agradeço, ainda, a todos os outros profissionais incríveis com os quais tive a honra de trabalhar e de aprender muito.

Agradeço a todos os meus chefes e colegas que trabalham comigo na assessoria do Gabinete do Diretor Efrain Cruz na Agência Nacional de Energia Elétrica: Dir. Efrain Cruz, Caio José Alves, Felipe Maruff Dib, Eduardo Rossi, Alessandro Cantarino,

Alexandra Sales, Andreia Schmidt e Matheus de Souza e Keyla Cardos. Agradeço pela oportunidade de aprender todos os dias e de me descobrir cada vez mais encantada pelo magnífico Setor Elétrico. Meu muito obrigado em especial ao Felipe Dib, pelos refinados diálogos que tivemos, pela paciência e pelos diversos ensinamentos.

Agradeço ao Sinduscon DF nas pessoas do José Antônio Magalhaes, Ruyter Thuim e Thereza Cristina pelas informações prestadas sobre o mercado de construção civil no País, e por terem me mostrando o quão eficiente pode ser a utilização de *Dispute Boards* no setor.

Agradeço o meu amigo Iago Lora, que tanto me prestou apoio na busca de jurisprudências e na metodologia utilizada para realização desta pesquisa.

Agradeço ao Rafael Dutra Drumond pelo amor, carinho e apoio nesse momento tão importante da minha vida.

Isabela Ramagem

RESUMO

O tema abordado na presente Monografia corresponde à investigação da paralisação de grandes obras de infraestrutura devido ao desequilíbrio econômico-financeiro contratual. Nesse passo, o trabalho perpassa desde a análise das razões para a ocorrência do desequilíbrio, sob o espectro da incompletude contratual; das razões para a (in)eficiência dos remédios jurídicos para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro; até a análise da eficiência da utilização de *Dispute Board* como ferramenta para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Palavras-chave: Paralisação de Obras. Incompletude. Contratos de Construção de Grandes Obras de Infraestrutura. Desequilíbrio Econômico-Financeiro Contratual. Equilíbrio Econômico-Financeiro Contratual. Remédios Jurídicos. Ineficiência. *Dispute Board*. Eficiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO DE GRANDES OBRAS DE INFRAESTRUTURA E INCOMPLETUDE.....	5
1.1 Motivos para a Incompletude Contratual.....	6
1.2 Reflexos da Incompletude Contratual: Desequilíbrio Econômico-financeiro.....	10
1.3 Proposições Sobre os Reflexos da Incompletude Contratual.....	12
1.4 Conclusões Parciais.....	16
2. DESEQUILÍBRIO, PARALISAÇÃO E (IN)EFICIÊNCIA DOS REMÉDIOS TRADICIONAIS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO-ECONÔMICO FINANCEIRO.....	16
2.1 Desequilíbrio Sob a Ótica dos (<i>Disruption Claims</i>) e Paralisação de Obras.....	16
2.2 Remédios Jurídicos Tradicionais.....	20
2.2.1 Direito ao Reequilíbrio Econômico-financeiro dos Contratos de Construção de Grandes Obras regidos pela Lei 8.666/93.....	21
2.2.2 Direito ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos regidos pelo Código Civil (Lei 10.406/02)	24
2.3 Análise das Dificuldades de Autocomposição.....	26
2.4 Análise da (In)eficiência da Heterocomposição.....	30
2.5 Conclusões Parciais	38
3. RESOLUÇÃO EFICIENTE DE CONFLITOS: <i>DISPUTE BOARDS</i>.....	39
3.1 Lógica de Funcionamento de <i>Dispute Boards</i>	41
3.2 Decisões ou Recomendações dos <i>Dispute Boards</i>	43
3.3 Experiências de <i>Dispute Boards</i> no Brasil e no Mundo.....	45
3.4 Conclusões Parciais: Racionalidade dos <i>Dispute Boards</i> Inversa às Patologias Enfrentadas na Monografia.....	46

4. CONCLUSÕES FINAIS.....	47
5. REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

Os contratos de construção de grandes obras de infraestrutura, também conhecidos como de *engineering*^{1,2}, são instrumentos jurídicos que dão substrato à realização de obras de infraestrutura como usinas hidrelétricas, usinas termelétricas, esgotos, metrovias, rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, dentre outros.

Estes são de extrema relevância no contexto nacional e internacional, tanto do ponto de vista social, porquanto a concretização e implementação dessas obras é uma forma de garantir à população direitos fundamentais como, por exemplo, energia elétrica, saneamento básico e mobilidade urbana; como do ponto de vista econômico, porquanto obras de infraestrutura podem ser de extremo interesse de investimentos nacionais e estrangeiros e têm relação direta com o aumento do PIB do país³.

As partes celebram contratos de forma racional. As partes, ao escolherem com quem contratar, o que contratar e como contratar racionalmente mensuram as vantagens e desvantagens da transação e, de forma global, se o contrato será vantajoso. Considerando que o instrumento contratual implica circulação de riquezas e de influência no mercado, para a transação, é importante que as partes contratantes estejam minimamente seguras quanto à transação do contrato.

¹ “O *engineering* é um contrato a fim de obter-se uma indústria construída e instalada. Desdobra-se em duas fases bem características: a de estudos e a de execução. Obriga-se a empresa de engenharia a apresentar o projeto para a instalação da indústria, a dirigir a construção de suas instalações e a pô-las em funcionamento, entregando-a nestas condições à outra parte, que, por sua vez, se obriga a pôr todos os materiais e máquinas à disposição da construtora e a lhe pagar os honorários ajustados e reembolsar despesas” GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 579

² “Sob o gênero “contratos de construção” ou “contratos de engineering” podem ser enquadrados diversos tipos de contrato que tenham por objeto a prestação, mediata ou imediata, de uma obra. Incluem-se nesse gênero (ou categoria) contratos típicos, como os de prestação de serviços de engenharia e arquitetura e o de empreitada, ou ainda aqueles atípicos, como os de “engineering, procurement and construction”, “project alliancing” e “project partnering”, dentre outros.” CARMO, Lie Uema do. **Contratos de construção de grandes obras**. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 16

³ “[I]nvestimento em geral, e em infraestrutura em particular, traz dois impactos sobre a economia: o primeiro decorre da própria definição de investimento, que é o aumento do estoque de capital e, portanto, da capacidade produtiva da economia; o segundo impacto é indireto, decorrente do aumento de produtividade. Evidências empíricas corroboram os potenciais ganhos decorrentes do investimento.” CBIC, **Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia**, 2017, p.42. Disponível em: https://cbic.org.br/wpcontent/uploads/2017/11/Investimento_Em_Infraestrutura_e_Recuperacao_da_Economia_2015.pdf. Visualizado em: 01.06.2020

Não obstante, a finalização de obras é necessariamente o que objetivam as partes contratantes. Caso contrário, o contrato sequer seria pactuado, porquanto as partes celebram contratos de forma racional, e mensuram as vantagens e desvantagens da transação. Assim, sendo certo que o instrumento contratual implica circulação de riquezas e de influência no mercado, é imperioso que as partes contratantes estejam minimamente seguras quanto à concretização do objeto do contrato, evitando-se os desperdícios de recursos que são escassos.

Apesar de haver o interesse mútuo das partes contratantes pela finalização de projetos e de, nas palavras de Bates Jr⁴, “o objetivo de qualquer projeto, não importa quão grande ou pequeno ele seja, é terminá-lo dentro do prazo e do orçamento previsto (ou abaixo dele)”, a finalização dos projetos de grandes obras de infraestrutura, no prazo estabelecido originalmente, nem sempre ocorre.

Uma das razões para tanto é devido ao fato de que a construção é naturalmente conflituosa. Nas palavras de Toledo⁵ “a certeza que se tem de uma obra é que a obra vai mudar no meio do caminho, principalmente nas mais complexas”.

Mudanças e percalços que ocorrem ao longo do contrato são comuns, especialmente pois não é possível às partes contratantes anteverem exatamente todos os eventos que ocorrerão em contrato de longa duração, o que aponta, por si só, a natural incompletude contratual destes. O problema, em realidade, é que estas mudanças têm o condão de afetar o equilíbrio econômico-financeiro contratual^{6,7,8}.

⁴ BATES JR., ALBERT (coautor). **Gerenciamento de Projeto Proativo: Estratégias de Controle de Projeto para Megaprojetos de Construção**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 55.

⁵ TOLEDO, Leonardo. Dispute Boards, Arbitragem e Contrato de Aliança. Entrevista concedida a Rodrigo Bella Martinez. Canal do Contencioso Estratégico, Youtube, 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=qLJUTn7e9tI&t=216s>. Visualizado em 17.10.2020.

⁶ [O] “equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos refere-se à relação entre prestações do contratado e contraprestações do contratante, de acordo com o estabelecido na proposta vencedora do certame licitatório respectivo.” GLASSMAN, Guilherme. **Regulação do Mercado de Infraestrutura: o equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia**. 2015.130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, 2016, p. 48.

⁷ Marçal Justen Filho dispõe que “a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato” JUSTEN, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, Saraiva, 2009, p. 455

⁸ O princípio do equilíbrio contratual é aquele pelo qual e deve buscar e manter a justiça contratual objetivamente considerada em todas as etapas da contratação, independentemente da natureza do contrato. BRITO, Rodrigo. **Equivalência Material dos Contratos: Civis, Empresais e de Consumo**, 1ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 28

Assim, é certo que as partes devem estar aptas a lidar com as mudanças e com os conflitos que surgem a partir destas de forma eficiente. Caso contrário, no entendimento de Glassman⁹, “[m]antido o desequilíbrio, o particular contratado tende a abandonar o empreendimento ou reduzir o ritmo de suas atividades, levando a questão ao judiciário, com todas as dificuldades, custos e tempo que isto implica”.

De maneira semelhante, dispõe Medina que:

[S]e a gente não mata no nascedouro a disputa, a disputa se acumula e, aí, a obra não acaba ou o cronograma não é respeitado, porque uma parte usa como *leverage* de negociação um mau andamento da obra ou não pagamento às retenções, e aí gera aquela velha confusão que a gente conhece bem. Obras que não se concluem, ou se concluem fora do prazo.¹⁰

Ocorre que, infelizmente, este cenário de abandono da obra diante da não resolução de conflitos advindos de cenários de mudança, parece ser o cenário do país.

Conforme dados levantados pela SeinfraUrbana do Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do acórdão 1.079/2019¹¹, detectou-se que, de 38 mil obras financiadas pela Caixa Econômica Federal (CEF), Programa de Aceleração e Crescimento (PAC), Ministério da Educação (MEC), Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), e Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), cerca de 37% estão paralisadas, o que corresponde a cerca de R\$ 10 bilhões de reais já investidos. Dentre as justificativas para a paralisação, identificou-se no referido acórdão que 23% das obras paralisadas decorrem de abandono pela empresa de engenharia contratada.

Em pesquisa mais específica realizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo TCE/SP¹² detectou-se que, das 1.401 obras paralisadas ou atrasadas no estado, 166 estão paralisadas ou atrasadas por motivos de “fatos supervenientes à licitação”, 27 por “alterações

⁹ [M]antido o desequilíbrio, o particular contratado tende a abandonar o empreendimento ou reduzir o ritmo de suas atividades, levando a questão ao judiciário, com todas as dificuldades, custos e tempo que isto implica. GLASSMAN, Guilherme. **Regulação do Mercado de Infraestrutura: o equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia**. 2015.130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, 2016, p. 41.

¹⁰ MEDINA, Ricardo. Dispute Boards. Entrevista concedida ao Canal Conciliare CCA. Canal Conciliare CCA, Youtube, 2018. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=NuTWAaRNgcA&t=193s>. Visualizado em 17.10.2020.

¹¹ TCU, processo: TC 011.196/2018-1, acórdão n. 1.079/2019, Relator Ministro Vital do Rêgo, Sessão de julgamento ocorrida em 15.05.2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 17.10.2020

¹² https://paineldeobras.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/:public:Obras:painel_obras.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero Visualizado em: 01.08.2020

contratuais com reflexos no percentual limite de aditivos”, e outras 8 por “caso fortuito ou força maior”.

A partir da análise dos dados apurados pelo TCU, de que o abandono da obra pela empresa de engenharia contratada corresponde à causa da paralisação de 23% das obras; alicerçado aos dados obtidos pelo TCE/SP, de que “fatos supervenientes à licitação”, “alterações contratuais com reflexos no percentual limite de aditivos” e “caso fortuito ou força maior” também foram apurados como causas para paralisação ou atraso em obras, chega-se à compreensão de que, dentre outras causas, o desincentivo do construtor em finalizar o projeto decorre da não resolução ou resolução ineficiente de conflitos envolvendo as mudanças na obra que alteram o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Cabe destacar que o tema referente à paralisação de obras é amplamente discutido no Tribunal de Contas da União (TCU), no Conselho Nacional da Justiça (CNJ), na Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), na Confederação Nacional da Indústria (CNI), no Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), na Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON), na Confederação Nacional dos Municípios (CNM), no Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBIDIC), dentre outros, que apresentaram variadas contribuições na busca de soluções para o cenário.

Uma possível solução para o problema perpassa, portanto, pela adoção de cláusula de método preventivo e resolutivo de disputas – *Dispute Boards* – nesses contratos. Afinal, nas palavras de Leonardo Toledo¹³, “o Dispute Board é uma ferramenta que tenta proteger a própria obra. [Ele] impede que a obra tenha paralisações.” E, mais, de acordo com estudos feitos pela DRBF (*Dispute Resolution Board Foundation*), somente 2% das controvérsias submetidas ao *Board* são, posteriormente, objeto de litígios¹⁴, o que sugere a efetividade do método quanto à resolução dos conflitos que surgem ao longo da obra.

Nesse contexto, buscando conciliar esforços teóricos voltados para aplicação prática para fins de contribuição com o tema sobre possibilidades para se alcançar o fim ou, no mínimo,

¹³ TOLEDO, Leonardo. Dispute Boards, Arbitragem e Contrato de Aliança. Entrevista concedida a Rodrigo Bella Martinez. Canal do Contencioso Estratégico, Youtube, 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=qLJUTn7e9tI&t=216s>. Visualizado em 17.10.2020.

¹⁴ CONSTRUCTION BRIEFING: DISPUTE RESOLUTION BOARDS AND OTHER STANDING NEUTRALS. *Internacional Institut for Conflict prevention & Resolution*, 2020. Disponível em: <https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-dispute-resolution-boards-other>

a redução de obras paralisadas no Brasil, elege-se nesta monografia a investigação: do motivo pelo qual as partes contratantes não conseguem resolver, de forma eficiente, conflitos inerentes ao desequilíbrio econômico contratual nos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura; as consequências da resolução ineficiente desses conflitos, e, por fim, proposição de potencial mecanismo eficiente para solução do problema: *Dispute Boards*.

Assim, divide-se este trabalho em três partes. Na primeira, explora-se a identificação dos motivos para o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura, sob a ótica da natural incompletude destes; bem como de qual maneira seria eficiente a resolução de conflitos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro destes, com vistas a evitar a paralisação e o atraso de obras.

Na segunda parte, aborda-se como ocorre o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de grandes obras de infraestrutura e qual a eficiência dos remédios jurídicos para o reequilíbrio, sob a ótica da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, bem como da autocomposição e da heterocomposição.

Por fim, na terceira parte, analisa-se a eficiência dos *Dispute Boards* para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

1 CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO DE GRANDES OBRAS DE INFRAESTRUTURA E INCOMPLETUDE

Nas palavras de Carmo¹⁵, contratos de construção de grandes obras de infraestrutura correspondem, em suma, àqueles “que desempenham um papel central na realização de obras de infraestrutura e de plantas industriais que servem à produção de bens dos mais variados setores da economia.” E, mais:

Seria um negócio jurídico celebrado pelo proprietário ou dono da obra, como contratante, com uma pessoa jurídica especializada em engenharia ou arquitetura, como contratada, que, em contrapartida ao preço, se incumbiria de projetar e, eventualmente, de executar uma obra de complexidade técnica, tecnológica ou financeira elevada, podendo ainda, se convencionado, obrigar-se a prestar assistência, mantê-la e operá-la.¹⁶

¹⁵ CARMO, Lie Uema do. Contratos de construção de grandes obras. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.25

¹⁶ CARMO, Lie Uema do. Contratos de construção de grandes obras. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.36

No entendimento de Toledo¹⁷ sobre a execução dos referidos contratos, “há a certeza de que ocorrerão mudanças ao longo do projeto” não previstas originalmente na proposta. Em consonância a este entendimento, nas palavras de Bates Jr.:

Grandes projetos de construção exigem a coordenação de milhares de atividades de engenharia, de fornecimentos e de obras, **além de atualizações frequentes no cronograma, a fim de adequar, estrategicamente, uma infinidade de alterações que poderão ser verificadas nos projetos, nas contratações e no processo de construção**”¹⁸

Esse pressuposto, assumido hiperbolicamente como certeza por alguns autores, reflete a tendência de que eventos não previstos surgirão a partir da proposta apresentada e as mudanças ao longo da obra não devem ser vistas como excepcionais, mas corriqueiras, fruto da constatação de que os contratos que suportam essas obras se apresentam, por natureza, incompletos. Explica-se.

Diz-se que contratos completos são aqueles que tudo preveem, antecipam e dispõem, inexistindo margem para renegociação das cláusulas ali previstas¹⁹. Nesse passo, economistas definem que “nenhuma contingência não prevista poderia sobrevir ao longo da relação: qualquer mudança no ambiente econômico apenas ativaria as cláusulas *ad hoc* previstas no contrato”²⁰.

Em sentido oposto a estes, os contratos incompletos são aqueles que não conseguem precisar e antever especificamente todos os eventos que ocorrerão ao longo da relação contratual, e tampouco a solução adequada para cada tipo de evento. São aqueles em que “surge um evento ou uma contingência não antecipada no contrato; e, assim, o contrato é silente quanto ao tratamento ante tal evento ou contingência”²¹.

¹⁷ TOLEDO, Leonardo. Ferramentas Colaborativas e Dispute Boards. Webinar promovido pela CCBC - Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Canal CCBC - Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Youtube, 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=VKcs4TYjy70&t=1089s>. Visualizado em 17.10.2020.

¹⁸ BATES JR., ALBERT (coautor). **Gerenciamento de Projeto Proativo: Estratégias de Controle de Projeto para Megaprojetos de Construção**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 55.

¹⁹ CARMO, Lie Uema do. Contratos de construção de grandes obras. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.118

²⁰ “No unforeseen contingency may arise as the relationship evolves: any change in the economic environment just activates the ad hoc provisions of the contract”. SALANIÉ, Bernard. **The economics of contracts: a primer**, cit., p. 161. Tradução nossa.

²¹ “[...] incomplete if an event or contingency can arise that is not anticipated by the contract; hence, the contract is silent with respect to what should happen given this event or contingency”. HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. Contract law. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Eds.). **The handbook of law and economics**. Amsterdam: Elsevier, 2007. v. 1. p. 70. Tradução nossa.

É justamente essa a situação de obras. Mudanças e eventos inesperados ocorrerão sem que o contrato tenha previsto *ex ante* como tratá-los exaustivamente, revelando, assim, a natural incompletude.

1.1 Motivos da Incompletude Contratual

Sobre os motivos ensejadores da incompletude contratual, Carmo aponta que:

Vários são os motivos para a incompletude contratual: ambiguidade da linguagem, custos de transação, racionalidade limitada, assimetria informacional, incerteza e complexidade do ambiente de contratação, dentre outros.²²

Nesse contexto, convém tratar especificamente dos motivos que justificam a incompletude contratual dos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura, e igualmente, o motivo pelo qual nestes é previsível a ocorrência de mudanças imprevistas no contrato ao longo de sua execução.

A primeira razão pela qual contratos de construção de grandes obras de infraestrutura são incompletos é decorrente do fato de que estes não são exequíveis imediatamente, mas, sim, ao longo do tempo (diferidos ao longo do tempo).

De tal maneira, devido à limitação da racionalidade humana de quem redige a proposta do contrato²³, é certo que as partes não conseguem prever, com exatidão, todos os eventos que ocorrerão ao longo da relação contratual, tampouco seus impactos e resoluções eficientes para cada tipo de cenário.

A segunda razão, qual seja, o alto custo de transação²⁴ em tornar completo o contrato, também é de extrema relevância ao cenário ora estudado.

Nos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura verifica-se o alto custo de transação, dentre outros, na própria redação do contrato. Optar por redação de contrato completo demandaria enfrentar a racionalidade limitada inerente ao ser humano pela busca do conhecimento quanto a todos os possíveis eventos que ocorrerão ao longo do contrato, e todas

²²CARMO, Lie Uema do. Contratos de construção de grandes obras. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.190.

²³ Conforme dispõe Paula Forgioni, racionalidade limitada corresponde aos “limites cognitivos e temporais em nossa habilidade de processar informações” FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**, v.1, jan/ 2015, Revista dos Tribunais, cit., p. 69.

²⁴ Custo de transação “compreende a todos os obstáculos que as partes devem enfrentar quando buscam estabelecer relações negociais no mercado” (BELLANTUONO, 2005, p. 59)

as soluções adequadas para resolução destes, o que implicaria elevado nível de investimento e tempo para compreensão das futuras particularidades daquele contrato, com grandes chances de o esforço restar infrutífero.

O investimento do custo de transação *ex ante* em função de redação pode ser ineficiente, na medida em que a redação contratual pode atribuir soluções que não são as mais adequadas ao que ocorre na prática e, assim, “compelir as partes à troca mesmo quando não houvesse sobrevalor a ser ganho.”²⁵

Assim, o custo de transação envolvendo, dentre outros fatores, especialmente a redação, pode ser alto o suficiente para não compensar o tempo demandado e os riscos de uma redação detalhista sobre possíveis eventos futuros.

A terceira razão é referente à assimetria informacional. Em contratos públicos, por exemplo, onde a parte contratante depende de licitação para contratação de serviços de engenharia, é comum que a contratante detenha informações sobre o projeto, sobre a precificação dos riscos, sobre a análise de viabilidade, dentre outros aspectos, com maior qualidade que o contratado. Por outro lado, o contratado, que executa a obra e efetivamente comparece ao canteiro de obra, dispõe de informações de maior qualidade acerca do andamento da obra e de sua dinâmica.

Informações sobre bens e interesses que se pretende transacionar não são conhecidas de forma igualitária e simétrica entre as partes contratantes. No ambiente de contratos de grandes obras de infraestrutura, é comum que a contratante detenha informações sobre o projeto, sobre a precificação dos riscos, sobre a análise de viabilidade, dentre outros aspectos, com maior qualidade que o contratado. Por outro lado, o contratado, que executa a obra e efetivamente comparece ao canteiro de obra, dispõe de informações de maior qualidade acerca do andamento da obra e de sua dinâmica.

Nesse passo, diante das informações assimétricas entre as partes, o contrato, igualmente, é incompleto pelas reservas de informações que serão dispostas no instrumento contratual.

²⁵ “[...] by compelling exchange when there is no surplus to be gained”. (SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Law Review*, v. 56, 2006, p. 3. Nossa Tradução.)

A quarta razão é inerente ao fato de que contratos de grandes obras de infraestrutura exigem alto grau de investimento em ativos específicos, o que significa gastos realizados por agentes econômicos em determinada relação contratual, aproveitáveis somente a uma determinada operação, a qual teria a sua produtividade prejudicada se os investimentos forem transferidos para outra atividade²⁶. Nesse passo, Pinheiro²⁷ (2010, p. 10) esclarece:

Por exemplo, um trem de alta velocidade será de pouca utilidade se utilizado em outra via férrea que não tenha recebido o tratamento adequado para acomodá-lo. Todo o conhecimento acumulado por um funcionário sobre as pessoas e a cultura de uma empresa será perdido se ele trocar de emprego. O mesmo se aplica ao conhecimento acumulado por um fornecedor sobre as exigências técnicas e gerenciais de um grande cliente. O tamanho dessa perda vai depender de como foi criado o ativo; se ele foi desenvolvido especificamente para amoldar-se a uma determinada transação, a perda com a mudança de uso tende a ser grande.

O alto grau de investimento em ativos específicos torna-se um motivo para incompletude contratual sobretudo diante do comportamento oportuníssimo das partes – comportamento associado ao ato de agir com malícia, egoísmo, não cooperação e reprovabilidade-. Isso porque, nas contratações onde há esse contexto de especificidade de ativos, uma das partes por agarrar-se a tal posição ou ativo e barganhar com a outra de modo oportunista, fazendo demandas que, em circunstâncias onde não há a dependência da outra parte, talvez a parte barganhante não exigisse²⁸. Sobre a correlação entre especificidade dos ativos e comportamentos oportunistas, Fici (2005, p. 104)²⁹ acrescenta a ideia de que:

Se os investimentos específicos não são bilaterais, ou seja, efetuado por ambas as partes contratantes, ou se os investimentos específicos realizados por um dos contratantes são consideravelmente maiores que aqueles realizados pelo outro, a operação se torna crítica para aquele contratante que fez maiores investimentos, vez que se encontra exposto a risco, especialmente quando as circunstâncias do negócio mudam, em um possível abuso da outra parte, ou seja, o pedido oportunista de renegociação do conteúdo do contrato.

Nesse passo, para coibir comportamentos oportunistas em contratos que impõem um alto grau de investimento também sugere-se a incompletude contratual.

²⁶ CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. Revista de Direito FGV, São Paulo, jan-jun 2014, p. 179.

²⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações, 2010,p.10. Disponível em: <www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 17.06.2020.

²⁸“Consequência direta do egoísmo do agente econômico é o seu oportunismo, que o mantém à espreita, visando a identificar e usar em seu favor todas as oportunidades que surgirão, ainda que em detrimento dos outros” FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais, cit., p. 113. 475

²⁹ FICI, Antônio. Il contrato incompleto. Torino: G. Giappichelli, 2005.

A quinta razão para a incompletude contratual é concernente às estruturas dinâmicas de obras. Suas diferentes etapas e evoluções, por si só, apontam a constante alteração e o dinamismo do ambiente, o que impõe lacunas no contrato.

Glassman define que o dinamismo nos contratos de obras de engenharia deve ser observado “no sentido de que o contrato pode sofrer desequilíbrio, devendo ser reequilibrado, mas também de que a própria equação pode ser alterada pelas circunstâncias do desenrolar do contrato”³⁰.

Assim, em ambientes naturalmente dinâmicos onde é esperável a alteração da equação econômico-financeira e matriz de risco contratual, a incompletude contratual também se justifica.

Nesse diapasão, preceitua Araújo (2007, p. 184) que “em ambientes economicamente dinâmicos e sofisticados, na proximidade de mercados densos e concorrenciais, é de esperar que cresça o número de contratos com cláusulas abertas e com inacabamento deliberado”

A sexta razão para a incompletude contratual é atinente à complexidade do ambiente de contratação.

Bruner (2007, p. 12) dispõe que construção é um negócio complexo por si, e que ainda nos projetos de complexidade média, pode haver de 5 a 15 empresas envolvidas; entre 40 a 100 empresas podem estar envolvidas na construção; outras empresas fornecem materiais, serviços profissionais, e outros elementos necessários para a conclusão do projeto. Sendo assim, é impossível reunir a soma do conhecimento necessário para construir uma instalação em um conjunto de planos e especificações, o que igualmente justifica a incompletude contratual

A sétima razão trazida a este estudo é referente à incerteza, elemento intrínseco aos contratos de grandes obras que se diferencia do conceito de risco. Nas palavras de Frank Knight³¹, diferentemente do risco, a incerteza não passível de ser medida:

³⁰ GLASSMAN, Guilherme. Regulação do Mercado de Infraestrutura: o equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia. 2015. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, 2016, p. 47).

³¹ “The term ‘risk’, as loosely used in everyday speech and in economic discussion, really covers two things which, functionally at least, in their causal relations to the phenomena of economic organization, are categorically different. [...] The essential fact is that ‘risk’ means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly [...] It will appear that a measurable uncertainty, or

O termo “risco”, como usado de forma na linguagem usual d discussão econômica, realmente abarca duas coisas que, do ponto de vista funcional, nas suas relações causais com os fenômenos da organização empresarial, são categoricamente distintas. [...] Essencialmente o que “risco” significa, em alguns casos, é uma quantidade suscetível de mensuração, enquanto em outras situações é algo distinto [...]. Afigure-se que uma incerteza mensurável, ou “risco” propriamente dito, como nós usamos o termo, é muito diferente de algo não mensurável [...]. Vamos restringir o uso do termo “incerteza” para os casos do tipo não quantitativo.

Assim, identificam-se, ao menos, sete razões para que os contratos de construção de grandes obras sejam incompletos.

1.2 Reflexos da Incompletude Contratual: Desequilíbrio Econômico-financeiro

Um dos evidentes reflexos da incompletude contratual é o desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato originalmente prevista. Explica-se.

Inicialmente, reputa-se que, nas palavras de Justen Filho³², equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é:

Equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato. Como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes, em situação de correspondência. Essa noção se encontra na origem do instituto do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. O conjunto de encargos é a contrapartida do conjunto das “retribuições”, de molde a caracterizar uma “equação”.

Glassman (2015, p.48), por seu turno, explica sobre a equação econômico-financeira dos contratos de obras mediante exemplo de que, no instante da apresentação da proposta a prestação *A* corresponde à contraprestação *B*. Manter o equilíbrio econômico-financeiro contratual, neste exemplo, significaria manter a mesma relação ao longo da vigência contratual, de modo que no tempo *T'*, os valores de *A'* e *B'* sigam a mesma razão de proporcionalidade de *K*. Assim, expressa a equação econômico-financeira do contrato na seguinte fórmula:

$$K = A/B = A'/B' = A''/B''(...)$$

‘risk’ proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all. We shall accordingly restrict the term ‘uncertainty’ to cases of the non-quantitative type”. KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. Kissimmee: Signalman, 2009, p. 9.

³²MARÇAL, Justen Filho. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 293.

Seguindo a lógica apontada pela equação acima, para manter a equação do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecida, as mudanças contratuais que surgem ao longo do tempo deveriam encampar, de maneira paralela e simétrica, as prestações e contraprestação das partes contratantes.

Mas, na medida em que os contratos são incompletos e não preveem, contingenciam e precificam todas as mudanças que ocorrerão ao longo do tempo, determinados eventos que surgem ao longo do tempo podem onerar a prestação ou a contraprestação das partes, desequilibrando, por conseguinte, a equação econômico-financeira do contrato.

Ademais, há que se considerar que apesar de riscos corresponderem àquilo que as partes conseguem prever, antecipar e contingenciar, mediante definição e alocação da matriz de risco das partes contratantes, estes riscos podem se concretizar de maneira hiperbólica à previsão estabelecida em contrato. De tal maneira, a quebra do equilíbrio econômico-financeiro contratual também ocorre porque não se contingenciou a dimensão do risco verificado.

Ou seja, a mudança que naturalmente ocorre na obra diante da incompletude contratual tem condão de ensejar o desequilíbrio econômico-financeiro contratual.

É nesse contexto que se dá a fala de Nóbrega, no sentido de que durante a execução de contratos diferidos ao longo do tempo (a depender da sua duração) haverá o constante reequilíbrio:

Durante a execução de contrato de longo prazo, É falacioso é ingênuo pensar que você vai ter um reequilíbrio que vai retroagir ao momento T0..[...] Na verdade o contrato vai ter ao longo de [duradura] execução, não o [re]equilíbrio, mas múltiplos [re]equilíbrios.³³

Nesse mesmo sentido, entende Lucas Rocha Furtado³⁴ que a manutenção das condições deve ser dinâmica, de forma que a preservação do equilíbrio econômico-financeiro que foi acordado, impõe às partes o constante dever de acompanhar as circunstâncias que envolvem a execução do contrato.

³³ NÓBREGA, Marcos. Leonardo. Renegociação excepcional de contratos administrativos Webinário promovido pelo Akexandre Cateb, Youtube, 2020. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=eJrwsNc_-Y. Visualizado em 17.10.2020.

³⁴ FURTADO, Lucas. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p.572.

Nesse diapasão, pode-se constatar que para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual necessário que, quando verificado algum desequilíbrio, necessário se faz promover alterações para recompor o equilíbrio do acordo.

Entretanto, não é factível esperar que haverá o imediato consenso das partes com relação à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo porque o desequilíbrio em desfavor de uma das partes pode importar vantagem à outra, de modo que os interesses podem divergir.

Por exemplo: a ocorrência de chuva que alaga o canteiro de obra pode ser percebida pela empresa de engenharia contratada como sendo causa para manutenção da equação econômico-financeira do contrato pois, na sua compreensão, os efeitos da chuva não foram previstos, contingenciados e precificados. Já a parte contratada pode entender que a chuva, tal como ocorrida, compunha o risco assumido pela parte contratante.

Esta divergência de entendimento entre as partes, havendo a pretensão da parte contratada para que haja a recomposição da equação econômico-financeira do contrato, e a resistência da parte contratante quanto à pretensão da contratada, torna-se uma controvérsia entre as partes.

Assim, a incompletude contratual acaba por não prever todos os acontecimentos possíveis que ocorrerão ao longo do contrato e tampouco solução para cada um destes, de modo que, a partir das mudanças que surgem ao longo da obra, as partes podem entrar em conflitos.

Passa-se, a seguir, à análise sobre de que maneira é possível tratar, de maneira eficiente, com a incompletude contratual, com as mudanças que ocorrerão ao longo do contrato, e com os conflitos que surgem a partir destas, para fins de manutenção da equação econômico-financeira destes.

1.3 Proposições Sobre os Reflexos da Incompletude Contratual

Existiram juristas e economistas que apostaram na ideia de que a solução para evitar os reflexos negativos da incompletude contratual em contratos complexos, como os ora estudados, seria a busca pela completude contratual. A corrente compreendeu que contratos completos:

[A]lcançaria perfeitamente dois conflitantes objetivos: tanto eliminaria a liberdade das partes contratantes de se comportarem oportunisticamente como, simultaneamente, as deixaria com o grau máximo de flexibilidade para responder eficientemente aos detalhes finos das contingências que surgem no curso da transação. Note-se que já que o contrato completo exige o ajuste fino das ações das partes, a complexidade de tal contrato crescerá com a complexidade da transação.³⁵

No mesmo sentido, Scott e Triantis apresentam que:

A solução para o objetivo duplo de eficiência *ex ante* e *ex post* é o contrato completo, contingente, aquele que especifica as obrigações a cada estado possível do mundo e que é exequível de acordo com os seus termos³⁶.

Ocorre que, o entendimento parece ter sido superado, haja vista a verificabilidade de que os custos de transação para formulação de contrato completo superariam as suas vantagens; e de que a rigidez dos contratos completos pode não alcançar a melhor solução possível diante dos eventos ocorrido. Nesta linha, dispõe Terence Daintith³⁷:

As partes podem reduzir a incerteza por meio de contratos de longo prazo mediante previsão de espectro de futuras possibilidades e determinação antecipada do comportamento de troca em tais circunstâncias. Um problema com essa técnica é a capacidade limitada de contratos de se adaptarem a mudanças futuras nas circunstâncias de um tipo ou intensidade que as partes não previram. Se os contratos forem rígidos demais para eliminar as incertezas não previstas eles podem ruir sob a pressão dos eventos não previstos.

Ao descartar-se a viabilidade de completude contratual, muitos economistas, como Eggleston, Posner e Zeckhauser, compreenderam que há benefícios em celebrar contratos incompletos, pois, assim, as partes terão a liberdade de renegociar o contrato frente às contingências não previstas, bem como economizar nos custos iniciais de negociação ao celebrarem contratos mais simples:

³⁵ “[...] perfectly accomplishes two conflicting goals: it eliminates the freedom of the contracting parties to behave opportunistically, while at the same time leaving them with the maximum degree of flexibility to respond efficiently to the finer details of the contingencies that arise in the course of the transaction. Note that since a complete contract requires fine adjustments of the parties’ actions, the complexity of such a contract will increase with the complexity of the transaction”. AL-NAJJAR, Nabil I. **Incomplete contracts and the governance of complex contractual relationships**. The American Economic Review, v. 85, n. 2, 1995, p. 434. Tradução nossa.

³⁶ “A benchmark solution to the dual objective of *ex ante* and *ex post* efficiency is the complete, contingent contract, one that specifies obligations in each possible state of the world and is enforceable according to its terms”. SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. **Incomplete contracts and the theory of contract design**, cit., p. 3. Tradução nossa

³⁷ “Parties may reduce uncertainty through long-term contracts by foreseeing a range of future possibilities and determining in advance their trading behaviour in such circumstances. One problem with this technique is the limited capacity of contracts to cope with future changes of circumstances of a kind or intensity which the parties did not foresee. If contracts are rigid enough to eliminate unforeseen uncertainties, they may break under the strain of unforeseen events.” DAINITH, Terence. **The design and performance of long-term contracts**. Contract and organization: legal analysis in the light of economic and social theory. New York: De Gruyter, 1986, p. 171. Tradução nossa.

As partes que possuem a racionalidade limitada, irão reconhecer que não podem antecipar todas as contingências futuras, ou contratar de forma barata levando em consideração contingências improváveis mas previstas. Por causa dessas duas razões, estas valorizam a liberdade de renegociar contratos no futuro, quando a contingência surgir. Estas provavelmente também valorizam o preenchimento de lacunas pelas cortes, se eficiente e efetivo. Ao antecipar a renegociação ou o preenchimento de lacunas, as partes economizam nos custos iniciais de negociação ao celebrarem contratos mais simples do que poderia ser o ideal.³⁸

De forma simplista, a ideia de Eggleston, Posner e Zeckhauser (2000) se consubstancia na tese de que, haja vista a incompletude contratual, para que essa característica seja benéfica às partes, deve-se garantir que as partes terão o poder de renegociar.

Juristas contemporâneos, como Anderson Schreiber, também possuem tal entendimento, no sentido de que a renegociação e preenchimento de cláusulas, além de diminuir os custos de transação, favorece o cumprimento dos contratos, que é justamente o que se busca na presente análise: contribuir com solução para fins de paralisação de grandes obras de infraestrutura no Brasil. Este autor argumenta que:

[A] existência de um dever de renegociação favorece, de modo geral, o melhor cumprimento dos contratos. Isso porque, em um cenário carente de tal dever, o contratante excessivamente onerado, inseguro quanto ao eventual reequilíbrio do contrato e não desejoso de enfrentar os ônus de uma demanda judicial, poderia limitar-se ao adimplemento formal de suas obrigações, deixando de efetuar investimentos necessários a assegurar a completa fruição do resultado esperado pela contraparte; O mesmo não ocorreria diante do reconhecimento pela ordem jurídica de um dever de renegociação.³⁹

Adicionalmente, vale tecer que o entendimento de que a solução eficiente para a incompletude contratual seria a liberdade de negociação das partes é relacionado diretamente com a Teoria dos Contratos Relacionais.

Esta Teoria considera que, para fins de eficiência dos contratos incompletos, deve-se reconhecer a flexibilidade e a mutabilidade destes, de modo que haja a contínua adaptação da relação contratual, especialmente a partir da consensualidade, assumindo-se a possibilidade de

³⁸ “Parties who are boundedly rational will recognize that they cannot foresee all future contingencies, or contract cheaply on unlikely contingencies that are foreseen. For these two reasons, they value the freedom to renegotiate contracts in the future as contingencies arise. They are also likely to value legal gap-filling, if efficient and effective. Anticipating such renegotiation or gap-filling, the parties can save up-front negotiation costs by entering into contracts that are simpler than would otherwise be optimal.” EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard J. **The design and interpretation of contracts: why complexity matters**, cit., p. 123. Tradução nossa.

³⁹ Schreiber, Anderson, Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar – 2ª Edição, 2020, E-Book, p. 318-319.

sucessivas mudanças no ambiente da contratação e renegociações. Fernando Araújo entende que:

[O] contrato relacional é aquele em que as partes não reduzem termos fulcrais do seu entendimento a obrigação precisamente estipuladas, porque não podem ou porque não querem, e se remetem a modos informais e evolutivos de resolução de infinidade de contingências que podem vir a interferir na independência dos seus interesses e no desenvolvimento das suas condutas, afastando-se da intervenção judicial irrestrita como solução para conflitos endógenos que privilegiarem o recurso a formas alternativas de conciliação de interesses⁴⁰.

Considerando que no ordenamento jurídico brasileiro vigente existe a hipótese de as partes (incluindo a Administração Pública) comporem seus conflitos tanto pela via da autocomposição como da heterocomposição, a ideia de renegociação de cláusulas (auto composição) para tornar eficientes contratos incompletos faz sentido em ambientes de contratos de construção de grandes obras de infraestrutura. Isso porque: (i) é imperiosa observância de prazos e cronograma e (ii) a negociação feita pelas partes (autocomposição) demanda menor tempo do que a composição imposta por terceiro neutro (heterocomposição) que, naturalmente, toma conhecimento sobre a controvérsia após a sua ocorrência, o que demanda tempo. Na proposição feita por Zanchim e Alves:

Até mesmo um procedimento de negociação direta entre as partes envolve tempo, embora seja um dos métodos mais rápidos à disposição dos litigantes. Quando um terceiro neutro é chamado a intervir na solução da controvérsia – seja a que título for – o consumo de tempo, naturalmente, é maior, dado que o terceiro precisa compreender do que se trata a controvérsia, qual é a sua origem, o seu contexto, o papel de cada parte etc.⁴¹

Assim, a renegociação e preenchimento de lacunas ao longo da execução do contrato faz com que as partes resolvam de forma célere os conflitos que surgem a partir de mudanças que ao longo da execução da obra, evitando-se o escalonamento destes.

De tal modo, há a constante manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual, de modo a igualmente atrair o incentivo das partes em dar continuidade à obra em ritmo adequado de produtividade.

⁴⁰ Teoria económica do contrato. Coimbra. Almedina, 2007. p.395. Pode ser indicado como referência na teoria dos contratos relacionais o autor Ian MacNeil (Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relation contract law, Northwestern University Law Review v.72, n.6, 1988)

⁴¹ ZANCHIM, Kleber; ALVES, Rafael (coautores). **Dispute Boards e Projetos de Infraestrutura**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 343.

Assim, observa-se que a proposição da liberdade da renegociação enquanto elemento fisiológico decorrente da incompletude contratual, e não patológico, parece ser a medida eficiente para que as partes consigam lidar com os eventos e as consequências não previstas originalmente e manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

1.4 Conclusões Parciais

Pelo exposto, observa-se que a proposição da liberdade da renegociação enquanto elemento fisiológico decorrente da incompletude contratual parece ser a medida eficiente para que as partes consigam lidar com os eventos e as consequências não previstas originalmente, que naturalmente ocorrerão no ambiente de grandes obras de infraestrutura.

Adicionalmente, a aceitação da liberdade de renegociação no contexto de grandes obras de infraestrutura sugere ser medida eficiente especialmente diante da celeridade do método. Isso porque, para que as partes consigam seguir o cronograma e finalizar o projeto no tempo previsto, é imperioso que resolvam pontualmente seus conflitos e não os deixem acumular, preservando-se o bom relacionamento entre as partes e o equilíbrio econômico-financeiro.

Pelo exposto, em um mundo ideal, a cada mudança que ocorresse ao longo da obra as partes deveriam buscar a negociação e resolver pontualmente os conflitos que surgem a partir da mudança, para fins de manutenção do equilíbrio econômico contratual.

Ocorre que, ao que os dados indicam, não parece ser esse o cenário de resolução de conflitos que surgem ao longo da obra diante das mudanças que ocorrem ao longo da execução do contrato. Caso contrário, não haveríamos, infelizmente, tantas obras paralisadas em função do desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Por isso, o Capítulo a seguir é dedicado à análise de como pode ocorrer, em termos práticos, o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a busca pelo reequilíbrio, mediante análise dos remédios jurídicos tradicionalmente disponíveis, para fins de obtenção de conclusões sobre o comportamento das partes.

2. Desequilíbrio, Paralisação e (In)eficiência dos Remédios Tradicionais de Recomposição do Equilíbrio-Econômico Financeiro

2.1 Desequilíbrio Sob a Ótica dos (*Disruption Claims*) e Paralisação de Obras

A paralisação em decorrência do desequilíbrio econômico-financeiro pode ocorrer de forma abrupta, tal como ocorrido diante da superveniência de pandemia Covid-19; ou pode ocorrer como reflexo de várias mudanças que surgem ao longo da obra e que geram conflitos entre as partes, mas que não são solucionados de forma eficiente.

Sob o espectro da segunda opção, convém tecer as colaborações feitas por Guiterrez no âmbito dos “*disruption claims*”, em seu artigo “Uma Visão Prática ao Termo *Disruption* em Pleitos Construtivos”, sendo “*disruption*”⁴² sinônimo de interrupção, dificuldade, limitação, interferência, e paralisação” e “*claims*”⁴³ concernentes aos pleitos de reequilíbrio econômico.

O Autor explica em seu artigo que:

Quando se fala de *Disruption* deve-se também considerar o acúmulo de várias causas e impactos (às vezes chamado de “impacto cumulativo”) e como estes fatores, ao coexistirem, resultam em alterações tão significativas no andamento de projetos e obras que as consequentes perdas de prazo e custo dificilmente podem ser individualmente identificadas para uma adequada da determinação causa e efeito. Nesse sentido, a Figura 1 apresenta na sequência ilustra de forma gráfica uma grande quantidade de fatores que podem impactar a produtividade real observada em projetos de construções.

A identificação isolada, análise e apresentação de pleitos relacionados ao impacto acumulado de várias causas pode ser assunto extremamente completo. Tão difícil como apresentar de maneira clara e convincente, conseguir o entendimento comum entre as diferentes partes e interesses observados no universo da construção torna-se um dos maiores desafios na resolução de disputas neste seguimento. Por este motivo, apesar de ter sido ilustrado como uma das possíveis fontes de justificativa para perdas causadas por *Disruption* este artigo não se dedicará a explorar este tema.

Apresenta-se a seguir, em 5 passos, uma maneira alternativa e clara para demonstrar o conceito por traz do termo *Disruption*

1. Suponha que a Figura 2 abaixo, uma poça d’água, representa um projeto em seu estado originalmente planejado, ou seja, sem problema nenhum de atraso, custos não previstos ou alterações no escopo.

⁴² “Disruption (as distinct from delay) is disturbance, hindrance or interruption to a Contractor’s normal working methods, resulting in lower efficiency. If caused by the Employer, it may give rise to a right to compensation either under the contract or as a breach of contract”. Disponível em: <https://www.scl.org.uk/resources/delay-disruption-protocol>. Visualizado em 20.10.2020

⁴³ Sempre que constatado o desequilíbrio, neste momento ou ainda durante a execução do empreendimento, fica aberta a possibilidade de formulação dos claims (pela literatura anglo-saxônica) ou pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro (na linguagem usual do mercado brasileiro). GLASSMAN, Guilherme. Regulação do Mercado de Infraestrutura: o equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia. 2015.130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, 2016, p. 90



Figura 2: Poça d'água representando um projeto planejado

2. Agora imagine um atraso incorrido no projeto, a título de exemplo causado por uma licença não obtida em tempo adequado, seja representado na figura como uma gota caindo na poça d'água.

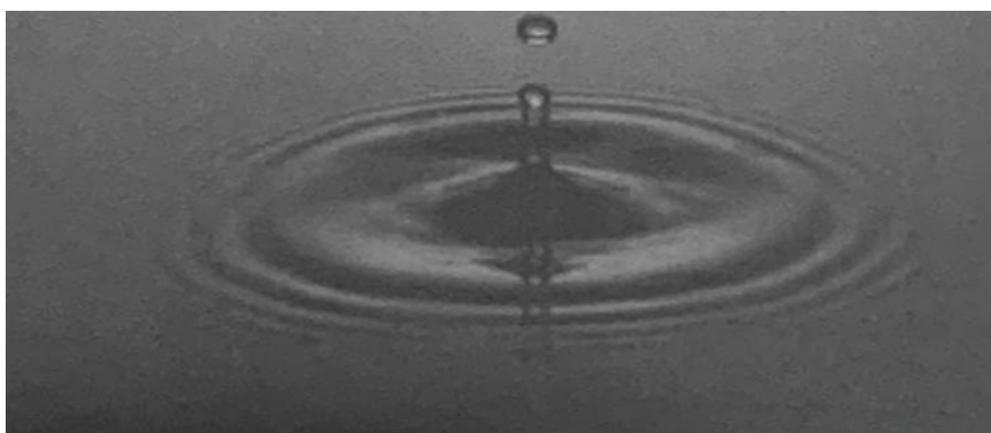


Figura 3: Poça d'água impactando a poça original

3. Como indicado a Seguir, na Figura 4, claramente pode-se identificar a gota (no exemplo seria o evento causador do atraso). Neste exemplo, temos um evento causador que resulta em um impacto e ambos elementos podem ser facilmente observados, individualmente identificados e relacionados e o impacto resultante pode se quantificado sem maiores complicações.

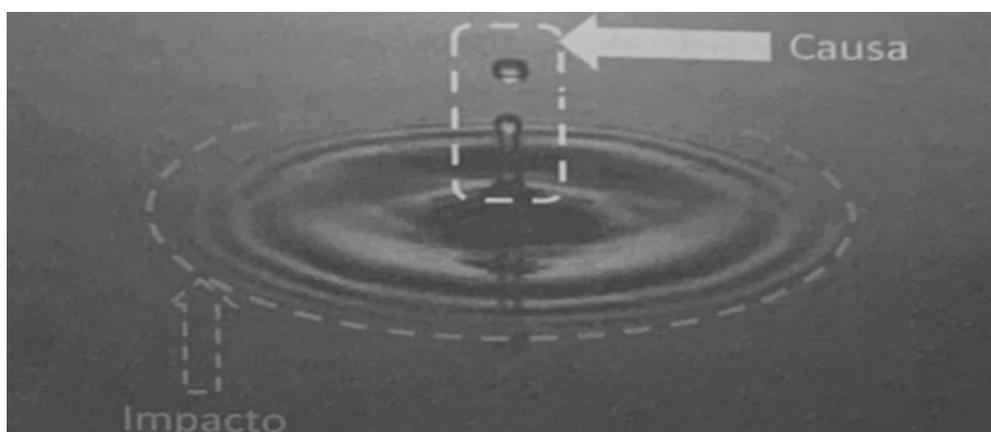


Figura 4: Causa e Efeito Identificados

4. A situação fica muito mais complexa quando muitos eventos independentes causam impactos independentes e estes impactos, causados originalmente por eventos independentes, por sua vez causam outros impactos adicionais entre si, ou então, alteram de alguma forma os impactos originais. Figura 5.

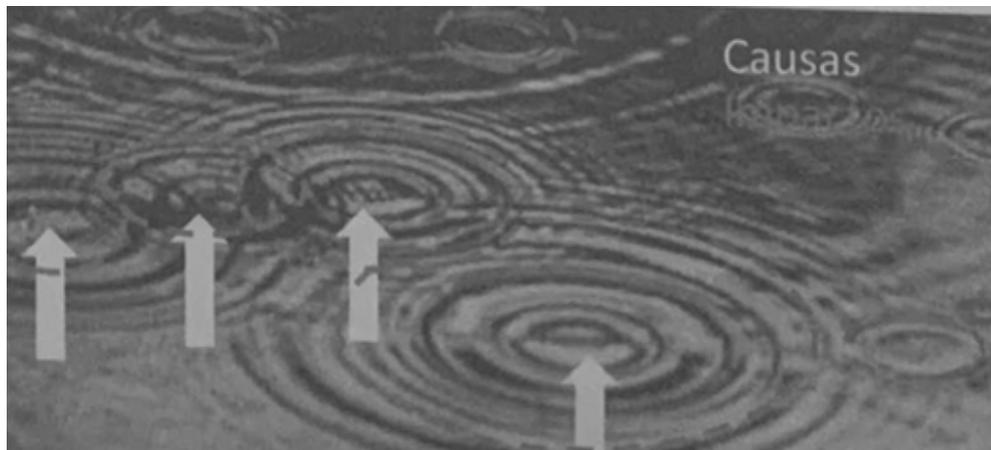


Figura 5: Causa e efeito identificados

5. *Disruption* em sua essência pode ser claramente representado pelos impactos dos eventos originais ou ainda pelos novos eventos que tenham resultado em impactos ainda não observados até aquele momento, Nestas ocasiões, a identificação e quantificação dos impactos finais/totais é possível, porém, a identificação precisa da relação causa e efeito nestes cenários, pode ser praticamente impossível.



Figura 6: *Disruption*⁴⁴

Verifica-se que, caso cada “gota d’água” – que pode ser tratada como mudança ao longo da obra com potencial de desequilibrar a equação econômico-financeira contratual - fosse resolvida pontualmente, mediante a renegociação contratual, conforme proposto como medida

⁴⁴ GUTIERREZ, Felipe. *Uma Visão Prática ao Termo Disruption em Pleitos Construtivos*, 2019, Almedina Brasil, p. 180-183.

eficiente no Capítulo 1, o acúmulo de conflitos não solucionados, ocasionando uma espécie de “bola de neve”, seria evitado. Além disso, o fenômeno *Disruption* igualmente seria evitado.

Ocorre que, aparentemente no Brasil, a situação é que ocorrem várias mudanças ao longo do contrato, gerando conflitos entre as partes, mas estas não solucionam, de forma eficiente, estes conflitos.

Assim, dedica-se, a seguir, à análise do porquê não são resolvidos, mediante renegociação e de forma célere, os conflitos decorrentes de mudanças na obra e na equação econômico-financeira do contrato.

2.2 Remédios Jurídicos Tradicionais

Existem remédios jurídicos para o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos que respaldam renegociação nos contratos de grandes obras de infraestrutura – que podem ser regidos tanto por normas de direito privado como por normas de direito público⁴⁵ -, mas, caso estes fossem eficientes, não teríamos o alarmante cenário de paralisação de obras no país.

A começar, com base nas conclusões parciais obtidas no capítulo anterior, parece-nos sensato afirmar que os remédios para o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura deveriam ser flexíveis, haja vista que mudanças no ambiente de obras não são elementos “patológicos”, mas sim, “fisiológicos” e inerentes à sua própria natureza.

Ocorre que, a primeira crítica a se fazer, desde já, é a de que as mudanças que ocorrem naturalmente nos contratos de grandes obras de infraestrutura são tratadas como exceção. Nas palavras de Toledo:

Tem a situação de partes contrapostas, muitas vezes com interesses não tão alinhados, e com falha de comunicação terrível, em que os projetos são organizados sem uma vocação para lidar com as dificuldades ao longo do tempo. No contrato tradicional de

⁴⁵ O setor de infraestrutura brasileiro demanda a entrega de obras de engenharia complexas. Tais obras podem decorrer de contratações feitas pela Administração Direta, regendo-se as normas de direito público, ou pela Administração Indireta e por *players* do setor privado, fazendo-se reger as normas de direito privado. Significa dizer que serviços de engenharia para construção de obras de infraestrutura, podem ser contratados pela Administração Pública Direta, hipótese em que incide sobre a relação contratual a Lei de Contratos Públicos (Lei 8.666/93); ou pela Administração Indireta (e.g. Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas) e por Companhias privadas, de modo que incide à relação contratual as normas do Código Civil (Lei 10.406/02)

construção a mudança ele é tratado como exceção, é tratada como anomalia (...). Mas acontece que tudo vai mudar ao longo do projeto. Essa é a única certeza que se tem⁴⁶.

A Constituição Federal, em seu inciso XXI do art. 37, consagrou o princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ao estabelecer o dever de manter-se “as condições efetivas da proposta” durante a relação contratual entre a Administração Pública (direta e indireta) e particulares, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifos nossos)

Até o momento da leitura de tal dispositivo consagrado na Carta Magna não se verifica excesso de critérios para remediar o desequilíbrio e promover a renegociação contratual e o preenchimento de lacunas. Depreende-se que, a partir da concretização de um evento posterior, não previsto à época da formulação da proposta, o equilíbrio econômico-financeiro previsto no momento da proposta resta comprometido.

Porém, as legislações específicas que regulam os contratos de grandes obras - Lei 8.666/93 na hipótese de contratações feitas pela Administração Direta, ou Lei 10.406/02 (Código Civil) na hipótese de contratações feitas pela Administração Indireta (e.g. Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas) - estabelecem outros critérios, além da verificação da alteração das condições da proposta, os quais dificultam a renegociação.

⁴⁶ TOLEDO, LEONARDO. FISCHER. webinar: CAM-CCBC | Ferramentas Colaborativas e Dispute Board. Canal: CCBC – Câmara de Comércio Brasil Canadá, 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=VKcs4TYjy70&t=4583s&ab_channel=CCBC-C%C3%A2maradeCom%C3%A9rcioBrasil-Canad%C3%A1

2.2.1 Direito ao Reequilíbrio Econômico-financeiro dos Contratos de Construção de Grandes Obras regidos pela Lei 8.666/93

Quando se tratar de contratos públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷ entende que estes procedem não apenas da vontade unilateral da Administração Pública, como da vontade do Poder Público e de terceiros.

Nesse contexto, Bandeira de Mello⁴⁸ também aduz que, dado que contratos administrativos procedem não apenas da vontade unilateral da Administração Pública, como da vontade do Poder Público e de Terceiros, guarda peculiaridade em relação aos contratos privados, qual seja, a alteração unilateral do que fora pactuado a respeito das obrigações.

O art. 65 da Lei 8.666/93 é dedicado a estabelecer as hipóteses de alteração de contratos públicos, abarcando tanto as hipóteses em que a Administração Pública unilateralmente altera o contrato, como as em que há a alteração decorrente de acordo entre as partes.

No que concerne especificamente à a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a alínea d do inciso II do art. art. 65 da Lei 8.666/93, disciplina que:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Depreende-se da redação do referido artigo que ocorrências ordinárias, também conhecidas como fatos previsíveis, cujas consequências podem ser possivelmente estimadas, não podem servir de fundamento à pretensão do reequilíbrio econômico-financeiro.

Existem várias críticas a serem feitas, sendo pertinente a menção das que seguem.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores, 2006. págs. 586,587 e 593.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores, 2006. págs. 586,587 e 593.

A primeira delas é a de que, conforme defende Kleber Zanchim, ” o núcleo da hipótese que absorve a maior parte das ocorrências é a imprevisibilidade. A dificuldade está em identificar o que é previsível e o que não é.”⁴⁹

Em não raros os casos, inexistente a definição específica sobre o que - naquela relação contratual - foi contingenciado, calculado como risco, precificado, e o que não era passível de ser verificada a probabilidade, sendo, assim, imprevisível.

Vale dizer. Um contrato de construção de grande usina hidrelétrica no Nordeste contingenciará a probabilidade pluviométrica de maneira distinta a que se faz quando se contingência e verifica os riscos pluviométricos de uma construção de grande usina hidrelétrica no Norte do país. Veja-se que se trata do mesmo objeto contratual, mas que as condições dos locais específicos vão importar variação nas definições de riscos dos respectivos contratos. Dessa forma, as cláusulas sobre a alocação de riscos decorrente de análise pluviométrica e as respectivas interpretações sobre o tema deve, a princípio, acompanhar as peculiaridades do caso.

Ocorre que, muitos desses contratos possuem cláusulas genéricas e nebulosas que dificultam ainda mais a compreensão sobre o que fora contingenciado em determinado contrato e o que não fora.

Nesse cotejo, dispõe Glassman (2015, p.46) que a complexidade dos contratos de engenharia e sua especificidade, aliada à utilização de instrumentos jurídicos caracterizados pela presença de conceitos indeterminados para tratar da matéria, criam barreiras a uma análise adequada dos casos concretos.

Desse modo, diante da ausência de especificidades sobre o que é ou não previsível em determinada relação contratual, tem-se que a definição sobre o que deve ou não ser considerado como álea extraordinária, ordinária, como risco, como incerteza, dentre outros aspectos, importará, em não raros os casos, ocorrerá mediante avaliação *ex post* da efetiva ocorrência dos eventos, a ser feita por humanos – imperfeitos e corruptíveis – que poderão utilizar-se da

⁴⁹ ZANCHIM, Kleber. Contratos Públicos e Direito Privado Interpretação, Princípios e Inadimplemento. São Paulo, Almedina, 2016, p. 52.

nebulosidade das cláusulas e (in)definições de “imprevisibilidade” como forma de dificultar a renegociação contratual e preenchimento de lacunas.

A segunda razão é concernente à ideia de que, conforme define Bonatto (2018)⁵⁰ -, a quebra do equilíbrio econômico contratual depende da demonstração de que: a) o evento não deve ter ocorrido por culpa da contratada; b) deve haver modificação substancial nas condições contratadas, de forma que seja caracterizada alteração desproporcional entre os encargos da contratada e a retribuição da contratante; c) há nexo causal entre a alteração dos custos e o evento ocorrido, bem como é necessária a recomposição da remuneração correspondente em função da majoração ou minoração dos encargos da contratada; d) houve a quebra de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio de apresentação de planilha de custos e documentação comprobatória correlata, demonstrando que a contratação se tornou inviável nas condições inicialmente pactuadas.

A necessidade de se demonstrar não apenas o caráter “imprevisível”, como também o nexo de causalidade entre o evento e o dano pode não ser viável. Sobretudo se há razoável lapso temporal entre acontecimento do evento e o momento de apuração do desequilíbrio econômico-financeiro, pode ser de difícil constatação o desequilíbrio econômico-financeiro.

2.2.2 Direito ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos regidos pelo Código Civil (Lei 10.406/02)

Os contratos de grandes obras de infraestrutura regulamentados por normas de direito privado, como aqueles pactuados entre a empresa de engenharia e Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista⁵¹, lastreados nas regras do Código Civil, recebem tratamento semelhante aos contratos regidos pela Lei 8.666/93 no tocante à renegociação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

O que se previa sobre o tema no Código Civil até a inserção do art. 421-A, inserido ao Código pela Lei da Liberdade Econômica – estava disposto nos arts. 393 e 478, que preveem:

⁵⁰ BONATTO, Hamilton. Governança e Gestão de Obras Públicas: do planejamento à pós-ocupação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

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. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

De maneira similar ao que constam das regras revisionais de contratos regulamentados pela Lei 8.666/93, o fator impositivo para a revisão e reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos é a superveniência de eventos imprevisíveis. Haja vista que estes contratos igualmente denotam cláusulas genéricas que não delimitam exatamente a alocação de riscos do caso concreto, as críticas feitas aos contratos públicos nesse espectro revelam-se aplicáveis aos contratos regidos por direito privado.

No que toca especificamente ao art. 478 do Código Civil, que consagra o que se chama de onerosidade excessiva superveniente, para além de prever requisitos semelhantes para aplicabilidade da revisão dos contratos administrativos, conforme descrito por Bonatto, atribui a necessidade de se demonstrar “extrema vantagem” à contraparte.

O ponto acerca da “extrema vantagem” é amplamente criticado pela doutrina e a jurisprudência pouco utiliza o requisito da extrema vantagem para basear seu entendimento⁵². No entanto, como esta parte não foi retirada do dispositivo, dá-se margem para que magistrados julguem demandas com base também no trecho e em interpretações adversas à citada, gerando-se insegurança jurídica nas relações.

Com o advento da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19), foram inseridos ao Código Civil os seguintes dispositivos sobre o tema:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

⁵² Revisão de Contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização de suas causas à luz da intenção comum dos contratantes, in Revista Eletrônica AD JUDICIA, ano 1, n. 1, out. dez. 2013, p. 24-25, disponível em www.reaj.org.br

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

O caput do art. utiliza da expressão “paritários e simétricos” em deferência à ideia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos na época da proposta, até que sobrevenham eventos que afastem essa presunção. O fato de não se macular que estes eventos devem ser, necessariamente, no sentido de “imprevisíveis”, e “extraordinários”, de certa maneira dá liberdade às partes contratantes em estabelecerem quais critérios serão necessários para a renegociação.

Nesse mesmo sentido, admite-se que estabelecer o inciso I do art. implica evolução no tratamento da renegociação, tratando-a não como sendo uma patologia, mas, sim, reflexo na mutabilidade natural dos contratos diferidos ao longo do tempo.

Porém, a redação constante nos incisos II e III de nada inovam o Código, especialmente ao impor-se que revisão contratual “somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”, traz à baila as condições que já previstas nos arts. 393 e 485 do Código, que nos remetem ao dilema de se preservar o pacta sunt servanda, mas, ao mesmo tempo, permitir a renegociação contratual face à endógena incompletude contratual.

2.3 Análise das Dificuldades de Autocomposição

Apesar da cultura adversarial já instalada no Brasil, quando uma das partes contratantes se vê em desvantagem frente à outra, sob o entendimento de que o contrato teria sido desequilibrado, não é incomum se busque acordo com a contraparte antes de chamar terceiro imparcial para compor o conflito.

Para além do fato de que, pela maior parte da doutrina citada, existe o dever de o contratante que se sentiu em desvantagem com relação ao desequilíbrio econômico financeiro do contrato informar prontamente a outra parte; consonante teoria econômica do direito, que define que toda escolha impõe um custo de transação e que agentes fazem escolhas racionais

em busca da maximização utilidade, tem-se que é racional que a parte contratante que se sentiu em desvantagem busque, em primeira via, pela autocomposição. Explica-se.

Segundo Gico⁵³, o litígio resulta da incapacidade de as partes alcançarem um acordo. Isso porque, ao negociarem, as partes deixam de arcar com os custos irrecuperáveis de se litigar (honorários advocatícios, tempo), bem como não arcam com os possíveis custos decorrentes de quando não há êxito (custas judiciais e honorários sucumbenciais). Assim, ao evitarem os custos do litígio, ambas as partes ganham o que se chama excedente cooperativo.

Gico⁵⁴ dispõe que:

[O] autor racional realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar, também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco. Em outras palavras, a lógica de um acordo é semelhante à lógica de uma troca voluntária (contrato): só ocorrerá se houver um excedente cooperativo a ser distribuído.

Consonante este raciocínio, observa-se, pelos dados apresentados sobre a paralisação de obras, que as partes não estão sendo capazes de autocompor.

Segundo Gico (2014), a incapacidade de as partes alcançarem acordo decorre: (i) da insegurança jurídica sobre a matéria, seja do ponto de vista de interpretação de uma determinada lei, seja do ponto de vista de ausência de uma jurisprudência dominante; (ii) da assimetria de informações das partes, eis que, pela busca pela maximização de resultados em seu favor, deixam de prestar todas as informações sabidas; e (iii) de um viés otimista natural das pessoas que as leva ao exagero da avaliação da probabilidade subjetiva de ganhar.

Nas situações envolvendo pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro movidos por empreiteiras em contratos de construção de grandes obras, as características mencionadas pelo autor, dentre outras que dificultam a negociação, revelam-se presentes.

Em primeiro lugar, conforme já abordado, quando a parte contratante que se sentiu em desvantagem diante de suposto desequilíbrio econômico-financeiro contratual busca a revisão e renegociação de cláusulas, ela deve demonstrar os requisitos para a concessão do pleito os

⁵³ GICO, JR., I.T. A Tragédia do Judiciário. RDA – Revista de Direito Administrativo. V. 267. Pp. 163-198.2014

⁵⁴ GICO, JR., I.T. A Tragédia do Judiciário. RDA – Revista de Direito Administrativo. V. 267. Pp. 163-198.2014

quais, como visto, não possuem definição concreta, e muitas vezes são atreladas a cláusulas com zonas interpretativas cinzentas.

No entendimento de Bruner (2007, p. 15-19) a complexidade dos contratos de engenharia, aliada à utilização de instrumental jurídico caracterizado pela presença de conceitos indeterminado para tratar da matéria, criam barreiras a uma análise mais adequada dos casos concreto.

Em segundo lugar, frisa-se novamente que, de acordo com a Teoria Econômica, toda escolha impõe um custo de transação e agentes fazem escolhas racionais em busca da maximização utilidade, sendo “utilidade” um conceito de satisfação que o indivíduo retira de determinada situação. Em outras palavras, das escolhas que o agente racional tiver ao seu alcance, optará pela que maximize seus resultados pelo menor custo de transação.

Em terceiro lugar, em grandes obras de construção civil, é comum que haja assimetria de informações entre as partes, porquanto o dono da obra pode possuir mais informações sobre a ocorrência de eventos, mas, por outro lado, o construtor, que acompanha e executa a obra, pode deter expertise e informações verificadas durante monitoramento da obra as quais o dono da obra não possui.

Em quarto lugar, grandes obras de infraestrutura advêm de escolhas políticas que, em muitos dos casos, para além disso, importam momentos definitivos onde o cronograma deverá ser seguido à risca, como, por exemplo, na construção de estádio para recepção da Copa do Mundo no Brasil, ou para construção de hospitais em meio a questões da Covid-19.

Feita essa digressão quanto a elementos basilares para a compreensão sobre o contexto da renegociação e preenchimento de lacunas pela via da autocomposição, passa-se a exemplo prático.

Imaginemos o exemplo onde, um empreiteiro, contratado por uma concessionária de energia para construir uma usina hidrelétrica, teve, em razão das medidas adotadas contra a propagação da Covid-19, a sua mão de obra e seus equipamentos alocados ociosos, o que lhe gerou custos. Ele pode entender que não assumiu os riscos dessa pandemia, de modo que não deveria arcar com os respectivos custos. Nesse cotejo, para fins de reequilíbrio econômico do contrato, pleiteia a assinatura de aditivo contratual para repactuação de preços de seus serviços e para repactuação de prazos de entrega da obra (ARAKE; RAMAGEM, 2020, A).

Apesar de o pleito estar fundado na superveniência da Covid-19, o que, para muitos, é considerado evento imprevisível, a aplicação dos institutos de reequilíbrio não se aplica automaticamente. Deve haver comprovação denexo de causalidade entre os eventos, bem como a demonstração dos prejuízos incorridos.

Neste exemplo, mesmo se o próprio construtor entender que não seja a hipótese de se reequilibrar e se, em realidade, os prejuízos incorridos no contexto correspondam aos riscos ordinários por ele assumidos, ainda assim a construtora pode se utilizar de cláusulas nebulosas, conceitos indeterminados de imprevisibilidade no caso e de informações privadas quanto ao andamento da obra com vistas à maximização dos benefícios.

Tal situação ocorre especialmente quando se está diante de cenário onde a contratante tem urgência na entrega da obra. Isso porque, o pleito do empreiteiro em cenário onde há urgência pela finalização da obra para a contratante pode ser utilizado como instrumento de barganha, mediante condicionamento da continuidade da obra à repactuação de preço para fins de reequilibrar o contrato, ocorrendo o *hold up problem*, que, na visão de Coutinho de Alcântara, é:

Deixar de cooperar com a outra, obstaculizando ou impedindo (holding-up) a consecução de determinado ato em razão de sua posição favorável de barganha ou comportamento oportunista, mesmo que tal ato tivesse como resultado uma situação Pareto-ótima.⁵⁵

Nesse caso, a parte contratante poderá, mesmo sem deter direito, obter a majoração do valor do contrato em seu favor por suposto desequilíbrio econômico-financeiro.

A situação contrária, onde o particular acaba por estar de fato indevidamente em desvantagem frente à Administração Pública em decorrência de desequilíbrio econômico-financeiro contratual, mas que não consegue ver reestabelecido o equilíbrio, também ocorre, pelas seguintes razões.

A primeira razão é a de que, a Administração Pública, na qualidade de contratante, é representada por gestor público que se submete a alto grau de responsabilização perante tribunais de contas. Nesse passo, mesmo em concordando que seja devido o reestabelecimento do reequilíbrio econômico contratual, pode optar por quedar-se inerte ao entender que o custo

⁵⁵ GIL, Fábio Coutinho da Alcântara. A **onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. Tese de Doutorado. São Paulo: Departamento de Direito Comercial – USP, 2007, pp. 85-86

de transação ao assinar aditivo contratual para repactuação de preços para fins de reestabelecimento do equilíbrio contratual seja muito alto e não compense o risco de ser responsabilizado pelo ato.

A segunda razão é a de que a parte contratante, por motivos políticos, não tem efetivo interesse na concretização e finalização da obra, de modo que o desequilíbrio suportado pelo contratado não se sobrepõe às agendas políticas.

A terceira razão pode ser descrita como aquela em que a parte contratante, mesmo tendo ciência sobre o efetivo desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do construtor, se apega à utilização de cláusulas nebulosas e as utiliza em seu favor de modo a resistir à pretensão do pleito administrativo.

A quarta razão pode ser aquela em que, apesar de a parte contratante verificar a ocorrência da necessidade de se reequilibrar o contrato, mediante concretização de elementos que ensejam o tratamento jurídico, entende que inexistem provas que comprovem estes elementos ou que estas são de difícil produção e, confiando nesse fato, recusa a oportunidade de compor amigavelmente esse litígio, restando ao empreiteiro apenas a via jurisdicional. Em outras palavras, a parte contratante pode se aproveitar da assimetria informacional do órgão jurisdicional para inviabilizar a repactuação de preços pela via extrajudicial (ARAKE; RAMAGEM, 2020, A)

A partir do exposto, verifica-se que não são raros os cenários factíveis onde há a presença de elementos que afastam a convergência de interesses das partes em renegociarem cláusulas e preencherem contratos a fim de que haja o reestabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro.

Quem perde principalmente com a falta de negociação célere entre as partes contratantes é, além destas e de seus investidores, a população, que deixa de ter infraestrutura no prazo previsto ou, pior, que sequer se concretiza. Nesse passo, vale rememorar que infraestruturas servem para garantir direitos básicos à população, como o fornecimento de energia elétrica, saneamento básico e mobilidade urbana.

Além do indescritível prejuízo para todos, a tentativa frustrada de resolução eficiente do desequilíbrio econômico-financeiro pela autocomposição importa majoração de tempo necessário à resolução do problema, tempo que tende a se alongar na medida em que agrava a

cultura adversarial entre os contratantes, podendo culminar, inclusive, na submissão do conflito à jurisdição estatal ou arbitral, em que terceiro imparcial é chamado a compor o conflito pelas partes (SCHREIBER, 2020).

2.4 Análise da (In)eficiência da Heterocomposição

Frustradas as tentativas de renegociações e preenchimentos de lacunas para fins de reestabelecimento do equilíbrio contratual pela via da autocomposição, as partes podem chamar terceiro imparcial para compor o conflito, o que pode ser menos eficiente do que a via anteriormente buscada.

Isso porque, a eficiência de composição de conflitos mediante chamamento de terceiro imparcial está associada à verificabilidade do terceiro imparcial chamado a compor a lide⁵⁶. Nesse passo, é esperável que as partes contratantes sejam capazes de suprir lacunas a um custo menor que um terceiro, parcialmente porque se pode assumir que as partes estão mais bem informadas que aquele.⁵⁷

Diante dessas premissas, a fim de explicar a ineficiência, de forma geral, do chamamento de terceiro imparcial para compor lides (heterocomposição) concernentes ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura, e não adentrar aos diferentes métodos de solução de conflitos, como, por exemplo, a arbitragem, elege-se estudo específico quanto à submissão desses pleitos à esfera da jurisdição estatal.

Ao promover uma ação, nos termos do art. 319, III, IV e VI do CPC⁵⁸, a construtora deve deduzir os fatos e os fundamentos jurídicos do seu pedido, bem como deverá, na ocasião,

⁵⁶ HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Michael L. **Judicial modification of contracts between sophisticated parties: a more complete view of incomplete contracts and their breach**. *Journal of Law, Economics & Organization*, v. 9, n. 2, 1993, p. 248

⁵⁷ “As in the case of symmetric but unverifiable information, long-term contracts may allow the parties to at least partly design the environment under which the (re)negotiation takes place”. HVIID, Morten. *Long-term contracts and relational contracts*, cit., p. 50.

⁵⁸ Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

[...]

requerer a produção das provas que entende serem cabíveis, afinal, deve convencer juiz que desconhece dos fatos pretéritos ocorridos.

As provas que serão produzidas nos autos determinarão, dentre outros fatores, o sucesso da ação, tendo em vista que sua finalidade é a promoção do convencimento do juiz quanto aos fatos e direito discutidos.

No entanto, por haver lacuna legislativa que regulamente o acompanhamento da execução destes contratos, tanto o contratante pode deixar de produzir os documentos suscitados pelo contratado (como ausência de resposta a cartas do contratado ou demora no preenchimento do RDo, por exemplo), como o particular pode deixar de fazer os registros adequados sobre o empreendimento. (GLASSMAN, 2015, p. 89).

Assim, em não raros os casos, a construtora não consegue comprovar o evento causador do desequilíbrio econômico financeiro por meio de documentos produzidos à época em que ocorreu (ZANCHIM, 2016, p. 52)⁵⁹.

Nessas hipóteses, a comprovação poderá ocorrer, se requerido na petição inicial, por meio de provas produzidas durante o processo tal como por laudos periciais, em que um perito, especialista da área, e devidamente nomeado pelo juiz, expõe sua opinião técnica. Conforme descrito por Didier⁶⁰, as fontes da prova pericial podem ser pessoas ou coisas. Os fenômenos também podem ser fonte da prova pericial.”

Partindo-se desse raciocínio, então, o perito poderia basear seu laudo tanto nas provas documentais juntadas aos autos, como também na análise do fenômeno. Ocorre que, se as provas documentais padecerem de elementos suficientes que comprovem a ocorrência do fato, nem mesmo o perito expert conseguirá obter conclusões por meio da análise destas.

Não obstante, a possibilidade de produção de laudo realizado com base em análise do fenômeno pode ser inútil à hipótese.

⁵⁹ ZANCHIM, Kleber, **Contratos Públicos e Direito Privado Interpretação, Princípios e Inadimplemento**. São Paulo: Almedina, 2016.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**, v. 2, 5ª ed. Editora Juspodivm, 2010, p. 228.

Isso porque, conforme disposto no Capítulo 3, é racional que a parte litigue em momento posterior à tentativa de negociação, o que significa que o momento do ajuizamento da ação ocorrerá após tempo considerável desde a ocorrência do evento, em evidente distanciamento entre o fato e a verificabilidade deste.

Paralelamente, a execução da obra ocorre de forma dinâmica, o que significa a mudança constante no local da obra, seja por interferência de pessoas ou por eventos naturais. Justamente por isso, quando o perito judicial for tentar analisar o fenômeno mediante comparecimento à obra, pode se deparar com um cenário completamente diverso ao que alegado pela construtora no processo.

Nas hipóteses em que o fato não é comprovado, é desnecessária a apreciação do magistrado quanto ao direito aplicável.

Porém, se superada esta fase com sucesso, passa-se à análise das provas que demonstrem a aplicabilidade dos remédios jurídicos para renegociação de cláusulas tratados no Capítulo 3 – os quais, frisa-se, muitas vezes, não possuem conceitos determinados, claros e específicos para as particularidades do caso concreto.

A análise sobre os elementos dos remédios jurídicos para a renegociação e preenchimento de lacunas, a imprevisibilidade do caso concreto, além de ser subjetiva, prescinde da observância da alocação dos riscos no contrato, pois, somente a partir desta, é possível buscar a compreensão sobre o que configura álea ordinária e o que configura a álea extraordinária ao caso. Ocorre que, em não raros os casos, aliada à complexidade dos contratos de engenharia, estes possuem conceitos indeterminados que criam barreiras a uma análise mais adequada dos casos concretos (BRUNER, 2007, p. 15-19).

Além disso, pelas mesmas dificuldades que se tem de comprovar os fatos, frisa-se, a ausência de documentação produzida à época alicerçada ao lapso temporal entre este e o ajuizamento da ação, nem mesmo os peritos técnicos podem ser capazes de identificar se o evento era ou não imprevisível ou se sua consequência era ou não imprevisível à época da proposta.

Portanto, as construtoras, ao ajuizarem demandas de reequilíbrio econômico financeiro, muitas vezes não conseguem comprovar nem o fato e nem a aplicação do direito ao caso, o que implica diminuição da probabilidade de sucesso da ação.

Nesse passo, verifica-se que não é incomum constar, na fundamentação de julgados sobre o tema, a menção da “ausência de prova”, “insuficiência probatória”, “inviabilidade do meio de prova”, como fator importante para o julgamento:

Ademais, a prova produzida não é firme quanto à profundidade a maior na cravação das estacas, uma vez que a perícia foi realizada quando a obra já estava concluída. O perito colheu dados na documentação da obra e em imagens indicadas pela própria parte autora, no parecer de seu assistente técnico juntado às fls. 1868, como apontado pelo perito às fls. 1978 e 2053. Estes dados mostram-se totalmente imprecisos e não podem embasar um pagamento de parcelas extras, além do preço inicialmente fixado.⁶¹

Além de não haver a prova de falta de livre ajuste de preço (o que afasta a ideia de arbitramento), de ilegalidade, de vício de consentimento e de abuso de poder, também não há a prova de que foram realizados serviços sem remuneração. O perito não chega a qualquer conclusão positiva a respeito. Aliás, nesse caso específico, a prova não seria difícil, eis que bastaria demonstrar a existência de medições aceitas pelas partes e a falta do correspondente pagamento. Isto não ocorreu.⁶²

Caso concreto em que não se evidencia a existência de prática de ato inequívoco a caracterizar a renúncia à recomposição do contrato e que se constata que a pretensão de recomposição pela parte autora (contratada) era de conhecimento da empresa ré (contratante), tendo em vista a entrega de relatórios com a exposição detalhada dos prejuízos decorrentes da dilação do prazo para a realização da obra.

(...)

Ante a ausência de prova, não procede o pedido de ressarcimento de valores que teriam sido gastos pela contratada com a compra de britas para nivelamento do terreno.⁶³

Perícia judicial desamparada de documentos contábeis que não se presta à comprovação dos prejuízos alegados. Mera utilização de fórmulas matemáticas que não demonstram prejuízos efetivamente sofridos pela autora. arte que não se desincumbiu do ônus de provar o direito alegado a empresa contratada encaminhou solicitação de prorrogação do prazo para execução da obra, consoante o cronograma anexado, tendo por justificativa a ocorrência de chuva no período, que teria comprometido o andamento da obra⁶⁴

⁶¹ Brasil, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação Cível n. 0096147-63.2012.8.19.0002. Relator: Cláudio Dell Orto Rio de Janeiro, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042E4B3C365C8A31F6ACA488C8F57ABB3BC508461B5F38&USER=Visualizado> em: 20.10.2020

⁶² Brasil, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação Cível n. 1626777-56.2011.8.19.0004. Relator: José Roberto Portugal. Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FAF47AEE2B61558975FE50F4DE59BB2FC50923145F37&USER=>. Visualizado em: 20.10.2020

⁶³ Brasil, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Apelação Cível n. 0019933-28.2016.8.07.0001 Relator: Josaphá Santos. 11 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>. Visualizado em: 20.10.2020.

⁶⁴ Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Apelação Cível n. 0030618-51.2009.8.26.0053 Relatora: Flora Maria Laura Tavares, 09 de outubro de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0048539-18.2012.8.26.0053&cdProcesso=RI004IS9M0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvKJDTGsN%2BMhIHStpH3Qsgf301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcdctvpXYmzgLd2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dw>

Construtora que, ao longo do contrato, nada requereu a título de despesas indiretas – Ausência de provas de desequilíbrio econômico-financeiro a esse título.

(...)

Laudo pericial que adotou premissas inválidas para o caso Ausência de demonstração concreta dos prejuízos suportados Impossibilidade de ressarcimento dos valores correspondentes à diferença entre o índice FIPE e PINI, por falta de provas.⁶⁵

Diretamente relacionada à deficiência probatória, merece destacar que, em não raros os casos, mesmo após formulado o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, oportunidade onde a empreiteira requer, por exemplo, a repactuação de prazos e preços, as partes formalizam aditivos somente para fins de repactuação de prazos. Afinal, a verificabilidade quanto à necessidade de repactuação de prazos demanda menor tempo do que a verificabilidade se é devido ou não o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro contratual. (ARAKE; RAMAGEM, 2020, A). Não obstante, a depender do cronograma e da urgência da obra, a repactuação de prazos pode não comportar o aguardo pela verificabilidade conjunta quanto ao alegado desequilíbrio econômico-financeiro.

Ocorre que, a pactuação de aditivos pelas partes em momento posterior ao pleito pode, também, obstar o sucesso da ação, especialmente por se entender que, ao se aditiva o contrato, as partes renegociaram e repactuaram pleitos pretéritos, não podendo, posteriormente, reclamá-los, sob pena de *venerem contr. fartum próprio*.

É nesse diapasão que “aditivos” também aparecem com frequência na fundamentação de votos para fins de inadmitir o requerimento judicial. Veja-se alguns exemplos de acórdãos proferidos por Tribunais Estaduais:

Não me parece crível que uma empresa como a Apelante, com larga experiência no mercado, tenha assinado os termos aditivos ao contrato primário (fls.100 e 104/105)

ayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslnQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPf2ZO5uLfCdO8eZIXAJgHGsv8Wjvd%2BAeJhK9A9ZVKyJJEse%2BVwQNsGDpk3kSx5eDCt4BbwrVBLie%2FqAjeJsosQQ%3D%3D

⁶⁵ Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Apelação Cível n. 0048539-18.2012.8.26.0053.

Relatora: Flora Maria Neves, 17 de abril de 2019. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0030618-51.2009.8.26.0053&cdProcesso=RI00427NB0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvD0Yza29wnpw9i4NLEvt8U301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcdvctvpXYmzgLd2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslnQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPfyfKvftVG71noAcKnp03S50YI8wsBems3SDfma%2Fj4q9FoCJQviVpUy2YMHn%2FOxAn4t4BbwrVBLie%2FqAjeJsosQQ%3D%3D>

com cláusulas de quitação, anuindo a respectiva quitação e, posteriormente, venha alegar não cumprimento de cláusulas contratuais e vulnerabilidade.⁶⁶

Ausência de ressalva a qualquer compensação financeira por horas paradas nos termos aditivos celebrados.

(...)

Quando da celebração dos termos aditivos, nos quais se apontou para a ocorrência de fatos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes, mantiveram-se, de comum acordo, todas as demais cláusulas contratuais, sem a ressalva de qualquer compensação financeira.⁶⁷

Hipótese em que não constatada qualquer situação imprevisível capaz de alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre a empresa autora e o Município de Caxias do Sul, ainda mais quando há termo aditivo ajustado de comum acordo entre as partes, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mediante inclusão de serviços e majoração do preço pago.

(...)

[N]ão vislumbro nenhuma comprovação no sentido de que a empresa não estivesse de acordo com o montante acertado para o pagamento dos itens acrescidos pelo aditivo.⁶⁸

Analisando detidamente cada um dos aditivos contratuais pactuados, observo que os Termos Aditivos n.ºs 01, 03, 05 e 08 foram realizados diante da necessidade de ajuste do prazo para conclusão da obra. Por outro lado, os Termos Aditivos n.ºs 01, 02, 04, 06, 07 e 09 foram celebrados com a finalidade de acréscimo quantitativo ao valor do contrato, seja em razão de serviços extraordinários exigidos pelo Município contratante, seja para atualizar pelo IGP-M as medições de serviços anteriormente executados, visando igualmente recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato pela correção monetária do período, sendo certo que a empresa apelante recebeu os pagamentos pelos serviços executados no contrato administrativo e nos respectivos aditivos.⁶⁹

Por seu turno, o Termo de Aditamento de Prazo TAP/9.00.00.00/6.00.00.00/0330/12 (fls. 190) fora celebrado, de forma consensual, entre as partes, não havendo alegação de erro, dolo, estado de perigo, lesão ou coação, capaz de anular o negócio jurídico entabulado, nos termos do Código Civil. Inexiste, portanto, qualquer fundamento

⁶⁶ Brasil, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação Cível n. 0025139-29.2012.8.19.0001. Relatora: Valéria Dacheux. Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2017. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000407584C92E529775D74D7F6506D97AF35C5065A3D2418&USER=>. Visualizado em: 20.10.2020

⁶⁷ Brasil, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação Cível n. 0096147-63.2012.8.19.0002.

Relator: Cláudio Dell'Orto. Rio de Janeiro, 01 de agosto de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042E4B3C365C8A31F6ACA488C8F57ABB3BC508461B5F38&USER=> Visualizado em: 20.10.2020

⁶⁸ Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Cível n. 0168537-

85.2019.8.21.7000. Relator: RICARDO TORRES HERMANN, 28 de agosto de 2019. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Visualizado em: 20.10.2020

⁶⁹ Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Cível n. 1000868-

74.2015.8.26.0053. Relatora: Ana Liarte, 15 de julho de 2019. Disponível em:

<https://esaj.tjrs.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=1000868-74.2015.8.26.0053&cdProcesso=RI0042Y6G0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv8ikjxP4yu3M%2FO8ZSfCck301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfevdctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXc b232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9IsP9T3IvMCoO%2B6er1coVBx%2FdMFQsYhkD3wshYxgiebFt%2ByRWhNDyFgeKs8HrFSpV0uKOPax%2BDhfbU466Xf38%2BYCAQ%3D%3D>. Visualizado em: 20.10.2020

legal para que a contratada pleiteie indenização sob pretexto de reequilíbrio econômico e financeiro, o que pressupõe alteração da execução de obras por iniciativa unilateral da Administração (artigo 65, § 6.º, da Lei n.º 8.666/93), que, como restou comprovado nos autos, não ocorreu no caso sub judice, sendo que, do contrário, deveria a empresa negar-se a assinar referido aditivo, ajuizando, à época, ação própria, o que não fez.⁷⁰

Esse aditamento, por si só, é suficiente para que no período por ele abrangido não incidam quaisquer acréscimos de despesas indiretas a serem suportadas pela CDHU, uma vez que a autora não era obrigada a renunciar ao acréscimo de despesas indiretas nesse período, mas ainda assim o fez expressamente.

Não se pode admitir que a construtora autora, que expressamente consentiu com o não pagamento de quaisquer despesas indiretas nos períodos mencionados, possa agora invocar a cláusula constitucional do reequilíbrio econômico-financeiro e desconstituir os aditamentos contratuais celebrados anteriormente com a CDHU.⁷¹

Convém mencionar que existem, sim, casos em que a pactuação de aditivo para, por exemplo, ensejar repactuação de prazos, ou novas obrigações sem, contudo, repactuar preços, seja identificado pelo julgador como causa suficiente de se reequilibrar o contrato^{72,73}. No entanto, este não caminha com o entendimento do STJ.

Conforme entendeu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do AgInt no REsp 1262160/SC, se a construtora, após formular pleito de

⁷⁰ Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Apelação Cível n. 0030618-51.2009.8.26.0053. Relatora: Maria Laura Tavares, 09 de outubro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0030618-51.2009.8.26.0053&cdProcesso=RI00427NB0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvD0Yza29wnpw9i4NLEvt8U301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfvdctvpXYmzgLd2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPffVLAQK49YjIy01oOxORUft8xe%2BgphKgT%2BEw7qppBEW7dgifgKPxnunE5RnaqJCjgOPax%2BDhfbU466Xf38%2BYCAQ%3D%3D>. Visualizado em: 20.10.2020

⁷² “Diante disso, foram celebrados dois termos aditivos (mov. 1.26/mov. 1.27), para lidar com os fatos narrados acima. Todavia, não se mostraram capazes de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, sobretudo considerando a persistência de problemas que se arrastavam desde o início das obras.” Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPA). Apelação Cível n. 0001445-30.2017.8.16.0004. Relator: Maria Aparecida Blanco, 10 de abril de 2019. Disponível em: https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e252198edfaa34abbf05e6aa05400c003c4adae9dd0b0b975d50f7. Visualizado em: 20.10.2020.

⁷³ “A celebração de aditivos contratuais prevendo a prorrogação do prazo para entrega da obra pela construtora sem a fixação de novos valores não importa necessariamente em renúncia à pretensão de recomposição do equilíbrio econômico e financeiro do contrato devendo o julgador se atentar para as particularidades do caso concreto.” Brasil, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Apelação Cível n. 0019933-28.2016.8.07.0001 Relator: Josaphá Santos. 11 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>. Visualizado em: 20.10.2020.

reequilíbrio econômico financeiro, pactua aditivos sem quaisquer ressalvas, significa que anuiu com os novos termos do contrato, de modo que preclui a possibilidade de requerê-lo novamente, sob pena de *venirium contra factum próprio*.

Vale lembrar que, conforme ditam Aurione, Pratti e Carvalho⁷⁴, “aditivos contratuais são extensões dos contratos previamente assinados em que se altera, cria ou extingue uma ou algumas cláusulas contratuais com concordância de ambas as partes” Nessa lógica, a presença de fatos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis irá, necessariamente, atrair a necessidade de aditivos para a adequação da nova realidade contratual.

Ocorre que, nem sempre os aditivos pactuados após apresentação de pleitos se prestam ao reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Conforme ditam Aurione, Pratti e Carvalho (2015, p. 20), existem aditivos que se prestam, por exemplo, a tão somente alargar os prazos.

No entanto, o posicionamento do STJ não poderia ser diferente. Isso porque, especialmente se inexisterem disposições no aditivo e/ou em outras provas que demonstrem quem deu causa à necessidade dos aditivos e para que se prestaram, há assimetria informacional dos julgadores perante os fatos ocorridos e não há como saberem, ao certo, o motivo de sua existência. Assim, a inexistência de elementos que comprovem que o aditivo não se prestou a recompor o equilíbrio econômico-financeiro atrai a lógica contratual de que a pactuação de novos termos contratuais após a reclamação destes, implica novação do contrato.

Verifica-se, assim, que, pela lógica ora trazida, empreiteiras enfrentam dificuldades de comprovar suas alegações, sobretudo ante à assimetria informacional que terceiros imparciais chamados a compor a lide têm em relação aos fatos pretéritos que tomam conhecimento após a sua existência. É nesse cotejo que a “ausência de provas” e a realização de aditivos obstam, em não raros os casos, o reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro dos contratos.

⁷⁴ AURIONE, Daniela; PRATTI, Icaro; CARVALHO, Lorena, *Análise de Aditivos Contratuais – Impacto Financeiro e Causas – Estudo de Casos* (Monografia apresentada ao Curso de Engenharia Civil da Universidade Federal do Goiás), 2015, introdução.

A propósito, esta patologia parece já ter sido percebida por magistrados, ao passo que julgados estabelecem que, para a mais correta decisão do caso, faz-se necessário a apreciação imediata da matéria⁷⁵.

2.5 Conclusões Parciais

Remetendo-se ao que vimos no Capítulo 1, as características dos contratos de grandes obras de infraestrutura que balizam a incompletude contratual destes, imporiam o dever de dar as partes contratantes liberdade de renegociação e preenchimento de cláusulas ao longo da execução contratual a fim de que se mantenha preservada a equação econômico-financeira dos contratos.

No entanto, ainda há resistência quanto a tal reconhecimento de que a renegociação naturalmente ocorrerá, impondo-se a necessidade de superveniência de fatos “imprevisíveis” para fins de possibilitar a renegociação e preenchimento de lacunas nestes contratos. Nesse passo, conclui-se que, de acordo com Toledo:

[O]s projetos são organizados sem uma vocação para lidar com as dificuldades ao longo do tempo. No contrato tradicional de construção a mudança ele é tratado como exceção, é tratada como anomalia. (...) Mas acontece que tudo vai mudar ao longo do projeto. Essa é a única certeza que se tem⁷⁶”.

Ademais, conclui-se que a indefinição quanto ao significado de “imprevisível” nos diferentes casos concretos contribui a um desincentivo sistêmico para que as partes renegociem e preencham lacunas no decorrer da relação contratual, promovendo-se, como efeito colateral, resoluções ineficientes mediante chamamento de terceiros para compor o conflito.

⁷⁵ “Deste modo, se na vigência e cumprimento do Contrato, sobrevierem fatos novos que venham a alterar substancialmente a situação econômico-financeira de qualquer das partes, tornando-se extremamente oneroso o cumprimento da obrigação, de maneira a quebrar o equilíbrio contratual até então existente, impõe-se a imediata revisão ou reajuste.” Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPA). Apelação Cível n. 0005292-75.2011.8.16.0028. Relator: FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA 11 de outubro de 2019. 09 de outubro de 2016. Disponível em: https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e252198edfaa34abbf05e6b16ce984a74b4d25e9dd0b0b975d50f7. Visualizado em: 20.10.2020.

⁷⁶ TOLEDO, Leonardo. Ferramentas Colaborativas e Dispute Boards. Webinário promovido pela CCBC - Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Canal CCBC - Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Youtube, 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=VKcs4TYjy70&t=1089s>. Visualizado em 17.10.2020.

A ineficiência do chamamento de terceiros para compor conflitos concernentes ao desequilíbrio econômico-financeiro decorre, dentre outros, da assimetria informacional do terceiro imparcial com relação às nuances e à dinâmica dos contratos, e também com relação aos motivos ensejadores do desequilíbrio.

Diante disso, conclui que deva ser empregado método em que, nas hipóteses em que a heterocomposição seja inevitável, diminua-se, principalmente, a assimetria informacional do terceiro imparcial em relação às informações que as partes possuem sobre fatos pretéritos. Com isso, tende-se a diminuir os efeitos colaterais deflagrados.

Nesse passo, passa-se a sugerir formato de resolução de conflitos que, ao que os dados e o formato indicam, demonstra ser adequado para constante manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de grandes obras de infraestrutura.

3. RESOLUÇÃO EFICIENTE DE CONFLITOS: *DISPUTE BOARDS*

Antes de se adentrar ao mérito da eficiência dos *Dispute Boards*, convém repisar que a pandemia da Covid-19, apesar de seus efeitos devastadores, trouxe à tona compreensão sobre os benefícios da cooperação, bem como sobre a imprescindibilidade de se analisar cada caso particularmente, deixando-se um pouco de lado conceitos tradicionais inseridos em nosso ordenamento jurídico que impõem a aplicação ou não do direito.

Schreiber (2020) vislumbra que, durante a pandemia, na visão das partes e sob a ótica na necessidade de renegociação de cláusulas contratuais, aumentou-se o leque de motivos para a renegociação contratual, desprendendo-se dos remédios tradicionais abordados em oito possibilidades, quais sejam: (i) impossibilidade definitiva da prestação; (ii) impossibilidade temporária da prestação; (iii) frustração do fim do contrato; (iv) frustração temporária do fim do contrato; (v) desequilíbrio contratual superveniente (excessiva onerosidade); (vi) dupla excessiva onerosidade; (vii) dificuldade econômica do contratante por fatores externos ao contrato; (viii) ausência de impacto contratual ou sobre a economia do contratante.

A lacuna regulatória para tratamento destas questões, estimulou que as partes do contrato identificassem, com exatidão, a situação do caso concreto, bem como buscassem os melhores esforços pela resolução mais eficiente a ambas às partes. De certa forma, a necessidade de sobrevivência de todos incentivou o cooperativismo e a solidariedade.

Nas palavras de Schreiber:

O que a pandemia vem trazer de novo, além de evidenciar a utilidade do dever de renegociar como meio de evitar uma verdadeira enchente de casos judiciais, é a necessidade de se cotejar o cumprimento do dever de renegociar em diferentes relações de um mesmo contratante, impondo-se, aí, o controle acerca da coerência e uniformidade de sua atuação (SCHREIBER, 2020, p. 417).

Nesse sentido, veio à baila a utilização dos métodos alternativos de resolução de disputas que já estavam amplamente reconhecidos no Brasil, como a mediação, a negociação e a arbitragem. E, ainda, ganhou foco método até então era pouco tratado no Brasil que, além de se propor a resolver conflitos, se presta a prevenir litígios: os *Dispute Board* ou Comitê de Resolução de Disputas.

Vale salientar que atualmente inexistente Lei Federal que regulamente os *Dispute Boards*. No entanto, existe a Lei Municipal de São Paulo de nº 16.873/2018 que regulamenta a possibilidade de instalação de *Boards* em contratos públicos no âmbito de São Paulo e que serviu como base para a redação do PL 9.883/2018, de relatoria do Deputado Pedro Paulo - PMDB/RJ, e para a redação do PL 206/2018, de relatoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), ambos em trâmite no Congresso.

Adicionalmente, destaca-se que os *Dispute Boards* já são reconhecidos no Brasil. Desde abril de 2016, no julgamento do Recurso Especial n. 1.569.422, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a vinculação das decisões do *Dispute Board*, defendendo que tal mecanismo interno de prevenção de litígios havia sido adotado por autonomia da vontade das partes e que se tratava de uma heterocomposição para resolução de conflitos⁷⁷.

Após a pandemia, difundiu-se a quantidade de trabalhos acadêmicos, artigos jornalísticos, Webnários, bem como a utilização do mecanismo, sobretudo para contenção da crise no âmbito de contratos relacionais, dinâmicos, e incompletos, como os de grandes obras de infraestrutura. Não podendo ser diferente, a I Jornada de Direito Administrativo contemplou, em seu Enunciado n. 10, faculdade à Administração Pública propor aditivo para alterar a

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1.569.422/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55382262&num_registro=201501776949&data=20160520&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01.06.2020.

cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e *Dispute Board*.

Sem mais delongas introdutórias sobre o contexto em que o método ganha foco no país, passa-se a tratar especificamente sobre as suas características e sobre os motivos pelo qual podem ser eficientes para fins de sanar as patologias deduzidas até então na presente monografia.

3.1 Lógica de Funcionamento de *Dispute Boards*

Conforme tratado por Arake e Ramagem (2020, B), o método, diferentemente dos demais, se presta não apenas à resolução de conflitos já instaurados, o que não sana justamente o problema probatório que se tem de reconstruir fatos pretéritos ocorridos em meio a um contrato de obra.

Ao revés, no formato mais recomendado de *Dispute Boards*, o *Board* (composto por membros experts no assunto eleitos pelas partes) é instalado desde o início do contrato e de forma permanente (*full term*). O intuito é possibilitar que os membros do *Board* saibam, em detalhes, as particularidades e a dinâmica do empreendimento em tempo real, impedindo justamente o que tora ineficiente a composição de conflitos envolvendo o desequilíbrio econômico financeiro por terceiros imparciais, qual seja, a assimetria de informações entre as partes e os terceiros imparciais – que no caso são os membros do *Board*.

Vale ressaltar que existem mecanismos bastante utilizados por Câmaras Especializadas para assegurar o mesmo nível informacional entre as partes e os membros do *Board*. Nesse contexto, o Regulamento⁷⁸ de *Dispute Boards* da ICC (*Internacional Chamber of Commerce*) preconiza “Reuniões e Visitas ao Local”⁷⁹, hipótese em que as partes e os membros do *Board* se obrigam a, periodicamente, fazerem, em conjunto, visitas ao local do empreendimento,

⁷⁸ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/> Acesso em: 01.06.2020.

⁷⁹ Artigo 12: Reuniões e visitas ao local

1

No início de suas atividades, o DB, em consulta com as Partes, estabelecerá um cronograma de reuniões e, se relevante ao Contrato, visitas ao local. A frequência das reuniões agendadas e das visitas ao local deve ser suficiente para manter o DB informado sobre a execução do Contrato e sobre quaisquer Desentendimentos. Salvo acordo em contrário entre as Partes e o DB, quando as visitas ao local forem relevantes para o Contrato, haverá no mínimo três visitas por ano. As Partes e o DB participarão de todas as reuniões e visitas ao local, durante as quais os Membros do DB poderão se envolver em conversas informais com um ou mais representantes das Partes. No caso de uma Parte não comparecer, o DB poderá, no entanto, decidir continuar. No caso de um Membro do DB não comparecer, o DB poderá prosseguir se as Partes concordarem ou o DB decidir.

Nessas visitas, tanto as partes têm o contato mais próximo, diminuindo-se, assim a assimetria informacional existente entre estas, como, também, os membros do *Board* têm condições de: (i) checar o avanço e a performance do empreendimento; (ii) identificar a iminência de possível conflito entre as partes e, assim, prestar aconselhamentos técnicos para que os mesmos o resolvam desde já, prevenindo o escalonamento do conflito. Mas, mesmo no caso de haver divergência, o *Board* poderá prestar auxílio técnico e informal para as partes, estimulando o diálogo e incentivando que as partes resolvam, desde já, o conflito, (ARAKE; RAMAGEM, 2020, B)

Diante do contato próximo entre os membros do *Board*, existe maior conhecimento sobre o andamento da obra e há a prestação constante de informações das partes. Por isso, quando se busca auxílio do *Board* para a resolução de impasses, exige-se menos tempo tanto para que as partes consigam expor fatos pretéritos, como para que os membros do *Board* consigam entender o caso e prestar bom auxílio.

Assim, a presença do *Board*, alicerçada à constante troca de informações dá às partes maiores condições de auto comporem os conflitos decorrentes das interfaces que surgirão ao longo da obra. Nas palavras de Leonardo Toledo⁸⁰, “o DB acaba funcionando com uma ferramenta de facilitação e mediação do projeto [...]é uma ferramenta de descompressão do projeto”.

2

As visitas ao local ocorrem no local ou locais onde o Contrato está sendo executado. As reuniões podem ser realizadas em qualquer local ou por telefone ou videoconferência, conforme acordado entre as Partes e o DB. Se eles não chegarem a um acordo sobre onde ou como realizar uma reunião, essas questões serão decididas pelo DB após consulta às Partes.

3

Durante as reuniões programadas e as visitas ao local, o DB deve revisar a execução do Contrato com as Partes e pode ajudar as Partes a evitar Desentendimentos nos termos do Artigo 16 ou pode fornecer assistência informal em relação a Desentendimentos nos termos do Artigo 17.

4

Qualquer Parte pode solicitar uma reunião urgente ou visita ao local, além das reuniões agendadas e visitas ao local. Os Membros do DB devem acomodar tal solicitação o mais rápido possível e devem envidar seus melhores esforços para se tornarem disponíveis para reuniões físicas urgentes ou visitas ao local dentro de 30 dias após a solicitação.

5

Após cada reunião e visita ao local, o DB deve preparar um resumo por escrito da reunião ou visita ao local, incluindo uma lista dos presentes.

⁸⁰ TOLEDO, LEONARDO. FISCHER. webinar: CAM-CCBC | Ferramentas Colaborativas e Dispute Board. Canal: CCBC – Câmara de Comércio Brasil Canadá, 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=VKcs4TYjy70&t=4583s&ab_channel=CCBC-C%C3%A2maradeCom%C3%A9rcioBrasil-Canad%C3%A1

Ainda, vale tecer que os *Dispute Boards* não se prestam apenas para promover a autocomposição entre as partes, mas, também, a heterocomposição quando necessário, sendo, portanto, método de composição de conflitos híbrido.

Caso as partes não consigam, por si só ou com o auxílio informal do Board, compor os seus conflitos, podem, em conjunto ou separadamente, submeter formalmente a controvérsia à apreciação do Board, que, por sua vez, emitirá decisão ou recomendação de maneira célere e apta a vincular as partes contratualmente, conforme dispõe Arake; Ramagem (2020, B).

3.2 Decisões ou Recomendações de *Dispute Boards*

Os *Boards* podem emitir “decisões ou recomendações” e isso depende da modalidade de *Board* escolhida pelas partes.

Existem tradicionalmente três modalidades de *Boards*: (i) *Dispute Adjudication Boards* (DAB) em que são conferidos aos membros do *Board* o poder de emitir decisão que vincula as partes contratualmente; (ii) *Dispute Review Boards* (DRB), em que os membros do *Board* não emitem decisão automaticamente vinculante, mas uma recomendação para as partes; e (iii) *Combined Dispute Boards* (CDBs), onde os membros do *Board* podem emitir tanto decisões como recomendações, a depender do que estiver pactuado contratualmente. De acordo com o Regulamento ICC⁸¹ (ARAKE; RAMAGEM, 2020, B)

Nos *Dispute Adjudication Boards* (DAB), a decisão proferida pelos membros do *Board* vincula as partes automaticamente, tornando o seu cumprimento obrigatório. Caso haja insatisfação de uma ou de todas as partes com o conteúdo da decisão, podem submeter o conflito à jurisdição estatal ou arbitral. Mas, enquanto não sobrevir decisão contrária à proferida pelo Board, os efeitos desta vincularão as partes (RAMAGEM, 2020, B)

Nos *Dispute Resolution Boards* (DRB)⁸², a resposta apresentada pelo *Board* a respeito do conflito é opinativa, e, por isso, não vincula automaticamente a vontade das partes e tampouco cria-se, automaticamente, obrigações para as partes. Caso as partes não contestem a

recomendação no prazo de 30 dias, a recomendação passa a vincular as partes, criando-se a obrigação de cumprimento (ARAKE; RAMAGEM, 2020, B).

Nos *Combined Dispute Boards* (CDB), oferece-se uma solução intermediária entre os *Dispute Resolution Boards* e os *Dispute Adjudication Boards*, a depender do que estiver estipulado contratualmente. Se uma das partes solicitar ao CDB que seja emitida uma decisão sobre determinada disputa e a outra parte não tiver objeção, os membros do *Board* devem proferir uma decisão. Caso uma das partes se oponha, os membros do *Board* vão decidir se vão proferir Recomendação ou Decisão (ARAKE; RAMAGEM, 2020, B).

Tanto as decisões como as recomendações tendem a ser emitidas de maneira célere pelos *Boards*. Isso porque, os membros do *Board* acompanham a execução contratual em tempo real, motivo pelo qual sabem, em detalhes, as particulares e dinâmica contratual, dispensando-se elevado tempo para que as partes consigam reconstruir fatos passados, tal como é necessário para que, por exemplo árbitros e juízes compreendam o caso (ARAKE; RAMAGEM, 2020, B).

E, apesar de a decisão ou recomendação não inviabilizar que as partes litiguem a controvérsia, de acordo com estudos feitos pela DRBF (*Dispute Resolution Board Foundation*), inexistem incentivos para que as partes litiguem as controvérsias decididas pelos *Boards*. A DRBF aponta que somente 2% das controvérsias submetidas ao *Board* são, posteriormente, objeto de litígios⁸³, o que demonstra a eficiência do método.

Por isso, Arake e Ramagem (2020, B) entendem que, quando se busca auxílio do *Board* para a resolução de impasses, exige-se menos tempo tanto para que as partes consigam expor fatos pretéritos, como para que os membros do *Board* consigam entender o caso e prestar bom auxílio.

Além disso, de acordo com estudos feitos pela DRBF (*Dispute Resolution Board Foundation*), inexistem incentivos para que as partes litiguem as controvérsias decididas pelos

⁸³ CONSTRUCTION BRIEFING: DISPUTE RESOLUTION BOARDS AND OTHER STANDING NEUTRALS. *Internacional Instituto for Conflict prevention & Resolution*, 2020. Disponível em: <https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-dispute-resolution-boards-other>

Boards. A DRBF aponta que somente 2% das controvérsias submetidas ao *Board* são, posteriormente, objeto de litígios⁸⁴, o que demonstra a eficiência do método.

Vale, nesse ponto, salientar que o índice de apenas 2% das controvérsias submetidas ao *Board* serem, posteriormente, objeto de litígios decorre da lógica de que é natural que árbitros ou juízes – terceiros imparciais chamados a compor a lide após a ocorrência do conflito que não conhecem das particularidades e dinamismo do projeto – acatem entendimento exarado por Comitê técnico, afinal, estes acompanharam em tempo real a execução da obra.

Assim, verifica-se que os *Dispute Boards* trazem o consequente desincentivo para as partes litigarem após exarada decisão ou recomendação técnica.

3.3 Experiências de *Dispute Boards* no Brasil e no Mundo

O método, apesar de ter sido implementado pela primeira vez em meados do século XX, no projeto da barragem *Boundary Dam*⁸⁵, na década de 1960, teve sua primeira experiência no Brasil tão somente em 2004.

Por exigência do Banco Mundial, que financiou a construção da Linha Amarela do Metrô da Cidade de São Paulo, tivemos a primeira experiência no Brasil⁸⁶.

No referido caso, o *Dispute Board* se mostrou eficiente. Constituído em 2004, o DB permaneceu atuante depois da conclusão das obras, sendo extinto apenas em 2015⁸⁷. Nesse período foram submetidas ao *Board* onze controvérsias, sendo que nove tiveram as recomendações do *Board* acatadas pelas partes, evitando litígios mais prejudiciais ao andamento da obra.

⁸⁴ CONSTRUCTION BRIEFING: DISPUTE RESOLUTION BOARDS AND OTHER STANDING NEUTRALS. *Internacional Instituto for Conflict prevention & Resolution*, 2020. Disponível em:

<https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-dispute-resolution-boards-other>

⁸⁵ CHERN, Cyril. **Chern on dispute boards: practice and procedure**. New York: InformaLaw, 2015. 3aed. p.11-12.

⁸⁶ COELHO, Arlis de Oliveria. **DISPUTE BOARD Meio Extrajudicial de Prevenção de Litígios e Preservação das Relações Negociais**; Trabalho de Conclusão na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017, p. 19.

⁸⁷ JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo. In: TRINDADE, Bernardo Ramos. **Comitê de resolução de disputas nos contratos de construções e infraestrutura**. São Paulo: Pini, 2016. p.184-185.

3.4 Conclusões Parciais: Racionalidade dos *Dispute Boards* Inversa às Patologias Enfrentadas na Monografia

O formato de funcionamento dos *Dispute Boards* indica correspondência com o dever de se dar às partes contratantes a liberdade de se renegociar e de preencher lacunas inerentes aos contratos incompletos, dinâmicos e complexos, como são os contratos de construção de grandes obras.

Indica, também, incentivo para as partes auto comporem seus conflitos, especialmente diante da redução da assimetria informacional entre as partes que o método impõe.

O oportunismo das partes é igualmente diminuído, haja vista o acompanhamento em tempo real dos membros do comitê com relação às etapas da obra, como uma espécie de “fiscalização privada”.

O acompanhamento constante dos membros do comitê evita o escalonamento de conflitos, impondo-se resoluções rápidas e eficientes, evitando-se, assim, a cumulação de conflitos, interfaces no cronograma, e paralisações na obra.

Os gestores de obras têm mais segurança para emitir decisões, porquanto estas terão amparo em orientação técnica exarada pelos membros do comitê.⁸⁸

Caso as partes não consigam, por si só, compor os seus conflitos, cabendo ao Comitê a composição destes, haverá simetria informacional sobre o que de fato ocorreu, de modo que os problemas de “ausência de provas” e aditamento contratual evidenciados no Capítulo 3 quando terceiro imparcial é chamado a compor os conflitos envolvendo desequilíbrio econômico financeiro dos contrato são, senão rechaçados, profundamente diminuídos.

Assim, demonstra-se que não apenas os números apontam eficiência do método, como existem explicações racionais para a adoção do método. Por isso, como conclusão do presente trabalho, a sugestão para enfrentamento das patologias identificadas no Capítulo 3 é a adoção

⁸⁸ COHEN, ISADORA; RIOS, JÉSSICA, **Dispute boards e a não persecução punitiva do gestor público de boa-fé**. OJOTA, 18/08/2020 13:55. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-e-a-nao-persecucao-punitiva-do-gestor-publico-de-boa-fe-18082020>.

de cláusulas de *Dispute Boards*, na modalidade *full term*, nos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura.

4. CONCLUSÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, identificou-se que as características dos contratos de grandes obras de infraestrutura que balizam a incompletude contratual destes, imporiam o dever de dar às partes contratantes liberdade para renegociar e preencher lacunas ao longo da execução contratual a fim de que se mantenha preservada a equação econômica financeira dos contratos

Contudo, as normas hoje estabelecidas ainda dificultam a renegociação, e, assim, os remédios jurídicos para o desequilíbrio econômico financeiro dos contratos ainda são condicionados à superveniência de circunstâncias imprevisíveis, embora a conceituação sobre “imprevisibilidade” no caso concreto seja, muitas vezes, nebulosa.

As evidências nos mostram que os resultados dos remédios tradicionalmente conhecidos em nosso ordenamento jurídico culminam em resultados caóticos: conflitos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro contratual solucionados de forma ineficiente e a paralisação de obras.

A partir da pandemia da Covid-19, verificou-se a ruptura de comportamento tradicionalmente beligerante entre as partes contratantes, o que deu foco ao método *Dispute Boards*.

Dispute Boards demonstram ser instrumento eficiente para a prevenção e a resolução de conflitos em contratos incompletos, dinâmicos, e complexos, como os de grandes obras de infraestrutura. Sobretudo porque, incentiva que as partes renegociem e preencham lacunas ao longo da execução contratual para fins de manutenção do equilíbrio econômico financeiro mediante a autocomposição. Mas, caso as partes não consigam, por si só, chegar ao consenso, os membros do comitê, que já estão cientes das particularidades da obra, têm condições de preferir decisões e recomendações eficientes em tempo mínimo.

Assim, a conclusão a que se chega no final deste trabalho é que nos contratos de construção de grandes obras de infraestrutura deve haver a inserção de cláusulas de *Dispute Board* na modalidade mais recomendada, qual seja, a *full term*.

REFERÊNCIAS

AL-NAJJAR, Nabil I. **Incomplete contracts and the governance of complex contractual relationships**. The American Economic Review, v. 85, n. 2, 1995

ARAKE, Henrique Karuki; LIMA, Isabela Ramagem. **Dispute Boards podem ser importante instrumento para resolução de conflitos**. Consultor Jurídico. 2020a Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/arake-ramagem-reequilibrio-contratual-dispute-boards>>. Acesso em 10/10/2020.

ARAKE, Henrique Karuki; LIMA, Isabela Ramagem. **Dispute Boards: prevenir é o melhor remédio**. 2020b. Disponível em: <<http://henriquearake.com.br/coronavirus/dispute-boards-prevenir-e-o-melhor-remedio/>>. Acesso em 10/10/2020.

AURIONE, Daniela; PRATTI, Icaro; CARVALHO, Lorena, **Análise de Aditivos Contratuais – Impacto Financeiro e Causas – Estudo de Casos (Monografia apresentada ao Curso de Engenharia Civil da Universidade Federal do Goiás)**, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores, 2006.

BATES JR., ALBERT (coautor). **Gerenciamento de Projeto Proativo: Estratégias de Controle de Projeto para Megaprojetos de Construção**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.
BONATTO, Hamilton. **Governança e Gestão de Obras Públicas: do planejamento à pós-ocupação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRITO, Rodrigo. **Equivalência Material dos Contratos: Civis, Empresais e de Consumo**, 1ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana. **Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo**. Revista de Direito FGV, São Paulo.

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de construção de grandes obras**. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CBIC, **Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia**, 2017, p.42.
Disponível em:

https://cbic.org.br/wpcontent/uploads/2017/11/Investimento_Em_Infraestrutura_e_Recuperacao_da_Economia_2015.pdf. Visualizado em: 01.06.2020.

CHERN, Cyril. **Chern on dispute boards: practice and procedure**. New York: InformaLaw, 2015. 3aed.

COELHO, Arlis de Oliveria. **DISPUTE BOARD Meio Extrajudicial de Prevenção de Litígios e Preservação das Relações Negociais**; Trabalho de Conclusão na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.

COHEN, ISADORA; RIOS, JÉSSICA, **Dispute boards e a não persecução punitiva do gestor público de boa-fé**. OJOTA, 18/08/2020 13:55. Disponível em:

<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-e-a-nao-persecucao-punitiva-do-gestor-publico-de-boafe-18082020>.

CONSTRUCTION BRIEFING: DISPUTE RESOLUTION BOARDS AND OTHER STANDING NEUTRALS. *Internacional Institut for Conflict prevention & Resolution*, 2020. Disponível em: <https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-dispute-resolution-boards-other>

DAINTITH, Terence. **The design and performance of long-term contracts**. Contract and organization: legal analysis in the light of economic and social theory. New York: De Gruyter, 1986

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela, v. 2, 5ª ed. Editora Juspodivm, 2010, p. 228.

EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard J. **The design and interpretation of contracts: why complexity matters**.

FICI, Antônio. Il contrato incompleto. Torino: G. Giappichelli, 2005

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**, v.1, jan/ 2015, Revista dos Tribunais.

GICO, JR., I.T. A Tragédia do Judiciário. RDA – Revista de Direito Administrativo. V. 267.2014.

GIL, Fábio Coutinho da Alcântara. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado. São Paulo: Departamento de Direito Comercial – USP, 2007.

GLASSMAN, Guilherme. **Regulação do Mercado de Infraestrutura: o equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia**. 2015.130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 579
HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. Contract law. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Eds.). **The handbook of law and economics**. Amsterdam: Elsevier, 2007. v. 1.

HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Michael L. Judicial modification of contracts between sophisticated parties: a more complete view of incomplete contracts and their breach. *Journal of Law, Economics & Organization*.

JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo.

JUSTEN, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, Saraiva, 2009.

KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. Kissimmee: Signalman, 2009.

MEDINA, Ricardo. Dispute Boards. Entrevista concedida ao Canal Conciliare CCA. Canal Conciliare CCA, Youtube, 2018. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=NuTWAaRNgcA&t=193s>. Visualizado em 17.10.2020.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações, 2010,p.10. Disponível em: <www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 17.06.2020.

SALANIÉ, Bernard. The economics of contracts: a primer.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. **Incomplete contracts and the theory of contract design**

SILVA, Zé. Obras paradas: entrave para o desenvolvimento do Brasil – Brasília: Ed. do autor, 2019.

TOLEDO, Leonardo. Dispute Boards, Arbitragem e Contrato de Aliança. Entrevista concedida a Rodrigo Bella Martinez. Canal do Contencioso Estratégico, Youtube, 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=qLJUTn7e9tI&t=216s>. Visualizado em 17.10.2020.

TOLEDO, Leonardo. Dispute Boards, Arbitragem e Contrato de Aliança. Entrevista concedida a Rodrigo Bella Martinez. Canal do Contencioso Estratégico, Youtube, 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=qLJUTn7e9tI&t=216s>. Visualizado em 17.10.2020.

TRINDADE, Bernardo Ramos. **Comitê de resolução de disputas nos contratos de construções e infraestrutura**. São Paulo: Pini, 2016.

ZANCHIM, Kleber; ALVES, Rafael (coautores). **Dispute Boards e Projetos de Infraestrutura**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.